



Livre

2014

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

L'unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno

Romano, Gian Paolo

How to cite

ROMANO, Gian Paolo. L'unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno. Zurigo : Schulthess, 2014. (Publications de l'Institut suisse de droit comparé)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:46501>

Gian Paolo Romano

L'unilateralismo nel
diritto internazionale
privato moderno

Gian Paolo Romano

L'unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno

Prefazione: Tito Ballarino
Vorwort: Lukas Heckendorn

Informazione bibliografica della Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek registra questa pubblicazione nella Deutsche Nationalbibliografie;
dettagliati dati bibliografici sono disponibili sul sito internet <http://dnb.d-nb.de>.

Tutti i diritti riservati.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Zurigo · Basilea · Ginevra 2014
ISBN 978-3-7255-6909-0

www.schulthess.com

Prefazione

Sono molti i motivi per scrivere, e naturalmente leggere, un'opera come questa. Il principale è certamente indagare e ricostruire un movimento di pensiero presente sin dagli incunaboli del diritto internazionale privato moderno (è merito però di Romano avervi aggiunto una ricostruzione, che non poteva essere più esauriente, degli elementi che a quel movimento legano tante teorie recenti e meno recenti sull'essenza della disciplina). A ciò si aggiunge che attraverso la ricerca sull'unilateralismo il Romano ha saputo costruire una propria personalità di studioso che ha già avuto significative manifestazioni.

Il racconto – ho sempre istruito i miei discepoli ad impostare anche una qualsiasi tesi di laurea come un racconto – si apre con l'unilateralismo tedesco fin de siècle (XIX) contemporaneo all'elaborazione dell'EGBGB. Più indietro non si poteva andare, anche se in fondo viene spesso da associare all'unilateralismo le teorie degli Statutari. Vi è però il fatto che quei giuristi vedevano la problematica che poi abbiamo denominato « conflitto di leggi » con gli stessi occhi con cui vedevano la delimitazione del contenuto materiale degli statuti o la loro efficacia temporale. Anche se esponevano e risolvevano tanti problemi proprio come si fa oggi, mancò ad essi la nozione della specificità della disciplina.

Alla prima fase dell'unilateralismo, alimentata da preoccupazioni internazionalistiche, segue nell'esposizione di Romano la seconda, questa d'impronta nazionalistica, e le fa poi seguito un'esposizione sostanziosa dedicata all'unilateralismo americano atipico e non del tutto in linea con le correnti dottrinali europee.

Anche se il filone dell'unilateralismo si è poi, vorrei dire necessariamente, esaurito, le pagine sull'unilateralismo tedesco (EGBGB, dottrine « parallele », critiche) si leggono sempre con interesse perché, come sottolinea Romano (par. 10), l'EGBGB è il risultato di un'impresa di altissimo valore intellettuale quale fu la codificazione del diritto civile tedesco, associata ad un periodo storico in cui la Germania insegnava al mondo intero il metodo scientifico della giurisprudenza e la stessa essenza dell'istituzione universitaria. Gli stessi interventi di Bismarck che influirono sull'assetto definitivo dell'Einführungsgesetz sono una testimonianza storica indiscutibile di come il Cancelliere fosse animato dalla preoccupazione di assicurare il pieno rispetto della sovranità degli altri Stati: di garantire, anche in un settore del tutto marginale delle relazioni transnazionali, la volontà del Reich di attenersi alla regola della non interferenza negli affari interni di altri Stati che egli riteneva pregiudicata dalle norme bilaterali.

Nella sua prima fase, l'unilateralismo viene discusso prevalentemente o quasi esclusivamente in Italia e in Germania. Fra i protagonisti del dibattito, illustrati meritoriamente con esaurienti notizie biografiche raggruppate nelle note, spiccano il tedesco Franz Kahn e il nostro Anzilotti. A Kahn (notizie personali nelle note 365-367) si deve la definitiva affermazione in Germania dell'indirizzo nazionalistico; di Anzilotti,

Romano ricorda come in questo periodo il grande internazionalista abbia portato a compimento la prima costruzione internazionalistica (ma solo ideologicamente) del diritto internazionale privato in Italia e si sia congedato definitivamente da essa.

Dopo questa prima fase germinale l'unilateralismo diventa un fiume carsico e riemerge nella critica mossa al bilateralismo da autori partiti da una visione « tradizionale » della norma di conflitto ma che cercano di rendere più « idonea allo scopo ». L'autore dà conto con grande precisione di queste opinioni (Niboyet, Francescakis, oggi Muir Watt) e dà conto pure delle non numerose costruzioni ex professo unilateralistiche: quelle note, come la teoria vigorosa ed alimentata da una rivisitazione a tutto campo di quasi un secolo di dottrina di Rolando Quadri, e meno note come quella dell'émigré russo Pilenko.

Già nell'esame del primo unilateralismo Romano si misura con due problemi cruciali: il rispetto per l'effettiva volontà di essere applicato dell'ordinamento straniero individuato da una norma bilaterale e l'applicazione di una legge straniera riconosciuta competente al di fuori dei criteri adottati dalla norma bilaterale del foro (del ragionamento). Entrambi questi problemi sono stati studiati da Romano quando, non appena terminato il dottorato, ha proseguito le proprie ricerche für ewig, cioè per la cattedra, che ha ottenuto nella prestigiosa Facoltà di legge ginevrina dopo avere conseguito la libera docenza nella Facoltà di legge di Sankt Gallen (alla discussione svoltasi in lingua tedesca avanti al corpo accademico della Facoltà, ho avuto il privilegio di assistere personalmente).

Al primo problema, il rinvio, Romano ha dedicato un'ampia monografia che viene pubblicata in contemporanea con questo libro, nella quale esamina tutti i casi giudiziari più importanti, sino ai più recenti, ed isola alcuni criteri di soluzione fondati su visioni aggiornate e soprattutto specifiche per la materia, di Interessenjurisprudenz.

Alla trattazione del secondo problema Romano ha dedicato un sostanzioso articolo apparso sulla Revue critique de droit international privé (2006, pp. 457-519) dal titolo rivelatore « La bilateralité éclipse par l'autorité », in cui vengono analizzate tutte le situazioni (celebrazione del matrimonio, divorzio, accordi di partenariato, adozione) in cui gli Stati riconoscono situazioni, nel campo del diritto delle persone e di famiglia, così come si sono formate all'estero e mettendo da parte il funzionamento delle ordinarie norme di conflitto. Non si tratta però di una adesione acritica alle tesi oggi tanto diffuse che assegnano al diritto internazionale privato la seconda « stampella » del riconoscimento accanto a quella principale della choice of law: il Romano cerca un fondamento più solido in un principio di reciprocità che si ammantava delle giustificazioni etiche proprie dell'internazionalismo. Nel riconoscere le situazioni create all'estero, il foro evita la norma di conflitto classica perché se ne è già allontanato nel consentire la creazione di situazioni del medesimo genere chez lui.

Questo pone, naturalmente, il problema di individuare la ragione sufficiente di questo atteggiamento del foro che poi produce causalmente il riconoscimento. Vedrà il lettore

che essa ha una radice duplice, anzi triplice. In primo luogo c'è il fatto che bisogna riconoscere alla lex fori la vocazione naturale ad applicarsi a tutte le fattispecie che hanno un legame significativo con il foro; in secondo luogo vi è da prendere atto che questa regola cessa di valere quando la sua applicazione produce un conflitto tra il diritto del foro e il diritto straniero che reclama la competenza a disciplinare la fattispecie. Se ne deduce, e questa è la terza radice, che la norma di conflitto dev'essere zweckrational: avere cioè una struttura conforme alla sua missione facendo spazio alla legge straniera, ma solo nella misura in cui il foro è interessato ad evitare un conflitto, e scegliendo tra le leggi straniere quella la cui applicazione serve ad evitare il conflitto.

Emergono così dalla costruzione di Romano due elementi: la prevenzione del conflitto di doveri e la natura razionale della norma di conflitto. Siamo nel diritto naturale? Evitare il conflitto di doveri – o più esattamente il « conflitto di situazioni giuridiche »: v. Romano, « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux », in: P. Lagarde (dir.), La reconnaissance des situations en droit international privé, Paris: Pedone, 2013, p. 185-216, spec. p. 209 s. – ricadrà, il più delle volte, a vantaggio di soggetti stranieri: ora, è un fatto ben noto che il riconoscimento dei diritti dello straniero è stato alimentato dalle teoriche del diritto naturale (H. Batiffol, Aspects philosophiques du droit international privé, Paris: Dalloz, 1956, p. 151 ss.). Kelsen stesso, d'altra parte, concedeva che un minimum di diritto naturale serve per rendere più efficace il sistema del diritto positivo.

Tuttavia Romano non si limita ad un semplice appello a giudizi di valore fondati sull'equità o sull'utilità: il suo obiettivo è recuperare in toto il metodo unilateralista, ancorché nel solo campo del diritto delle persone e con l'esclusione di altri settori del diritto privato nei quali peraltro il metodo ha ancora altre significative manifestazioni. Questi sono assai numerosi e includono, oltre alle materie che appartengono allo statuto personale, anche vasti settori della contrattualistica, come il lavoro, le assicurazioni, il consumo. Anche qui il metodo dell'unilateralismo ha un ruolo ed è alimentato dall'esistenza di norme di applicazione necessaria. La delimitazione del campo di efficacia proprio di queste ultime apre la strada al riconoscimento di un'analogia volontà di norme straniere di applicazione necessaria. Vediamo ancora all'opera un principio di razionalità nel quale si può vedere la veste moderna del diritto naturale.

Non si può quindi considerare Romano un banditore dell'unilateralismo, né nella forma radicale e neppure in quella moderata. La sua ricerca, che spazia attraverso – può ben dirsi – tutta la letteratura del diritto internazionale privato, non vuole contestare le metodologie tradizionali ma piuttosto migliorarle dando ad esse un fondamento meglio definito dal punto di vista razionale oltre che più soddisfacente. D'altronde, anche ad oggi, non si può dire che la tentazione dell'unilateralismo sia spenta: basterà pensare al regolamento europeo sulle successioni (650/2012) dove l'affermazione della residenza abituale come criterio di collegamento e al tempo stesso criterio di competenza giudiziaria (con le poche eccezioni delle competenze sussidiarie), ha creato un Gleichlauf che è completato dal riconoscimento pressoché automatico delle decisioni

giudiziarie e degli atti pubblici. Condizione indispensabile per il successo di questo metodo è naturalmente l'esistenza di un legislatore « centrale » fornito di un potere superiore agli Stati membri, quale si ha oggi – sia pure limitatamente a certe materie – nell'Unione europea. E' aperta così una nuova via di sviluppo per il diritto internazionale privato, che i padri della materia come Mancini avevano sognato e che agli inizi aveva partorito una istituzione prestigiosa come la Conferenza dell'Aja. Siamo nella terza fase storica, arricchita anche dal proliferare delle leggi nazionali, della nostra disciplina, dopo la prima anteriore all'opera dei fondatori Savigny, Mancini, Story, e la seconda contrassegnata dalle grandi costruzioni dottrinali. Romano ha giustamente sorvolato sulla prima ma ha esposto con eccezionale impegno la seconda e si è lasciato condurre, per così dire, verso la terza preconizzando la persistenza in essa dello spirito critico della fase precedente, quella che fa da sfondo alla seconda stagione dell'unilateralismo.

Il volume nasce da una tesi di dottorato in cotutela Italia/Francia elaborata e discussa nel quadro di uno speciale accordo tra l'Università di Padova e l'Université de Paris 2 (Panthéon-Assas) che ho avviato con il Professor Bertrand Ancel quando appartenevo ancora al corpo docente di Padova.

Il testo è lo stesso che venne discusso avanti ad una commissione da me stesso presieduta (2005); le pochissime correzioni sono state apportate solo sulle bozze di stampa editoriali. Ciò ha comportato qualche modesto sacrificio per quanto riguarda l'aggiornamento bibliografico e, talora, anche legislativo. A ciò il Romano ha rimediato ampiamente con le sue opere successive, regolarmente pubblicate e già ampiamente note e apprezzate dalla comunità degli studiosi. La pubblicazione delle quelle ha voluto anche rendere un servizio a quest'ultima mettendole a disposizione un repertorio impareggiabile di cultura e di critica.

Milano, gennaio 2014

Tito Ballarino
Professore nell'Università di Padova
Facoltà di giurisprudenza

Vorwort

Seit 1995 (Band 26) führt die Publikationsreihe des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung auch Dissertationen. In Band 31 wurden zwei Kriterien für eine Aufnahme einer Dissertation in die Reihe formuliert: die wissenschaftliche Qualität und die praktische Bedeutsamkeit.

Die vorliegende Arbeit setzt sich mit einer das Internationale Privatrecht prägenden Grundsatzfrage auseinander, der Kontroverse zwischen Unilateralismus und Multi- bzw. Bilateralismus, d.h. zwischen einseitigen und zwei- bzw. allseitigen Kollisionsnormen. *Gian Paolo Romano* analysiert dabei nach einer sehr sorgfältig und gründlich recherchierten historisch-vergleichenden Übersicht über die Entwicklung und Kritikpunkte des Unilateralismus in der deutschen, französischsprachigen und US-amerikanischen Lehre die Bedeutung und Erscheinungsformen des Unilateralismus in einer Vielzahl von Rechtsordnungen und kommt dabei zum Schluss, dass unilaterale Ansätze im Sinne einer Festlegung des Geltungsbereichs der *lex fori* (und damit in einem gewissen Sinne durch einseitige Kollisionsnormen) in verschiedener Weise an Bedeutung gewinnen. Zum Abschluss werden Ansätze zum Umgang mit entsprechend entstehenden positiven und negativen Konflikten herausgearbeitet. Eine Auseinandersetzung mit dieser Grundsatzdiskussion und deren Übertragung auf das geltende Recht sind auch heute von praktischer Bedeutung, auch wenn der Text bereits 2005 abgeschlossen wurde. Zudem beeindruckt die Arbeit durch die Sorgfalt der Abklärungen, die Vielfalt des berücksichtigten Materials sowie durch ihre Originalität, scheut sich *Gian Paolo Romano* doch nicht, eine lediglich von einer Minderheit vertretene Ansicht aufzunehmen und weiter zu entwickeln.

Die Aufnahme dieser Arbeit in die *Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung* rechtfertigt sich aber nicht nur wegen der Erfüllung der eingangs erwähnten Kriterien. Sie drängt sich aus weiteren Gründen geradezu auf. Zunächst ist die Analyse zutiefst von rechtsvergleichenden Erwägungen geprägt – was sich nicht nur daran zeigt, dass sie im Rahmen eines gemeinsamen Doktoratsprogramms der Universitäten Padua und Paris 2 entstanden ist, sondern vor allem an der Berücksichtigung einer Vielzahl von Rechtsordnungen. Im Weiteren, und für die Publikationsreihe sowie den Verfasser dieses Vorworts von besonderer Bedeutung ist das Wirken von *Gian Paolo Romano* von 2002 bis 2010 als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung. Die vorliegende Arbeit ist damit auch an unserem Institut entstanden und konnte wohl in der wissenschaftlichen Tiefe von der Institutsbibliothek und im Praxisbezug von den gutachterlichen Aufgaben der wissenschaftlichen Abteilung profitieren. Deren Publikation zeigt damit die vielfältigen Möglichkeiten unseres Instituts und deren Aufnahme in unsere Schriftenreihe ist auch ein Zeichen unserer Verbundenheit mit *Gian Paolo Romano*.

VORWORT

Schliesslich soll die Aufnahme dieses italienischsprachigen Werks die Viersprachigkeit der *Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung* kultivieren, ja sogar wieder beleben: der letzte italienischsprachige Band ist vor knapp 15 Jahren erschienen. Dieses Vorwort ist in deutscher Sprache verfasst. Es soll damit betont werden, dass sich auch für Leser mit deutscher Muttersprache ein Blick in dieses Werk der Sprache Dante's lohnt.

Lausanne, im Februar 2014

Lukas Heckendorn Urscheler
Vizedirektor
Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung

Un grazie, deferente ed affettuoso, desidero dire al mio caro Maestro, il Prof. Tito Ballarino, per avermi incamminato, con fermezza e calore umano, sulla via della ricerca, incoraggiandomi al dottorato e propiziando per me il « ritiro » losannese. Sincera riconoscenza devo anche al mio altro Maestro d'eccezione, il Prof. Bertrand Ancel, le cui pazienti e garbate chiose alle successive versioni del manoscritto attestano la dedizione d'altri tempi che porta ai giovani studiosi, anche stranieri. Un grato pensiero rivolgo pure al Prof. Andrea Bonomi, per la amichevole accoglienza riservatami qui all'Istituto e la sua continua, generosa vicinanza. Mi piace inoltre menzionare qui l'Avv. Giambattista Origoni, per il sostegno concessomi nella delicata fase d'avvio della ricerca.

Il presente lavoro non sarebbe stato possibile senza l'Istituto svizzero di diritto comparato e la sua biblioteca, tesoro inestimabile, cui ho potuto attingere incondizionatamente per tre anni. La mia gratitudine, dunque, va al Prof. Bertil Cottier e alla Dott.ssa Eleanor Cashin-Ritaine, per la loro benevolenza, a Jarka Looks ed al personale tutto, in particolare a Sadri Saieb, per avere sempre corrisposto, discreti e fattivi, ad ogni mia esigenza bibliografica. Un grazie rivolgo pure a tutti i colleghi ed amici che troppe volte hanno accettato, bon gré mal gré, che si parlasse di unilateralismo.

Dedico questo lavoro a Mamma e Papà, esempio di virtù, sempre, e ad Albi, Bene, Betta ed Enri, chiedendo loro sincere scuse per la poca compagnia di cui sono stato capace in questi anni. Ad essi unisco, nel ricordo, i nostri nonni, che a questa dolce terra elvetica ci hanno nel tempo affezionato.

Losanna, 11 marzo 2005 (Ginevra, 28 febbraio 2014)

G.R.

Piano dell'opera

Introduzione generale	1

Parte Prima LE DOTTRINE UNILATERALI: UNA RICOSTRUZIONE STORICO-CRITICA

Introduzione.....	13
Capitolo Primo: LE NORME UNILATERALI DELL'EG BGB DEL 1896 E L'UNILATERALISMO TEDESCO	23
Capitolo Secondo: L'UNILATERALISMO FRANCESE, PILENKO, E LA DOTTRINA DI ROLANDO QUADRI	152
Capitolo Terzo: L'UNILATERALISMO AMERICANO	280

Parte Seconda APPLICAZIONI DELL'UNILATERALISMO

Introduzione.....	349
Capitolo Quarto: STRUTTURA E CLASSIFICAZIONE DELLE NORME UNILATERALI. NORME UNILATERALI ESPRESSE.....	360
Capitolo Quinto: LE NORME UNILATERALI IMPLICITE E IL RICHIAMO DEL DIRITTO STRANIERO	427
Capitolo Sesto: NORME UNILATERALI « NON ACCESSORIE »: L'« APPLICAZIONE GENERALIZZATA DELLA LEX FORI » E IL « METODO DEL RICONOSCIMENTO »	487

Parte Terza AUTONOMIA DELLA VOLONTÀ, FAVOR E PRINCIPIO DI PROSSIMITÀ ALLA LUCE DELL'UNILATERALISMO

Parte Terza.....	609
Introduzione.....	611
Indice-Sommario	709
Bibliografia.....	725
Indice analitico.....	761

Riviste

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Alb. L. Rev	Albany Law Review
A.L.J.	Australian Law Journal
A.S.D.I. / S.J.I.R.	Annuaire suisse de droit international / Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht
Adel. L. Rev.	Adelaide Law Review
A.I.D.I.	Annuaire de l'Institut de droit international
AJ. Fam.	Actualité juridique : Famille
AJ.	Actualité juridique
AJCL / Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
AJCL-Suppl.	American Journal of Comparative Law – Supplement
Am. U. L. Rev.	American University Law Review
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Arch. giur.	Archivio giuridico « Filippo Serafini »
Arch. phil. dr.	Archives de philosophie du droit
ARSP	Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie
B.U. Int'l. J.	Boston University International Law Journal
B.Y.I.L. / Brit.Y.B. Int'l L.	British Yearbook of International Law
BöhmsZ	Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht (ab 12. 1903: für internationales Privat- und Öffentliches Recht) begr. v. Böhm
Brook. L. Rev.	Brooklyn Law Review
Bull. soc. législ. comp.	Bulletin de la Société de législation comparée
Bus. Law.	Business Lawyer
C.C.J.C.	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
C.L.J.	Cambridge Law Journal
Cal. L. Rev. / Calif. L. Rev.	California Law Review
Can. Bar Rev.	Canadian Bar Review
Cardozo J. Int'l & Comp. L.	Cardozo Journal of International and Comparative Law
Clunet	Journal du Droit International « Clunet »
Col. J. Trans. L.	Columbia Journal of Transnational law
Col. L. Rev. / Columbia L. Rev.	Columbia Law Review
Cornell Int'l L.Q.	Cornell International Law Quarterly
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
Creighton L. Rev.	Creighton Law Review
CS	Comunicazioni e Studi
D.	Recueil Dalloz
D.P.	Recueil Dalloz Périodique
Defrénois	Répertoire du Notariat Defrénois
Del. J. Corp. L.	Delaware Journal of Corporate Law
Dir. int.	Diritto internazionale
Dr. et patrimoine	Droit et patrimoine
Duke L. J.	Duke Law Journal
Duq. L. Rev.	Duquesne Law Review
Enc. Dalloz	Encyclopédie Dalloz
Enc. dir.	Enciclopedia del diritto

EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FamRBint	Familien-Rechts-Berater international
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Florida L. Rev.	Florida Law Review
Foro it.	Il Foro Italiano
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Georgetown L. J.	Georgetown Law Journal
Harv. J. L. & Pub. Pol'y	Harvard Journal of Law & Public Policy
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hastings L. J.	Hastings Law Journal
Holdsworth L. Rev.	Holdsworth Law Review
I.C.L.Q.	International and Comparative Law Quarterly
Ind. L.J.	Indiana Law Journal
Int'l L. Q.	International Law Quarterly
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRspr	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts
J. Comp. Leg. Int. L.	Journal of Comparative Legislation and International Law
J. Law Econ. & Org.	Journal of Law, Economics & Organization
J.P.I.L.	Journal of Private International Law
JCP	Semaine juridique
JCP G	Semaine juridique, édition générale
JCP N	Semaine juridique, notariale et immobilière
JR	Juristische Rundschau
Jur. Woch. / JW	Juristische Wochenschrift
Jurisl. dr. int.	Jurisclasser de droit international
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
L. & Contemp. Probs.	Law and Contemporary Problems
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
L.Q.R.	Law Quarterly Review
La. L. Rev.	Louisiana Law Review
Maastricht J. of Eur. Comp.	Maastricht Journal of European and Comparative Law
Md. L. Rev.	Maryland Law Review
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Melb J. Int. L.	Melbourne Journal of International Law
Melb. Univ. L. R.	Melbourne University Law Review
Mercer L. Rev.	Mercer Law Review
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
Mod. L. R.	Modern Law Review
N.I.P.R.	Nederland Internationaal Privaatrecht
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
NiemeyersZ.	Niemeyers Zeitschrift für Internationales Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift -Rechtsprechungs-Report
NotBZ	Zeitschrift für notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review

Nouv. rev. dr. int. pr.	Nouvelle revue de droit international privé
Ohio St. L. J	Ohio State Law Journal
Oklahoma L. Rev.	Oklahoma Law Review
Riv. dir. int. pr. proc. / RDIPP	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
R.E.D.I	Revista Española de Derecho Internacional
R.G.D.	Revista General de Derecho
R.T.D.C.	Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D.F.	Revue trimestrielle de droit financier
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rec. cours / RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye
Riv. dir. int. / RDI	Rivista di diritto internazionale
Recht int. Wirtschaft	Recht der internationalen Wirtschaft
Rép. dr. int. Dalloz	Répertoire Dalloz de droit international
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. crit.	Revue critique de droit international privé
Rev. dr. int. leg. comp.	Revue de droit international et de législation comparée
Rev. dr. int. pr. et dr. pén. int.	Revue de droit international privé et de droit pénal international
Rev. dr. suisse	Revue de droit suisse
Rev. fac. dr. Univ. Liège	Revue de la faculté de droit de l'Université de Liège
Rev. gén. dr. civ.	Revue générale de droit civil belge
Rev. hell.	Revue hellénique de droit international
Rev. intern. dr. comparé / RIDC	Revue internationale de droit comparé
Rev. prat. des sociétés	Revue pratique des sociétés civiles et commerciales
Rev. suisse dr. int. eur. / RSDIE	Revue suisse de droit international et européen
Rev. tr. dr. fam.	Revue trimestrielle de droit familial
Rev. trim. dr. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Rev. tunis. dr.	Revue tunisienne de droit
Riv. delle società	Rivista delle società
Riv. dir. civ.	Rivista di diritto civile
Riv. dir. comm.	Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni
Riv. dir. int.	Rivista di diritto internazionale
Riv. dir. priv.	Rivista di diritto privato
Riv. dir. proc.	Rivista di diritto processuale
Riv. int. fil. dir.	Rivista internazionale di filosofia del diritto
Riv. it. scienze giur.	Rivista italiana delle scienze giuridiche
Riv. not.	Rivista del notariato
Riv. trim. dir. proc. civ.	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RJNot.	Revista Juridica del Notariado
RLDC	Revue Lamy droit civil
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
S.	Recueil Sirey
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
SchwJZ / SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
So. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
Stan. L. Rev	Stanford Law Review
Syd. L. Rev.	Sydney Law Review

T. Jef. L. Rev.	Thomas Jefferson Law Review
T. Not.	Tijdschrift voor notarissen
Temp. L. Q.	Temple Law Quarterly
Tex. L. Rev	Texas Law Review
Torts L. J.	Torts Law Journal
Tr. com. fr. dr. int. pr. / TCFDIP	Travaux du Comité français de droit international privé
Trav. Assoc. Capitant	Travaux de l'Association Henri Capitant
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Colo. L. Rev.	University of Colorado Law Review
UCLA L. Rev.	University of California Los Angeles Law Review
Univ. New South Wales L. J.	University of New South Wales Law Journal
University of Tasmania L. Rev.	University of Tasmania Law Review
UWAL Rev.	University of Western Australia Law Review
Va. L. Rev. / Virg. L. Rev.	Virginia Law Review
Vand. J. Trans. Law	Vanderbilt Journal of Transnational Law
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
VersR.	Versicherungsrecht
WPNR	Weekblad voor Privatrecht, Notariaat en Registratie
Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht oder Wohnungswirtschaft und Mietrecht
Wm and Mary L. Rev.	William and Mary Law Review
Yale L. J.	Yale Law Journal
Yearbook P.I.L. /YBPIL	Yearbook of Private International Law
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZfJ	Zeitschrift für Jugendrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZiP	Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

Introduzione generale

SOMMARIO: – 1. La constatazione diffusa di una rinascita del c.d. metodo unilaterale nella dottrina moderna di d.i.p. – 2. Le tre ragioni che suggeriscono una ripresa dello studio del metodo unilaterale. – 3. Piano del lavoro.

1. Anche se non mancano voci contrarie¹, si constata nondimeno, presso la dottrina moderna di diritto internazionale privato, una certa propensione a riconoscere come l'unilateralismo² abbia, negli ultimi decenni, conosciuto una nuova fioritura³: come abbia, cioè, guadagnato importanti spazi di intervento rispetto alle norme del diritto internazionale

¹ V. ad es. LOUSSOUARN/BOUREL, p. 99 s., specie a p. 106, dove si legge che « le prétendu renouveau de l'unilatéralisme est (...) difficilement perceptible » (giudizio che si deve a Loussouarn, rinvenendosi già, con parole pressoché identiche, nel suo *Cours général*, spec. p. 374 s.).

² Per una prima definizione del nucleo comune alle diverse forme che il « metodo » od « approccio » o « tecnica » unilaterale può assumere, v. *infra*, para. 4; per una distinzione fra *dottrine* e *teorie* unilaterali (od unilateraliste), v. *infra*, nota 15.

³ V. GOTHOT, *Le renouveau de la tendance unilatéraliste*, p. 209-243 e 415-450 (su tale studio v. più diffusamente *infra*, nota 8); AUDIT, *American Choice-of-Law*, p. 601-603 (e VON MEHREN nella recensione di tale articolo, *AJCL*, 1979, p. 607) e, dello stesso A., *Le caractère fonctionnel*, p. 248 s., e *D.i.p.*, p. 92 s.; VITTA, *Cours général*, p. 159 s.; PICONE, *La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent*, p. 245 s. e, dello stesso A., *Cours général*, p. 41 s.; PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices*, p. 220 s., ERNE, *Vertragsgültigkeit*, p. 186 s.; LAGARDE, *Principe de proximité*, p. 51 s., JACQUET, *La fonction supranationale de la règle de conflit*, p. 174; da ultimo ancora AUDIT, *Cours général*, spec. p. 263 s. Picone, al quale si deve, almeno nella dottrina italiana (appunto in *Cours général*, passim), il più recente tentativo di sistemazione organica ed esaustiva dei metodi del d.i.p. attuale, non esita ad includere quello unilaterale nel metodo « classico » o « tradizionale », quale terza variante dello stesso (p. 35-85, spec. 41 s.). La prima e la seconda sarebbero costituite, rispettivamente, dalla localizzazione *diretta*, quella cioè effettuata dalla regola bilaterale con esclusione del rinvio, e dalla localizzazione *indiretta*, « temperata » vuoi dall'accoglimento del rinvio in una o più fra le sue molteplici forme, vuoi da altri meccanismi egualmente in grado di assicurare un certo coordinamento fra sistemi (cfr. la tripartizione individuata dal NEUHAUS, *Die Grundbegriffe*, 1. Aufl., p. 57). Si rilevi sin d'ora che, seppure si deve senz'altro convenire con il chiaro A. circa l'esistenza di una comunanza di fini fra bilateralismo ed unilateralismo, fra i quali PICONE (*op. cit.*, p. 37) indica innanzitutto il « principio di uniformità » o di « armonia internazionale delle decisioni »; e se, in grazia della sua lunga tradizione, l'unilateralismo può pure definirsi « classico », la distanza, logica e storica, fra bilateralismo e unilateralismo rimane notevole: v. per es. VIVIER, *Le caractère bilatéral*, p. 655, che, dopo avere esposto per sommi capi il ragionamento bilaterale classico, e muovendo all'esame di quello unilaterale, così esordisce: « il est tout une autre manière d'aborder le problème »; cfr. SPERDUTI, *Evoluzione storica*, p. 67.

privato che si è soliti definire « classico » o « tradizionale »⁴, contribuendo anzi all'insorgere, o comunque al rafforzarsi, di quello stato di « crisi » in cui esso verserebbe da ormai circa mezzo secolo⁵.

⁴ Per questa aggettivazione, v. ad es. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi*, p. 3. E' da rilevare che gli attributi « classico » o « tradizionale » hanno assunto, presso gli autori più critici nei confronti di tale metodo, una percettibile connotazione negativa: v., ad es., JUENGER, forse il più irriverente « picconatore » del bilateralismo tradizionale, e non di questo soltanto (in numerose pubblicazioni, ed in particolare in quel mirabile affresco « iconoclasta » che è la monografia *Choice of Law and Multistate Justice*, passim, spec. p. 54 s., in cui vibrano critiche sono rivolte appunto sia al « classical choice of law method » sia ai metodi propugnati dalla « conflicts revolution », fra cui anche l'*unilateral approach* di matrice americana).

⁵ Per una affermazione del contributo dato dall'unilateralismo alla « crisi » del d.i.p., v. ad es. SCHURIG, *Kollisionsnorm*, p. 75. Il termine « crisi », con riguardo all'evoluzione del d.i.p., è stato utilizzato per la prima volta, a quanto sembra, pressoché contemporaneamente, da Neuhaus e da Kronstein. NEUHAUS lo impiegò in un breve articolo, dal titolo appunto *Die Krise im internationalen Privatrecht*, apparso nel 1948 in *DJZ* (*Deutsche Juristenzeitschrift*, che mutò nome dal 1951 in *Juristenzeitung*, *JZ*), p. 86-87. In tale contributo, concepito poco dopo la fine del secondo conflitto mondiale, in un'epoca cioè in cui le relazioni fra gli Stati erano pervase da una certa circospezione, l'A. dichiara di vedere la fonte di tale crisi in due pericoli. Il primo scaturirebbe dalla constatazione delle crescenti difficoltà riscontrate nella corretta applicazione della legge straniera, essendo il diritto, anche nei Paesi di codificazione, formulato in regole sempre più elastiche, corretto da ampie clausole generali ed interpretato in modo da dar rilievo agli scopi, sociali, sociologici e politici, perseguiti dalle regole stesse: scopi che – appunto – soltanto il giudice parte dell'ordinamento di cui fanno parte può valutare correttamente. Il secondo pericolo nasce dal riscontro di una tendenza dei giudici all'*Heimwärtsstreben*, ad accordare preferenza al diritto del foro, realizzata a mezzo specialmente dell'*ordine pubblico*: tale preferenza essendo peraltro anch'essa spesso riconducibile al fatto che il diritto straniero viene percepito non già come *neutro*, bensì quale espressione di un sistema politico-sociale cui non si vuole, da parte dei giudici di altri Stati, fornire sostegno (osservazione che richiama il tema delle c.d. « leggi politiche » nel d.i.p., che ricevette, proprio in quegli anni, un'attenzione notevole: ne sono testimonianza i *rapports* presentati da ARMINJON all'*Institut de droit international*, su *Les lois politiques, fiscales et monétaires en d.i.p.* e raccolti in *AIDI*, 1950 e 1954, ed il corso tenuto all'Aja da GIHL, *Lois politiques et droit international privé*, 1953, t. 83, p. 163 s.). Ebbene, il riconoscimento di una certa « politicità » nelle scelte dei giudici di seguire o meno la designazione della norma di conflitto, politicità che finisce per essere propria dello stesso d.i.p. « vivente », contiene già *in nuce* i germi della futura vera e propria crisi. A pochi mesi di distanza dall'articolo di Neuhaus, KRONSTEIN, allievo di Martin Wolff e professore alla *Georgetown University*, in un lavoro apparso sul *Georgetown Law Journal* e recante il medesimo titolo (*Crisis of the Conflict of Laws*, *Georg. L. J.*, 1948-1949, p. 483-513, recensito dallo stesso NEUHAUS, *RebelsZ*, 1949-1950), mostra che lo scoppio della c.d. « rivoluzione americana », fra i fattori principali della crisi, è ormai vicino: attaccando la famosa decisione di Learned Hand in *United States v. Aluminium Co. of America*, 149 F.2d 416, C.C.A. 2d 1945 (che riprese *United States v. American Medical Association* del 1927, la quale a sua volta si richiamò al caso *American Banana Co. v. United Fruit Co.* del 1908), in cui la giustizia era stata sacrificata all'operare cieco del collegamento individuato dalla norma di conflitto, Kronstein dichiara essere necessario, perché si pervenga ad un d.i.p. giusto, far uscire la disciplina dei conflitti di leggi da quello splendido isolamento da elementi *fattuali e politici* in cui il d.i.p., più forse che ogni altra branca del diritto, è rimasto a lungo rinchiuso. Non è un caso che Kronstein si richiami al COOK, *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*, Ann Arbor, 1942, che

Una recente conferma, importante per l'elevata sede che l'ha occasionata, del rinnovato interesse per il metodo unilaterale, e della presa di coscienza delle sue attuali o potenziali applicazioni pratiche, ci viene dai lavori del XV° Congresso dell'*Academy of Comparative Law*, tenutosi in Inghilterra nel 1998. Le forme con cui la « tensione » fra metodo bilaterale e metodo unilaterale si manifesta nei moderni sistemi di d.i.p., e le modalità con cui vi è risolta, o quanto meno accomodata, hanno formato il primo tema della riflessione « collettiva » compiuta dagli esperti di 18 Paesi appartenenti alle maggiori civiltà giuridiche del mondo, convenuti a Bristol per fare una sorta di « punto » sullo stato del diritto internazionale privato di fine millennio⁶.

Tuttavia, uno sguardo agli studi di diritto internazionale privato dell'ultimo quarto di secolo, in particolare – com'è ovvio – a quelli più sensibili a temi di teoria generale, rivela come, alla constatazione di una « rinascita »⁷ del metodo unilaterale, non abbia, a ben guardare, fatto seguito un reale approfondimento, da parte della dottrina moderna, né degli autentici legami che avvincono alcuni meccanismi e soluzioni, di origine più e

assieme a Lorenzen e Yntema, può considerarsi l'« harbinger » della *conflicts revolution* americana (cfr. JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, p. 92 s.). Una delle nuove correnti di pensiero che germoglieranno dal ripensamento radicale della materia in cui tali fermenti sfoceranno di lì a poco sarà proprio l'« unilateral approach », una proposta di chiara ispirazione unilateralista, di cui si dirà *infra*, para. 145 s. La crisi provocata dagli attacchi americani, e da certe insufficienze già da tempo indicate dalla dottrina europea, nonché le proposte per porvi rimedio, furono discusse nel noto Corso tenuto all'Aja da KEGEL nel 1964 (*The Crisis of the Conflict of Laws*), che ebbe nondimeno a dire, a conclusione della sua analisi: « in spite of these attacks, conflicts law remains unshaken » (p. 263) e che « only the old fundamentals are solid enough to support the house of the conflict of laws » (p. 96). Da allora, per diversi lustri, numerosi furono i Corsi professati all'Aja a trattare della crisi del d.i.p. (v. ad es. EVRIGENIS, *Tendances doctrinales actuelles*, p. 313 s.; BATIFFOL, *Le pluralisme des méthodes*, p. 75 s.; LOUSSOUARN, *Cours général*, p. 269 s.; LALIVE, *Tendances*, spec. cap. X; VITTA, *Cours général*, p. 163 s.; FERRER-CORREIA, *Les problèmes de codification*, p. 75 s.; SAUVEPLANNE, *New Trends*, p. 9 s.; AUDIT, *Le caractère fonctionnel*, spec. p. 88 s.).

⁶ Tra i Paesi partecipanti vi erano ordinamenti di *civil law* appartenenti all'Unione Europea o all'EEA e sistemi di *common law*. I relativi reports sono pubblicati nel volume *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, a cura di SYMEONIDES, The Hague/Boston/New York, 2000. L'« antagonismo » ovvero l'armonica coesistenza fra i metodi *bilaterale*, *unilaterale* e *materiale* hanno costituito appunto il primo dei « five basic themes » su cui ciascuna delle delegazioni ha presentato il proprio Report.

⁷ GOTHOT (v. nota seguente) ha parlato, come è noto, di « renouveau » del metodo unilaterale; già vent'anni prima VIVIER (*Le caractère bilatéral*, p. 663) constataba un « regain d'actualité » dell'unilateralismo, avendo riguardo – da un lato – allo studio di SOHN (*New Bases for Solution of Conflicts of Law Problems*, Harv. L. R., 1942, p. 978 s., recensito da FRANCESCAKIS in *Rev. crit.*, 1947, p. 244), e, dall'altro, alla dottrina di NIBOYET (esposta spec. alle p. 243-259 del vol. III del suo *Traité*, volume pubblicato nel 1944, e ripreso in *Cours*, 1947, p. 350 s.); anche DE NOVA, *Historical and Comparative Introduction*, p. 536, si era già occupato della « resurrection and modernisation of this doctrine » (p. 573 s.).

meno recente, all'unilateralismo⁸, sui quali legami anzi regna ancora una diffusa incertezza⁹; né, per conseguenza, dell'apporto che tale metodo è in grado di fornire allo sviluppo futuro del diritto internazionale privato. Il che – crediamo – è, ad un tempo, causa ed effetto della perdurante riluttanza, che si continua a rinvenire presso diversi autori, a riconoscere diritto di cittadinanza al metodo in analisi, quasi che con esso risorga lo spettro di dottrine ritenute ormai da tempo affossate: anche se quegli accenti di più aspra, ed invero ingenerosa, insofferenza verso di esso, diretti a negarne ogni fondamento teorico ed a qualificarlo, quale che ne sia la forma in cui si concreta, come uno degli *unsterbliche Irrtümer* che talvolta nella scienza, e non solo giuridica, ciclicamente ritornano e che sempre bisogna affrettarsi a confutare di nuovo, paiono essersi dileguati¹⁰.

⁸ L'ultima trattazione monografica dell'argomento rimane il fondamentale studio di GOTHOT (*Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé* apparso in *Rev. crit.*, 1971, p. 1-36, 209-243, 415-450). A Gothot si deve dunque, almeno in Europa, il riattivarsi dell'interesse per l'unilateralismo, inteso non tanto, secondo una distinzione dall'A. stesso proposta (*La méthode unilatéraliste*, p. 5) e di cui faremo talvolta uso anche noi (*infra*, nota 15), come « dottrina », bensì piuttosto quale « teoria ». Il denso articolo di Gothot ha presto conosciuto voga internazionale (« il a fait date », come rileva AUDIT, *Cours général*, p. 231): subito definito « savant » da BATIFFOL, *Le pluralisme des méthodes*, p. 89, poco dopo « magistral » da CARILLO SALCEDO, *Le renouveau du particularisme*, p. 210, e « eindrucksvoll » da SCHURIG, *Kollisionsnorm*, p. 193, è probabilmente fra i contributi più importanti in materia di teoria generale del d.i.p., europea e non, della seconda metà del secolo scorso: tutti gli autori che hanno avuto ad occuparsi dell'argomento, anche se solo « di passata », perfino i meno sensibili alla vicende del Vecchio Continente, vi si riportano esplicitamente (v. ad es., recentemente, DODGE, *Extraterritoriality and Judicial Unilateralism*, p. 107, alla nota 30, una delle poche in cui cita autori continentali). Qualche anno dopo, lo stesso GOTHOT ebbe a riprendere le riflessioni sul tema, questa volta concentrandosi sull'area dei contratti, comunicando innanzi al *Comité français* nella seduta tenutasi sotto la presidenza di Malaurie la sera del 9 marzo 1977 (*TCFDIP, Années 1975-1977*, Paris, 1979, p. 201 s.). Tale relazione, poi rifluita in un articolo dal titolo *La méthode unilatérale et le d.i.p. des contrats*, apparso in *RDIPP*, 1979, p. 5-22, diede spunto ad un vivace dibattito in seno al *Comité*, in cui si toccarono, anche senza poterli esplorare a fondo, alcuni temi fondamentali per il presente studio (v. in particolare gli interventi di BATIFFOL e MAYER, p. 216 s.). GOTHOT è spesso citato quale divulgatore in Francia delle tesi del Quadri (v. ad es. MAYER/HEUZÉ, p. 118). Ora, se è innegabile che lo spunto ad approfondire l'argomento sia stato fornito all'A. dallo studio della seconda edizione (1961) delle *Lezioni* del QUADRI, al cui pensiero, tra l'altro, egli apporta alcuni sviluppi d'interesse: v., ad es., *op. cit.*, p. 31 (*infra*, para. 130), il principale merito del citato studio è di mostrare come l'unilateralismo riesca a *spiegare* alcuni fenomeni del d.i.p. corrente difficilmente conciliabili con il metodo bilaterale classico: il « suo » unilateralismo è dunque piuttosto una « teoria » che non una « dottrina ».

⁹ Neppure, ad esempio, si può dire esservi concordia assoluta su ciò che le norme di applicazione necessaria rappresentino una applicazione « limitata » (la terminologia è di GOTHOT, *Le renouveau*, p. 209 s., poi consacrata nella dottrina francese: v. ad es. LOUSSOUARN/BOUREL, p. 103 s.) dell'unilateralismo: v. *infra*, para. 217 s.

¹⁰ Contro l'unilateralismo, in modo particolarmente deciso, si pronunciò, ancora nel 1962, NEUHAUS, nella prima edizione dei suoi *Grundbegriffe*, p. 57-58. Nel constatare quanto vana fosse stata la speranza, da lui coltivata (p. 57, nota 132) leggendo la critica all'unilateralismo condotta da Wiethölter (*infra*, in questa stessa nota), che anche le ultime recrudescenze unilateraliste si sarebbero presto

2. Quanto si è appena rilevato ci pare, tuttavia, costituire una contraddizione: appunto fra, da un lato, quella tendenza, di cui si è detto, ad ammettere che alcune regole o soluzioni, adottate dalla più parte degli attuali sistemi di diritto internazionale privato e ribelli per loro natura all'impostazione tradizionale, acquistano invece senso e chiarezza teorica se considerate alla luce dell'unilateralismo; e, dall'altro, la vischiosità di una tradizione che, in nome dell'eccellenza del metodo bilaterale, seguita a guardare con percettibile *manque de sympathie* tutti i meccanismi e gli accorgimenti che mal si conciliano con schemi e ragionamenti « classici »¹¹: il che è altresì – probabilmente – alla base del ridotto o ridottissimo spazio che l'unilateralismo ancora riceve nelle moderne trattazioni manualistiche.

Ebbene, proprio questa contraddizione ci sembra offrire una prima buona ragione per riprendere, ad alcuni decenni di distanza, lo studio dell'argomento¹². E ciò al fine, o piuttosto nella speranza, di eliminare appunto quel consistente residuo di diffidenza, quando non di ostilità, che questo metodo ancora oggi sembra suscitare, mostrando, con argomenti in parte a loro volta tradizionali in parte – confidiamo – nuovi, che tale

sopite, l'A. non esitò a definire l'unilateralismo come – appunto – uno di quegli « unsterblicher Irrtümer, die sozusagen aus der Natur der Dinge entspringen, und daher immer wiederkehren und immer von neuem widerlegt werden müssen ». Segnaliamo tuttavia che, nella seconda edizione della sua opera, apparsa nel 1976 (successivamente dunque alla pubblicazione dello studio di Gothot, che tra l'altro pure citò, a p. 5, il passo riferito), l'A. ha « espunto » la frase citata (alla quale dichiara di sottoscrivere LOUSSOUARN, ancora in LOUSSOUARN/BOUREL, p. 106). Apparsa nel 1956, la monografia di WIETHÖLTER, *Einseitige Kollisionsnormen als Grundlage des internationalen Privatrechts*, rappresenta probabilmente una delle ultime « apologie » del sistema bilaterale integrale. Occasionata forse da un'amicizia con Pilenko, che fu, come si dirà, fra i più decisi unilateralisti (v. *infra*, para. 107 s.), l'opera non poté tenere debito conto né degli studi di FRANCESCAKIS (*La théorie du renvoi* è del 1958, gli scritti sulle *lois d'application immédiate* degli anni sessanta), né – soprattutto – delle elaborazioni di Quadri. Wiethölter espone i tratti fondamentali delle maggiori dottrine unilateraliste, da Schnell e Niedner fino a Vivier, e le sottopone a minuto scrutinio, analizzando il rendimento che esse offrono, o piuttosto pretendono offrire, nel risolvere diversi problemi del d.i.p.: qualificazione, rinvio, ordine pubblico, adattamento, questione preliminare, per poi concludere ribadendo la superiorità, sotto diversi aspetti, del metodo bilaterale. Sulle valutazioni di Wiethölter, si dirà soprattutto a proposito del pensiero di Pilenko (*infra*, para. 111 s.). La sua monografia fu comunque ben accolta in Germania (v. la recensione del NEUHAUS, *RabelsZ*, 1958, p. 365 s.; più critico è invece MEISTER, *Grenzen*, p. 23, nota 14) ed all'estero (v. ad es. già DE NOVA, *Historical Introduction*, che, a p. 576, definì il lavoro come « careful piece of research and criticism »; GOTHOT, *Le renouveau*, si limita a qualche sporadica citazione). Le manifestazioni di lode, specie fuori dalla Germania, si riferiscono nondimeno, a nostro avviso, più alla ricostruzione della parte storica (p. 1-42), che non alla parte critica (p. 42-120), che è del resto in taluni punti un po' « impervia », ed in cui si riflette l'influenza dell'atteggiamento ostile all'unilateralismo della più autorevole dottrina tedesca del tempo (v. ad es. lo stesso NEUHAUS, *op. cit.*, *loc. cit.*, nonché MARTIN WOLFF, *P.I.L.*, p. 96-98).

¹¹ Cfr. PICONE, *Cours général*, p. 44.

¹² Il termine *a quo* preso a riferimento è l'anno di pubblicazione dello studio di GOTHOT, *Le renouveau*, che è il 1971.

atteggiamento non ha, e comunque non ha più nella attuale fase del pensiero del diritto internazionale privato, alcuna ragione d'essere¹³.

Una seconda ragione ci viene dal desiderio di mostrare la complessità, spesso trascurata, del fenomeno noto come unilateralismo. Sotto una comune rubrica si raggruppa infatti una varietà di concetti, idee e proposte – spesso formulate in epoche e aree giuridiche diverse – che, seppure provviste di un irriducibile nucleo di elementi comuni, differiscono tuttavia non di poco negli svolgimenti concreti e, talvolta, nei motivi ispiratori. Questa sorprendente « iridescenza » di forme ci pare essere stata – ed essere tuttora – sottovalutata da alcuni autori: il che spiega quel po' di confusione, di disorientamento che si scorge qua e là sul significato stesso dell'unilateralismo, sulla sua vera portata e sui reali rapporti da esso intrattenuti con il metodo tradizionale. Talora condannato infatti quale pretesto teorico per un malcelato *Heimwärtsstreben*, il metodo unilaterale è talaltra rimproverato per converso per quell'abbandono a sovranità straniera che esso teorizza, e dunque per quell'eccesso di internazionalismo che reca con sé. Altra volta, anche se più di rado, la natura *polimorfa* del fenomeno è, all'estremo opposto, sopravvalutata, e brandita dai suoi avversari per mostrare che esso si risolve in una semplice proposta di tecnica legislativa senza caratteri propri, quale vuoto involucro asservibile ai fini più diversi. Mentre è indubbio che un *roter Faden* collega le varie concezioni unilaterali: un'idea comune, ben più di sostanza che di forma, le ispira e le anima, reclamando il riconoscimento di una forte continuità.

La terza ragione all'origine del presente studio non ha invece natura propriamente tecnica, trattandosi in realtà di una – diciamo così – semplice preferenza soggettiva di chi scrive. Quale proposta alternativa al metodo classico, l'unilateralismo invita, oggi come un secolo fa, ad una salutare riflessione « globale » sulle fondamenta stesse su cui poggia il diritto internazionale privato, sulla sua stessa legittimità, sul suo strumentario tecnico, sui suoi obiettivi. La scelta fra bilateralità ed unilateralità non si risolve infatti in una semplice « querelle » di tecnica redazionale, ma da un lato presuppone prese di posizione fondamentali sul piano teorico¹⁴, investendo pressoché tutti gli aspetti della c.d. teoria generale del diritto internazionale privato, e costringe dall'altro ad una costante verifica dell'efficienza pratica delle soluzioni adottate, nuove o tradizionali che siano. Inoltre, poiché l'unilateralismo è stato proposto, come *dottrina*, e studiato, come

¹³ Di « climat d'hostilité envers l'unilatéralisme » parla ad es. BODEN, *L'ordre public*, p. 532, nota 1076, il quale con molta ragione osserva che « un tel état d'esprit n'est guère propice à l'analyse de la part de pertinence respective des théories unilatéraliste et bilatéraliste », e suggerisce dunque di « oublier son éventuelle animosité à l'égard de l'une ou de l'autre de ces théories ».

¹⁴ VIVIER, *Le caractère bilatéral*, p. 659, critico (p. 663) nei confronti della conclusione di AGO, *Teoria*, p. 84, secondo cui la discussione fra unilateralismo e bilateralismo non sarebbe (già nel 1934) più attuale.

*teoria*¹⁵, in diverse epoche e da autori di diverse tradizioni giuridiche, esso invita ad una riflessione sull'evoluzione storica del diritto internazionale privato, ciò che – per conconde ammissione – è indispensabile per comprendere lo stadio del pensiero attuale¹⁶, consentendo al tempo stesso una discussione moderna su un piano autenticamente internazionale¹⁷.

3. Spiegato, ancorché sommariamente, l'interesse che ci pare giustificare una ripresa dello studio dell'argomento, muoviamo dunque senz'altro ad illustrare il piano del lavoro. Esso si divide in tre parti.

La Parte Prima ha ad oggetto lo studio dell'unilateralismo quale *dottrina*: o meglio, quale insieme di dottrine, di sistemi, cioè, che raccomandano l'adozione di certe norme di diritto internazionale privato e ne respingono altre¹⁸. Poiché, come si dirà tra breve, il primo pensiero unilateralista affonda le proprie radici nel periodo di incubazione e di nascita del concetto moderno dei conflitti di leggi, e poiché adesioni a concezioni unilaterali o comunque d'ispirazione unilaterale si sono registrate in pressoché tutte le fasi in cui si è soliti scomporre la storia del pensiero del diritto internazionale privato moderno, questa prima parte avrà la fisionomia di una breve investigazione storica, auspicabilmente « utile », se non « convincente »¹⁹, di tale pensiero. E se talvolta, specie

¹⁵ Distinzione operata da GOTHOT, *La méthode unilateraliste*, p. 5: l'A. vede nelle *dottrine* unilaterali altrettante proposte *globalmente alternative* rispetto al sistema bilaterale (che si ritiene) vigente, laddove le *teorie* unilaterali sono quelle che, messa da parte ogni velleità *de iure condendo*, muovono dall'unilateralismo per spiegare alcuni fenomeni propri del diritto internazionale privato positivo. Per una discussione sul significato di « *théorie juridique* », anche nell'accezione che la oppone a « *doctrine* », v. BODEN, *L'ordre public*, p. 505 s.

¹⁶ Sull'importanza della storia per capire il d.i.p., v. già perentoriamente MEILI, *Die Doktrin des IPRs*, *BöhmsZ.*, 1891, p. 169: « Zum Verständnisse unserer Doktrin ist eine zusammenfassende ins Detail gehende Darstellung der Rechtsgeschichte des internationalen Privatrechts als ganz besonders dringlich zu erklären »; nonché GUTZWILLER, *Développement historique*, p. 432 e *Die Geschichte des IPRs*, p. 3: « en droit international privé l'histoire est tout » (v. anche la recensione di quest'ultima opera da parte di un altro grande cultore della storia della nostra materia, il NADELMANN, in *Am. J. Comp. Law*, 1978, p. 683); v. pure NIEDERER, *Einführung in die allgemeinen Lehren*, p. 17: « Das internationale Privatrecht der Gegenwart trägt, ob es will oder nicht, weitgehend das Gepräge seiner Geschichte », affermazione riportata da ETTER, *Souveränitätsgedanke*, p. 9. Sull'influenza che le *dottrine* hanno spiegato sull'« incremento di questa branca relevantissima del giure internazionale », v. del resto già LOMONACO, *Trattato di diritto civile internazionale*, Napoli, 1874, p. V.

¹⁷ Anche se è vero che l'« internazionalismo » è caratteristica pressoché costante della dottrina del diritto internazionale privato, la quale non ha mai smesso di sforzarsi di elevare la discussione su un piano appunto « ecumenico », neppure nei momenti di più acceso nazionalismo (FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi*, p. 8, in nota).

¹⁸ GOTHOT, *La méthode unilatéraliste*, p. 5.

¹⁹ Per questa dicotomia d'aggettivazione, riferita appunto al modo di presentare la storia nella nostra materia, v. GOTHOT, *Simple réflexions à propos de la saga des conflits de lois*, *Mélanges P. Lagarde*, Paris, 2005, p. 343 s., spec. p. 345-346.

nell'esplorazione delle origini, tutte schiettamente germaniche, di questo, ci siamo attardati a frugare tra le « rovine », è perché ci sono parse « rovine venerande »²⁰.

Tale Parte Prima vuole essere tuttavia non soltanto storica, ma altresì critica. Parallelamente all'esposizione delle dottrine unilaterali, si esamineranno dunque sia le obiezioni mosse dagli unilaterialisti alle tesi « classiche », sia quelle rivolte alle tesi unilaterali, vuoi da autori fedeli al metodo tradizionale, vuoi da altri successivi unilaterialisti; e di ciascuna si cercherà di valutare la legittimità, assumendo a metro di giudizio ragioni di solidità logica, di realizzabilità pratica, e di coerenza del mezzo col fine; e ciò sia nella prospettiva del tempo in cui tali dottrine sono state formulate, sia avuto riguardo al pensiero corrente²¹. Particolare attenzione sarà dedicata all'atteggiamento serbato dagli autori esaminati rispetto ai c.d. conflitti « positivi » e « negativi », e alla lenta, graduale ma costante, evoluzione del pensiero unilaterale nel proporre soluzioni per risolverli, evoluzione spesso trascurata dalla dottrina tradizionale che pur ha sempre additato in tali conflitti una debolezza « congenita » dell'idea unilaterale.

Al termine di questa ricognizione si perverrà ad una conclusione provvisoria: l'unico rilievo mosso all'unilateralismo quale dottrina che sembra colpire nel segno è quello che fa leva sulla sua « mancanza di positività », sul fatto che, insomma, un sistema unilaterale, una *Systemeinseitigkeit*, non si sia mai realizzata pienamente²². Verificare la perdurante attualità di tale conclusione sarà compito della Parte Seconda e della Parte Terza. Queste avranno ad oggetto l'unilateralismo quale *teoria*: cioè quale insieme di norme, tecniche, meccanismi che si pretendono in grado di spiegare, almeno in parte, la realtà del diritto internazionale privato attuale.

La Parte Seconda sarà dedicata allo studio delle « norme unilaterali ». Dopo averne esaminato la struttura, proposto alcuni criteri di classificazione, studiato il controverso rapporto intrattenuto con le « norme di applicazione necessaria » o *lois de police*, ci si chiederà se le norme unilaterali che si rinvencono nei sistemi di d.i.p. moderni possano considerarsi altrettante applicazioni « parziali » dell'unilateralismo (*Einzeleinseitigkeit*), se cioè possano definirsi quali vere e proprie norme *di conflitto* unilaterali. Avendo dato

²⁰ L'immagine è presa da ANZILOTTI, *La codificazione del diritto internazionale privato, Discorso letto nel R. Istituto di Scienze sociali Cesare Alfieri il 12 novembre 1893, Opere*, III, p. 71; « l'exégèse d'une pensée – ammoniva cinquant'anni dopo BATIFFOL, *Tendances doctrinales*, p. 7 – est un travail d'érudition qui doit suivre, s'il veut être exact, toutes les sinuosités de l'œuvre étudiée ».

²¹ Poiché, come si vedrà nel corso della Parte Prima, le ragioni dello scarso successo delle dottrine unilaterali sono di carattere storico ed in parte pratico più che propriamente logico (v., seppur velatamente, già BATIFFOL, *Tendances doctrinales*, p. 44-52), è necessario innanzitutto verificare che tali ragioni continuino ad essere operanti nella fase attuale del pensiero del diritto internazionale privato (laddove difetti di costruzione logica permarrebbero verosimilmente indipendentemente dal mutare dell'evoluzione del pensiero).

²² Cfr. GOTHOT (*Le renouveau*, p. 209), che constatava appunto un « manque de positivité », dallo stesso A. definito quale « pire défaut qui puisse affecter une théorie juridique ».

una risposta tendenzialmente affermativa, ci si soffermerà sul concetto di « norme internazionalmente imperative »²³, mostrando che la nozione offertane dall'unilateralismo, che pare, almeno a tutta prima, più coerente con il fondamento della loro « presa in considerazione » da parte di Stati terzi e con il concetto di « norme imperative » proprio del diritto interno, estenderebbe notevolmente la misura della positività dell'unilateralismo nei sistemi, sempre più numerosi, che ne consentono espressamente il richiamo, incamminando la *Einzeleinseitigkeit* verso una *Systemeinseitigkeit*.

In secondo luogo, si studierà il funzionamento del « metodo dell'applicazione generalizzata o quasi-generalizzata della *lex fori* »²⁴ e del suo *pendant* costituito dal « metodo del riconoscimento »²⁵. Si mostrerà la diffusione progressiva di tali metodi, ancora poco studiati²⁶, nelle ipotesi in cui si tratta, rispettivamente, di costituire nel foro, per il tramite di un'autorità, un rapporto giuridico nuovo, e di riconoscere nel foro un rapporto giuridico sorto all'estero, pure per il tramite di un'autorità, e si esaminerà se ed in che misura essi possano, nel loro lavorare congiunto, considerarsi quale applicazione moderna dell'unilateralismo. Si passeranno in rassegna, in particolare, i settori delle *registered partnerships*, dell'adozione, del divorzio, della celebrazione del matrimonio e delle società. Speciale attenzione sarà dedicata ai criteri con cui i conflitti positivi si trovano ad essere risolti o piuttosto prevenuti: il che pare avere luogo, se ci si situa nel momento precedente la nascita del rapporto, per effetto di una manifestazione, seppure indiretta, di volontà degli interessati, e, se ci si riporta ad un momento successivo a tale nascita, a mezzo di una sorta di *favor validitatis*.

Constatata allora una certa contiguità negli esiti pratici fra, da un lato, l'azione combinata dell'efficacia generalizzata della *lex fori* e del riconoscimento di situazioni giuridiche create all'estero, e, dall'altro, l'operare tanto delle norme di conflitto *alternative*, specie quelle che impiegano il criterio del *favor validitatis* o *existentiae* di un fascio di diritti ed

²³ V., per questa denominazione, nella dottrina italiana, BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, p. 1 s.

²⁴ Questa forma « onomastica » pare ormai consacrata nella dottrina italiana, soprattutto per opera dei lavori di PICONE, *Il metodo dell'applicazione generalizzata della lex fori*, in *La riforma*, p. 371 s.; *Cours général*, p. 143 s.; v. da ultimo dello stesso A., *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità di metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, a cura dello stesso PICONE, Padova, 2004, p. 484 s. Di « application quasi-généralisée de la *lex fori* » parlarono già FRANCESCAKIS e GOTHOT a proposito della legge belga del 27 giugno del 1960 in materia di divorzio internazionale, in *Une réglementation inachevée du divorce international*, *La loi belge du 27 juin 1960*, *Rev. crit.*, 1962, p. 247 s.

²⁵ Per questa denominazione, di conio recente, v. LAGARDE, *Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures*, *RabelsZ.*, 2004, p. 225 s., e MAYER, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, *Mélanges P. Lagarde*, Paris, 2005, p. 547 s.

²⁶ V. MAYER, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, p. 547, per il quale « le sujet est assez neuf, du moins en France ».

obblighi, quanto delle norme che accordano alle parti il potere di designare la legge applicabile ai rapporti interindividuali cui esse danno vita mediante le loro dichiarazioni negoziali o i loro atti e comportamenti, saremo naturalmente sospinti, nella Parte Terza, ad interrogarci sul contributo che l'unilateralismo può apportare alla spiegazione della genesi di questi due tipi di norme e della c.d. « materializzazione del diritto internazionale privato » che s'insinua per loro tramite; nonché a riflettere, per questa via, sul fenomeno della « concorrenza degli ordinamenti giuridici » che pare essere uno dei tratti fisiognomici notevoli del diritto internazionale privato di questo principio di secolo²⁷.

²⁷ In Europa, da ultimo, MUIR WATT, *Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois de droit privé*, Mélanges P. Lagarde, Paris, 2005, p. 615 s.

Parte Prima

**LE DOTTRINE UNILATERALI:
UNA RICOSTRUZIONE
STORICO-CRITICA**

Introduzione

SOMMARIO: – 4. Breve sintesi del nucleo comune alle dottrine unilaterali. Le tre stagioni dell'unilateralismo. – 5. L'unilateralismo tedesco e la sua influenza sulla codificazione tedesca di fine Ottocento. – 6. La seconda fase del pensiero unilaterale: Niboyet e l'unilateralismo francese, Pilenko, Quadri. – 7. L'unilateralismo americano: Sohn, Currie, Kramer, Fruehwald. – 8. Cenni sui rapporti fra unilateralismo e dottrine statutarie.

4. Nel corso della storia moderna del d.i.p., quella che corre da Savigny in poi²⁸, alcuni autori, più e meno noti, hanno, in contesti giuridico-culturali anche molto diversi, professato fede unilateralista. Reagendo – cioè – al modo, quasi subito definito « savigniano » e presto diventato « classico », di porre e risolvere i problemi sollevati dai conflitti di leggi²⁹, tali autori affermano che il vero compito delle norme di diritto internazionale privato non è, né può essere, l'assegnazione di una fattispecie, rapporto giuridico o di fatto che sia, ad una determinata legge, vuoi del *foro* vuoi *straniera*, designata dalle norme stesse; bensì la semplice delimitazione della *competenza legislativa* dell'ordinamento del *foro*, ovvero, detto altrimenti, dell'*ambito di applicazione nello spazio* delle sue norme materiali; ovvero, con fraseologia ancora diversa ma sempre equivalente, della *cerchia dei rapporti* cui tali norme materiali intendono estendere la propria disciplina, le proprie « valutazioni giuridiche ». All'applicazione del diritto straniero, ed innanzitutto alla selezione di quello competente, si è guidati, nel vuoto lasciato dal diritto materiale del foro, non già dalle norme di conflitto di questo, la cui funzione si esaurisce appunto nell'accennata delimitazione, ma piuttosto da un diverso principio: il rispetto, quanto meno se e fin dove è possibile, della *volontà di applicazione*, o di *non applicazione*, dello o degli ordinamenti stranieri « in presenza »³⁰.

Nonostante l'indiscutibile nucleo comune, il pensiero dei diversi unilateralisti differisce sia nella misura dello scarto da essi preconizzato rispetto all'impostazione tradizionale, sia nelle ragioni, teoriche e pratiche, addotte a sostegno delle proprie tesi, sia ancora nel grado di elaborazione che essi seppero dare al loro sistema. Tali differenze rinvergono a loro volta la loro radice vuoi nella particolare temperie culturale in cui gli autori che professarono tali dottrine vissero ed operarono, e nelle idee, di volta in volta prevalenti, circa i rapporti fra Stato, diritto e società; vuoi nel diverso livello di perfezionamento raggiunto dal sistema bilaterale oggetto delle loro critiche; vuoi, ancora, nel particolare

²⁸ Come è noto, SAVIGNY ultimò l'ottavo volume del suo *System des heutigen römischen Rechts* nel luglio del 1849 e lo pubblicò nello stesso anno. Si è soliti ritenere che, con questa data, il diritto internazionale privato entri nella fase propriamente « moderna ».

²⁹ Cfr. ad es. VON BAR, *Theorie und Praxis*, p. 8 s.; ANZILOTTI, *La questione del rinvio*, p. 13 s.

³⁰ AUDIT, *Cours général*, p. 231, secondo cui appunto « l'unilatéralisme moderne (...) est fondé sur la volonté d'application des lois ».

percorso intellettuale con cui essi pervennero alle loro convinzioni; vuoi infine, e più semplicemente, nella loro diversa personalità. Non senza qualche semplificazione che si rileverà, si possono distinguere tre periodi o stagioni in cui si snoda e svolge la storia del pensiero unilaterale nel d.i.p. All'esame di ciascuna di queste tre stagioni è dedicato un apposito capitolo della Parte Prima.

5. Il primo unilateralismo – l'unilateralismo tedesco – che ebbe in Schnell, Keidel, Edelmann, Niedner, Enneccerus, Neumann, e von Bar³¹ i suoi propugnatori, e probabilmente in Thöl il suo primo – anche se non del tutto consapevole – teorico³², maturò e prese corpo alla fine del secolo scorso, in occasione della grande opera di codificazione compiuta in Germania³³.

Si è spesso scritto, da parte della dottrina tradizionale, ma anche da unilateralisti successivi, che il primo unilateralismo è ancora influenzato dalla c.d. concezione « universalistica » del diritto internazionale privato; e che esso muove dall'idea che le norme di conflitto abbiano per missione di dirimere i conflitti di sovranità fra gli Stati. E pure si è detto che i suoi seguaci pongono essenzialmente in rilievo l'illegittimità della delimitazione, operata dalle regole bilaterali, della sfera di competenza degli ordinamenti stranieri, e dunque della sovranità degli Stati da cui emanano: risolvendosi, infatti, tale delimitazione in una violazione del principio, proprio del diritto delle genti, che vuole tutti gli Stati eguali in sovranità ed impedisce appunto attribuzioni o sottrazioni di tale sovranità da parte di uno Stato a vantaggio o scapito di altri.

Ebbene, un'analisi più attenta di questa prima fase del pensiero unilateralista, che avrà la fisionomia di una vera e propria « rivisitazione », rivelerà che l'*acquis* storiografico cui si è appena accennato solo in misura limitata corrisponde al vero, e che la proposta unilaterale, pur ai suoi primordi, era già nondimeno ben altrimenti ricca e complessa. Seppure finora ha regnato molta incertezza fra gli storici al riguardo, forniremo altresì le prove che i compilatori dell'*EG BGB* furono intimamente convinti della bontà teorica e pratica di tale proposta e che scelsero dunque consapevolmente di accoglierla nella codificazione di cui recano la paternità. Per la complessità delle questioni trattate nelle

³¹ Su Schnell e Niedner, spesso associati, v. KAHN, *Über Inhalt*, p. 294 s.; ANZILOTTI, *Leggi interne*, p. 116, e *Corso* 1925, p. 54; NEUMANN, p. 13 (anche se non li nomina esplicitamente); PILLET, *Principes*, p. 75; GUTZWILLER, *IPR*, p. 1541; RAAPE, *IPR*, p. 11 s.; AGO, *Teoria*, p. 75 s.; SOHN, *New Bases*, p. 980; WIETHÖLTER, *Einseitige Kollisionsnormen*, p. 5; QUADRI, *Lezioni*, p. 268; GOTHOT, *Le renouveau*, p. 13 s.; SCHURIG, *Kollisionsnorm*, p. 29. Agli altri autori che ad riscono a questo primo unilateralismo, la dottrina non ha in pratica dedicato attenzione: v. *infra*, para. 37 s.

³² Cfr. SCHNELL, *Über die Zuständigkeit*, p. 343, nota 5. THÖL fu autore, tra l'altro, di una *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, in cui dedica ai conflitti fra leggi alcune pagine, di cui si dirà *infra*, para. 38 s. Per un accenno alle possibili influenze di quest'A. sulla dottrina di Schnell, v. già ANZILOTTI, *Leggi interne*, p. 77.

³³ I lavori per la codificazione iniziarono nel 1880 e si conclusero con l'entrata in vigore dell'*EG BGB* il 1° gennaio del 1900.

vivaci discussioni che accompagnarono il processo codificatorio e la fecondità di alcune delle idee che ne nacquero, abbiamo anzi voluto aprire il capitolo dedicato al primo unilateralismo proprio con lo studio della storia delle norme di d.i.p. inserite nell'*EGBGB* del 1896.

6. La seconda stagione dell'unilateralismo affonda le sue radici nella c.d. « fase nazionalista » della storia recente del d.i.p. Se questo ne fu il periodo di incubazione e di nascita, l'arco di tempo in cui tale secondo unilateralismo crebbe, si sviluppò e giunse a maturazione è assai considerevole, ed arriva in pratica fino ad anni recenti. Alcuni suoi fermenti venano del resto sicuramente il pensiero attuale del d.i.p., alcuni dei suoi frutti devono ancora raccogliersi. E', insomma, la stagione più ricca e variegata, ma anche quella i cui molteplici e sparsi stimoli e fondamenti più difficilmente si lasciano chiudere in formule semplici ed univoche.

La fase nazionalista del d.i.p., preparata già nell'ultimo scorcio di Ottocento specialmente per mano della dottrina tedesca e francese, e matura, soprattutto in Germania, in Francia e in Italia³⁴, nei decenni compresi fra le due guerre mondiali, è contraddistinta, da un lato, dalla coscienza del carattere irriducibilmente *nazionale* sia delle norme di conflitto sia, per conseguenza, delle scelte, spesso eminentemente politiche, dei criteri di collegamento cui esse ricorrono; dall'altro, dalla convinzione che il diritto internazionale privato, come del resto tutto il diritto privato, anche se sulla scorta di un apparato di meccanismi e tecniche propri, aspiri alla disciplina delle *relazioni giuridiche interindividuali* e non già di quelle *interstatali*. Tali fattori condussero, sul piano della teoria generale, sia a diffuso, anche se non unanime, scetticismo circa l'utilità dell'idea di sovranità ai fini del diritto internazionale privato³⁵, anche alla luce delle difficoltà incontrate dalla dottrina pubblicistica nel metterne a punto una nozione precisa; sia – e soprattutto – al

³⁴ V. fra gli altri, MELCHIOR, *Grundlagen*; RAAPE, *IPR*; AGO, *Teoria*; LEPAULLE, *Nature et méthode*; ARMINJON, *L'objet et la méthode*; BARTIN, *Principes*; NIBOYET, *Traité*.

³⁵ Cfr. già KAHN, *Über Inhalt*, p. 283 s., nonché NIEMEYER, *Vorschläge*, p. 12 s. Il principio di sovranità ha nondimeno continuato ad esercitare una forte suggestione su certa dottrina del d.i.p.; e l'idea che esso spieghi una certa influenza sul diritto internazionale privato non pare essere mai stata abbandonata, neppure ai nostri giorni: v., nella letteratura più risalente, ETTER, *Vom Einfluss der Souveränitätsgedanke*, passim, LOUIS-LUCAS, *L'idée de réciprocité dans le règlement des conflits de lois*, *Rev. crit.*, 1949, p. 13 s.; in quella più moderna, LAGARDE, *Le principe de proximité*, p. 56 s., PATAUT, *Le principe de souveraineté*, passim (anche se soprattutto con riguardo ai conflitti di giurisdizione); AUDIT, *Cours général*, p. 302, che cita il « respect mutuel des souverainetés » quale obiettivo, fra gli altri, della norma bilaterale; JOSSELIN-GALL, *La place de l'Etat dans les relations internationales et son incidence sur les relations privées internationales*, *Mélanges P. Lagarde*, Paris, 2005, p. 505, secondo cui « c'est la souveraineté qui demeure au centre du système ». La sovranità è d'altra parte uno dei fondamenti dell'unilateralismo di FRUEHWALD (*Choice of Law for the American Courts*, p. 104 s.), formulato in anni recenti: v. *infra*, para. 163 s.

reciso rifiuto di ogni dipendenza del diritto internazionale privato rispetto al diritto delle genti³⁶.

In questa temperie, culturale e politica ad un tempo, le voci di matrice unilaterale che, pur largamente minoritarie, si levano nondimeno un po' ovunque nell'Europa continentale, stigmatizzano bensì, come già fece il primo unilateralismo, l'attribuzione alle norme di conflitto della funzione di designazione della legge straniera competente; non già però protestando l'illegittimità di tale designazione, perché, non essendovi principi superiori cui è fatto obbligo agli Stati di adeguarsi, questi rimangono « padroni a casa propria »; bensì essenzialmente mettendone a nudo la *contraddittorietà* con gli scopi del diritto internazionale privato: le norme bilaterali a ben guardare finiscono per creare conflitti di leggi anziché risolverli, il che comporta, nella sfera degli individui coinvolti, il rischio di un non-riconoscimento nel foro dell'efficacia di diritti creati o delle situazioni giuridiche acquisite all'estero, e la conseguente rottura della continuità della loro vita giuridica, generando insicurezza ed instabilità, ed ostacolando in questo modo il traffico giuridico internazionale.

La seconda fase del pensiero unilateralista conobbe un periodo di gestazione relativamente lungo e laborioso. Precorsa da alcune intuizioni di Neumann³⁷ e Gabba³⁸ alla fine dell'Ottocento, anticipata, almeno in parte, negli scritti di Lerebours-Pigeonnière³⁹,

³⁶ Conclusione già del resto chiaramente enunciata da GEBHARD nei « motivi » dati ai suoi due *Entwürfe*: v. *infra*, para. 13-14. L'indipendenza degli ordinamenti giuridici internazionale ed interno anima la grande manualistica di d.i.p. apparsa fra le due guerre (in particolare quella tedesca: LEWALD, *IPR*; MELCHIOR, *Grundlagen*; RAAPE, *IPR*; NUSSBAUM, *IPR*; MARTIN WOLFF, *IPR*; francese: BARTIN, *Principes*; ARMINJON, *Précis*; NIBOYET, *Traité*; ed italiana: AGO, *Teoria*; ANZILOTTI, *Corso* 1925) e si pone in contrasto con le idee coltivate, fra gli altri, da VON BAR, *Theorie und Praxis*, dal primo ANZILOTTI, *Leggi interne*, da ZITELMANN, *IPR*, nonché, ancora alle soglie degli anni trenta, da FRANKENSTEIN, *IPR*, ed in parte anche da GUTZWILLER, *IPR*.

³⁷ *Internationales Privatrecht in der Form eines Gesetzentwurfes*, Berlin, 1896. Le tesi di Neumann, che saranno esposte *infra* ai para. 49 s., anticipano alcune soluzioni di MEIJERS (*La question du renvoi*) e di FRANCESCakis (*La théorie du renvoi*), e – più in generale – avviano la riflessione sulla limitazione nello spazio della sfera applicativa del diritto internazionale privato del foro (cfr. MAKAROV, *Les cas d'application des règles de conflit étrangères*, *Rev. crit.*, 1955, p. 431-457, nonché, dello stesso autore, *Das Problem des anzuwendenden Kollisionsrechts*, *ZVglRWiss.*, 1943, p. 230 s.; *Der allgemeine Teil des neuen französischen Kodifikationswerkes*, *Festschrift M. Wolff*, 1952, p. 261 s.; *Der Gleichbehandlungsgrundsatz und das IPR*, Eranion G. Maridakis, Athen, 1964, p. 231-245). Sulla proposta di Neumann v. già ANZILOTTI, *Le leggi interne* (in senso critico), nonché più tardi AGO, *Teoria*, a più riprese, spec. p. 67 s. V. anche WIETHÖLTER, *Einseitige Kollisionsnormen*, p. 6-7, che però nega che Neumann possa definirsi propriamente unilaterista; e GOTHOT, *Le renouveau*, p. 435-436, che lo considera un precursore dell'unilateralismo moderno.

³⁸ *Introduzione al diritto civile internazionale italiano* (1906), riprodotto in *Dir. int.*, 1968, p. 281-330; 1969, p. 235-285; v. anche dello stesso A. *La clausola finale dell'art. 8 del Titolo preliminare del codice civile italiano*, *Giur. it.*, 1892.

³⁹ Spec. in *Observations sur le renvoi*, *Clunet*, 1924, p. 878-880. Sulle tesi di Lerebours-Pigeonnière, v. già LEWALD, *La théorie du renvoi*, p. 602, che vi avverte un legame con la soluzione data al

Rundstein⁴⁰, Meijers⁴¹, tra gli anni venti e trenta, questa seconda ondata di adesioni all'idea unilaterale giunse a maturazione fra gli anni quaranta e sessanta, presso tre principali autori, appartenenti essenzialmente alle aree francese ed italiana, mentre la dottrina tedesca, nonostante i moniti di Trammer⁴² e Meister⁴³, veniva, con Wiethölter, a farne una critica estesa e ritenuta definitiva⁴⁴.

Il primo fu J.-P. Niboyet, il cui unilateralismo appare particolarmente ricco, di spunti ma anche di ambiguità, e ben incarna la duplice anima di quest'idea, nazionalista ed internazionalista ad un tempo⁴⁵. Se ad essere assorbito dalla storiografia francese moderna è soprattutto il suo richiamarsi al principio di sovranità, dunque ad una concezione già allora per lo più in declino in Europa, Niboyet ha impiantato la sua fede unilaterale anche e più sulla moderna esigenza del rispetto nel foro dell'*efficacia dei diritti creati all'estero*, inaugurando così un filone prezioso e fecondo, anche se greve di incertezze, e destinato ad una durevole ma alterna fortuna fino ai nostri giorni. Accolta senza riserve da Vivier⁴⁶, ed in parte, con prudenza, da Francescakis⁴⁷ prima e, sembrerebbe, da Muir

rinvio da VON BAR, in *Theorie und Praxis*, p. 248; v. anche MEIJERS, *La question du renvoi*, p. 215 s.; WIETHÖLTER, *Einseitige Kollisionsnormen*, p. 23 s., che tuttavia esita ad includere l'A. fra gli unilateralisti; FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi*, p. 85 s.; GOTHOT, *Le renouveau*, p. 209, che lo considera autore di un tentativo di conciliazione fra unilateralismo e bilateralismo.

⁴⁰ V. i due articoli, pubblicati entrambi su *Revue Gand (Rev. dr. et législ. comp.)*: *Le fondement du droit international privé et le problème de la conception étatique*, 1931, p. 218 s. e *La structure du droit international privé et ses rapports avec le droit des gens*, 1936, p. 314 s. Di nazionalità polacca, Rundstein fu peraltro uno dei pochi autori ad avere accesso all'originaria opera di Pilenko del 1911 (in lingua russa). Su Rundstein, v. fuggevolmente MEIJERS, *La question du renvoi*, p. 209-211 e WIETHÖLTER, *Einseitige Kollisionsnormen*, p. 17-18.

⁴¹ Il fortunato scritto *La question du renvoi*, *Bulletin de l'Institut juridique international*, 1938, p. 191-231.

⁴² *Über die sogenannten « Einseitigen Normen » des IPRs*, *RebelsZ*, 1957, p. 401-408; v. anche *Réflexions sur la structure de la règle de conflit de droit international privé*, *Festschrift C. M. Schmitthoff*, Frankfurt a.M., 1973, p. 367-373. Nel riflettere sulla « lacuna » lasciata dalle norme unilaterali, che – proprio perché non si occupano della designazione della legge straniera competente – vengono definite *unvollständig*, Trammer rileva che l'operazione di « bilateralizzazione », pur per lo più praticata dalla giurisprudenza tedesca, non è né l'unico né il migliore modo per colmare tale « vuoto » di disciplina (*op. cit.*, p. 406-408).

⁴³ *Grenzen des Geltungsbereiches nationaler Kollisionsnormen*, *AcP*, 1959-1960, p. 16-37.

⁴⁴ V. *supra*, nota 10.

⁴⁵ V. *infra*, para. 67 s.

⁴⁶ *Le caractère bilatéral des règles de conflit de lois*, *Rev. crit.*, 1953, p. 655-676; 1954, p. 73-90 (v. *infra*, p. 92 s.). Vivier, che è più che un semplice « simpatizzante » dell'unilateralismo (e comunque non un « bilateralista moderato » come lo definisce QUADRI, *Lezioni*, p. 277: basta leggere, per convincersene, le osservazioni da lui svolte sull'unilateralismo « estroverso » di Ago, *op. cit.*, p. 81-81) è stato probabilmente il primo autore ad avere ricercato la presenza di un unilateralismo « latente » nella designazione della legge straniera (operata dalla regola bilaterale) così come intesa e praticata dalla giurisprudenza, specie francese. E' cioè con Vivier (in ciò presto seguito da FRANCESCAKIS e,

Watt⁴⁸ trent'anni dopo, l'istanza unilaterale in materia di efficacia delle situazioni giuridiche nate all'estero pare avere dato vita ad un vero e proprio « filone unilaterale » francese. Il secondo autore, pensatore solitario, cui si deve la costruzione probabilmente più sottile ed elegante, anche se rimasta incompiuta, ma che fu come prigioniero della rigidità dei suoi schemi, e rimase comunque privo d'influenza sulla dottrina europea, pur precorrendo in più punti certo unilateralismo americano successivo, fu Alexander Pilenko, professore russo attivo a Parigi⁴⁹. Il terzo autore, artefice della critica più completa e vigorosa della concezione tradizionale, e padre della apologia più appassionata e brillante, mai peraltro convincentemente confutata, dell'idea unilaterale fu, come è notissimo, il nostro Rolando Quadri⁵⁰.

7. La terza stagione dell'unilateralismo ci viene dagli Stati Uniti. E' l'« unilateral approach », una delle correnti di pensiero che hanno portato oltre-oceano ad un

a distanza di qualche lustro, da GOTHOT, che infatti non esita a definire « già classico » il citato lavoro: *Le renouveau*, p. 4) che s'intraprende lo studio dell'unilateralismo come teoria.

⁴⁷ In particolare, v. *La théorie du renvoi*, Paris, 1958; v. pure gli altrettanto noti scritti del « savant auteur grec » (così LALIVE, *Tendances*) sulla teoria delle « lois d'application immédiate » (in particolare: *Quelques précisions sur les lois d'application immédiate*, *Rev. crit.*, 1966, p. 1-18; e *Lois d'application immédiate et droit du travail. L'affaire du comité d'entreprise de la « Compagnie des Wagons-lits »*, *Rev. crit.*, 1974, p. 273-296). Il sistema di Francescakis è correntemente definito (da GOTHOT, *Le renouveau*, p. 213 e 425; e anche dall'A. stesso, *Quelques précisions*, p. 13) come unilateralismo « parziale »: tale « parzialità » accomuna la teoria delle « lois d'application immédiate » (*infra*, Capitolo V) e quella del riconoscimento dell'efficacia dei diritti creati all'estero (*infra*, para. 98 s.), che precorre il « metodo del riconoscimento » delle situazioni giuridiche, oggetto di molta attenzione in anni recenti (*infra*, Capitolo VI).

⁴⁸ *La fonction de la règle de conflit*, thèse Paris, 1985, spec. p. 609 s.

⁴⁹ PILENKO ha esposto il suo pensiero in due articoli: *Droit spatial et droit international privé, Ius gentium*, 1953, p. 34-59, e *Le Droit spatial et le Droit international privé dans le projet du nouveau Code Civil français, Etude méthodologique*, *Rev. hell.*, 1954, p. 319-355: *infra*, para. 109 s.

⁵⁰ Il pensiero di QUADRI si è precisato per gradi (v. del resto l'osservazione dell'A. stesso in *Lezioni*, 5^a ed., p. 243), in un arco di tempo di circa vent'anni. Si segnalano, in particolare i seguenti scritti preparatori (raccolti in QUADRI, *Scritti giuridici*, Vol. II, *Diritto internazionale privato e processuale*, Milano 1988, a cui ci si riferisce nelle indicazione delle relative pagine): *La funzione del diritto internazionale privato* (1936), p. 4-72; *Problemi fondamentali del diritto internazionale privato del lavoro* (1940), p. 273-289; *Critica del c.d. problema del rinvio* (1943), p. 353-362; *Leggi politiche e diritto internazionale privato* (1943), p. 363-377; *Espropriazioni all'estero e diritto pubblico* (1943), p. 379-385; *Analyse critique du problème des qualifications* (1953), p. 471-547; *De la preuve du droit étranger* (1953), p. 549-565. Il sistema del Quadri è esposto in modo compiuto a partire dalla terza edizione (1961) delle sue *Lezioni*, con qualche importante precisazione nella quarta (1967), della quale la quinta (1969) è sostanzialmente una ristampa. Tra le ultime riflessioni che l'autore ebbe a svolgere sul « sonno dogmatico » in cui verserebbe la dottrina attuale di diritto internazionale privato, v. *Quelques considérations sur la contribution du professeur Wengler au progrès du droit international privé, Festschrift W. Wengler*, Bd. II, Berlin, 1973, p. 1-15.

ripensamento del diritto internazionale privato, tanto radicale da far parlare di una vera e propria « rivoluzione »⁵¹.

Preparato di lunga mano negli anni venti e trenta dalla c.d. scuola di Yale⁵² che, fedele allo spirito pragmatico della *common law*, attaccò il dogmatismo della tradizione savi-gniana, raccolta dalla scuola di Harvard e consacrata dal Beale nel *First Restatement*; favorito, nei primi anni del secondo dopoguerra, dal fiorire di vivaci discussioni sulle insufficienze del metodo tradizionale e sui modi per porvi rimedio⁵³, tale « approccio », già più che annunciato in un contributo, suggestivo e profondo, di L. Sohn⁵⁴ nei primi anni quaranta, si trova organizzato e sistemato in una serie di articoli di Currie fra la fine degli anni cinquanta e i primi anni sessanta.

Constatando la tendenza interventista dello Stato⁵⁵, specie nei settori infortunistico ed economico, l'« unilateral approach » riporta innanzitutto alla ribalta la presenza di concreti *interessi* appunto *statuali* nei conflitti di leggi, già per vero chiari ai primi unilateralisti⁵⁶. Considerando poi il conflitto da dirimere come esistente non tanto fra ordinamenti complessivamente considerati bensì fra le singole norme, ciascuna portatrice di una *policy* (che è poi lo « scopo » o *ratio legis*, il « but », lo « Zweck » dei sistemi continentali), talvolta o spesso peculiare allo Stato che la pone, tale nuovo metodo propone l'applicazione di quella, o quelle, fra queste norme, che hanno appunto *interesse*, o comunque il maggiore interesse, ad applicarsi: il che presuppone una ricerca, una *analisi* di tale interesse, della sua estensione e della sua portata, da condursi – almeno tendenzialmente – in base alle norme, ai principi, al modo d'essere degli ordinamenti cui appartiene la regola portatrice dello stesso.

⁵¹ V. ora il corso di SYMEONIDES, *American Choice-of-Law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow*, RCADI, 2002, t. 298.

⁵² Ci riferiamo specialmente agli scritti di: COOK, *The Logical and Legal Basis of the Conflict of Laws*, *Yale L. J.*, 1924, p. 457 (poi incluso in una raccolta di scritti pubblicata con il medesimo titolo nel 1942); LORENZEN, *Territoriality, Public Policy and the Conflict of Laws*, *Yale L. J.*, 1924, p. 736 s.; YNTEMA, *The Hornbook Method and the Conflict of Laws*, *Yale L. J.*, 1928, p. 468; CAVERS, *A Critique of the Choice-of-Law Problem*, *Harv. L. Rev.*, 1933, p. 428 s.

⁵³ Così CHEATHAM & REESE, *Choice of the Applicable Law*, *Colum. L. Rev.*, 1952, p. 972 che ebbero a scrivere che « the law of the state with the dominant interests should normally be applied ».

⁵⁴ *New Bases for Solution of Conflict of Laws Problems*, *Harv. L. Rev.*, 1942, p. 978 s., che si richiama a Schnell e Niedner, definendoli « two eminent jurists », e dei quali intende « revive the theory and make it more practicable » (p. 980, nota 9). Per un riassunto di tale contributo, v. *infra*, para. 141 s.

⁵⁵ Cfr. del resto il movimento di interesse, che andava prendendo corpo in Europa proprio in quel torno di tempo, per le « lois d'application immédiate », le quali, come s'esprime Francescakis, rinvergono la loro radice negli « objectifs politiques, culturels, sociaux, économiques, que l'Etat met en œuvre au moyen des structures organisées par lui » (*Quelques précisions*, p. 13; cfr. *supra*, nota 47).

⁵⁶ Il che attesta, ancora una volta, di una certa « circolarità » delle idee che animano il d.i.p.: v. ad es. NADELMANN, *Marginal Remarks on New Trends in American Conflicts Law*, *Law & Cont. Probs.*, 1963, p. 860, per il quale in diritto internazionale privato « everything worth of trying has been tried before under the same or other labels »; cfr. JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, p. 6.

In altri termini, tale metodo propone, al fine di verificare innanzitutto l'effettiva presenza di un conflitto di leggi, l'accertamento della volontà di applicazione, rispetto alla fattispecie concreta, delle norme in presenza, volontà da desumersi vuoi dalla porzione introversa (« inward-looking ») della norma di conflitto posta dal relativo Stato, vuoi, in mancanza, dallo scopo, dalla *policy* perseguita delle norme stesse. Di qui la stretta parentela, del resto precocemente rilevata, tra l'« unilateral approach » e l'unilateralismo « europeo »⁵⁷: dal quale il primo nondimeno si differenzia per il maggiore rilievo dato agli interessi statali e per l'attenzione programmatica rivolta alla risoluzione dei conflitti positivi e negativi.

Il pensiero di Currie, che non è rimasto senza influenza sul *Second Restatement*, sulla codificazione della Louisiana, e sul progetto di codificazione di Porto Rico, ed è stato accolto con certo favore da diverse corti americane⁵⁸, è stato nondimeno sottoposto a dure critiche, in Europa e negli stessi Stati Uniti, dirette soprattutto a metterne in luce le difficoltà di messa in opera e a condannarne gli eccessi statalistici e legeforisti⁵⁹. Dopo la precoce scomparsa del suo iniziatore, l'unilateralismo americano è andato soggetto ad un intenso processo di svolgimento ed affinamento da parte di un consistente nucleo di continuatori. Fra di essi ci sono sembrati particolarmente rappresentativi Kramer⁶⁰ e Fruehwald⁶¹, che, fedeli all'ispirazione unilaterale, si sono sforzati di decantarla dagli eccessi iniziali, correggendone gli accenti nazionalistici, precisandone alcuni capisaldi, e apportando nuove e più plausibili soluzioni ai *true conflicts*.

8. A tutta prima, potrà forse stupire l'assenza, in una ricognizione storica dell'unilateralismo, di un esame, ancorché sommario, delle dottrine statutarie medievali e post-medievali, spesso additate come precorritrici del metodo unilaterale⁶², e cui talvolta, ma di rado, gli stessi unilateralisti moderni esplicitamente si richiamano⁶³.

⁵⁷ Questa vicinanza tra il *governmental interest* e la « volontà di applicazione » degli unilateralisti è messa in luce nel primo approfondito studio compiuto in Europa circa le nuove proposte americane, cioè quello di KEGEL, *The Crisis*, spec. p. 198 s.: v. *supra*, nota 5 ed *infra*, para. 149 s.

⁵⁸ V. la rassegna di JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, p. 106 s.

⁵⁹ Per una rassegna di tali critiche, *infra*, para. 153 s.

⁶⁰ In una serie di notevoli scritti, fra i quali: *The Myth of the Unprovided for Case*, *Virg. L. Rev.*, 1989, p. 1045 s.; *Rethinking Choice of Law*, *Colum. L. Rev.*, 1990, p. 277 s.; *Return of the Renvoi*, *NY Univ. L. Rev.*, 1991, p. 979 s.; *On the Need for a Uniform Choice of Law Code*, *Mich. L. Rev.*, 1991, p. 2134 s. V. *infra*, para. 158 s.

⁶¹ *Choice of Law for the American Courts. A Multilateralist Method*, Westport, Connecticut, 2001; v. *infra*, para. 165 s.

⁶² V. GOTHOT, *Le renouveau*, p. 9-12, il quale dichiara che l'unilateralismo s'iscrive nella « tradition statutaire », pur prendendo le distanze dalle altre dottrine che egualmente se ne ispirano. V. anche SCHURIG, *Kollisionsnorm*, p. 193 s., e AUDIT, *Cours général*, p. 231, secondo il quale ultimo « la méthode statutaire pratiquée pendant des siècles était unilatéraliste avant la lettre ».

⁶³ Per es. NIBOYET, che si richiama a D'Argentré (*Traité*, III, p. 200 s.; v. anche BARBEY, *Le sort du système de d'Argentré*, *Rev. historique de droit français et étranger*, 1940-1941, p. 397); sulla

La ragione di questa esclusione risiede in ciò che i legami fra il metodo statuario e l'unilateralismo sono secondo noi, nonostante sembra prevalere al riguardo l'opinione contraria, ancora troppo remoti ed estrinseci perché si possa scorgere davvero un processo di derivazione storica, più o meno diretta, del secondo dal primo. Del resto, come recente dottrina ha messo in luce, gli « Statutari », pur partendo dagli « statuti » per fissarne il campo d'applicazione, avevano poi proceduto ad una « bilateralizzazione istintiva » dei criteri di collegamento, dichiarando, ad esempio, applicabile ai contratti la legge del luogo di conclusione, ai fatti illeciti la legge del luogo di accadimento, ai beni la legge del luogo di situazione, alle persone la legge del luogo di domicilio o d'origine⁶⁴.

vicinanza delle proposte di CURRIE alla massima *statutum non ligat nisi subditos*, formulata nel Duecento da Carlo di Tocco, v. JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, p. 101.

⁶⁴ In questo senso, ANCEL, *Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères*, *Trav. com. fr. dr. int. pr.*, Années 1986-1987, Paris, 1989, p. 49: « dans les conceptions statistes, les règles étaient bilatérales »; cfr. dello stesso A., *Le conflit de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, Paris, 1976, p. 38; AUDIT, *Cours général*, p. 153; v. del resto la seguente affermazione di BATIFFOL, che si rinviene in apertura dei suoi *Aspects philosophiques*, p. 9: « l'école italienne du moyen âge a rendu le service de dégager les rattachements, comme celui des biens à leur situation, des personnes à leur domicile ou origine »: si tratta cioè di collegamenti bilaterali, la cui messa a punto Batiffol ascrive dunque a merito degli Statutari. JACQUET, *La fonction supranationale de la règle de conflit*, p. 170, fornisce un'illustrazione, concisa ed efficace, della differenza, decisiva ai nostri fini, fra tradizione statutaria e metodo unilaterale, formulando due norme, una ch'egli denomina di tipo statuario, l'altra di tipo unilaterale. La « règle de tradition statutaire » enuncia così: « les lois sur l'état et la capacité s'appliquent en fonction de la nationalité de la personne ». L'A. spiega che « cette règle prend bien les statuts d'un Etat déterminé pour point de départ de son raisonnement, mais elle raisonne sur un plan général et fixe l'application du statut en fonction d'un critère valable erga omnes ». Insomma, per gli Statutari, il criterio di collegamento, il quale veniva per lo più derivato da un'analisi del contenuto della legge (o « statuto ») da cui prendevano le mosse (o della natura del rapporto giuridico che essa legge crea o disciplina), è, una volta identificato (e qui lo è nella cittadinanza), esteso istintivamente ed universalmente a tutte le leggi, anche dunque alle leggi straniere che hanno analogo contenuto, cioè che creano o disciplinano analogo rapporto giuridico (nell'esempio, le questioni in tema di stato e capacità delle persone). L'elemento distintivo dell'unilateralismo – la messa in opera della legge straniera nel rispetto della sfera d'efficacia impressa dal legislatore da cui emana, dunque del collegamento scelto da questi – non è qui, evidentemente, realizzato. Sicché la norma « di tipo statuario » non è unilaterale, nel senso precisato. La corrispondente « règle de conflit unilatérale » sarebbe infatti così formulata: « les lois de l'Etat X sur l'état et la capacité s'appliquent aux nationaux de l'Etat X ». Commenta al riguardo Jacquet: « Sa parenté avec la règle de tradition statutaire est visible dans son architecture générale, qui part de la loi pour en déterminer le champ d'application. Mais elle s'en sépare en raisonnant seulement sur la loi d'un Etat déterminé, l'Etat X, et en utilisant un élément de rattachement uniquement dans la mesure où il est susceptible de désigner cette loi ». Poiché quest'ultimo rappresenta, come si è detto, l'irriducibile nucleo comune ad ogni unilateralismo, gli Statutari, se proprio si vuole classificarli entro la moderna dicotomia « unilateralismo-bilateralismo », devono essere collocati piuttosto fra i bilateralisti; così del resto, in sostanza, MAYER/HEUZÉ, p. 91-92, per i quali « les statutaires (...) ne sont pas (...) unilatéralistes: les solutions qu'ils proposent étant présentées comme ayant valeur universelle, le critère

Come si è già accennato e come si dirà più diffusamente nel prosieguo, la contrapposizione fra unilateralismo e bilateralismo ha la sua radice storica, e la sua premessa logica, nella diversità dei sistemi di diritto internazionale privato. L'elaborazione delle dottrine unilaterali s'avvia con la presa di coscienza di questa diversità, ed è favorita anche da una certa consapevolezza della « politicità » delle scelte da cui essa origina⁶⁵. Il che rende a sua volta necessario, perché la menzionata contrapposizione acquisti vero significato ed interesse, che i sistemi di d.i.p. abbiano raggiunto un certo livello di maturità, un certo grado di elaborazione e perfezionamento. Ciò che, ancora una volta, ci proietta nel vivo di quel « grande secolo giuridico » che fu l'Ottocento⁶⁶, epoca in cui s'iniziò il processo di codificazione, e dunque di differenziazione e « particolarizzazione », dei sistemi nazionali di diritto internazionale privato⁶⁷.

de rattachement, une fois choisi, désigne indifféremment la loi étrangère ou la loi du juge saisi, ce qui caractérise le bilatéralisme ».

⁶⁵ L'espressione è di REHBINDER, *Zur Politisierung des IPR*, *Juristenzeitung*, 1973, p. 151 s.

⁶⁶ RIPERT, *Le déclin du droit*, Paris, 1949, p. 1.

⁶⁷ Anche se MEIJERS (*La question du renvoi*, p. 197 s.) rinviene alcuni casi di applicazione della teoria del rinvio (che presuppone appunto la diversità di sistemi: cfr. il titolo dell'opera di FRANCESCAKIS: *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*) già nel Seicento e Settecento, la consapevolezza della diversità dei sistemi di diritto internazionale privato non è emersa se non a partire dalla seconda metà dell'Ottocento. Tale consapevolezza si è accresciuta, da un lato, a misura dell'intensificarsi della discussione del problema del rinvio, sul quale i primi studi furono compiuti negli ultimi due decenni del secolo (LABBÉ, *Du conflit entre la loi nationale et une loi étrangère*; KAHN, *Der Grundsatz der Rückverweisung*; ANZILOTTI, *La questione del rinvio*, LAINÉ, *La théorie du renvoi*); dall'altro, con la scoperta di ciò che spesso non basta neppure una identità di criteri di collegamento per raggiungere l'auspicata uniformità di decisioni, attesa la diversa concezione che i sistemi nazionali hanno dei singoli rapporti giuridici (v. i noti studi sulle qualificazioni di KAHN, *Gesetzeskollisionen*, e BARTIN, *De l'impossibilité*).

Capitolo Primo

LE NORME UNILATERALI DELL'*EGBGB* DEL 1896 E L'UNILATERALISMO TEDESCO

Introduzione

SOMMARIO: – 9. La messa a fuoco dell'alternativa fra unilateralismo e bilateralismo. – 10. Le tre ragioni che invitano ad uno studio della genesi delle norme dell'*EGBGB*. – 11. Piano del Capitolo Primo.

9. L'opposizione fra bilateralismo e unilateralismo si presenta, come già accennato, quale prodotto della fase c.d. « moderna » del diritto internazionale privato. L'alternativa che ne deriva, sul duplice piano dell'elaborazione teorica e della tecnica legislativa, s'affacciò infatti per la prima volta alla fine dell'Ottocento, quando l'Europa viveva l'ultimo periodo della cruciale epoca c.d. « delle codificazioni »⁶⁸.

Terra madre del dibattito cui la coscienza di tale alternativa diede origine fu indiscutibilmente la Germania, Paese che in quel torno di tempo, e dunque con ritardo rispetto agli altri che più avevano contribuito all'evoluzione della coscienza giuridica europea, si avviava finalmente anch'esso a darsi un codice civile⁶⁹. Nella « legge introduttiva » al

⁶⁸ V. su tale fase WIAECKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen (trad. italiana, vol. I, Milano, 1980, p. 380 s.); nonché TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.

⁶⁹ Riteniamo che non sarebbe una semplificazione abusiva della storia il riferire all'esperienza codificatoria compiuta dalla Germania unitaria, quanto meno in materia di d.i.p., la felice osservazione formulata da CALASSO, *Medio Evo del diritto*, Milano, 1954, p. 444, riguardo alla *Rezeption* del diritto romano-comune nei territori germanici, che ebbe luogo appunto con grande ritardo rispetto ad altre aree d'Europa (soltanto nel 1495, con la fondazione del *Reichskammergericht* a Francoforte sul Meno), ma ebbe poi una durata assolutamente unica nel panorama europeo, appunto fino all'entrata in vigore del *BGB* nel 1900. Dunque della codificazione del d.i.p. la Germania « avrebbe fatta (...) l'esperienza più massiccia, vorremmo dire più seria: com'è tipico, ed a volte tragico, destino di questo grande popolo di fare tutto sul serio ». Sulla vicenda complessiva della « recezione » del diritto romano-comune nei territori germanici, oltre alla nota opera di VON BELOW, *Die Ursachen der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland*, München, Berlin, 1905 (rist. Aalen, 1964), ci piace segnalare il contributo di RABEL, *Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland*, *Atti Congr. Intern. di diritto romano*, II, Pavia 1935, p. 183 s. (su Rabel romanista, v. di recente ZIMMERMANN, *In der Schule von Ludwig Mitteis, Ernst Rabels rechtshistorische Ursprünge*, *RabelsZ*, 2001, p. 1-38). Per un quadro completo dello sviluppo storico della scienza giuridica in

BGB (appunto: *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, o *EGBGB*), entrato in vigore il 1° gennaio 1900, figurano, ai §§ 7–31, norme di diritto internazionale privato dalla struttura, come è noto, in buona parte unilaterale⁷⁰. Ad una revisione del laborioso processo di genesi di tali norme nonché ad uno studio del fervore di idee, di riflessioni, di proposte che ne accompagnarono e seguirono l'elaborazione, sono dedicate le pagine che seguono.

10. Alla radice dell'interesse che abbiamo rivolto a questa fase della storia del d.i.p. moderno risiedono diverse ragioni, che si vogliono qui brevemente anticipare⁷¹.

Una prima ragione è che l'unilateralismo conobbe nell'*EGBGB* il successo legislativo più grande, mai da allora neppure lontanamente ripetuto. E' noto, tuttavia, che le norme di d.i.p. dell'*EGBGB*, ed in particolare l'impostazione unilaterale che in esse prevale, sono state bersaglio da parte della dottrina di critiche numerose⁷²; e si è spesso ripetuto, un po' tralattizamente, che la loro « carica » di novità è stata attenuata dal trattamento che per lo più ne fecero i tribunali del *Reich*, anche se ricerche approfondite al riguardo non paiono per vero finora essere state condotte⁷³.

Germania, ed altresì per la ricostruzione della vicenda biografica di alcuni autori che hanno contribuito alla storia particolare del diritto internazionale privato (tra cui Mittermaier, Wächter, Savigny, Thöl, Schmid), ci siamo serviti della sempre basilare opera di STINZING-LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, I-III*, München, Leipzig, Berlin, 1880-1910 (rist. Aalen 1957) nonché di quella pure ormai classica di WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4. Aufl., Tübingen, 1963.

⁷⁰ Si tratta come noto di norme ormai abrogate, da quando – il 1° settembre 1986 – è entrato in vigore in Germania il nuovo *Gesetz zur Regelung des Internationalen Privatrechts*, che ha modificato i corrispondenti articoli dell'*EGBGB*, riformulandoli « classicamente » (tale legge fu poi estesa il 3 ottobre 1990 ai nuovi *Bundesländer*).

⁷¹ Chi vuol fare lavoro di ricerca storica, attività purtroppo sempre meno « di moda » in tutte le branche del diritto, deve infatti, specie in uno scritto che si vuole moderno, in qualche modo giustificarsi. Per un'interessante indagine circa le ragioni dello scarso interesse – specie nei Paesi anglosassoni – suscitato dalla storia nello specifico campo del d.i.p., v. WATSON, *Joseph Story and the Comity of Errors*, Athens / London, 1992, spec. p. 96 s. In tale studio, ancora poco conosciuto in Europa, l'autore sostiene bensì che nel d.i.p. sono le *doctrines* piuttosto che i *lawmakers* a fare la storia, ma avanza altresì la tesi che queste « dottrine » sono a loro volta spesso determinate piuttosto da « accidents » (quando non da veri e propri « errors ») che non dalla « psyche of nations », dal « Volksgeist » savigniano.

⁷² *Infra*, para. 58 s.

⁷³ MELCHIOR, *Grundlagen*, p. 56; SIMONS, p. 490, GUTZWILLER, *RabelsZ*, 1932, p. 87; BEHN, *op. cit.*, *infra* alla nota 75, p. 195 s. e 441 s.; NEUHAUS, *Besprechung, RabelsZ*, 1980, p. 597; v. anche GOTHOT, *Le renouveau*, p. 2, e nota 2. Le eccezioni ad ogni modo non mancarono, soprattutto per opera della giurisprudenza dell'*Oberlandesgericht* di Amburgo (BEHN, p. 206 s.), specie quando ne fu presidente Ernst Friedrich Sieveking, fra i padri delle norme unilaterali (v. *infra*, para. 32).

Ora, è nostra convinzione che un'analisi profonda ed imparziale di questa fondamentale fase della storia della codificazione del d.i.p. manchi a tutt'oggi⁷⁴. Se poteva giustificarsi fino a qualche decennio fa, quando diverse fasi del processo di nascita di tali norme, ed in particolare la loro trasformazione da bilaterali in unilaterali, rimanevano avvolte da un velo di mistero, questa mancanza non si giustifica più ora che i materiali che rendono possibile una tale indagine sono stati in gran parte messi finalmente a disposizione della generalità del pubblico. Luce è stata infatti proiettata su diversi momenti di quel processo a seguito di alcune meritorie ricerche condotte in Germania negli anni Settanta, dirette a riesumare dal chiuso polveroso di archivi e biblioteche « materiali segreti » relativi ad aspetti ignoti della vicenda codificatoria⁷⁵, i quali hanno bensì già stimolato alcuni

⁷⁴ Sulla storia delle norme di d.i.p. incluse nell'*EGBGB* v., prima della scoperta dei *Geheime Materialien* (nota seguente): GREIFF, *Die zweite Lesung des Entwurfes eines BGBs für das deutsche Reich, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, 1895, p. 889 s.; ARON, *Die Beschlüsse der Kommission der zweiten Lesung des Entwurfes eines BGBs hinsichtlich der Vorschriften über das Internationale Privatrecht, BöhmSZ.*, 1896, p. 1-2, e *Die Vorschriften des Entwurfes eines EG zum BGB, Sächs. Archiv für Bürgerliches Recht und Prozessrecht*, 1896, p. 172 s.; KEIDEL, *Le droit international privé dans le nouveau Code civil allemand, Clunet*, 1898, p. 867-869 (in nota); ANZILOTTI, *Una pagina di storia, passim*; NIEMEYER, *IPR*, p. 5 s.; PLANCK, *Kommentar zum BGB nebst EGBGB*, hrsg. von STROHAL, Bd I., 4. Aufl., Berlin, 1913, p. XX s.; SIMONS, *La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Allemagne, RCADI*, 1925-V, p. 438, spec. 485 s.; v. anche MELCHIOR, *Grundlagen*, p. 31 s.; NUSSBAUM, *IPR*, p. 27 s.; GUTZWILLER, *IPR*, p. 1558 s.

⁷⁵ I « compilatori » dei *geheime Materialien* (« ein glänzendes Titel », come rileva KEGEL nella sua *Besprechung* citata in questa nota, a p. 130) furono Friedrich KORKISCH e l'allievo Oskar HARTWIEG, che li raccolsero in un volume dal titolo *Die geheimen Materialien zur Kodifikation des deutschen internationalen Privatrechts 1881-1896*, Tübingen, 1973 (qui di seguito: *Geh. Mat.* ovvero HARTWIEG/KORKISCH, a seconda che ci si riferisca al *testo* della documentazione ovvero all'*analisi* della stessa). Accanto alla documentazione « riesumata » ed inserita alle p. 57-430, la pubblicazione comprende altresì, sotto forma di *Einführung*, due articoli: il primo, avente ad oggetto per lo più il contesto storico in cui la codificazione tedesca del d.i.p. s'iscrive, di KORKISCH, *Rechtsnatur und Funktion des Internationalen Privatrechts in den Gesetzen des 18. und 19. Jahrhunderts*, p. 1-22, il secondo, una sintesi della vicenda codificatoria dell'*EGBGB* alla luce dei nuovi materiali, anche al fine di facilitarne la consultazione, di HARTWIEG, *Die Entstehung der Artt. 7-34 EGBGB*, p. 23-56. Una « sostanziosa » *Besprechung* dei *Geh. Mat.*, con ampi giudizi (per lo più negativi) sull'opera legislativa nel suo complesso e sul contributo apportato dai diversi « protagonisti », è compiuta da KEGEL, *RebelsZ.*, 1975, p. 130-138. Segnaliamo inoltre che lo stesso HARTWIEG tornò sull'argomento qualche anno dopo in un articolo dedicato al maestro Korkisch, dal titolo *Der Gesetzgeber des EGBGB zwischen den Fronten heutiger Kollisionsrechts-theorien*, *RebelsZ.*, 1978, p. 433-455, in cui, proseguendo le sue riflessioni sul valore della codificazione tedesca, ne mette in luce alcuni aspetti di una certa modernità, sottolineando in particolare come la criticata « mancanza di politicità » e « cecità » del d.i.p. moderno non può essere rimproverata al legislatore tedesco di fine Ottocento. Altro contributo importante sulla storia dell'*EGBGB* ci viene da BEHN, in una *Dissertation* dell'Università di Freiburg i. B., dal titolo *Die Entstehungsgeschichte der einseitigen Kollisionsnormen des EGBGB unter besonderer Berücksichtigung der Haltung des badischen Redaktors Albert Gebhard und ihre Behandlung durch die Rechtsprechung in rechtsvergleichender Sicht*, Frankfurt a.M., 1980. A parte alcune preziose notizie storiche (e biografiche), tale lavoro non contiene, per quanto riguarda il giudizio sull'opera legislativa, novità sostanziali rispetto alle analisi

lavori scientifici, ma la cui rilevanza, quanto meno riguardo al tema che ci occupa, non ci pare essere ancora stata adeguatamente apprezzata⁷⁶. Certo è che si devono senz'altro, quanto meno in una certa misura, all'ignoranza di tali fonti, e alla mancanza di adeguata riflessione su di esse, sia il perpetuarsi di quel giudizio radicalmente negativo formulato dalla dottrina di cui si diceva, sia quella propensione della pratica a « ripiegarsi » sul bilateralismo cui pure si è accennato⁷⁷. Ed è altresì nostra persuasione che la constatazione di tale giudizio e di tale ripiego abbiano molto influito sull'atteggiamento complessivo della scienza europea del d.i.p. verso le norme unilaterali in genere e le dottrine che le ispirano⁷⁸. Un'esatta ricostruzione storica delle fasi salienti di quel processo, delle dense discussioni prodottesi al riguardo, delle ragioni vere insomma che stanno alla base della scelta redazionale finale, appare dunque oggi ad un tempo possibile e – riteniamo – alquanto opportuna.

La seconda ragione, strettamente collegata alla prima ma di orizzonte più ampio, ci viene dall'impressione che i lavori per quel grande monumento di legislazione civile che, pur con i suoi difetti, è il *Bürgerliches Gesetzbuch* del 1896, lavori intrapresi all'indomani della fondazione del *Reich* e durati quasi tre decenni, abbiano dato un impulso notevole alla riflessione giuridica non già soltanto in materia di diritto civile in genere, ma anche *proprio* del diritto internazionale privato: impulso che spiegò la sua influenza

di KORKISCH e HARTWIEG, cui spesso l'autore si limita ad aderire (così anche NEUHAUS, *Besprechung, RabelsZ*, 1980, p. 593 s., che evoca una « Unmasse von Wiederholungen von Korkisch und Hartweg »). Ulteriori notizie storiche si rinvencono in SCHUBERT, *Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGBs – Einführung, Biographien, Materialien*, Berlin, New York, 1978, al quale si deve pure la ripubblicazione anastatica dei *Motive* di Gebhard, *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines BGB, Allgemeiner Teil*, 1981, p. 129-308 (recensito da NEUHAUS, *RabelsZ*, 1983, p. 748 s.); ed in parte anche in MANSEL, *Mancini, von Savigny und die Kodifikation des deutschen internationalen Privatrechts von 1896*, in *Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, hrsg. von SCHULZE, Berlin, 1990, p. 245 s., spec. 283 s. Segnaliamo infine i contributi di WOCHNER, *Gesamtstatut und Einzelstatut – Zur Auslegung des Art. 28 EGBGB unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte*, *Festschrift E. Wahl*, Heidelberg, 1973, p. 164 s. e KÜLPER, *Die Gesetzgebung zum deutschen IPR im Dritten Reich*, Hamburg, 1976.

⁷⁶ In particolare HARTWIEG e KORKISCH non hanno rilevato l'influenza esercitata dalla dottrina unilaterale di Schnell sull'EGBGB tanto che hanno deciso di omettere la pubblicazione delle *Bemerkungen* da questi fatte pervenire alla seconda commissione (v. *infra*, para. 19 s.). Tale omissione è colmata da BEHN, il quale ne inserisce copia nell'*Anhang II* della sua *Dissertation*, ma ne fa un'analisi alquanto superficiale (p. 47 s.), complessivamente svalutando anch'egli quello che chiama – a nostro avviso non senza una certa improprietà – il *völkerrechtliches Argument*. Ben altra interpretazione, sia al senso profondo delle *Bemerkungen* e della dottrina unilaterale che le ispira, sia degli effetti da queste spiegati sull'esito del processo legislativo, ci sentiamo di dovere dare noi: v. *infra*, spec. para. 18 s. e 32 s. L'interesse che tali materiali hanno destato fuori della Germania ai fini della ricostruzione della storia dell'unilateralismo europeo è stato finora pressoché nullo.

⁷⁷ Così, a quest'ultimo riguardo, anche HARTWIEG, *Der Gesetzgeber*, spec. p. 449 e p. 453.

⁷⁸ V. *supra*, para. 1 s.

feconda, oltre che in Germania, in diversi altri Paesi d'Europa, primi fra tutti – come vedremo – l'Italia, che veniva per altro da vicende politiche simili⁷⁹. Se si ha riguardo infatti all'ampiezza e alla profondità del dibattito, condotto su aspetti numerosissimi del d.i.p., dai più generali ai più minuti, che ebbe luogo negli anni immediatamente precedenti la pubblicazione del codice, ed ancora per diversi lustri dopo; se si tiene conto anche – va rilevato sin d'ora – di quella discussione che si svolse ai margini dei centri più o meno ufficiali di elaborazione legislativa, ma che nondimeno rinviene nel processo codificatorio la sua occasione e attinge da esso il suo stimolo⁸⁰; se si pone mente alla

⁷⁹ Una solenne affermazione delle comuni vicende storiche e politiche che « affrattellarono » Italia e Germania nella seconda metà dell'Ottocento si rinviene in una lettera inviata da Bismarck, Cancelliere del *Deutsches Reich*, a Mancini, allora Ministro degli Esteri del Regno d'Italia, il 18 settembre 1883 (*Archivio Mancini*, Busta 866, Doc. 171418, riprodotta in JAYME, P.S. Mancini, p. 116). Per il rilievo che tuttavia, almeno nel campo del d.i.p., l'attenzione dedicata in questo periodo dagli autori italiani a quelli tedeschi è stata senz'altro ben maggiore che non viceversa, v. JAYME, *Dionisio Anzilotti und das deutsche Internationale Privatrecht*, in *Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, hrsg. von SCHULZE, Berlin, 1990, p. 307.

⁸⁰ Ci riferiamo ad esempio, citando un po' alla rinfusa, ai seguenti fondamentali scritti di KAHN, per lo più risalenti al decennio compreso fra il 1890 e il 1900, poi raccolti in *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, hrsg. von O. LENEL und H. LEWALD, München u. Leipzig, 1928: *Gesetzeskollisionen. Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts*, che è del 1890 (Band I, p. 1-121), *Der Grundsatz der Rückverweisung im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch und aus dem Haager Kongress für internationales Privatrecht*, del 1896 (Band I, p. 124-160), *Die Lehre vom ordre public (Prohibitivgesetze)*, del 1898 (Band I, p. 161-246), *Über Inhalt, Natur und Methode des internationalen Privatrechts*, del 1899 (Band I, p. 253-311); a quelli del NIEMEYER, i cui lavori sul d.i.p. trovano in pratica tutti la loro diretta occasione nella parallela opera codificatoria: *Das in Deutschland geltende IPR*, Leipzig, 1894; *Zur Methodik des internationalen Privatrechts*, Leipzig, 1894; *Vorschläge und Materialien zur Kodifikation des IPR*, Leipzig, 1895; *Das Internationale Privatrecht des BGB*, Berlin, 1901; v. anche *Vom Wesen des internationalen Privatrechts*, NiemeyersZ., 1910, p. 1 s.; a quelli di ANZILOTTI, il cui lungo « travaglio » su quello che egli chiama « il problema fondamentale del d.i.p. » (così già LOMONACO, *Trattato di diritto civile internazionale*, p. 33; MANCINI, *De l'utilité*, p. 135 e 147, ed ancora prima nell'*Esame dell'opera di N. Rocco*, pubblicato nella seconda edizione dell'opera del ROCCO, *Dell'uso e dell'autorità delle leggi*, p. XLVII) iniziò proprio dalle riflessioni da lui compiute sulla codificazione tedesca: v. *Studi critici di diritto internazionale privato*, Rocca S. Casciano, 1898, ripubblicati in *Scritti di diritto internazionale privato*, vol. III, Padova, 1960, in particolare *Una pagina di storia della codificazione civile in Germania*, p. 99-188, *Leggi interne in materia internazionale*, p. 189-267, e *La questione del rinvio ed i conflitti fra le disposizioni legislative di diritto internazionale privato*, p. 268-274; a quelli dell'ultimo VON BAR, *Die Rückverweisung im internationalen Privatrecht*, Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht, 1900, p. 177 s., e *Neue Prinzipien und Methoden des internationalen Privatrechts*, AöR, 1900. Anche la grande opera di ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, pubblicata (Berlin u. Leipzig) fra il 1897 e il 1910 – seppure come noto di matrice per lo più « antipositiva » – s'iscrive in questo contesto di intensa attività di meditazione (così – sembrerebbe – anche BETTI, *Ernst Zitelmann*, p. 13 s.). Ci viene fatto poi di menzionare il « magistrato » (così lo definì il SIMONS, p. 483) commentario all'*EGBGB* di un noto unilateralista, il NIEDNER, *Kommentar zum Einführungsgesetz des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 2. Aufl., Berlin, 1901.

straordinaria varietà delle sedi – scienza, pratica, politica, diplomazia – che vi furono coinvolte, e tutte ad altissimo quando non al massimo livello, ai tanti ingegni insomma che vi contribuirono, chi più chi meno aduso ai meccanismi sottili del d.i.p., ma tutti certo elevati; ebbene se si ha riguardo a tutto ciò, si deve convenire che quella che fu scritta in Germania nell’ultimo scorcio dell’Ottocento fu una « pagina » di importanza capitale per la storia del d.i.p. moderno⁸¹, mai ancora forse esplorata davvero⁸².

La terza ragione è che un’analisi delle rispettive prese di posizione degli « attori » del dibattito e degli argomenti su cui esse si fondarono ci pare utile a mostrare come la più parte degli elementi della discussione circa l’alternativa fra metodo bilaterale ed unilaterale fossero già ben presenti, alcuni ad uno stadio embrionale, altri invece già perfettamente maturi, agli autori di fine Ottocento: il che, contribuendo a gettare luce sulla reale paternità dei contributi portati in seguito alla riflessione sul tema, relativizza ogni scomposizione schematica delle tappe evolutive del pensiero unilateralista, mettendone in luce per converso la captante continuità.

11. Nelle pagine che seguono, dunque, ad una esposizione della vicenda storica delle norme di d.i.p. dell’*EGBGB* scandita nelle sue diverse tappe (Sezione I), farà seguito

⁸¹ Ci piace rilevare con quanta lucidità ANZILOTTI appena trentenne avesse già intuito (*Una pagina di storia*, p. 99 s.) la grande importanza della codificazione tedesca – pur allora non ancora compiuta – e il notevole impulso che essa stava dando agli studi di d.i.p.; e come avesse avuto il chiaro sentimento che vi si rifletteva l’« inizio di un’importante fase del diritto internazionale privato ». Ci permettiamo di citare l’esordio del suo denso studio, in cui giustifica l’interesse che l’ha condotto ad occuparsene (*op. cit.*, *loc. cit.*): « La discussione critica, che precede ed accompagna le fasi del problema legislativo [in Germania], ha, in realtà, un’importanza che supera di molto quella dello scopo immediato a cui si rivolge. Un pensiero profondamento filosofico la sorregge e la dirige; e se da un lato ci mostra la intrinseca e forte vitalità di quello spirito positivo e critico, che informa ogni ordine di ricerca scientifica, e penetra con ineluttabile necessità in tutti i campi del sapere, dall’altro permette fin d’ora d’intravedere alcune linee fondamentali di una trasformazione che si prepara nel metodo di questo ramo della scienza giuridica ». E’ meditando sulle idee e proposte di Niemeyer, Neumann e Schnell, e sulle a tratti oscure vicende codificatorie delle norme di d.i.p. poi incluse nell’*EGBGB*, che l’A. concepisce il suo fondamentale studio *Leggi interne in materia internazionale* (il quale a sua volta prelude a *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, 1906: cfr. LUZZATTO, *Introduzione*, p. XVII).

⁸² Quasi diremmo che non vi è alcuna opera di codificazione di questo settore del diritto – senz’altro non nella *prima* stagione codificatoria, ma forse in assoluto – che, come quella tedesca di fine Ottocento, abbia dato luogo a così vivaci ed importanti e sostenute discussioni; che abbia mostrato, pur certo senza risolverli integralmente, tutti i dubbi « primordiali », le incertezze, le difficoltà legate alla nostra materia e alla sua trascrizione legislativa; che abbia posto in rilievo, con una evidenza talvolta drammatica, la molteplicità degli interessi in gioco, spesso confliggenti, e comunque di sempre ardua conciliazione (cfr. la nota espressione del PILLET, *Principes*, p. 326, secondo con cui il d.i.p. sarebbe una « science des sacrifices »). Frutto immediato di questa intensa attività di pensiero e di discussione sono i progetti dei redattori assortiti di dettagliate motivazioni, i densi verbali delle commissioni legislative, la fitta corrispondenza fra i giuristi dei ministeri, numerosi studi ed articoli accolti nelle grandi riviste del tempo, alcune fondamentali opere di scienza.

l'illustrazione delle prime dottrine unilaterali, che in parte spiegano ed in parte giustificano *a posteriori* la scelta del legislatore tedesco (Sezione II). Si muoverà quindi all'enunciazione degli argomenti critici formulati dai primi avversari di quelle dottrine e si farà infine una sorta di « punto » sulla legittimità di tali obiezioni (Sezione III), prima di muovere alla seconda stagione dell'unilateralismo.

Sezione I

La genesi dell'*EGBGB* del 1896 e le ragioni del successo finale dell'istanza unilaterale

12. Per comodità espositiva, abbiamo suddiviso la narrazione della genesi delle norme di d.i.p. dell'*EGBGB* in quattro *paragrafi*, che corrispondono ad altrettante *tappe* del processo codificatorio: il primo ha ad oggetto i « progetti Gebhard » ed i lavori della « prima commissione », fino alla mancata inclusione delle norme di d.i.p. nel progetto di *BGB* pubblicato nel 1888 (I); nel secondo si esamineranno i lavori della « seconda commissione », dalla sua nomina avvenuta nel 1890 fino alla rimessione del progetto al *Bundesrat*, nell'ottobre del 1895 (II); nel terzo si illustreranno le fasi del parallelo svolgimento « non-ufficiale », dagli scambi di corrispondenza fra i Ministeri, specie del *Reich* e di Prussia, al coinvolgimento dei giuristi delle Città Anseatiche, all'elaborazione da parte di questi ultimi di un « progetto alternativo » fino alla sua approvazione finale (III); il quarto paragrafo avrà infine ad oggetto una breve analisi della struttura delle norme dell'*EGBGB* e la formulazione di un giudizio complessivo sul processo della loro elaborazione (IV).

§ I. – Il bilateralismo dei « progetti Gebhard » e i lavori della prima commissione

SOMMARIO: – 13. I « progetti Gebhard » e le ragioni alla base della scelta bilaterale. – 14. Analisi di tali ragioni: natura privatistica del d.i.p. e adesione al principio della « esclusività della potestà normativa dello Stato ». – 15. Il dibattito in sede di prima commissione: perplessità circa i motivi allegati da Gebhard in ordine alla natura della designazione del diritto straniero. – 16. Avversione del Cancelliere e del Ministero degli Esteri verso la rigidità delle norme bilaterali. Lo stralcio delle norme di d.i.p. – 17. Il « punto » sullo stato della discussione circa la natura ed i fini del d.i.p. al termine dei lavori della prima commissione.

13. Definitivamente affermatasi anche in Germania, con la proclamazione del *Reich* nel 1871⁸³, la tendenza – alimentata per altro da un vivace dibattito avviato oltre mezzo

⁸³ Sulla fondazione del *Deutsches Reich*, v. NIPPERDEY, *Deutsche Geschichte*, 1866-1918, Bd 2: *Machtstaat vor der Demokratie*, München, 1992; v. anche MANN, *Deutsche Geschichte des 19. und 20. Jahrhunderts*, 1966, p. 365 s. Per una rapida ma efficace sintesi del cammino storico che portò gli Stati tedeschi all'unificazione, v. EISENHARDT, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2. Aufl., München, 1995, p. 367 s.

secolo prima⁸⁴ – favorevole alla codificazione del diritto privato, ora benvenuta altresì quale utile *instrumentum regni* per il rafforzamento dell'unità del variegato Impero tedesco⁸⁵; presto trasferita al *Reich* la competenza normativa, dalla Costituzione del 1871 ancora riservata ai *Länder*⁸⁶; venne nominata, nel 1874, una commissione legislativa⁸⁷ (battezzata poco dopo « prima commissione »⁸⁸), la quale affidò ad Albert

⁸⁴ V. la celebre *Meinungsverschiedenheit* circa l'opportunità per gli Stati tedeschi di darsi una codificazione che ebbe luogo già nel primo Ottocento fra THIBAUT, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg, 1814, e SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, pure del 1814 (quest'ultimo spesso considerato quale « manifesto programmatico » della *historische Schule*). I testi dei due studi sono riprodotti in STERN, *Thibaut und Savigny – Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften, mit Nachträgen der Verfasser und Urteilen der Zeitgenossen*, Berlin 1914 (rist. Darmstadt, 1959). Per un riassunto dei diversi argomenti pro e contro la codificazione, v. EISENHARDT, p. 345 s.; sul significato storico di tale polemica, v. KRSTUFEK, *La querelle entre Savigny et Thibaut et son influence sur la pensée juridique européenne*, *Revue historique de droit français et étranger*, 1966, p. 59 s., nonché DUFOUR, *L'idée de codification et sa critique dans la pensée juridique allemande des XVII-XIX siècles*, *Droits*, 1966, p. 45 s. Sull'influenza che Savigny spiegò sul BGB, v. HAMMEN, *Die Bedeutung Friedrich Carl von Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Deutschen BGB*, *Schriften zur Rechtsgeschichte*, 1983; SCHRÖDER, *Zum Einfluss Savignys auf den Allgemeinen Teil des Deutschen BGB*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1985, p. 619 s. Studi approfonditi sulla genesi della codificazione tedesca si rinvencono già in VIERHAUS, *Die Entstehungsgeschichte des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Recht*, Berlin u. Leipzig, 1888; SCHWARZ, *Die Geschichte der privatrechtlichen Kodifikationsbestrebungen in Deutschland und die Entstehungsgeschichte des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, *Archiv für bürgerliches Recht*, 1889, p. 1-189.

⁸⁵ Mentre in diversi *Länder* vigeva ancora il diritto romano-comune, anche se i numerosi *Partikularrechte* e *Gewohnheitsrechte* s'applicavano con precedenza rispetto allo stesso, altri avevano già provveduto a darsi una propria codificazione: in particolare, nel Baden vigeva il *Code civil* dal 1809 (formalmente *badisches Landrecht*, ma in pratica una traduzione del Codice « Napoleone », seppure con diverse aggiunte), in Prussia l'*Allgemeines Landesrecht* – ALR (1794), in Baviera il *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (1756), che non fu esteso però ai territori successivamente annessi, in Austria l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* – ABGB (1811), in Sassonia il *Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch* (1863, quest'ultima – cui molto contribuì l'opera di Wächter – ritenuta la codificazione più importante nel campo civilistico dopo il *Code civil* e l'*ABGB* austriaco). V. al riguardo, EISENHARDT, p. 380 s.; e soprattutto PLANCK, p. XIX s.; e, per la parte relativa alle norme di d.i.p., anche al di fuori della Germania, KORKISCH, p. 5 s., e SANDMANN, p. 98 s., nonché ROCHAT, p. 101 s. Una riproduzione delle leggi di quasi tutti i « civilierte Staaten » (VON BAR, *Das internationale Privat- und Strafrecht*, p. 42, il quale parla in proposito di un « sehr schätzbares Material ») in tema di d.i.p. e di diritto penale internazionale fino alla prima metà dell'Ottocento è altresì contenuta nell'opera di FOELIX, *Traité de droit international privé*, Paris, 1843.

⁸⁶ Tale trasferimento avvenne con il *Reichsgesetz* del 20 dicembre 1873 (PLANCK, p. XXIII, HARTWIEG, p. 26).

⁸⁷ L'attività della prima commissione era stata preceduta da quella di una « commissione preliminare » (*Vorkommission*), nominata dal *Bundesrat* su proposta del suo *Justizausschuss*, composta di cinque membri, di cui farà parte – come sostituto – anche von Schelling, poi protagonista del dibattito sul d.i.p. che ebbe luogo fra i ministeri (v. PLANCK, p. XXIII). Nel *Gutachten* sottoposto al *Bundesrat* il 15 aprile 1874 (essenzialmente redatto da Levin Goldschmidt: v. HARTWIEG, *Der Gesetzgeber*,

Gebhard, consigliere di gabinetto del Granducato di Baden⁸⁹, l'elaborazione di un progetto di « parte generale », che fosse altresì comprensivo di regole relative alla « applicazione delle norme nello spazio » (*räumliches Gebiet des Rechtes*)⁹⁰.

Le norme di d.i.p. incluse nel c.d. « progetto Gebhard », sottoposto alla prima commissione nel 1881, anno in cui essa intraprese l'esame dei singoli *Teilentwürfe*, furono da quest'ultima esaminate soltanto nel 1887⁹¹, nel corso di nove sedute tenutesi fra il 9 e il 28 settembre⁹². Il che aveva consentito al loro autore di « ritoccarle » in alcuni punti, per adattarle a quanto il *plenum* del consesso era venuto deliberando in ordine alla parte speciale, così da formare quello che fu denominato il « secondo progetto Gebhard »⁹³. Ai paragrafi 5-39 di esso figuravano disposizioni sulla « sfera spaziale delle norme

p. 436-437), la *Vorkommission* propose la « nomina di un consesso, formato da giuristi teorici e pratici di eccezionale levatura, per l'elaborazione di un progetto di codice sulla base delle codificazioni [v. nota precedente] e dei progetti già esistenti [cioè quelli d'Assia e di Baviera: v. PLANCK, p. XXI], ed in una forma corrispondente alle direttive della scienza moderna » (v. PLANCK, *loc. cit.*; HARTWIEG, p. 27; SCHUBERT, *Entstehungsgeschichte*, p. 27 s.).

⁸⁸ Cfr. KAHN, *Rückverweisung*, p. 124-125.

⁸⁹ Di Karlsruhe, Gebhard (allora *Ministerialrat*, poi *Geheimrat*, ed anche, per un semestre fra la fine della prima e l'inizio della seconda « lettura » del progetto di codice, professore a Friburgo) fu nominato quale « Praktiker auf dem Gebiete des französisch-badischen Rechts » (WIAECKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1967, p. 469). Sulla vicenda biografica e professionale di Gebhard e sulla sua attività quale commissario (*Redaktor* dell'*Allgemeiner Teil* in seno alla prima commissione e *Spezialreferent* per lo stesso *Allgemeiner Teil* e l'EGBGB per la seconda), v. BEHN, p. 115-200. Sull'identità degli altri commissari, v. PLANCK, p. XXIII e HARTWIEG, p. 35.

⁹⁰ La descrizione del d.i.p. quale disciplina circa l'« applicazione dello spazio » delle norme era allora ancora prevalente in Germania (SAVIGNY parla per parte sua di « *Oertliche Gränzen der Herrschaft der Rechtsregeln* », che egli inserisce quale rubrica dell'*Erster Kapitel* del *Drittes Buch* del suo *System*) e lo sarà ancora per qualche lustro (v. ancora nel 1890 il titolo dell'opera di BÖHM, *Die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen*, Erlangen; v. d'altra parte, in tempi moderni, MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio*, 2ª ed., Torino, 1964). Sarà proprio facendo leva su tale locuzione che Schnell criticherà l'impostazione bilaterale: v. *infra*, para. 19. La denominazione di *internationales Privatrecht*, che – come noto (v. da ultimo WAGNER, *Schäffner*, p. 74-75) – è stata introdotta in Germania dallo SCHÄFFNER, p. 1 (cfr. il titolo stesso, *Entwicklung des internationalen Privatrechts*, Frankfurt a.M., 1841), il quale a sua volta – v. già ZITELMANN, *Der Name « Internationales Privatrecht »*, p. 178 – la mutua dallo STORY, *Commentaries*, p. 12, era nondimeno già consacrata all'epoca dei lavori codificatori (cfr. ROSSHIRT, *Beitrag zum internationalen Privatrecht*, AcP, 1863, p. 325 s., la prima edizione del grande opera di VON BAR, *Das internationale Privat- und Strafrecht*, Hannover, 1862, ed ancor prima quella di PFEIFFER, *Das Prinzip des internationalen Privatrechts*, Stuttgart, 1851): ad essa faranno massiccio ricorso Gebhard nei suoi *Motive* ed i commissari nelle *Verhandlungen* (v. ad es. *Geh. Mat.*, p. 76).

⁹¹ Cfr. verbale della terza seduta della prima commissione tenutasi l'8 ottobre 1881 (*Geh. Mat.*, p. 75).

⁹² *Geh. Mat.*, p. 178-183 (v. anche NIEMEYER, *Vorschläge*, p. 7, ed ANZILOTTI, *Una pagina di storia*, p. 110).

⁹³ Così già MEILL, *Geschichte des internationalen Privatrechts im Grundriss*, Leipzig, 1892, p. 198 s.

giuridiche » (*räumliche Herrschaft der Rechtsnormen*)⁹⁴. Si trattava quasi integralmente di regole dirette a governare l'applicazione sia del diritto *tedesco* che del diritto *straniero*⁹⁵ pur riscontrandosi nel complesso una certa preminenza accordata agli interessi dell'ordinamento tedesco, ed in particolare dei cittadini del *Reich*⁹⁶.

Tale strutturazione bilaterale rinviene la sua ragione – spiega con fermezza il redattore nei suoi *Motive*⁹⁷ – in ciò che « il diritto straniero viene richiamato non già perché esso vuole applicarsi, bensì perché è *designato* dalle norme di d.i.p. interne »⁹⁸. Infatti, « la determinazione se un rapporto, avuto riguardo alla sua natura internazionale, debba venire regolato dal diritto interno ovvero da un diritto straniero, spetta unicamente al *legislatore interno*; allo stesso modo, spetta ad esso scegliere *quale* diritto straniero, fra quelli suscettibili di venire in considerazione, dovrà applicarsi »⁹⁹. E ciò perché « in uno

⁹⁴ Nel primo progetto le corrispondenti norme erano contenute ai §§ 5-40. I due « progetti Gebhard » sono riprodotti in *Geh. Mat.*, p. 62 s. MOMMSEN aveva, qualche anno prima, elaborato una sua proposta, pubblicata (con motivazioni) nell'*AcP*, 1878, p. 147-202 (*Wie ist in dem BGB für Deutschland das Verhältnis des inländischen Rechts zu dem ausländischen zu normieren?*), alla quale per altro Gebhard più volte si richiama. Si è inoltre di recente scoperto che il *Nachlass Gebhard* contiene un *Vorentwurf*, primissimo progetto del redattore, del 1877, poi modificato anche sulla base del « progetto Mommsen »: v. WOCHNER, *Gesamtstatut*, p. 164; MANSEL, p. 285-286; SANDMANN, *Wächter*, p. 254.

⁹⁵ Cioè, diremmo con terminologia di poco successiva (NIEMEYER, *IPR*, p. 7), di norme « bilaterali ».

⁹⁶ Tale preminenza si riscontra nei seguenti articoli: § 7, commi 2 e 3, in tema di *Handlungsfähigkeit*, § 8 in tema di *Todeserklärung*, § 13, comma 2, in tema di obbligazioni derivanti da *unerlaubte Handlungen*, § 25, comma 2, in tema di obbligazioni derivanti da *uneheliche Beischläfe*, § 26, comma 2, in tema di *Vormundschaft*, § 31 e 35 in tema rispettivamente di *Rückverweisung* e di ordine pubblico: v. *infra*, para. 34 s.

⁹⁷ I *Motive* del Gebhard, sia al primo che al secondo progetto, furono pubblicati per la prima volta da NIEMEYER, *Zur Vorgeschichte des Internationalen Privatrechts im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch* (« *Die Gebhardschen Materialien* »), Berlin u. Leipzig, 1915 (qui di seguito: *GEHBARD, Motive*). Le citazioni nel testo sono per lo più desunte dai *Motive zum ersten Entwurf* che risalgono al 1881 (*GEHBARD, Motive*, p. 5 s.). Fino alla pubblicazione, furono disponibili « vergönnungsweise » (NIEMEYER, *Zur Vorgeschichte*, p. 3) soltanto in qualche biblioteca del *Reich* (KAHN riuscì ad es. a prenderne visione per il suo lavoro sulla *Rückverweisung*, che è del 1896). Come segnalato *supra*, nota 75, si deve alla recente iniziativa di SCHUBERT (anch'egli, come Niemeyer, professore all'università di Kiel) la riproduzione anastatica dei *Motive* (*Die Vorlagen der Redaktoren*).

⁹⁸ « Das fremde Recht wird zugrunde gelegt, nicht weil es massgebend sein will, sondern weil es von der inländischen Rechtsordnung für massgebend erklärt ist » (*GEHBARD, Motive*, p. 39). Il passo è citato altresì da KAHN, *Rückverweisung*, p. 126-127, il quale condivide appieno la *proklamierte Grundauffassung des internationalen Privatrechts* (*op. cit.*, p. 128), anche se poi la ritiene in *flagranter Widerspruch* con l'accoglimento del rinvio, di cui al § 31 del progetto (v. anche MELCHIOR, *Grundlagen*, p. 32). Chiaro è il riferimento, come diremo tra breve, al principio della « volontà di applicazione » teorizzato da THÖL, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, Göttingen, 1851, p. 170 s., opera che Gebhard conosceva bene (v. spec. *Motive*, p. 30-31).

⁹⁹ « Die Entscheidung darüber, ob mit Rücksicht auf die internationale Beschaffenheit des Verhältnisses das Recht des Inlandes oder des Auslandes anwendbar ist, steht der inländischen Rechtsordnung zu. Desgleichen die Entscheidung darüber, welches der möglicherweise in Betracht

Stato sovrano non può avere vigore altro diritto che quello dettato dalla volontà del suo ordinamento », non potendo in alcun modo riconoscersi « l'esistenza in questa materia di principi di un superiore diritto internazionale » cui il legislatore interno abbia ad uniformarsi¹⁰⁰. Se è vero dunque che, « di regola, il diritto straniero selezionato dal foro ha a sua volta volontà di essere applicato », tale ulteriore volontà « non è per nulla una condizione perché vi venga data efficacia ».

14. Ci si soffermi su questa parte dei *Motive*, che contiene la giustificazione della scelta bilaterale del suo redattore. E si rilevi in primo luogo come Gebhard avesse, già all'epoca della compilazione del suo *Erster Entwurf*, ben presente l'alternativa, che si pone per i casi di constatata « non-applicazione » della legge interna, fra due distinte opzioni: da un lato, l'imporre al giudice, sulla base di una norma « doppia », l'applicazione di una *determinata* legge straniera, per effetto della sola volontà del legislatore interno, ed indipendentemente dunque da ogni ricerca circa l'*effettiva* sfera di applicazione delle norme straniere così designate; dall'altro, il rispetto della volontà di applicazione delle leggi straniere, con la conseguente rinuncia da parte del legislatore del foro ad indicarne al giudice, quale applicabile, *una* determinata.

Tale alternativa non pare, a quanto consta, essere stata enunciata, quanto meno non in modo così limpido, da nessun altro autore in precedenza: l'averla messa nitidamente a fuoco¹⁰¹ deve quasi certamente ascriversi a merito dello stesso Gebhard, che vi pervenne

kommenden fremden Rechte Platz greifen soll (...) » (GEBHARD, *Motive*, p. 39). Anche l'espressione « möglicherweise in Betracht kommenden » è quasi certamente mutuata dal THÖL, *Einleitung*, p. 175.

¹⁰⁰ « Die Existenz eines mit verbindlicher Kraft für die einzelnen Staaten ausgestatteten internationalen Subsidiärrechts kann nicht anerkannt werden » (GEBHARD, *Motive*, p. 40) ». V. in adesione MELCHIOR, *Grundlagen*, p. 32. Dal che deriva altresì, secondo Gebhard, che, riscontrando il giudice una lacuna nelle norme di d.i.p., egli deve determinare la legge applicabile « in base al significato e allo spirito del suo ordinamento » (« aus dem Sinn und Geist seiner Rechtsordnung »: GEBHARD, *Motive*, p. 40).

¹⁰¹ Il che è tanto più meritorio quanto più si pensa che il c.d. « problema del rinvio », che conduce naturalmente a riflettere sulla *necessità* ed *opportunità* che si tenga conto della « volontà di applicazione » della legge straniera designata, non era stato ancora propriamente « scoperto » dalla dottrina (tale stretto collegamento tra « volontà di applicazione » e la presa in considerazione della norma di conflitto straniera è invece già lucidamente prospettato da GEBHARD, *Motive*, p. 252). Come è noto, la prima discussione teorica sul rinvio si deve, sulla scia del caso *Forgo* (1874-1882), al LABBÉ, *Du conflit entre la loi nationale du juge saisi et une loi étrangère relativement à la détermination de la loi applicable à la cause*, *Clunet*, 1885, p. 5-17, il quale a sua volta prese spunto da una nota di LAURENT (*Journal du Palais*, 1881.2.68) e da qualche accenno in BROCHER, *Etudes sur les principes généraux du droit international privé*, *Clunet*, 1881, p. 13 s. (poi ripresi nel suo *Cours de droit international privé*, Paris, 1882, I, p. 167). GEBHARD cita le disposizioni di cui ai §§ 3, comma 2, e 4 comma 2, dello *Zürcher Gesetzbuch* del 1853 (elaborato da un insigne germanista, il Bluntschli: v. *infra*, note 261 e 288-291), sul quale v. anche ANZILOTTI, *Il rinvio*, p. 273-275, e KAHN, *Gesetzeskollisionen*, p. 50. La complessa vicenda subita dalle disposizioni sul rinvio nella codificazione tedesca, già studiata a fondo da KAHN, *Rückverweisung*, e da ANZILOTTI, *op. cit.*, è

riflettendo sulle dottrine del tempo circa i fondamenti del d.i.p.¹⁰² Di fronte alla scelta fra le due vie, quella della designazione « diretta » del diritto straniero applicabile e quella di una sua almeno tendenziale determinazione attraverso il principio della « volontà di applicazione », egli optò dunque per la prima: su tale decisione ebbero peso senza dubbio le idee di Wächter¹⁰³, di Schmid¹⁰⁴, molto meno – come stiamo per vedere – gli insegnamenti di Savigny. Le tesi di Thöl, il primo autore – ben noto a Gebhard – a teorizzare la necessità della ricerca di una « volontà di applicazione » delle norme straniere; nonché di von Bar, strenuo difensore della *Natur der Sache* e pur riconosciuto dallo stesso Gebhard quale autore tedesco « più eminente » nella materia¹⁰⁵; ed infine della

ripercorsa nel dettaglio da HARTWIEG, *Der Renvoi*, p. 85-97, che già allora aveva accesso ai materiali segreti. Un riassunto di tale vicenda si rinviene nel recente libro di SONNENTAG, *Der Renvoi im internationalen Privatrecht*, Tübingen, 2001, p. 27 s.

¹⁰² In particolare – come si dirà subito appresso – quelle di WÄCHTER, *Über die Collision*; SAVIGNY, *System*, VIII; THÖL, *Einleitung e Handelsrecht*; VON BAR, *Das internationale Privat- und Strafrecht*; SCHMID, *Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen*, Jena, 1863.

¹⁰³ Cfr. SANDMANN, *Grundlagen und Einfluss der internationalprivatrechtlichen Lehre Carl Georg von Wächters*, Tübingen, 1979, p. 255 s. Terzo autore « fondamentale » della letteratura tedesca dell'Ottocento (primo in ordine cronologico), accanto a Savigny e von Bar (v. ANZILOTTI, *Le leggi interne*, p. 189), Wächter espone il suo pensiero sul d.i.p. nel celebre *Aufsatz*, apparso in *AcP*, fra gli anni 1841 e 1842, per poi ritornarvi, con (solo) qualche ripensamento, in *Pandekten*, Leipzig, 1880 (la cui pubblicazione, che ebbe luogo postuma di qualche mese, è stata curata dal figlio, O. VON WÄCHTER). Il contributo che Wächter diede all'evoluzione del d.i.p. è studiato da SANDMANN, *op. cit.*, in un lavoro altresì assai prezioso per il quadro storico dell'evoluzione del pensiero di d.i.p. durante la seconda metà dell'Ottocento. Un'analisi dettagliata – oggi pressoché dimenticata – delle idee di Wächter si rinviene già nella grande opera del CATELLANI, *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, Vol. II, Torino, 1902, p. 49-93. Su Wächter v. recentemente VOLKEN, *Wenn Wächter mit Story, Liber Amicorum K. Siehr*, The Hague, Zürich, 2000, p. 815 s.

¹⁰⁴ Nell'opera *Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen*, Jena, 1863. Critico nei confronti di Schmid, VON BAR, *Theorie und Praxis*, p. 26 e 58. Su Schmid, v. GUTZWILLER, *Der Einfluss*, p. 74 s.; SANDMANN, p. 237 s. (per notizie biografiche, v. STINZING-LANDSBERG, III, p. 320 s.). Una versione inglese dei commenti formulati da Schmid alle tesi di von Bar e Savigny si rinviene nell'*Appendix A* (p. 646-660) della prima edizione del *Treatise* del WHARTON, pubblicato nel 1872 (v. *infra*, nota 106; il Wharton aveva trascorso diversi mesi di studio in Germania fra il 1869 e il 1870); cfr. anche NADELMANN, *Private International Law: Lord Fraser and the Savigny (Guthrie) and Bar (Gillespie) editions*, *ICLQ*, 1971, p. 218).

¹⁰⁵ « Der hervorragendste deutsche Autor in diesem Gebiet » (GEBHARD, *Motive*, p. 34). All'epoca in cui Gebhard scrive, VON BAR aveva pubblicato, appena ventiseienne, la prima edizione della sua *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, con il titolo di *Das internationale Privat- und Strafrecht*, Hannover, 1862. L'evoluzione dell'atteggiamento di von Bar in tema di fondamenti e metodo di d.i.p. è – come noto – di difficile ricostruzione (manca a tutt'oggi, per quanto ci consta, uno studio monografico su questo autore, la cui opera fondamentale fu presto tradotta in inglese, spagnolo, giapponese, polacco ed anche italiano). Ciò che ci pare certo è che egli pervenne, nell'ultimo stadio del suo pensiero, a convinzioni unilateraliste, proprio riflettendo sulle idee di Schnell, di cui fu estimatore (v. in particolare VON BAR, *Die Rückverweisung im internationalen Privatrecht*, *BöhmsZ.*, 1897, p. 177 s.). Sull'unilateralismo di von Bar, v. *infra*, para. 41.

« scuola internazionalista » che, combattendo la teoria della *comitas*¹⁰⁶, proclamava essere un vero e proprio « dovere di giustizia internazionale » il far posto al diritto straniero¹⁰⁷, furono invece, almeno nell'individuazione dei capisaldi fondamentali del d.i.p., respinte.

Pure è importante rilevare come, alla base della scelta bilaterale del redattore, anzi – prima ancora – del suo reciso rifiuto del principio della « volontà di applicazione » del diritto straniero, egli adduca argomenti per lo più *teorico-formali*. Probabilmente sulla scorta di Schmid¹⁰⁸, Gebhard muove dalla dottrina dell'« esclusività della potestà legislativa » dello Stato (*Ausschliesslichkeit der gesetzgebenden staatlichen Gewalt*): il quale, « essendo dotato sul suo territorio appunto di potere legislativo assoluto ed esclusivo, non può all'interno di esso riconoscere alcuna altra autorità normativa ». Se il bisogno di garantire sicurezza ad un traffico giuridico che tende naturalmente ad oltrepassare i confini statuali ha da sempre spinto gli Stati a riconoscere in qualche misura l'efficacia di altri diritti, ciò – spiega Gebhard esponendo le idee dello Schmid, cui sembra decisamente aderire – non rappresenta un discostarsi dal citato principio della *esclusività*, poiché la legge straniera non viene riconosciuta « in quanto tale », bensì in forza dell'efficacia ad essa attribuita dall'*autorità del potere sovrano* del legislatore interno¹⁰⁹.

La spiegazione teorica dell'applicazione di una legge straniera, la fonte della « giuridicità » di quest'ultima nell'ordinamento interno, risiede dunque unicamente nella volontà del legislatore del foro e non in quella del legislatore che tale norma ha posto: la designazione da parte dell'ordinamento interno è da sé sufficiente perché la norma straniera acquisti vigore. « Ben potrebbe dunque darsi che, sebbene due leggi straniere intendano applicarsi, il legislatore tedesco dia efficacia ad una terza ». Né può dirsi – come si è visto – che l'applicazione del diritto straniero corrisponda ad un obbligo internazionalpubblicistico: in uno Stato sovrano, non è possibile applicare altro diritto che

¹⁰⁶ V. STORY, *Commentaries*, para. 17 s.; FOELIX, *Traité*, p. 9 s.; PHILLIMORE, *Commentaries upon international law*, London, 1854-1861, vol. IV, *Private international law*, 1861, 2nd ed., 1871, e sostanzialmente anche il WHARTON, *A Treatise on the conflict of laws or private international law, including a comparative view of Anglo-American, Roman, German and French jurisprudence*, Philadelphia, 1872, § 1071, il quale tuttavia ne iniziò a comprendere le insufficienze e le contraddizioni; sull'evoluzione della dottrina della « comity », v. KUHN, *La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique aux Etats-Unis*, RCADI, 1928-I, p. 193 s., e il profondo studio di YNTEMA, *The Comity Doctrine*, Mich. L. Rev., 1965-1966, p. 1-32. Sull'interpretazione che Story diede del « third axiom » di Huber, v. il già citato studio del WATSON, spec. p. 1-17.

¹⁰⁷ V. risoluzione dell'*Institut de droit international*, sessione di Ginevra, 1874 (*Revue Gand*, VII, p. 362), dietro cui si intuisce l'influenza di Mancini (cfr. JAYME, *P.S. Mancini*, p. 21-22).

¹⁰⁸ V. SCHMID, p. 10, citato da GEBHARD, *Motive*, p. 32-34.

¹⁰⁹ GEBHARD, *Motive*, p. 33.

quello indicato dalla volontà del legislatore. Altre fonti non vigono, neppure a titolo sussidiario¹¹⁰.

E' vero – riconosce Gebhard – che si potrebbe anche porre il problema muovendo, anziché dalla prospettiva della scelta fra legge interna e legge straniera, dal rapporto giuridico concreto, « come fece Savigny », ricercandone la *sede*. Ma si tratta in realtà – prosegue – di un'altra visuale della medesima questione: anche questa *sede* infatti è tale secondo le determinazioni del *nostro* legislatore, non già in forza della *Natur der Sache*, la quale può tutt'al più servire quale *Wegweiser* al momento dell'elaborazione della regola. Insomma, « è il diritto interno che stabilisce se la sede di un rapporto si trovi in un altro Stato e se dunque esso rapporto sia da valutare giusta le leggi di quello Stato »¹¹¹.

Si deve dunque concludere che centrale nella riflessione sui fondamenti del d.i.p. compiuta dal Gebhard sia stata la preoccupazione di dare alle norme di d.i.p. un posto appagante all'interno della teoria delle fonti vigenti in un dato ordine statale¹¹². Dalla

¹¹⁰ In aperto contrasto in particolare con VON BAR (*Das internationale Privat- und Strafrecht*, p. 4 s., e *Rezension von Francis Wharton, A treatise on the conflict of laws or private international law*, *Krit. VJSchr.*, XV, p. 1-49, spec. 7-12), e con la scuola « internazionalista » che faceva capo a MANCINI (v. di quest'ultimo il noto *Rapport* tenuto all'*Institut de droit international*, sessione di Ginevra, il 31 agosto 1874, riprodotto in *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, a cura di JAYME, Torino, 1993, p. 123 s.), dove con orgoglio si afferma (*op. cit.*, p. 135) che « cette doctrine qui n'admet pas comme base du droit des gens la *comitas* ou bienséance internationale et le consentement volontaire, exprès ou tacite des nations *ob mutuam utilitatem*, mais qui résout le problème fondamental du droit international privé en le fondant sur un *devoir parfait et obligatoire de justice internationale*, est professée aujourd'hui et soutenue avec ardeur par toute l'école italienne » (corsi-vo nostro: sono citati i nomi di Esperson, Pierantoni, Fiore, Lomonaco); v. ancora di MANCINI, il *Corso di diritto internazionale* professato all'Università di Torino nel 1853, citato sempre in *De l'utilité*, p. 134, dove egli protestava che il trattamento degli stranieri non può considerarsi se non come un « *devoir rigoureux de justice internationale*, auquel une nation ne peut pas se soustraire sans violer le droit des gens, sans rompre le lien qui unit l'espèce humaine dans une grande *communauté de droit* (...) »; v. anche per una aperta, entusiastica adesione a questa idea, BROCHER, *Nouveau traité de droit international privé*, Paris-Genève, 1876, p. 15, ed ancor prima in *Théorie du droit international privé*, *Revue Gand*, 1873, e LAURENT, il quale ne fa altresì risaltare l'elemento religioso-cristiano (*Droit civil international*, vol. I – l'opera è del resto dedicata a Mancini – e già in *Clunet*, 1878, p. 434 s.: « La doctrine de la courtoisie, exposée dans toute sa crudité, révolte la conscience et le sentiment du juste que Dieu y a déposé » (articolo – quest'ultimo – noto a GEBHARD, *Motive*, p. 36, nota 1).

¹¹¹ GEBHARD, *Motive*, p. 42 (che convoca sul punto WÄCHTER, *Pandekten*, I, p. 147): « Es kommt nicht darauf an, in welchem Lande nach der Natur der Sache der Sitz des Rechtsverhältnisses ist, sondern darauf, wo dieser Sitz, nach den Bestimmungen unseres positiven Rechts, liegt: ob bei gewissen Rechtsverhältnissen unser Recht davon ausgeht, dass in einem dritten Lande der Sitz des betreffenden Verhältnisses anzunehmen und es daher nach den Gesetzen seines Landes zu beurteilen sei ».

¹¹² Del resto nelle trattazioni civilistiche del tempo l'esposizione del d.i.p. era per lo più inserita nella parte relativa ai rapporti fra le fonti: v. EICHHORN, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, 5. Aufl., Göttingen, 1845, § 34 s., THÖL, *Einleitung*, p. 163 (« Verhältnis der Rechtssätze zu einander ») fino ancora ad es. a GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, Berlin u. Leipzig, 1895, p. 183 s. (« Verhältnis der

concezione che Gebhard ha fatto propria risulta che non vi è alcuna *necessità* teorica di tenere conto della volontà di applicazione di una norma straniera. Sembra anzi addirittura che sussista un vero e proprio *ostacolo* che ne impedisca il rispetto: il quale infatti pare contrastare con il principio dell'unicità della « volontà normatrice »¹¹³ che ha vigore all'interno di un dato ordinamento¹¹⁴. Correlativamente, minore svolgimento ha avuto, nel pensiero del redattore, l'analisi degli *scopi* che presiedono alla scelta da parte del foro di applicare, a determinati rapporti, un diritto straniero: talvolta egli allega una

Rechtsquellen zu einander », in particolare p. 208 s.: « Die Geltung fremder Rechtsquellen ». Sulla preferenza della denominazione « diritto internazionale privato » rispetto alle altre in voga in Germania, cioè « Lehre von Collision der Statuten oder Gesetzen » (v. letteratura citata in GUTZWILLER, *Der Einfluss*, p. 3, nota 1) e « örtliche Grenzen der Rechtsregeln » (usata da Savigny), v. le osservazioni di VON BAR, *Theorie und Praxis*, p. 6-8.

¹¹³ Utilizziamo consapevolmente una terminologia italiana messa a punto qualche decennio dopo, specie per mano di Anzilotti: sul rilievo (e i diversi significati) che la « volontà normatrice » ebbe per quest'ultimo, v. LUZZATTO, *Introduzione a Opere di Dionisio Anzilotti*, p. XIX-XXI.

¹¹⁴ La convinzione che in un ordinamento statale non possa che avere vigore la legge interna è altresì la ragione storica per cui, fino a qualche decennio addietro, vi erano state voci, anche autorevoli, che avevano teorizzato l'applicazione *esclusiva* (« ganz und ausschliesslich », *op. cit.* qui di seguito, p. 5) della *lex fori*. Ci riferiamo in particolare alle tesi del PÜTTER, *Das praktische europäische Fremdenrecht*, Leipzig, 1845, il quale a p. 51 dichiara che il legislatore « (...) seiner Pflicht und dem Recht des Staats wie dem Staatsrecht zuwider handeln würde, wenn er in irgend einem vor ihn gebrachten Rechtshandel nach irgend einem andern Gesetz urtheilte, als nach dem Landesrecht und Gesetze », pur mitigando in maniera – a nostro parere – decisiva (ciò che invece è spesso trascurato dai suoi detrattori: v. ad es. VON BAR, *Theorie und Praxis*, 49-50) il rigore di tale impostazione attraverso l'accoglimento (ed un tentativo di sistematizzazione) del principio del « riconoscimento dei diritti legittimamente acquisiti in un Paese secondo le leggi locali » (*op. cit.*, p. 132 s., cfr. CATELLANI, p. 3 s.). V. anche, seppure in misura più attenuata, PFEIFFER, *Das Prinzip des internationalen Privatrechts*, Stuttgart, 1851, secondo cui (p. 2) « Der Richter hat stets und unter allen Umständen das Recht seines Staates, beziehungsweise Bezirkes oder Ortes, zur ausschliesslichen Anwendung zu bringen (...) »: « in misura più attenuata » perché Pfeiffer, sulla falsariga di WÄCHTER (*Über die Collision*, I, p. 235 s.), di cui era d'altra parte più giovane collega all'università di Tübingen (SANDMANN, p. 206), non nega che la legge straniera debba applicarsi nei casi di *ausdrücklicher staatlicher Rechtsbefehl* (*op. cit.*, p. 11), pur dichiarando doversi il diritto straniero riguardare in questi casi quale « componente integrativa della legislazione interna », il che probabilmente fa di Pfeiffer il primo autore, quanto meno in Germania, ad avere accolto la tesi del rinvio *recettizio* o *materiale* (od « *Inkorporationstheorie* »: v. SANDMANN, *loc. cit.*). Riguardo alle tesi del Pütter e Pfeiffer, Gebhard rileva che è bensì vero che ciascun giudice sia vincolato alle leggi del proprio Stato, ma che ciò non ha altra conseguenza se non l'obbligo per il giudice di applicare quella legge che il suo ordinamento – appunto – gli impone di applicare, tale legge ben potendo essere la legge di un altro Stato (GEBHARD, *Motive*, p. 28; v., con pressoché identica formulazione, UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, I, 3. Aufl., Leipzig, 1868, p. 161). Come si è visto, e come pure vedremo in seguito, Gebhard non spinge questo stesso ragionamento oltre, non riesce a rappresentarsi cioè che, ragionando in questo stesso contesto di idee, ben può il legislatore volere l'applicazione della legge straniera nei limiti in cui questa vuole applicarsi, o addirittura di quella legge straniera che vuole applicarsi. Sulle concezioni del Pütter, v. WÄCHTER, *Über die Collision*, p. 183; SAVIGNY, *System*, VIII, p. 132; MANCINI, *De l'utilité*, p. 145-146; SANDMANN, p. 199-201.

astratta rispondenza ad « esigenze di giustizia »¹¹⁵, talatra, con fraseologia meno generica, cita l'opportunità di favorire la « sicurezza del traffico giuridico internazionale »¹¹⁶.

15. Le tesi del redattore circa la natura del d.i.p. furono oggetto di discussione nel corso della prima della seduta in cui la prima commissione esaminò le disposizioni sul d.i.p., il 9 settembre 1887. L'alternativa fra le due impostazioni, bilaterale ed unilaterale, non fu affrontata in modo diretto. Il dibattito che ebbe luogo riveste nondimeno un certo interesse¹¹⁷: innanzitutto per alcuni dubbi che già furono avanzati in quella sede e che saranno destinati ad acutizzarsi in seguito; in secondo luogo, perché i commissari mostrano di avere già lucida coscienza delle difficoltà che segneranno lo svolgimento successivo dei lavori, e di prevedere che un diverso giudizio circa l'opportunità stessa di codificare il d.i.p. avrebbe potuto essere emesso « in altra sede » nel prosieguo¹¹⁸.

Inaugurando l'esame del progetto, la commissione – si legge nel verbale – ha ritenuto opportuno esaminare la questione preliminare circa la *natura* del d.i.p. e quella congiunta circa l'*opportunità* di una sua codificazione. Al riguardo, si è ritenuto di potere, ma solo in parte, aderire alla tesi di fondo da cui muove il redattore, secondo cui le regole di d.i.p. sarebbero norme « sull'interpretazione ed applicazione del diritto privato », e come tali « parte integrante dell'ordinamento interno dello Stato che le pone ». Questa visione appare infatti bensì corretta, ma solo con riguardo alle norme che richiamano la *legge interna*, e che, finiscono per questa via per delimitarne l'orbita di applicazione. Essa desta invece perplessità *se riferita a quelle norme, o meglio a quella porzione di esse, che designano una legge straniera*¹¹⁹. Poiché nondimeno queste ultime non

¹¹⁵ V. ad es. GEBHARD, *Motive*, p. 28 e 39 (« den Anforderungen der Gerechtigkeit entsprechend »).

¹¹⁶ GEBHARD, *Motive*, p. 33, e p. 40 (anche qui si manifesta probabilmente una certa influenza del punto di vista espresso dallo SCHMID, p. 27, riportato da GEBHARD, *Motive*, p. 33). Gebhard ha infine presente anche l'idea di assicurare quanto meno una certa armonia delle decisioni giudiziarie, e comunque di garantirne la prevedibilità. Accanto a questi scopi, tuttavia – si affretta a precisare – si devono, nella formulazione delle norme di d.i.p., considerare anche ulteriori esigenze che, proprio perché non riposano su argomenti di pura logica giuridica e che possono financo contrastare con la *Natur der Sache*, rendono tanto più necessario un ricorso alla codificazione: « Il traffico giuridico interno deve essere protetto contro gli squilibri che possono derivare dalle logiche conseguenze dei principi del d.i.p.; la coscienza nazionale dei cittadini tedeschi all'estero deve essere tenuta viva » (v. anche HARTWIEG, *Der Gesetzgeber*, p. 438). Donde quegli aspetti di « legeforismo » che si rinvenivano già nel progetto iniziale, e che confluiranno anche nella redazione finale. Non è dunque del tutto corretto – come si dimostrerà più diffusamente *infra*, para. 34 – attribuire quelle manifestazioni di *Heimwärtsstreben* (v. ad es. NIEMEYER, *IPR*, p. 8; MELCHIOR, *Grundlagen*, p. 33) all'attività di revisione che si svolse in seno al *Bundesrat*, essendo esse per lo più già presenti nei progetti bilaterali originari.

¹¹⁷ A tale discussione non viene invece dato rilievo alcuno dai commentatori. Il testo del verbale della seduta si rinviene in *Geh. Mat.*, p. 75 s.

¹¹⁸ *Op. cit.*, *loc. cit.* (che è poi quanto effettivamente si fece).

¹¹⁹ « Diese Auffassung sei jedenfalls in Ansehung derjenigen international-rechtlichen Normen zutreffend, welche den Herrschaftskreis der Privatrechtssätze der eigenen Rechtsordnung bestimmen,

appartengono comunque al diritto delle genti, la piena competenza del legislatore interno a regolare il d.i.p. (e cioè anche nella parte in cui viene designato un diritto straniero) non pare dubbia. D'altra parte – rileva la commissione – altre codificazioni recenti hanno proceduto in questo senso¹²⁰.

Affrontato il tema della natura del d.i.p. – quanto basta almeno per escludere la rilevanza del diritto internazionale pubblico, ma lasciando come si è visto aperta la questione della quintessenza della designazione della legge straniera, questione di cui si percepì la notevole difficoltà¹²¹ – la commissione mosse all'esame dell'*opportunità* di una codificazione della materia. Pur consapevole dei possibili inconvenienti da essa derivanti¹²², già peraltro chiari a Gebhard¹²³ e sui quali pure si insisté forse da parte di qualche commissario in sede di discussione – il che ridimensiona quella sorta di « effetto-sorpresa » che i resoconti sembrano volere attribuire alle perplessità che il Cancelliere avrebbe manifestato di lì a poco – si ritenne di dovere, a tale questione di fondo, dare risposta *affermativa*, non sembrando sufficientemente forti « almeno a questo stadio del dibattito », le ragioni avanzate contro l'inclusione delle norme di d.i.p. nel progetto di codice¹²⁴.

während die Richtigkeit der Auffassung hinsichtlich derjenigen Normen sich in Zweifel ziehen lasse, welche die Anwendung eines fremden Rechtes bestimmten » (*op. cit.*, *loc. cit.*).

¹²⁰ Questo accenno alle « altre codificazioni » del d.i.p. sarà spesso formulato da commissari ad ulteriore giustificazione del metodo tradizionale: v. ad es. la corrispondenza fra i Ministeri in *Geh. Mat.* p. 194 s., su cui *infra*, para. 27 s. La consapevolezza della novità nel panorama comparatistico del sistema unilaterale ben emerge da una lettera inviata da Krüger al governo delle Città Anseatiche, dove si riferisce delle perplessità del *Reichsjustizamt* di fronte al progetto « alternativo » rispetto a quello approvato dalla seconda commissione, perché esso « auf neuen Prinzipien beruht, die weder in den deutschen Partikularrechten noch auch im gemeinen Recht und auswärtigen Gesetzgebungen bisher Anerkennung gefunden haben » (*Geh. Mat.*, p. 249).

¹²¹ Per una decisa affermazione della necessità di tenere distinte le due questioni, delimitazione della sfera di efficacia delle norme interne e designazione della legge straniera (necessità che risiede alla base di ogni dottrina unilaterale), v. curiosamente anche NIEMEYER, *Vorschläge*, p. 29: « (...) so stellt sich die gesetzgeberische Aufgabe gegenüber dem internationalen Privatrecht in zwei Stufen: 1. Feststellung des Anwendungsbereiches der heimischen Rechtssätze in internationaler Hinsicht; 2. Feststellung der Normen, welche für solche Thatbestände gelten sollen, die nach 1) nicht durch die heimischen Rechtssätze gedeckt werden (...) » (*v. infra*, para. 60 s.; osserviamo *au passage* che il termine *Feststellung* farebbe piuttosto pensare ad un « constatare » od « accertare », che non ad uno « stabilire » o « fissare » *ex novo*, il che, se riferito alla *zweite Stufe*, dovrebbe portare coerentemente al rispetto della sfera di applicazione delle norme straniere). Sostanzialmente conforme anche NEUMANN, *IPR*, p. 19. *Contra*, ANZILOTTI, *Leggi interne*, p. 200 s.: *v. infra*, para. 62 s.

¹²² *V. infra*, nota 124.

¹²³ GEBHARD, *Motive*, p. 36.

¹²⁴ « Da un lato infatti – si osservò – l'opportunità di lasciare mano libera alla giurisprudenza, sia teorica che pratica, è alquanto discutibile, attesa la grande diversità di opinioni, e la conseguente incertezza, che vi regna. Che i giudici possano, se non vincolati da norme scritte, approdare a decisioni più soddisfacenti nei singoli casi concreti appare inverosimile, ma ciò non sembra avere peso sufficiente per controbilanciare i vantaggi, in termini di *certezza del diritto*, derivanti da una codificazione. Neppure la considerazione che il *Reich* potrebbe non disporre più, nella negoziazione

Esaurita la discussione sui punti preliminari, si passò, nelle sedute successive, all'esame delle singole disposizioni¹²⁵. Tale revisione portò all'elaborazione di un nuovo *Entwurf*, in ventisei paragrafi, rubricato « Applicazione spaziale delle norme » (*örtliche Kollision der Rechtsnormen*) che avrebbe dovuto formare oggetto del sesto libro del codice: la struttura bilaterale delle norme venne conservata, l'intervento della commissione essendosi limitato a modificare, per alcune, il collegamento proposto dal redattore¹²⁶.

16. La commissione ultimò l'esame il 28 settembre 1887. I relativi articoli non furono però – come noto – inclusi nel progetto di cui il *Bundesrat* dispose la pubblicazione nel gennaio del 1888. L'emersione dei « materiali segreti » ha svelato la fonte di questo espanto, già per vero intuita, con una certa approssimazione, da alcuni autori¹²⁷.

degli accordi internazionali, di *uno strumento decisivo per tutelare gli interessi domestici* appare, almeno a questo stadio della discussione, di valore decisivo: norme di d.i.p. verrebbero comunque elaborate dalla giurisprudenza, anche se non quella rigidità che ogni codificazione inevitabilmente reca con sé » (corsivo nostro: *Geh. Mat.*, p. 77).

¹²⁵ In realtà, con riguardo alle questioni « pregiudiziali » (« Vorfragen ») individuate dalla commissione, due di esse furono lasciate aperte, il che testimonia dell'incertezza complessiva in cui versavano i commissari e – ad un tempo – dell'estrema delicatezza di tali questioni: la prima riguardava la collocazione più acconcia delle relative norme; la seconda aveva ad oggetto l'opportunità di aggiungere in coda all'articolato una breve nota di accompagnamento, secondo cui, se si fosse deciso, per una qualche ragione, di espungere dal progetto le norme di d.i.p., ciò avrebbe potuto farsi senza dovere modificare le altre parti di esso. Insomma, a differenza di quanto i commentatori lasciano intendere, la prima commissione si dimostrò già ben consapevole delle difficoltà della materia e della sua codificazione, manifestando complessivamente un certo favore per l'inclusione del d.i.p. nel progetto (forse anche perché gli elaborati « progetti Gebhard » giacevano loro innanzi, assortiti di quelle grandi « compilazioni dottrinali » che sono i *Motive*: così, con ammirazione, NOLDE, *Rev. crit.*, 1927, p. 373, citato da BEHN, p. 156), ma non senza ignorarne gli svantaggi, dichiarati tuttavia « non di decisiva importanza almeno a questo stadio della discussione » (« wenigstens bei dem gegenwärtigen Stande der Berathungen nicht von entscheidendem Gewichte »).

¹²⁶ Ad es. in tema di capacità, l'art. 5 del progetto Gebhard disponeva l'applicazione della legge regolatrice del rapporto cui la capacità inerisce (« die Rechtsfähigkeit wird nach dem Rechte beurteilt, welches über das Rechtsverhältnis, bei dem sie in Frage kommt, entscheidet »), mentre la commissione decise di adottare la legge nazionale del soggetto della cui capacità si tratta (« die Geschäftsfähigkeit einer Person wird nach den Gesetzen des Staates beurteilt, welchem die Person angehört »). V. per il testo completo del progetto così come modificato dalla commissione, *Geh. Mat.*, p. 164 s.

¹²⁷ Cfr. NIEMEYER, *Vorschläge*, p. 37, e IPR, p. 23; ANZILOTTI, *Una pagina di storia*, p. 155. Poco dopo PLANCK, che, come si è visto, era membro della commissione, dichiarerà (p. XXVIII) che « Der Reichskanzler verfügte, dass der sechste Abschnitt nicht in den Entwurf aufzunehmen sei und verbot auch seine Veröffentlichung ». Non è dunque proprio nel vero HARTWIEG, p. 32, quando afferma che « man hat bisher vergeblich versucht, dieses Fehlen von Kollisionsnormen und dazu verfasster Motive aufzuklären »; ed infatti è poi costretto a riconoscere (p. 160, in nota) « (...) damit ist der Gerücht vom Widerstand Bismarcks gegen eine Kodifikation bestätigt (...) ». D'altra parte, già nel 1897, anno di pubblicazione del *Band I* dei *Protokolle* della seconda commissione a cura di ACHILLES, SPAHN e GEBHARD (v. *infra*, nota 146), si seppe (*Vorwort*, p. X) della dichiarazione della prima commissione circa l'incertezza sul se o meno inserire le disposizioni di d.i.p. nel progetto: « Die erste Kommission hatte eine, die Vorschriften über die Räumliche Herrschaft der

Con dispaccio del 30 settembre 1887, il Ministero degli Esteri notificava al Ministero della Giustizia, coordinatore dei lavori, che il Cancelliere Otto von Bismarck si era dichiarato « non in grado di dare il suo consenso » all'accoglimento delle disposizioni di d.i.p. nel *BGB*¹²⁸. Ciò essenzialmente a motivo di quelle stesse considerazioni già dibattute in seno alla commissione, ma da essa ritenute di peso non (ancora) decisivo¹²⁹. Come già noto alla commissione – si legge nella comunicazione – *seine Durchlaucht* « stima non desiderabile » una regolamentazione statale del diritto internazionale privato, per ragioni sia *teoriche* che *pratiche*. Da un punto di vista teorico, la disciplina del d.i.p. non appartenerebbe comunque ad un codice, bensì ai rapporti interstatali nella loro continua e libera evoluzione. Da un punto di vista pratico, non è opportuno che vengano fissate in una legislazione tedesca norme rigide, come tali « vincolanti in perpetuo », per la disciplina di rapporti privatistici internazionali.

E' bensì vero che, come rilevano i commentatori¹³⁰, traspare dalle parole sopra riportate un certo timore – confermato del resto dalla corrispondenza successiva dell'*Auswärtiges Amt* – che, consentito l'ingresso del diritto straniero senza garanzia che gli altri Stati avrebbero reciprocamente riconosciuto il diritto tedesco, il *Reich* avrebbe avuto, in sede di elaborazione di norme convenzionali, una posizione più debole. Ma non crediamo che si sia trattato di preoccupazione decisiva, e comunque sicuramente non dell'unica: se si fossero raffreddati i rapporti con gli altri Stati, si sarebbe potuto sempre modificare il testo della legge nel senso di una riduzione dell'apertura ai valori giuridici stranieri. Ci pare invece avere avuto maggiore peso la convinzione, anzi – meglio ancora – il sentimento, che il d.i.p., pur dovendo regolare appunto delle *Privatrechtsfragen*, tocchi nondimeno da vicino i rapporti fra gli Stati, avendo vuoi lo scopo vuoi l'effetto di delimitarne le rispettive competenze legislative. Si intuisce cioè – presso il Cancelliere

Rechtsnormen betreffende Vorlage beraten und festgestellt; dieselbe war dem Reichskanzler bei der Einreichung des Entwurfs des Gesetzbuchs mit dem Bemerkten vorgelegt worden, dass man für zweifelhaft erachte, ob es geeignet sei, Vorschriften dieser Art in das Gesetzbuch aufzunehmen, und dass die Entscheidung hierüber anheimgegeben werde ».

¹²⁸ Anche se la sottoscrizione in calce al dispaccio non è purtroppo decifrabile, sembrerebbe essere quella di Herbert Fürst von Bismarck (HARTWIEG/KORKISCH, p. 160, in nota), figlio maggiore di Otto von Bismarck, già segretario privato del padre nelle questioni di politica estera (1874-1881), ambasciatore a Londra e a S. Pietroburgo (1882-1884), sottosegretario di Stato (*Unterstaatssekretär*) nel 1885, nominato nel 1886 all'*Auswärtige Amt*, dove rimase appunto fino al 1888, quando divenne « preussischer Staatsminister ». Se così è, è probabile che le perplessità furono davvero più dello stesso Bismarck che non dell'*Auswärtiges Amt*, atteso che « Herbert ordnete in privaten wie in politischen Angelegenheiten seinen Willen ganz dem seines Vaters unter » (v. *Meyers Enzyklopädisches Lexicon*, Mannheim, 1980, vol. IV, voce « Bismarck »). Come risulterà dal prosieguo, tuttavia, tali perplessità nei confronti di una codificazione del d.i.p., e soprattutto nei confronti di *quella* disciplina che si voleva introdurre da parte della commissione, permasero anche quando Bismarck fu costretto a dimettersi nel marzo del 1890.

¹²⁹ V. *supra*, nota 125.

¹³⁰ V. ad es. KEGEL, *Besprechung*, p. 131.

ed i giuristi dell'*Auswärtiges Amt*, in ciò perfettamente solidali – la cordiale, spontanea impressione di una certa contraddizione: fra, da un lato, la natura *internazionale* delle questioni, il conseguente coinvolgimento degli ordinamenti di più Stati e la necessità di raggiungere un *coordinamento* fra di essi¹³¹; e, dall'altro, la fiducia, manifestata dalla commissione, di raggiungere tale coordinamento con regole *tedesche* (interne dunque) per giunta *rigidamente formulate*¹³².

Del punto di vista espresso in quella occasione dal Cancelliere si tenne prontamente conto. Nella seduta del 7 ottobre 1887 la prima commissione dichiarò che la « appartenenza delle norme di d.i.p. al codice civile tedesco *si prestava effettivamente ad incertezze* »¹³³ e che, dipendendo la relativa decisione « non in lieve misura » da considerazioni di carattere essenzialmente *politico*, non poteva assumersene essa stessa la responsabilità¹³⁴. Il progetto di codice in cinque libri, unitamente all'articolato sul d.i.p. – in un documento separato – e ad una nota di accompagnamento che riproduceva la delibera citata, fu dunque consegnato – il 27 dicembre – al Cancelliere¹³⁵, il quale a sua volta lo rimise senza ritardo al *Bundesrat*¹³⁶. Conformemente alla opinione manifestata dalla sua « commissione giustizia », il *Bundesrat*, nel deliberare la pubblicazione del progetto, decise di espungere le norme di d.i.p.¹³⁷, che coerentemente non figurano nel

¹³¹ Ci serviamo consapevolmente di un termine che si diffuse soltanto più tardi per merito della « scuola comparatista », ed usato con efficacia da BATIFFOL nei suoi *Aspects philosophiques* (v. ad es. p. 16). Di « Prinzip der Koordination der Gesetzgebungen » aveva già parlato NEUMANN, *IPR*, p. 25, sul quale v. *infra*, para. 48 s.

¹³² Insomma: può pure essere vero che né il Cancelliere né il Ministero degli Esteri avessero sicura padronanza della « teoria delle fonti » e che non avessero adeguatamente riflettuto sulla *natura* privatistica delle norme di d.i.p.: ma avendo il sentimento che esse debbano mirare ad un'armonizzazione fra i diversi ordinamenti e dunque fra le diverse potestà legislative, regole *interne* e per giunta contenenti un meccanismo di designazione « secco » e privo di elasticità, non parevano loro rappresentare lo strumento più adatto. Meglio a questo punto non vincolare affatto i giudici e lasciare a tale complessa disciplina piena libertà di svolgimento attraverso la dottrina e la giurisprudenza.

¹³³ « Die Kommission erachtet es für zweifelhaft, ob Vorschriften über das internationale Privatrecht zur Aufnahme in das bürgerliche Gesetzbuch sich eignen; sie glaube sich des Urtheils hierüber, weil die Entscheidung in nicht geringem Masse von politischen Erwägungen abhängen, enthalten und zugleich auch anheimstellen zu müssen, ob bei der Publikation von der Kommission beschlossenen Vorschriften nicht zu veröffentlichen seien » (*Geh. Mat.*, p. 161). Cfr. già PLANCK, p. XXVIII.

¹³⁴ Se si fosse nondimeno optato – concluse la commissione – per l'inclusione delle norme di d.i.p. nel codice, essa suggeriva di farne oggetto di un sesto libro, l'ultimo, del *BGB*, rubricandolo « örtliche Kollision der Rechtsnormen » (*Geh. Mat.*, *loc. cit.*).

¹³⁵ Comunicazione in data 9 ottobre 1887 da parte di Pape, presidente della commissione, a von Schelling, segretario del *Reichsjustizamt*, e comunicazione in data 16 ottobre 1887 da parte di quest'ultimo a Herbert von Bismarck, riprodotte in *Geh. Mat.*, p. 162 s.

¹³⁶ Comunicazione in data 5 gennaio 1888 di von Schelling (per conto di Bismarck) al *Bundesrat*, in *Geh. Mat.*, p. 177.

¹³⁷ Così HARTWIEG, p. 33. In realtà, non disponiamo del testo della relativa delibera del *Bundesrat*, né delle sue motivazioni. Tuttavia, in una comunicazione inviata dal Ministero della Giustizia del *Reich* al Ministero degli Esteri (in *Geh. Mat.*, p. 193), si legge che la pubblicazione del sesto libro « era

testo reso pubblico, ed ammonì che – attesa la « natura internazionale delle relative disposizioni » – si facesse di esse un trattamento « riservato »¹³⁸.

Il peso dell'opinione di Bismarck si fece dunque sentire. Nondimeno, è anche possibile che alcuni commissari, già prima un po' dubbiosi sulle questioni relative al d.i.p., siano stati sinceramente persuasi dalle perplessità manifestate « dall'alto », e che abbiano deciso in coscienza di raggiungere la minoranza degli « indecisi », e che questa fosse divenuta appunto maggioranza¹³⁹. Una certa indipendenza di pensiero, avuto anche riguardo alle vicende successive, è forse da riconoscere anche al *Bundesrat* nella sua deliberazione, già pur autorevolmente suggerita, di omettere la pubblicazione degli articoli relativi al d.i.p.¹⁴⁰ Come che sia, qui ci interessa nondimeno prendere atto di questa oscillazione della prima commissione e di questa mancata pubblicazione, entrambe provocate dalla perdurante incertezza circa la natura e la finalità del d.i.p. e delle sue norme, specie nella parte in cui esse designano una legge straniera.

17. Questo dunque grosso modo lo stadio della discussione al termine della *erste Lesung* del progetto di *BGB*.

Dal punto di vista *formale* – ciò che più attira l'attenzione di *civilisti* e *teorici* del diritto – le norme di d.i.p. sono norme interne, almeno nella parte in cui esse delimitano la sfera di efficacia del diritto del foro. Più complessa è invece la natura delle regole sul richiamo del diritto straniero. Detenendo il legislatore di uno Stato l'autorità normativa

stata esclusa (appunto) dal *Bundesrat* » e non già dunque dal Cancelliere. Tenderemmo a pensare anche noi, come HARTWIEG (p. 33), che vi fu una certa autonomia fra il *Bundesrat* e il Cancelliere e che anche il primo avesse perplessità sulla codificazione del d.i.p., così come proposta dalla commissione (*contra* BEHN, p. 158, il quale cita alcune fonti ulteriori).

¹³⁸ V. il testo della circolare inviata a tutti i ministeri del *Reich*, a quelli di Prussia, ed ai governi dei *Länder* (probabilmente sottoscritta da von Schelling: *Geh. Mat.*, p. 183 s.). A conferma della serietà di tale monito alla riservatezza, HARTWIEG e KORKISCH hanno pubblicato la domanda inoltrata al Ministero della Giustizia nel 1892 da von Bar, che chiedeva di visionare le *Vorarbeiten* della prima commissione relative al d.i.p. per una *literarische Arbeit* (si tratta, come intuito da HARTWIEG, p. 188, nota 258, del *Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts*, Stuttgart, 1892: v. infatti p. 17, nota 2, di quest'opera), e che si dovette però « accontentare » dei due progetti Gebhard (senza motivazioni), ai quali avrebbe peraltro dovuto astenersi dal richiamarsi nella sua opera (v. *Geh. Mat.*, p. 188 e la risposta a p. 188-189). Anche MEILI si servì dei progetti Gebhard, dandone questa volta pubblicazione, alle pagine 198-209 della sua *Geschichte und System des IPRs im Grundriss*, Leipzig, 1892, il che aveva provocato un'inchiesta da parte dell'*Auswärtiges Amt* al fine di far luce su questa « fuga » di notizie, ciò che costringerà lo stesso MEILI (in *Die Gesetzgebung und das Rechtstudium der Neuzeit*, Dresden, 1894, p. 36) a protestare la propria innocenza: « Mit keinem Worte wurde mir gesagt, dass er als geheim zu betrachten sei, im Gegenteil, wurde mir eröffnet, ich könne ihn beliebig verwenden » (v. BEHN, p. 128-129, *Geh. Mat.*, p. 191-192; v. anche HARTWIEG, p. 30; e KEGEL, *Besprechung*, p. 131-132).

¹³⁹ *Contra* KEGEL, *Besprechung*, p. 132; PLANCK (p. XXI) accenna invece all'effettiva incertezza della commissione.

¹⁴⁰ V. *supra*, nota 137.

esclusiva nel suo territorio, esso è comunque senz'altro competente ad adottare norme di d.i.p.: nel farlo, non incontra per altro alcun vero e proprio obbligo internazionalpubblicistico, pur dovendosi riconoscere che tutti gli Stati hanno da sempre assicurato una certa efficacia al diritto degli altri Stati, che sarebbe impensabile non farlo¹⁴¹. Quanto agli *scopi* delle norme di d.i.p., si è però, da parte degli ambienti politici e diplomatici, messo innanzi che il carattere per definizione *internazionale* dei rapporti da regolare attiva quanto meno un certo, spontaneo e legittimo interesse degli ordinamenti coinvolti alla delimitazione coordinata dei propri spazi di competenza legislativa, il che suggerisce di non irrigidirsi in formule troppo meccaniche.

Non è stata oggetto di un apposito dibattito la questione, pur affrontata da Gebhard nei suoi *Motive*, dell'*opportunità* che si tenga conto, nella designazione del diritto straniero, dell'interesse dello stesso ad applicarsi, della concreta « volontà di applicazione » delle sue norme. Più interessante al riguardo, e più profonda e matura in genere, fu la discussione che si svolse in sede di seconda commissione, della quale ci si deve ora occupare.

§ II. – Le *Bemerkungen* di Julius Schnell e i lavori della seconda commissione

SOMMARIO: – 18. Sdoppiamento del processo codificatorio fra un piano « ufficiale » ed uno « non ufficiale ». – 19. Le *Bemerkungen* di Julius Schnell. – 20. Un commento alle *Bemerkungen*: critica non già alla *legittimità* teorica della regola bilaterale, bensì alla *coerenza* di essa con il *fine* proclamato del d.i.p. e con la *natura* asseritamente « neutra » delle norme di d.i.p. – 21. L'analisi articolo per articolo del progetto da parte di Schnell. I conflitti positivi e negativi. – 22. La relazione di Gebhard nella seduta del 6 marzo 1896 e la difesa della bilateralità. – 23. Le due « voci » critiche: argomenti teorici e pratici contro la bilateralità. – 24. La deliberazione dei commissari a favore della regola bilaterale. Prevalenza delle esigenze di certezza ed unità del diritto tedesco. – 25. Svolgimento finale dei lavori della seconda commissione e rimessione del progetto al *Bundesrat*.

18. Il progetto di *BGB* fu, come noto, oggetto di alcune critiche. Le voci più severe s'appuntarono proprio sul d.i.p.: si lamentò la mancanza assoluta di norme, protestandosi, da un lato, la grande importanza delle relative questioni, la necessità che si eliminassero le incertezze che la dottrina, nonostante una secolare attività di elaborazione, non era ancora riuscita a dissipare, ed ancora il carattere di puro diritto privato delle relative norme; e facendo notare, dall'altro, che altri Stati avevano proceduto ad una codificazione e

¹⁴¹ V. GEBHARD, *Motive*, p. 28, in replica alla tesi ancora proposta da PÜTTER, *Das praktische europäische Fremdenrecht*, Leipzig, 1845, e con ancora più vigore, dal PFEIFFER, *Das Prinzip des internationalen Privatrechts*, Tübingen, 1851, p. 4 s., sui quali v. *supra*, nota 114; VON BAR, *Theorie und Praxis*, p. 49 s., e CATELLANI, *Storia del d.i.p.*, p. 3 s.

che non risultava fossero derivate complicazioni¹⁴². Tutto ciò, unitamente ai difetti additati negli altri settori della codificazione, indusse il *Bundesrat* a nominare, il 4 dicembre 1890, una nuova commissione¹⁴³, la quale designò nuovamente Gebhard come relatore per la parte generale¹⁴⁴ e per l'*EGBGB*¹⁴⁵. Mostrandosi subito sensibile alle critiche, la commissione comunicò, già sin dalla prima seduta, che avrebbe proceduto ad una disciplina espressa del d.i.p., le perplessità di natura politica che spingevano in direzione contraria non potendo essere sciolte se non in sede governativa¹⁴⁶.

I verbali delle riunioni di questo secondo consesso furono presto resi pubblici¹⁴⁷. L'esito finale dei lavori vi è già inequivocabilmente preannunciato, anche se da voci che non

¹⁴² V. in particolare COITH, *Bemerkungen zu den Entwürfen des BGB für das deutsche Reich und des betreffenden Einführungsgesetzes*, AcP, 1890, p. 214 s. e HÖLDER, *Zum allgemeinen Theile des Entwurfs eines BGB für das deutsche Reich*, AcP, 1888, p. 23 s.; v. anche PLANCK, *Zur Kritik des Entwurfs eines BGB*, AcP, 1889, p. 328 s., il quale però faceva salve considerazioni di carattere politico; BEKKER, *System und Sprache des Entwurfes eines BGB*, Berlin u. Leipzig, 1888; ROCHOLL, *Vorschläge zur Abänderung des Entwurfes eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches in Form eines Gegen-Entwurfes mit kurzer Begründung, Erstes Buch, Allgemeiner Teil*, Breslau, 1890, che redasse un vero e proprio « Gegenentwurf » (stampato da NIEMEYER, *Vorschläge*; v. KORKISCH/HARTWIEG, p. 186 s. e SANDMANN, p. 257 s.). Tali critiche furono raccolte a cura del *Reichsjustizamt* in un volume dal titolo *Zusammenstellung der gutachtlichen Aeusserungen zu dem Entwurf eines BGB, Band I, Aeusserungen zum Allgemeinen Teil*, Berlin, 1890.

¹⁴³ Il testo del *Beschluss* del *Bundesrat* e la composizione della seconda commissione sono riportati in PLANCK, p. XXX-XXXI (cfr. anche HARTWIEG, p. 34-35).

¹⁴⁴ Gebhard fu dunque uno degli *Spezialreferenten*. *Generalreferent* fu Planck. Gli altri *Spezialreferenten* sono indicati da PLANCK, p. XXXI. Sulla nomina di Gebhard quale membro della seconda commissione e quale *Spezialreferent*, v. BEHN, p. 164 s.

¹⁴⁵ L'*EGBGB* era destinato ad accogliere, oltre al d.i.p., le disposizioni relative al rapporto fra le norme del codice e le leggi speciali emanate dal *Reich* e dai *Länder*, nonché le disposizioni transitorie.

¹⁴⁶ Anche se qualche commissario fece notare come l'*Auswärtiges Amt* nutrisse ancora perplessità, e che anche il *Bundesrat* e il *Reichstag* « über die Tragweite etwaiger politischer Bedenken werden zu finden haben » (*Protokolle*, I, p. 1). I *Protokolle* della seconda commissione furono pubblicati a Berlino in sei volumi, fra il 1897 e il 1899, con il titolo di *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, im Auftrage des Reichsjustizamts*, a cura di ACHILLES, SPAHN, GEBHARD e ripubblicati a cura di JACOBS/SCHUBERT (v. *supra*, nota 127), i quali tuttavia hanno curiosamente tralasciato la discussione relativa alle questioni di carattere generale del d.i.p. che si svolse nella seduta del 6 marzo 1895, per la quale si è resa necessaria la consultazione dei verbali originari (cioè le p. 3 s. del *Band VI*).

¹⁴⁷ L'attenzione rivolta a tali verbali è stata pressoché nulla da parte di KORKISCH e HARTWIEG, i quali, con riferimento ai due piani da essi identificati, ufficiale e non ufficiale (v. *infra*, para. 26), parlano di *zwei Ebenen zwischen denen es keine Zusammenarbeit und kaum Berührungspunkte gab* (p. 37). Anche BEHN, che ne tratta a proposito delle *Bemerkungen* di Schnell, non vi dà grande rilievo (p. 77 s.). Più correttamente SIMONS, nel suo corso tenuto all'Aja nel 1925 (*La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Allemagne*) rileva che « la deuxième commission instituée pour l'élaboration du code avait déjà élevé de graves objections contre la méthode de réglementation complète des conflits » (segue un elenco degli argomenti sollevati in quell'occasione); è vero che, come ricorda MANSEL (*Mancini und das EGBGB*, p. 292), Simons, essendo stato

riescono ancora a farsi maggioranza. D'importanza fondamentale per capire l'emergere e il progredire della istanza unilaterale fu, in particolare, il vivace dibattito che ebbe luogo nella seduta del 6 marzo 1895, la prima in cui ci si occupò della disciplina del d.i.p.¹⁴⁸ Purtroppo, questo primo farsi strada dell'istanza unilaterale già in sede di seconda commissione passò inosservato da parte della critica. Né tanto meno si cercarono le ragioni storiche di questo suo imporsi all'attenzione di Gebhard e degli altri commissari, ragioni che ci paiono oggi singolarmente chiare. Conviene diffondersi con un certo dettaglio su di esse, perché si tratta di uno snodo decisivo, non ancora – neppure dopo la rivelazione dei « materiali segreti » – messo in dovuta luce.

Qualche mese addietro, nell'ottobre 1894, il Ministero della Giustizia di Baviera aveva fatto pervenire al *Reichsjustizamt* alcune « Bemerkungen »¹⁴⁹ al progetto, in cui si rivolgevano misurate critiche sia ai principi teorici cui esso si ispirava sia agli esiti pratici cui una sua adozione avrebbe condotto¹⁵⁰. Esse recavano la firma di Julius von Schnell¹⁵¹.

attivo dal 1907 presso il *Reichsjustizamt* e dal 1911 presso l'*Auswärtiges Amt*, aveva probabilmente avuto accesso a tutta la documentazione e si era potuto formare « einen guten Einblick in alle Internas der politischen Entscheidungsstellen »; nondimeno le discussioni prodottesi in seno alla prima commissione erano – come detto – già state rese pubbliche. Per altro, prima della pubblicazione dei *Protokolle*, ARON, *Die Beschlüsse der Kommission der zweiten Lesung des Entwurfs eines BGBs hinsichtlich der Vorschriften über das IPR*, BöhmsZ, 1896, p. 1 s., aveva dato un breve riassunto della discussione.

¹⁴⁸ L'esame delle relative disposizioni, inserite nel libro sesto ai §§ 2236-2265, ebbe luogo al termine della discussione sui restanti primi cinque libri del progetto, nel corso di dieci sedute, tra il 6 e il 27 marzo 1895 (PLANCK, p. XXXIV) e prese le mosse sia dal progetto della prima commissione sia dalla raccolta delle critiche formulate dal mondo accademico al primo progetto, curata dal Ministero della Giustizia del *Reich*.

¹⁴⁹ L'originale è conservato al *Bayerisches Staatsarchiv*, nel fascicolo rubricato « Acta des Bayr. Staatsministeriums des Innern für Kirchen- und Schulangelegenheiten. Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Vol. II. Generalakt, Akt. Nr. 12, 27 Mai 1891 bis 20. Juni 1895 » (v. KORKISCH / HARTWIEG, p. 218). Una copia di esse è contenuta nel *Juristisches Seminar Archiv* dell'Università di Heidelberg quale elemento del « Nachlass Gebhard » (Sig. B 20). Il testo è riprodotto in BEHN, quale *Anhang II*, p. 20-60. HARTWIEG/KORKISCH non hanno invece ritenuto utile pubblicare il parere di Schnell perché, a dire di HARTWIEG, p. 49, « dieses Gutachten hatte trotz seiner kritischen Haltung gegenüber einer gesetzlichen Normierung des Kollisionsrechts keinen wesentlichen Einfluss auf die weiteren Arbeiten, insbesondere hat das Auswärtiges Amt nicht darauf zurückgegriffen ». Un riassunto dei nodi teorici essenziali delle sue osservazioni Schnell pubblicò nella *BöhmsZ.*, 1895, p. 337-343 in un articolo dal titolo *Über die Zuständigkeit zum Erlass von gesetzlichen Vorschriften über die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen*. E' quest'ultimo lo scritto cui si riferisce sia chi criticò le idee di Schnell (Niemeyer, Kahn, Anzilotti, Buzzati, Catellani: *infra*, para. 59 s.), sia chi le approvò (von Bar, Keidel, Edelmann, Niedner, Enneccerus: *infra*, para. 39 s.; né gli uni né gli altri ebbero invece accesso alle *Bemerkungen*).

¹⁵⁰ « Esaustive » (*ausführlich*) le definì l'*Auswärtiges Amt* nel *Votum* del 26 settembre 1895 (v. *infra*, para. 28); « profonde e dettagliate » (*eingehend und sorgfältig*) le definì Toepke, funzionario pure dell'*Auswärtiges Amt*, in una nota esplicativa redatta nel 1928 in risposta ad una richiesta di precisazioni circa la storia dell'elaborazione dell'EGBGB avanzata da Nussbaum (v. sulla curiosa vicenda HARTWIEG, *Der Gesetzgeber*, p. 451-452). Innegabile che esse ebbero – come si dirà più oltre – una

Sebbene manchino al riguardo prove definitive, è nondimeno pressoché sicuro che tale documento sia stato fatto pervenire a Gebhard ed ai commissari prima della riunione del 6 marzo 1895: una copia di esse è stata ritrovata nel *Fondo Gebhard* legato dalla moglie del redattore all'Università di Heidelberg¹⁵², ma – ciò che è più – il loro contenuto si riflette in modo inconfondibile sia nella relazione iniziale pronunciata da Gebhard alla citata seduta sia negli interventi critici cui si è già accennato. L'influenza che esercitarono sul prosieguo dei lavori legislativi – nonostante l'opinione contraria dei più¹⁵³ – fu cruciale, ed avremo modo di verificarlo fra breve.

A. – Le « osservazioni » di Schnell al progetto

19. Schnell comincia con il rilevare che la sezione del *BGB* intitolata « Disposizioni sull'applicazione nello spazio delle norme » non può non aspirare a porre regole sull'applicazione spaziale, appunto, delle norme contenute nel Codice civile tedesco. Se alcune delle disposizioni del progetto determinano in effetti soltanto la sfera di efficacia delle norme tedesche, la maggior parte di esse si propone un ulteriore obiettivo, cioè di delimitare altresì la sfera di applicazione spaziale delle leggi di *ciascuno* Stato del mondo nei confronti delle leggi di *tutti gli altri* Stati¹⁵⁴. Tale impostazione non può essere condivisa, per diversi motivi.

forte presa sull'atteggiamento del Ministero degli Esteri, il quale comincerà a retrocedere dalla sua rigida posizione « anticodificatoria » proprio dopo averne preso conoscenza: v. *infra*, para. 27 s.

¹⁵¹ Schnell (1844-1901) fu dal 1885 funzionario presso il Ministero della Giustizia della Baviera, divenne *Ministerialrat* dello stesso nel 1894, e fu nominato nel 1897 « rappresentante plenipotenziario » presso il *Bundesrat* (BEHN, p. 36, nota 20, che rinvia a SCHÄRL, *Die Zusammensetzung der bay. Beamenschaft von 1806-1918*, p. 375). Egli fu membro del *Justizausschuss* del *Bundesrat*, che lo designò quale *Referent* sulla « Legge di modifica del codice di procedura civile e la legge introduttiva » (*Gesetz betreffend Aenderungen der Civilprozessordnung und zugehörig Einführungs-gesetz*), nonché sulla « Legge in materia di giurisdizione volontaria » (*Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*) ed ancora sulla « Legge di modifica alla legge fallimentare e legge introduttiva alla stessa » (*Gesetz betreffend Aenderungen der Konkursordnung und Einführungs-gesetz zu diesem Gesetz*), tutte e tre discusse in seno al *Bundesrat* tra il 1897 e il 1898. I *Berichte* che Schnell fece al *Bundesrat* e al *Reichstag* relativamente ai citati progetti di legge sono riprodotti in JACOBS/SCHUBERT, *Die Beratung des BGBs, Einführungsgesetz*, Berlin-New York, 1990, 2. *Teilband*, rispettivamente a p. 1408 s., p. 1629 s., p. 1795 s.

¹⁵² SCHUBERT, *Materialien*, p. 17; MANSEL, *Mancini und das EGBGB*, p. 287-288; BEHN, p. 117 s.

¹⁵³ HARTWIEG, citato *supra*, alla nota 149; BEHN, p. 69 (« weniger wirksam für die endgültige einseitige Fassung der Kollisionsnormen des EGBGB »); v. pure NEUHAUS (« Opposition aus Bayern keinen Einfluss gewann »; *Besprechung*, p. 594).

¹⁵⁴ « (...) sie wollen nicht nur die Herrschaft des deutschen Zivilrechts gegenüber dem ausländischen Zivilrecht, sondern auch die Herrschaft aller bürgerlichen Gesetze aller Staaten des Erdballs gegenüber einander (...) festlegen » (*op. cit.*, p. 21). Significative pure le parole con cui Schnell procede ad un'esemplificazione: « Il progetto non si accontenta di stabilire ad es. che 'rapporti patrimoniali fra coniugi sono sottoposti al diritto tedesco se il marito è cittadino tedesco al momento del matrimonio', ma stabilisce invece la sfera di applicazione spaziale delle norme circa i rapporti patrimoniali

Sul territorio di uno Stato straniero il *Reich* non ha né vuole avere alcun potere: né nel senso che dispone da sé di tale territorio, né nel senso che stabilisce quale Stato possa disporne, né nel senso che ordina ai suoi giudici « di fare come se » tale o tal altro Stato possa disporne. Ciò che è vero riguardo alla potestà territoriale è vero anche per tutti i restanti attributi della sovranità: in particolare anche per la potestà legislativa nel campo del *diritto privato*¹⁵⁵. Il *Reich* non detta infatti norme *materiali* di diritto privato a rapporti che egli, in base alla sua visione, non ritiene soggetti al suo diritto, alla sua sfera di controllo¹⁵⁶. Proprio come *rinuncia* a prescrivere l'osservanza di norme *materiali* di diritto privato a rapporti non regolati dalla sua legge, così non dovrebbe neppure fissare, oltre alla sua sfera di applicazione, l'ambito di operatività di *tutti* gli ordinamenti di tutti gli Stati¹⁵⁷, cioè la « sede » di tutti i rapporti giuridici stranieri¹⁵⁸.

A questo ragionamento, Schnell prevede che possano essergli mosse tre obiezioni. La prima è che il progetto non intende delimitare le competenze legislative di tutti gli ordinamenti del mondo, bensì farlo soltanto *limitatamente* a quei casi in cui un'autorità tedesca debba decidere circa l'ambito di applicazione di norme straniere. Ma – replica Schnell – il punto di vista accolto nel progetto continua a non giustificarsi. La

di tutti gli ordinamenti della terra. Conseguentemente, esso dispone quale diritto debba applicarsi a due coniugi danesi domiciliati in Svizzera, a due coniugi americani domiciliati in Russia, a due coniugi brasiliani domiciliati in Paraguay prescrivendo che la sfera di applicazione spaziale di tutte le norme di tutti gli ordinamenti del mondo che regolano i rapporti patrimoniali fra coniugi venga determinata in base alla *cittadinanza del marito al momento del matrimonio*, e che dunque la *modifica* della cittadinanza ovvero il trasferimento del domicilio successivamente a tale momento *non debba modificare la legge applicabile a tali rapporti per nessun ordinamento della terra* ». Il progetto ha cioè individuato un criterio di collegamento *particolare*, riferito ad un momento *particolare*, che il redattore percepisce come dettato non già dalla *Natur der Sache* ma appunto dalla scelta arbitraria o comunque soggettiva del legislatore *tedesco*. Schnell non si capacita allora di come il legislatore tedesco possa pretendere l'estensione a « tutti gli ordinamenti del mondo ».

¹⁵⁵ « Was bezüglich der Gebietshoheit gilt, trifft bezüglich aller übrigen Hoheitsrechte, insbesondere auch bezüglich der gesetzgebenden Gewalt auf dem Gebiete des Privatrechts zu (...) » (*op. cit.*, p. 22).

¹⁵⁶ Il legislatore del foro, esemplifica Schnell, non dispone ad es. – né potrebbe farlo – che tutti gli abitanti della terra, anche quando non siano cittadini tedeschi, né vivano in Germania, né compiano qui alcuna attività giuridica, divengano capaci di agire al raggiungimento di una determinata età; non intende che le proprie regole in materia catastale valgano per tutti i fondi del mondo, etc.

¹⁵⁷ Il diritto tedesco, esemplifica ancora il nostro A., non deve determinare quale legge è applicabile ad un immobile sito a Parigi di proprietà di un cittadino austriaco deceduto a Parigi; ovvero ad un immobile sito in Brasile di proprietà di un cittadino peruviano deceduto in Paraguay. Determinare la legge applicabile a tale fattispecie è « affare » dell'Austria e della Francia nel primo caso, del Paraguay e del Perù nel secondo.

¹⁵⁸ Tale formula è utilizzata altresì nell'opinione espressa dal Governo della Baviera al progetto Gebhard, probabilmente redatta dallo stesso Schnell (*infra*, nota 175): v. *Geh. Mat.*, p. 261, dove si legge che « die Annahme, dass die Gerichtsgewalt bezüglich der vom Inlande zu entscheidenden Rechtsfragen (...) die Befugnis, den *Sitz aller ausländischer Rechtsverhältnisse* zu bestimmen, verleihe, entbehre die Folgerichtigkeit »).

circostanza che una fattispecie sia portata alla cognizione di un giudice tedesco *non* ha e *non deve* avere per conseguenza che il rapporto sia necessariamente valutato secondo la legge tedesca. E' questo il postulato primo del d.i.p. Uno Stato che facesse dipendere l'applicazione della propria legge dalla sola competenza dei propri tribunali, agirebbe in modo non soltanto non conforme al diritto delle genti, ma altresì contrario ai principi fondamentali su cui poggia il suo stesso ordinamento¹⁵⁹. In particolare, ciò urterebbe contro i capisaldi del processo, il quale – a parte i casi di sentenze costitutive – ha per scopo di accertare e dichiarare l'esistenza o la non esistenza di diritti, non già di disattendere diritti *acquisiti* o crearne dei nuovi¹⁶⁰. Allo stesso modo deve ammettersi che la circostanza che i giudici tedeschi abbiano a conoscere di un rapporto giuridico non disciplinato dalla legge tedesca non conferisce al legislatore del foro il potere di stabilire a quale diritto straniero il regolamento del rapporto appartiene. L'esercizio della competenza giurisdizionale non deve accrescere il potere di dettare norme distributrici di competenza legislativa. Se il legislatore tedesco prescrive l'osservanza di una determinata legge straniera, scelta per sua sola volontà, ciò equivale a dettare una norma materiale.

¹⁵⁹ *Bemerkungen*, p. 23. Va rilevato che è questo in pratica il solo passo in cui Schnell menzioni la « contrarietà al diritto delle genti », peraltro qui indicata quasi *ad abundantiam*, ciò che interessa all'autore essendo piuttosto la « contrarietà » a principi su cui riposa l'ordinamento dello Stato del foro, cioè – come vedremo meglio al paragrafo successivo – la *contraddittorietà* dell'atteggiamento del legislatore. Comunque sia, è da riconoscere che Schnell, nel dichiarare che l'esclusione sistematica del diritto straniero sarebbe stata *völkerrechtswidrig*, colpiva nel segno: l'opinione secondo cui gli Stati sono obbligati fra di loro, da un principio di diritto internazionale pubblico, ad escludere, nell'ordine interno, il cosiddetto criterio di « assoluta territorialità », e dunque a « non negare sistematicamente il valore e l'efficacia della legge degli altri Stati », è stato formulato in Italia già da ANZILOTTI, *Diritto internazionale nei giudizi interni*, p. 135, e enunciato con maggiore precisione ancora da MARINONI, *La natura giuridica del diritto internazionale privato*, *RDI*, 1913, p. 349 s.; nello stesso ordine di idee del resto già KAHN, *Über Inhalt*, p. 40; VON BAR, *AöR*, 1900, p. 41 e NIEMEYER, *Vorschläge*, p. 32.

¹⁶⁰ *Bemerkungen*, p. 23. Schnell insiste sulla necessità di proteggere i « *wohlerworbene Rechte* » o *iura quaesita* o gli « *im Ausland erworbene Rechte* »: v. anche *Über die Zuständigkeit*, p. 338 (citando sul punto KLOEPEL, *BöhmsZ.*, 1890, p. 47 e BÖHLAU, *Mecklenburgisches Landesrecht*, Vol. I, p. 431), nonché, di nuovo, a p. 339; v. anche l'opinione espressa dal Ministero della Giustizia di Baviera al progetto Gebhard: *Geh. Mat.*, p. 261. Quest'argomento, cui i primi avversari dell'unilateralismo non diedero – come vedremo – alcuna importanza, fu probabilmente ispirato a Schnell da VON BAR, il quale, già nella prima edizione della sua grande opera, *Das internationale Privat- und Strafrecht*, Hannover, 1862, così commentava l'obiezione di PFEIFFER (*Das Princip des internationalen Privatrechts*, Tübingen, 1851, p. 35-36), che sosteneva, nel silenzio del legislatore, essere volontà di questi l'imporre l'applicazione delle proprie norme: « *Dieser Einwand wird durch den bei allen civilisirten Völkern anerkannten Rechtsgrundsatz widerlegt, dass der Process nicht neue Rechte schaffen, sondern vorhandene klarstellen soll. Entschieden in jedem Falle das am Orte des Gerichts geltende Recht auch über den materiellen Gehalt des streitigen Rechtsverhältnisses, so würde ohne Zweifel, da sehr verschiedene Gerichte für den einzelnen Fall competent sein können, sehr häufig das Rechtsverhältnis durch den Richter entweder überhaupt erst geschaffen oder doch modificiert* ».

Veniamo alla seconda obiezione. Se il legislatore tedesco si limita a fissare la sfera di applicazione delle proprie norme, si potrebbe dire, mancherebbe al giudice qualsiasi « punto di riferimento » circa quale legge applicare. Il che è però – replica Schnell – inesatto. La determinazione della legge regolatrice dei rapporti non sottoposti alla sua legge non ha che da impiantarsi su quegli stessi principi in virtù dei quali i giudici tedeschi si pronunciano sull'appartenenza di un luogo ovvero di una persona ad un determinato Stato. Se un giudice tedesco è chiamato a decidere dell'attribuzione successoria di un bene sito in Spagna, di proprietà di un cittadino spagnolo deceduto in Spagna, egli applicherà senz'altro le leggi spagnole: ma non perché così stabilisce direttamente una norma tedesca bensì perché nessuno Stato oltre la Spagna aspira a regolare la fattispecie in questione. Il giudice è tenuto insomma, riguardo ai rapporti che il suo legislatore ha escluso dalla sfera d'impero della propria legge, a riconoscere e dare efficacia a quella legge straniera che intende essere applicata e non ad una legge che non vuole esserlo. Il giudice non può mai mettere in opera una legge *contro* la volontà del legislatore che l'ha dettata¹⁶¹.

Ma – e veniamo alla terza obiezione – come procedere quando più ordinamenti rivendicano per sé la competenza a regolare una stessa fattispecie? In questi casi, i principi che il legislatore ha stabilito per tracciare la competenza della sua legge potranno ben rappresentare per il giudice un utile parametro. Così se il legislatore tedesco ritiene di sottoporre alla legge tedesca la successione di un cittadino tedesco anche se questi ha il suo domicilio all'estero, il giudice, che si trovi di un fronte alla successione di una persona domiciliata in A ma cittadina di B, qualora entrambi gli Stati rivendicano l'applicabilità della propria legge a questa fattispecie successoria, sarà ragionevolmente portato ad applicare la legge nazionale, cioè quella di B. Ma non perché il legislatore tedesco ne *imponga* direttamente lui stesso l'applicazione, bensì perché, dovendo scegliere fra le pretese avanzate da due ordinamenti e non potendo dar corso ad entrambe, è ragionevole che esso inclini piuttosto a riconoscere come più legittima quella di B rispetto a quella di A, perché la soggezione di una persona allo Stato di cui è cittadina è considerata dall'ordinamento tedesco quale legame più significativo, e la risoluzione del conflitto in favore di tale legge può dunque apparire ai suoi occhi meglio giustificata¹⁶².

¹⁶¹ « Der Richter hat daher auf die nicht dem Inlande angehörigen Rechtsverhältnisse dasjenige fremde Recht, das angewendet sein will, niemals aber fremde Rechtssätze anzuwenden, die dieses Rechtsverhältnis gar nicht ergreifen wollen. Es darf niemals eine Anwendung eines Gesetzes gegen den Willen dieses Gesetzes, 'in the teeth of the law itself', wie sich Westlake zutreffend ausdrückt, stattfinden » (*Über die Zuständigkeit*, p. 342).

¹⁶² In tale caso, dunque, ammette il nostro autore, la conclusione non è diversa rispetto a quella cui si perverrebbe in base all'opinione accolta nel progetto. Ma l'erroneità di tale opinione riappare solo che si immagini che i due Stati A e B di cui all'esempio citato siano entrambi d'accordo nel sottoporre la successione alla legge di A quale legge del domicilio. Seguendo il progetto, si dovrà da parte del giudice tedesco, in spregio della concorde volontà dei due Stati coinvolti, applicare la legge di B. E ciò il giudice tedesco dovrà fare anche quando tra di due Stati A e B sia stata conclusa una

Da quanto si è detto fin qui – conclude Schnell – risulta dunque che l'impostazione fatta propria dal progetto non è, dal punto di vista *teorico*, conforme ai principi che regolano i rapporti fra gli Stati e cui appunto l'ordinamento tedesco normalmente si ispira nelle relazioni con i suoi eguali. Ma non basta. Tale impostazione, ammonisce Schnell, non è neppure attuabile *in pratica*. La sfera di applicazione di una norma giuridica dipende dal suo significato, dallo scopo, sociale od economico, perseguito dal legislatore che la pone. Il legislatore tedesco non può dunque tracciare la sfera di applicazione delle norme degli altri Stati senza indagarne il significato e lo scopo, e ciò deve fare esaminandole sia singolarmente sia nel contesto dell'intero ordinamento di cui fanno parte. Ma è chiaro che il legislatore tedesco non potrebbe ricercare il significato e lo scopo di tutte le norme di tutti gli ordinamenti, non sarebbe in grado di compiere correttamente questa delimitazione¹⁶³.

20. Un commento alle osservazioni di Schnell ci pare opportuno, specie perché il suo pensiero ha dato luogo ad alcuni fraintendimenti.

Schnell sostiene – in sintesi – che la visione bilaterale fatta propria da Gebhard non può condividersi perché, dal punto di vista *teorico*, è in contrasto sia con alcuni principi seguiti dal legislatore tedesco riguardo ai suoi rapporti con gli altri Stati; sia con le esigenze dalle quali è tratto a darsi un d.i.p.; sia infine con alcuni principi-cardine dell'ordinamento interno ed in particolare del processo. Dal punto di vista *pratico*, inoltre, tale impostazione può comportare, e senza alcuna utilità per il foro, una quasi programmatica non osservanza degli accordi sulla legge applicabile eventualmente stipulati fra gli altri Stati ed un conseguente mancato riconoscimento di diritti legittimamente acquisiti all'estero; essa non è, infine, neppure concretamente realizzabile, non potendo la corretta delimitazione dell'ambito di efficacia di una norma giuridica dipendere se non da una conoscenza del suo significato e del suo scopo, ciò che solo può stabilire l'ordinamento che l'ha dettata.

Quanto alle perplessità di ordine *teorico*, Schnell pone l'accento non tanto su una contrarietà delle regole bilaterali a principi di *diritto delle genti*, né tanto meno su quel potenziale « attentato alla sovranità degli altri Stati » su cui pure si sono scagliati – talora con grande accanimento – i suoi primi avversari. Non è, o comunque non è tanto *questo* il « punto » sollevato da Schnell¹⁶⁴. Il quale intende piuttosto mettere il dito su alcune

convenzione sull'applicabilità della legge appunto di A, convenzione che il progetto approvato dalla commissione impedisce che venga osservata da parte del giudice tedesco.

¹⁶³ Né d'altra parte, secondo Schnell, vi è ragione di trattare le norme che fissano la sfera di efficacia nello *spazio* in modo diverso dalle norme che fissano la sfera di efficacia nel *tempo*. E come l'*EGBGB* si è limitato a fissare quest'ultima per le sole norme del codice civile *tedesco*, così esso deve limitarsi fare anche riguardo alla loro applicazione nello spazio.

¹⁶⁴ Entrambe le voci che si leveranno, durante la citata seduta del 6 marzo 1895, a difesa dell'unilateralismo, nel riconoscere candidamente l'assenza assoluta di principi positivi e vincolanti di un diritto internazionale superiore, lo confermano del resto in modo molto chiaro (*infra*, para. 23).

contraddizioni che gli pare di rinvenire nell'atteggiamento del legislatore tedesco: *contraddizioni dunque per lo più « interne » all'ordinamento del foro, che sono cioè tali al di là dell'esistenza o meno di uno o più principi di rilievo sovrastatale.*

La prima è che, quando si tratta di determinare in quale Stato si trovi il luogo in cui una persona ha il proprio domicilio ovvero di quale Stato essa sia cittadina, il legislatore non impone lui stesso che venga applicata una determinata legge ma dispone che il giudice vada alla ricerca di quell'ordinamento che, vuoi in base ad un trattato con altri Stati vuoi unilateralmente, riguarda rispettivamente il luogo come sito sul proprio territorio e la persona come propria cittadina. In questi casi, dunque egli non *designa* da sé alcun ordinamento, non né *impone* alcuno: si limita a *riconoscere*, a *constatare*, a *prendere atto*. Schnell non riesce a spiegarsi com'è che, in tema di rapporti di diritto privato, un legislatore non possa semplicemente disporre che il giudice si limiti a *constatare* che vi è un ordinamento che considera il rapporto come proprio, che ha interesse a regolarlo: a *prendere atto* di questa pretesa e di questo interesse, a *riconoscerla*, e, applicandovi le relative norme, a dare ad essa *efficacia*¹⁶⁵.

Ma vi è una seconda, più sottile e più profonda contraddizione che pare a Schnell di intravedere nell'atteggiamento del legislatore: fra, da un lato, l'*esigenza* da cui muove il d.i.p., esigenza che il legislatore stesso proclama di riconoscere e cui intende aderire; e,

¹⁶⁵ E' bene insistere sul fatto che per Schnell non è tanto che un legislatore non *possa*, in base al diritto delle genti, imporre ai suoi giudici di considerare cittadino francese una persona che abbia la sola cittadinanza spagnola, ovvero domiciliato in Francia una persona che viva a Siviglia. Non è che non *possa* farlo; ma piuttosto che *non lo fa*. Il legislatore in questi casi non impone nulla, perché *non vi ha alcun interesse*. Si limita a *riconoscere*, a *prendere atto*. Ciò che gli interessa in questi casi è semplicemente dare alla fattispecie una regolamentazione « *überhaupt* », è *decidere* in senso assoluto. E se vi è un ordinamento che voglia regolare questi casi, perché – sembra dire Schnell – non ci si dovrebbe « adeguare »? Gli interessi di entrambi gli ordinamenti sarebbero in questo modo realizzati: quello dello Stato del giudice a non lasciare la fattispecie senza decisione, e quello dello Stato che vuole porvi una regola a che appunto tale regola sia messa in opera. Del resto – per Schnell, come si è visto (v. *supra*, nota 163) – ciò è quanto accade circa la delimitazione della sfera di efficacia nel tempo delle norme straniere. Un legislatore non *impone* lui una sua visione di tale efficacia. Potrebbe bensì forse in astratto farlo, ché non consta che vi siano principi di diritto delle genti che lo impediscano. Ma *non lo fa*. Perché non ha alcun interesse a farlo. Egli si limita a *constatare* quale siano le regole al riguardo nell'ordinamento straniero. Certo, si badi: se Siviglia fosse riguardata da *due* Stati come proprio territorio, o se una persona fosse considerata da *due* Stati come proprio cittadino, allora una *scelta* andrà fatta. Dare corso agli interessi di entrambi gli Stati appunto « pretendenti » *non* gli consentirebbe di realizzare ciò che è invece *suo* interesse, che è ad un tempo un dovere, o comunque una *Aufgabe*: cioè quello di *decidere*. Ebbene, in questi casi, non potrà più limitarsi ad un'attività di riconoscimento, di presa d'atto, di adeguamento. Ma se questo concorso di pretese – concorso che, proprio perché esse non sono suscettibili di essere entrambe soddisfatte, ha le sembianze di un vero e proprio *conflitto* – non v'è motivo, per quanto riguarda i rapporti giuridici stranieri, di deflettere da quanto egli fa di solito: dal *riconoscere* le pretese avanzate dagli ordinamenti stranieri, senza *imporre* che uno di essi metta innanzi la propria e l'altro s'astenga dal fare altrettanto.

dall'altro, il *mezzo* con cui i compilatori del progetto hanno creduto di realizzarla. Non è tanto l'assenza di legittimità teorica che Schnell rimprovera qui all'impostazione bilaterale, quanto l'assenza di *coerenza* fra tale impostazione (con le conseguenze che essa comporta) e il *fine* cui il legislatore stesso mira, o dichiara di volere mirare, nel farvi ricorso¹⁶⁶. Da un lato il legislatore non pretende di regolare *tutti* i rapporti che nascono e si svolgono « nel mondo intero », ma soltanto alcuni. Nel mentre che riconosce i limiti dell'efficacia delle proprie leggi, e rinuncia per ciò ad avocare a sé i rapporti « di tutto il globo », un legislatore mostra dunque di *riconoscere* la concorrenza, anzi la *coesistenza* di altri ordinamenti, eguali al proprio ed *egualmente legittimi* (*gleichberechtigt*), e di volere – con ciò – riconoscerne, rispettarne la potestà legislativa. Dall'altro, però, una volta che egli abbia escluso che le proprie leggi si applichino a certi rapporti e abbia dunque riconosciuto che in tale spazio il diritto straniero abbia libero campo di intervenire, il legislatore nel porre regole bilaterali... si intromette di nuovo e, come dimentico di essersi *autolimitato*, designa *lui* una legge applicabile, senza preoccuparsi di sapere se il legislatore che l'ha dettata abbia inteso *effettivamente* estenderla anche a quella fattispecie, né se *altri* legislatori avrebbero da parte loro volontà di, almeno per qualche aspetto, regolarla. Ma tutto non ciò non contrasta appunto con quella « autolimitazione » da cui pur si è partiti? Ciò che Schnell critica è l'atteggiamento antinomico del legislatore: è quell'*Eingreifen in die Herrschaftssphäre* (cioè – in questo contesto – « sfera di competenza legislativa », non già « sfera di sovranità »)¹⁶⁷ come pur hanno inteso i suoi avversari) *der auch von ihm anerkannten Staaten*. La contraddizione che vede è tra l'*intromissione* (*Eingreifen*) che con la designazione « secca » il legislatore compie nella sfera di competenza del legislatore straniero e... quel *riconoscimento* di tale sfera che è il legislatore stesso ad avere cominciato con il proclamare (*von ihm anerkannt*)¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Di « Folgerichtigkeit » si parla espressamente ed a più riprese nell'opinione rilasciata dal Ministero della Giustizia di Baviera al progetto Gebhard (v. *supra*, nota 158 ed *infra*, nota 175).

¹⁶⁷ Che il termine « Herrschaftssphäre » non designi tanto la « sfera di sovranità » quanto la « sfera di competenza » (ovvero « di efficacia », « di applicazione »), è provato ad esempio dal passaggio che si legge a chiusura di *Über die Zuständigkeit*, p. 342-343, laddove il nostro autore dichiara che « [d]er inländische Gesetzgeber müsste daher, wenn er *die Herrschaftssphäre aller ausländischer Rechtsnormen* feststellen wollte (...) ». Non coglie dunque nel segno – e lo ribadiremo più oltre – chi rimprovera a Schnell di avere sostenuto che la regola bilaterale rappresenterebbe un « attentato alla sovranità degli Stati esteri » ed imposta su questa base la critica alla tesi unilaterale. Sui molteplici sinonimi utilizzati dalla letteratura tedesca per designare il « campo d'applicazione » di una norma giuridica, v. BODEN, *L'ordre public*, p. 590, nota 1197.

¹⁶⁸ E che non possa parlarsi di un « riconoscimento » degli altri ordinamenti è dimostrato in modo palmare dal fatto che, nel seguire la designazione della legge straniera compiuta dal legislatore, il giudice può disattendere, ancora una volta senza un plausibile motivo, un accordo sulla legge applicabile eventualmente stipulato fra i due Stati. Si pensi all'esempio citato da SCHNELL (*Über die Zuständigkeit*, p. 340) a proposito della convenzione del 1878 fra Francia e Austria in tema di legge applicabile alla successione mobiliare. Essendosi in essa convenuta l'applicazione della legge nazionale del *de cuius*, tale volontà comune dei contraenti potrebbe essere frustrata da un terzo Stato

Ma c'è di più. Schnell rileva che quando uno Stato sceglie *lui stesso* la legge straniera da applicare ad un rapporto, è come se dettasse lui stesso, seppure indirettamente, la regola *materiale*. Imporre – esemplifica il nostro autore – che un cittadino sia capace se considerato tale dalle norme dello Stato di cui è cittadino, nell'ipotesi che queste prevedano il raggiungimento della maggior età a 21 anni, è come *imporre* una norma materiale che appunto preveda che la capacità venga acquistata a 21 anni. E' un *esercitare* ancora, seppure attraverso una « recezione », quella potestà legislativa cui pur si è dichiarato di voler rinunciare. *Ma così facendo – conclude – non si applica più la norma straniera, ma si pone una nuova norma materiale, si applica di nuovo una norma del foro*¹⁶⁹. E – di nuovo – ciò non sembra destare perplessità in sé, *quanto piuttosto perché non pare essere esattamente ciò cui il legislatore mira*.

E giungiamo così alla terza contraddizione. Schnell osserva come, presso i legislatori del tempo, si riscontri una minore esitazione a moltiplicare la *competenza dei propri tribunali* che non ad estendere la sfera di applicazione delle *proprie leggi*. Ciò – ha ragionato il legislatore tedesco, anch'esso anzi più di altri seguace di tale tendenza – non desta alcuna perplessità, perché la competenza dei tribunali non significa affatto applicabilità della legge del foro, essendovi una sostanziale « impermeabilità » fra le due serie di norme. E' proprio – insomma – facendo assegnamento su questa impermeabilità che il legislatore tedesco ha proceduto ad una *Haüfung der Gerichtsstände*, sicuro che – dal punto di vista del riparto di competenza legislativa fra i diversi ordinamenti – essa sarebbe stata irrilevante. Ora, poiché, come si è visto, la regola bilaterale si risolve non già nel *riconoscere efficacia* ad una legge straniera che vuole applicarsi alla fattispecie, bensì nel creare una regola *materiale* nuova, di contenuto corrispondente a quello di una legge straniera, ma scelta per sola volontà del legislatore del foro ed indipendentemente dalla sfera di efficacia che l'accompagna, questa impermeabilità viene inevitabilmente a *spezzarsi*. Attribuire competenza ai tribunali tedeschi significa dunque imporre loro una norma *tedesca*, norma bensì di diritto *speciale* ma pur sempre interno, *astruendo da quella sfera di applicazione per cui la norma straniera dalla quale si estrae il contenuto*

che, aderendo al criterio del domicilio, applicasse la legge austriaca al cittadino francese domiciliato in Austria. Schnell non intende negare che le convenzioni, bilaterali o multilaterali che siano, non vincolano quale *res inter alios acta* gli Stati non contraenti: che per il foro, quale terzo Stato *non vi è alcun obbligo di rispettare la citata convenzione*. Ancora una volta, il diritto delle genti non v'entra. L'A. rileva semplicemente che sarebbe controproducente non rispettare tale volontà comune: e ciò perché di nuovo è assurdo che uno Stato riconosca la potestà legislativa degli altri, ciò che egli fa limitando la sfera di efficacia del proprio ordinamento, e poi neghi efficacia ad una convenzione stipulata appunto fra questi « altri » Stati, cioè ad una legittima espressione *proprio* di quella *potestà legislativa* che si è cominciati con il volere riconoscere.

¹⁶⁹ Del resto, anche la dottrina italiana dei primi decenni del Novecento, che, « avec son incomparable aisance à raisonner dans l'abstrait » come rilevò – non senza una nota polemica – il FRANCESCAKIS (*La théorie du renvoi*, p. 7), più di ogni altra si addiede a far chiarezza sulla *natura* e sulla *funzione* del d.i.p. arriverà presto a questa constatazione. V. già OTTOLENGHI, *Sulla funzione e sull'efficacia delle norme interne di diritto internazionale privato*, Torino, 1913, sul quale *infra*, para. 65.

è stata concepita, e che sola le dà « Sinn und Zweck ». E ciò di nuovo appare, più ancora che in contrasto con principi di diritto delle genti – la cui esistenza è per giunta più dubbia ancora nel campo della disciplina della competenza giurisdizionale – in pugnace contrasto con le *intenzioni* stesse del legislatore tedesco, con i suoi interessi.

21. Nel prosieguito delle sue *Bemerkungen*, Julius Schnell compie una minuta analisi del progetto articolo per articolo: analisi in cui, con diversi esempi, saggia le scelte di Gebhard nelle loro ricadute pratiche, dimostrandone anche qui le *incongruenze* con il presumibile fine avuto di mira, in particolare in ciò che esse finiscono per porre nel nulla diritti creati all'estero¹⁷⁰.

La successione di un cittadino svizzero domiciliato in Danimarca è, in base sia al diritto svizzero della cittadinanza sia al diritto danese del domicilio, retta dalla legge svizzera¹⁷¹. Ora, se un'azione successoria dovesse essere portata innanzi alle autorità tedesche, in forza di uno dei tanti criteri di competenza ammessi dal codice di procedura civile tedesco in materia¹⁷², queste dovrebbero, stando al progetto, applicare il diritto svizzero, nonostante quest'ultimo *non* voglia affatto applicarsi¹⁷³. Il che significa consentire all'« arbitrio dell'attore »¹⁷⁴ di frustrare e porre nel nulla diritti pur acquisiti dagli eredi del *de cuius* al momento del decesso di questi in Danimarca ed in Svizzera¹⁷⁵.

¹⁷⁰ Ciò conferma l'erroneità di quel diffuso, ed anzi pressoché unanime, pregiudizio, secondo cui i primi unilateralisti ebbero di mira soltanto la formale delimitazione delle competenze legislative fra gli ordinamenti interessati, che concepirono il d.i.p. come diretto dunque a regolare soltanto i rapporti fra gli Stati. Il che non corrisponde a verità né per Schnell né tanto meno per i successivi giuristi coinvolti nel processo codificatorio che sposarono la « causa » unilaterale. Il progredire dell'istanza unilaterale nei lavori di codificazione mostrerà che l'esigenza di sdoppiare i due piani, *interindividuale* e *interstatale*, non fu per lo più avvertita (v. *infra*, para. 54).

¹⁷¹ *Bemerkungen*, p. 24; cfr. *Über die Zuständigkeit*, p. 341.

¹⁷² Si trattava del § 24 della *Civilprozessordnung*: v. *Über die Zuständigkeit*, p. 341 (« Die Gefahren solcher Entscheidungen steigern sich selbstverständlich umsomehr, je weiter die Normen für die Zuständigkeit der inländischen Prozessgerichte gegriffen sind: vgl. z. B. für das deutsche Recht § 24 der CPO »).

¹⁷³ *Bemerkungen*, p. 27.

¹⁷⁴ Cfr. *Über die Zuständigkeit*, p. 341: « Wenn ein Italiener, der zur Zeit seines Todes in Spanien gelebt hat, stirbt, so werden mit dem Augenblicke seines Todes die Rechte der Erben existent. Stimmen die Vorschriften des italienischen und spanischen Rechts darüber, ob sich die Erbfolge nach spanischem oder italienischem Rechte richtet überein, wie dies Art. 8 der (...) Dispositionen und Art. 10 des Código civil wirklich thun, indem beide die Staatsangehörigkeit als massgebend erklären, so sollte jede Möglichkeit ausgeschlossen sein, dass die im Augenblick des Todes existent gewordenen Rechte des Erben deshalb willkürlich zerstört werden, weil es dem Nichterben einfällt, den Erben vor einem Gerichte zu belangen, das weder in Italien noch in Spanien liegt » (come, aggiunge l'A., è il caso, ad esempio, di un giudice *sassone*, che applicherebbe il diritto *spagnolo*: corsivo nostro).

¹⁷⁵ V. anche l'opinione espressa dal Ministero della Giustizia di Baviera al progetto Gebhard (*Geh. Mat.*, p. 261), dove questo stesso esempio (con domicilio e cittadinanza invertiti: si tratta di un Danese domiciliato in Svizzera) è portato ad illustrazione di ciò che le norme complete del progetto condurrebbero ad una « Zerstörung der im Ausland erworbenen Rechte », e sono inconciliabili con il

(e di crearne d'inesistenti¹⁷⁶). Ancora, se redatto a Ginevra da un cittadino svizzero deceduto con domicilio a Zurigo, un testamento è, secondo il diritto svizzero, valido se è conforme alle disposizioni del diritto zurighese, anche se non è conforme alle disposizioni del diritto ginevrino del luogo di redazione del testamento; l'applicazione bilaterale della *lex loci actus* adottata dal progetto conduce invece a ritenerlo invalido¹⁷⁷, ponendo nel nulla diritti che l'ordinamento svizzero nel suo complesso, il solo ad essere coinvolto nel momento decisivo della morte, riconosce come esistenti¹⁷⁸.

Vi è ancora da precisare quale fu l'atteggiamento di Schnell riguardo ai *conflitti positivi* e ai *conflitti negativi*. Si è visto come Schnell proponga che, nei casi di conflitto positivo, il criterio di collegamento del foro possa valere per il giudice quale *Anhaltspunkt*, quale criterio-guida. L'autore precisa nel prosieguo, in modo implicito ma egualmente molto netto, che questa prevalenza accordata al criterio di collegamento interno in caso di pretese concorrenti è per lui una soluzione *possibile*, ma non l'*unica*. Egli mostra infatti che in alcuni casi si può – ed anzi è consigliabile – prevedere che *sia il criterio di collegamento del foro a cedere di fronte a quello straniero*, ed addirittura in conflitti di cui è parte la legge tedesca. Vediamone un esempio.

Opina Schnell che il progetto del Gebhard è senz'altro condivisibile nella parte in cui prevede che le norme del BGB in tema di *capacità*, di diritto di *famiglia* e *successorio*, siano applicabili ai cittadini tedeschi, sia domiciliati in Germania sia domiciliati all'estero. Tuttavia – ammonisce – occorre porre mente alla situazione in cui potrebbero venire a trovarsi quei cittadini tedeschi domiciliati in uno Stato che adotta al riguardo il criterio del domicilio, quali gli Stati Uniti¹⁷⁹: tali cittadini sarebbero dunque *sottoposti in Germania al diritto tedesco ed in quei diversi Paesi alle loro rispettive legislazioni*. La diversità di decisioni a seconda che la questione sia portata innanzi ai giudici del domicilio ovvero della cittadinanza è *assai deplorevole*, perché pregiudizievole agli interessi dei soggetti in questione. Sarebbe dunque opportuno, per evitare queste conseguenze incresciose, prevedere che, in tali casi, l'*ordinamento tedesco rinunci ad applicare a tali*

principio del « Schutz der wohlverworbene Rechte », riconosciuto « im Rechte des Reichs und in den Verfassungen der Einzelstaaten ».

¹⁷⁶ Cfr. *Über die Zuständigkeit*, p. 340 dove si parla di « nicht vorhandene Rechte ins Leben zu rufen »; v. anche p. 341.

¹⁷⁷ L'esempio è tratto dall'opinione espressa dal Ministero della Giustizia di Baviera al progetto Gebhard: *Geh. Mat.*, p. 261.

¹⁷⁸ Cfr. *Über die Zuständigkeit*, p. 341 (v. nota 174).

¹⁷⁹ Schnell ricorda (*Bemerkungen*, p. 29, nota 1) che 2.785.000 cittadini tedeschi vivono negli Stati Uniti d'America, 94.000 in Svizzera e 54.000 fra Gran Bretagna ed Irlanda, tutti Stati che, nelle materie indicate, adottano il criterio del domicilio.

*cittadini la legge tedesca della cittadinanza a vantaggio della legge straniera del domicilio*¹⁸⁰.

Venendo ai conflitti negativi, si è rimproverato a Schnell – rimprovero mosso a più riprese alle norme dell'*EGBGB* – di avere esteso in modo eccessivo la competenza della legge straniera. Ora – a parte il rilievo che nella più parte dei casi si tratta di « legefornismi » accolti anche nelle moderne legislazioni¹⁸¹ – tali previsioni servono quanto meno in diversi casi ad evitare situazioni di *conflitto negativo*. In materia successoria, Schnell propone ad esempio (proposta che fu poi accolta) che il criterio della cittadinanza venga assortito da un'eccezione, che estenda un po' oltre la competenza delle relative norme del *BGB*: tale eccezione riguarda i casi in cui vi siano beni immobili siti in Germania. Ciò perché, trattandosi ad esempio della successione di un cittadino britannico, i beni immobili che questi avesse lasciato in Germania sarebbero esclusi dal campo di applicazione della legge inglese, né vi sarebbe pretesa da parte di alcuno altro Stato di estenderne le proprie leggi. Poiché la devoluzione di tali beni è certo interesse del sistema tedesco, e in previsione di sicuri conflitti negativi, si giustifica – opina Schnell – l'estensione della sfera di applicazione del foro.

B. – La seduta del 6 marzo 1895: l'opposizione fra unilateralità e bilateralità

22. Compiuto questo *excursus* in merito al contenuto delle *Bemerkungen* formulate da Schnell, e sui principi cui si ispira la visione del primo convinto unilateralista, muoviamo finalmente all'esame della discussione che ebbe luogo durante la seduta del 6 marzo 1895.

La commissione – si legge nel verbale – ha ritenuto consigliabile innanzitutto affrontare una questione di carattere generale. Le norme di d.i.p. possono essere formulate in diversi modi, suscettibili di conferire loro una diversa « portata » (*eine verschiedene Tragweite*). Esse possono infatti vuoi limitarsi alla determinazione dell'ambito di efficacia spaziale del *diritto tedesco*, vuoi estendersi alla designazione del *diritto straniero* da applicarsi qualora il rapporto non sia governato dalla legge tedesca. La prima commissione, in ciò aderendo all'opinione del redattore, ha scelto di percorrere la *seconda via*¹⁸². Se ne riprendano – dice il relatore – le ragioni.

¹⁸⁰ « Es liege nahe, die Anwendung des deutschen Personalstatuts auf solche Deutsche auszuschliessen, die in Ländern ihren Wohnsitz haben, wo das Personalstatut sich nach dem Domizil richtet » (*Bemerkungen*, p. 30).

¹⁸¹ V. ad es. le osservazioni in tema di *juristische Personen* (*Bemerkungen*, p. 38).

¹⁸² Ci piace riportare questo esordio per intero: « Man erachtete für zweckmässig, zunächst einige allgemeine Fragen zu erörtern. Den im Gesetz aufzustellenden Normen des internationalen Privatrechts kann eine verschiedene Tragweite beigelegt werden. Die Regelung kann sich auf die Bestimmung der räumlichen Grenzen des deutschen Rechtes beschränken oder aber auch darauf erstrecken,

Il d.i.p. mira a porre i principi dai quali desumere quale legge deve governare un determinato rapporto giuridico. E' perciò necessario che al giudice sia indicata innanzitutto la sfera di applicazione del diritto interno. Ma egli deve anche sapere *quale* diritto straniero deve applicarsi ad un rapporto che fuoriesca da tale sfera. Se il legislatore decide di regolare tale materia, egli deve coerentemente fornire al giudice *anche* questa ulteriore indicazione. Così facendo, non contravviene ad alcun principio di diritto internazionale pubblico, avendo ciascuno Stato, in forza della propria sovranità, pieno titolo a prescrivere ai propri giudici l'applicazione di un determinato diritto nella decisione di una controversia. Certo, uno Stato non potrebbe dettare, con proprie norme, la disciplina di diritto privato di un *altro* Stato. Ma non si tratta di questo, bensì di indicare ai giudici interni quale diritto straniero debba applicarsi ad un rapporto, estraneo al diritto interno, che è nondimeno sottoposto alla loro cognizione¹⁸³. Il punto di vista secondo cui il d.i.p. sarebbe una parte del diritto internazionale e si sottrarrebbe pertanto ad una disciplina *unilaterale* da parte del singolo Stato non può accogliersi¹⁸⁴. Il d.i.p. è piuttosto un diritto *interno e nazionale*¹⁸⁵. Muovendo alle considerazioni di *opportunità* pratica, esse – prosegue il relatore – sembrano pure militare fortemente in favore di una disciplina « completa ». Si provi, per convincersene, ad immaginare che cosa accadrebbe nel caso di assenza di ogni direttiva data al giudice circa i casi di non applicabilità del diritto interno. Due sono le eventualità. Il giudice potrebbe innanzitutto ritenere che le disposizioni esistenti nei diritti locali (*landesrechtliche Bestimmungen*) siano state tacitamente abrogate; e che dunque la decisione vada ricercata vuoi in base allo spirito del diritto tedesco vuoi ai principi della *Natur der Sache*, vuoi ancora in base ai principi generali elaborati

welches fremdes Recht anzuwenden sei, wenn ein Rechtsverhältnis der Beurtheilung nach deutschem Rechte nicht unterliegt » (*Protokolle*, VI, p. 1).

¹⁸³ « In die natürliche und völkerrechtlich sanktionierte Sphäre der fremden Staaten greife man damit nicht ein » (*Protokolle*, VI, p. 2).

¹⁸⁴ Qui il relatore fa probabilmente riferimento all'opinione manifestata dal Ministero degli Esteri, il quale per la verità insisteva bensì sull'esclusione di tale regolamentazione, ma non tanto perché le norme di d.i.p. sarebbero formalmente una parte del diritto internazionale, quando perché, trattandosi di un diritto teso per sua natura a regolare relazioni che interessano più Stati, si ritengono più opportune norme convenzionali.

¹⁸⁵ « Questa – ricorda il relatore – è del resto l'opinione dominante sia in dottrina, sia nella legislazione di altri Stati, sia nella giurisprudenza. Anche la prima commissione ha condiviso l'opinione secondo cui una regolamentazione completa del d.i.p., non dunque limitata alla sola sfera di applicazione del diritto tedesco, sia legittima (v. *Geh. Mat.*, p. 65); e la seconda commissione pure ha manifestato questo orientamento (*Protokolle*, I, p. 1). In linea generale, dunque, l'estensione delle norme di d.i.p. a rapporti governati dalla legge straniera è da considerarsi senz'altro *ammissibile*. Nella concreta configurazione di tali norme si dovrà certo procurare di rispettare l'*eguaglianza* degli ordinamenti. E vi sarà d'altra parte il rischio di contravvenire, talvolta, a qualche principio, generalmente riconosciuto, circa il traffico giuridico internazionale: il che potrebbe condurre a complicazioni politiche. Ma questa considerazione non deve in sé spingere uno Stato a rinunciare alla facoltà, che costitutivamente gli compete, di regolare, attraverso proprie norme, il d.i.p., bensì soltanto ad indurlo alla elaborazione di una disciplina equilibrata e giusta ».

dalla scienza. In secondo luogo, ed all'opposto, si potrebbe sostenere che le disposizioni esistenti, non avendo natura privatistica, permangano in vigore. Ebbene, la semplice possibilità di tale ambiguità sarebbe pericolosa. Ma non basta. Ciascuna delle due alternative dà luogo, a sua volta, ad acute perplessità. Se si opta per il *mantenimento in vigore*, si ritornerebbe inevitabilmente ad una diversità di ordinamenti, la quale provocherebbe un'intollerabile « caos » normativo. Se, per converso, si accoglie la tesi dell'*abrogazione*, il giudice si troverebbe di fronte alla più grande incertezza circa il principio da cui lasciarsi guidare nella scelta della legge straniera regolatrice. In particolare – dice il relatore – *non appare possibile fare riferimento alla legge che vuole applicarsi al rapporto giuridico*. « L'affermazione che un rapporto giuridico deve essere regolato da quella legge che vuole applicarsi ad esso non può riconoscersi come corretta. Tale principio inoltre *non* è in grado di funzionare in una serie di casi, cioè quelli in cui vuoi più Stati pretendono di regolare la fattispecie, vuoi ciascuno di quelli che verrebbero in considerazione rifiuta di disciplinarli. La difficoltà di questo approccio risiede in definitiva in ciò che la questione se o meno un rapporto è ricompreso nella sfera di applicazione di uno o di un altro diritto è spesso assolutamente incerta e talora per nulla decisiva »¹⁸⁶. Mostrata l'impraticabilità delle soluzioni alternative alla bilateralità¹⁸⁷, il relatore si preoccupa infine di rilevare come essa non comporti difficoltà insormontabili. Si è sostenuto che il legislatore interno non potrebbe stabilire la sfera di applicazione delle norme straniere senza considerarne e valutarne il contenuto sotto ogni aspetto, esame che presupporrebbe la conoscenza dei rapporti sociali ed economici propri di quell'ordinamento¹⁸⁸. Ma si tratta – rileva il relatore – di una semplice *petitio principii*:

¹⁸⁶ Ci permettiamo di riportare per esteso ed in originale questo passaggio, che ci pare centrale: « Eine einfache Formel, nach welcher man sich richten könne, sei nicht vorhanden. Insbesondere erscheine es nicht angängig, darauf abzustellen, *welches Gesetz das Rechtsverhältnis regeln wolle*. Der Satz, dass ein Rechtsverhältnis nach dem Gesetze beurteilt werden müsse, welches dafür massgebend sein wolle, *könne nicht als richtig anerkannt werden*; er versage auch in einer Reihe von Fällen, nämlich dann, wenn entweder mehrere ausländische Staaten Anspruch darauf machen, das Rechtsverhältnis zu regeln oder wenn jeder der in Betracht kommenden Staaten die Regelung ablehne. Die Schwierigkeit liegt darin, dass die räumliche Zugehörigkeit eines Rechtsverhältnisses vielfach höchst zweifelhaft sei oder aber überhaupt nicht entscheidend in Betracht komme » (*Protokolle*, VI, p. 3; corsivo nostro).

¹⁸⁷ Una seconda via è costituita dalla « *Natur der Sache* ». Anch'essa – opina il relatore – non può però ritenersi soddisfacente « perché, a parte la difficoltà di determinare con precisione in che cosa consista la *natura della cosa*, questa non consente la derivazione da sé di sicuri principi giuridici, ma soltanto di punti di riferimento nella elaborazione legislativa o giurisprudenziale delle norme ». Infine, « l'applicazione in via analogica del diritto nazionale del giudice è da rigettarsi perché il diritto di uno Stato tende a riflettere le specificità e le esigenze particolari del singolo popolo, ed una meccanica trasposizione in altri ordinamenti condurrebbe a risultati spesso ingiusti » (*op. cit.*, *loc. cit.*).

¹⁸⁸ Il redattore si riferisce qui, evidentemente, a SCHNELL, *Bemerkungen*, p. 26 (« Die Feststellung der räumlichen Herrschaft eines Rechtssatzes hängt immer von dessen Auslegung, von der Erforschung

non è al *diritto straniero* che il giudice del foro deve chiedere quale legge debba applicare. Il legislatore ha inteso semplicemente ricavare dallo spirito dell'ordinamento *interno* quale legge debba applicarsi ed indicare tale legge al giudice. Nell'esaminare il singolo caso, dunque, il giudice non deve fare altro che stabilire se il rapporto da regolare sia di natura così fatta da rientrare nella sfera di applicazione della norma interna di d.i.p., da interpretarsi essa pure secondo lo spirito del diritto *tedesco*¹⁸⁹.

23. Il punto di vista esposto, e fatto proprio dal progetto che giaceva innanzi ai commissari, fu però – come detto – contestato da alcuni di essi. Due gli interventi, chiaramente ispirati ad una comune matrice.

E' bensì corretto – osservò una prima voce¹⁹⁰ – che il giudice, quando l'ordinamento del suo Stato comprenda norme di d.i.p., debba applicarle senz'altro; e pure si può riconoscere che non agirebbe in contrasto con il diritto internazionale pubblico quello Stato che procedesse a delimitare la sfera di applicazione spaziale dei diversi ordinamenti. Nondimeno, il legislatore intende tenere conto dell'esistenza di altre nazioni e di altri stati, *riconoscerli* in principio quali suoi « eguali » (*gleichberechtigt*). Ora, tale considerazione induce a ritenere che uno Stato debba coerentemente rinunciare alla disciplina internazionalprivatistica di un rapporto giuridico straniero – quindi a scegliere da sé, secondo la propria visione, quale legge straniera applicare – *quando la questione della legge applicabile abbia trovato già una soluzione concorde fra gli Stati coinvolti*¹⁹¹. Il legislatore tedesco *non ha infatti alcun interesse* a dettare norme di d.i.p. – ad esempio –

der sozialen und wirtschaftlichen Tendenz des Rechtssatzes »; v. anche *Über die Zuständigkeit*, p. 342, con fraseologia pressoché identica).

¹⁸⁹ Si tratta anche qui di un passaggio-chiave: « Man hat zwar gesagt, der inländische Gesetzgeber könne nicht die Herrschaftssphäre der ausländischen Rechtsnormen festsetzen, ohne den Inhalt derselben nach allen Seiten zu prüfen und zu würdigen, eine Prüfung, welche die Kenntnis der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse des Auslandes voraussetze. Aber es handle sich hierbei um eine *petitio principii*. Nicht aus dem ausländischen Rechte solle entnommen werden, welches Gesetz der Richter anzuwenden habe; der Gesetzgeber wolle aus dem Geiste der inländischen Rechtsordnung heraus dem Richter die Weisung geben, nach welchem Rechte er zu urtheilen habe. Bei der Prüfung des einzelnen Falles habe der Richter dann lediglich festzustellen, ob das zur Entscheidung stehende Rechtsverhältnis von der Art sei, dass es von der inländischen – nach dem Geiste des deutschen Rechtes auszulegenden – Norm des internationalen Privatrechts getroffen werde » (*Protokolle*, VI, p. 3-4).

¹⁹⁰ BEHN, p. 53, rileva che l'intervento fu probabilmente compiuto da Karl Jacubetzky, « bayerischer Vertreter ». Non riferisce invece del secondo intervento; sembrerebbe anzi che – rilevando, come fa, che lo « Standpunkt der Vorlage wurde von einer Seite bekämpft » – egli abbia ignorato che vi fu un'altra voce che s'unì alla critica.

¹⁹¹ « Aber der Gesetzgeber könne nicht umhin, auf die Koexistenz anderer Kulturvölker und anderer Kulturstaaten Rücksicht zu nehmen, sie im Prinzip als *gleichberechtigt* anzuerkennen. Diese Erwägung führe zu der Erkenntnis, dass der inländische Staat auf die Regelung eines ausländischen Rechtsverhältnisses verzichten sollte, wenn die Frage im Ausland ihre Lösung gefunden habe » (*Protokolle*, VI, p. 3-4; cfr. SCHNELL, *Über die Zuständigkeit*, p. 340).

circa la successione ereditaria di un cittadino svizzero deceduto in Danimarca, qualora i due Stati coinvolti, Svizzera e Danimarca, siano per parte loro d'accordo su quale legge applicarvi¹⁹². Potrebbero certo porsi alcuni principi, la cui applicazione sarebbe giustificata, dal punto di vista del foro, anche a rapporti fra soli stranieri e non darebbe dunque luogo ad alcuna perplessità¹⁹³. In generale, tuttavia, ogni legislatore dovrebbe *rispettare* la soluzione che una questione relativa ad un rapporto giuridico che interessa gli Stati stranieri abbia già trovato in essi. Se non si segue tale principio, si perviene – per esempio in materia successoria¹⁹⁴ – a *risultati assurdi ed in contrasto con gli stessi principi del diritto del foro*. Che se poi dovesse sussistere un conflitto positivo o negativo fra

¹⁹² E', si ricorderà, l'esempio formulato da Schnell (v. *supra*, para. 21 e nota 175).

¹⁹³ Il riferimento non è – con tutta probabilità – a norme materiali o principi del foro considerati così fondamentali da doversi applicare da parte dei giudici indipendentemente dalla natura transnazionale della fattispecie (a cioè – diremmo oggi – norme di applicazione necessaria o principi di ordine pubblico); bensì a rapporti non sottoposti alla legge del foro ma nondimeno spazialmente inseriti in esso in forza di un legame apprezzabile, ai quali dunque, per esigenze ad esempio di omogeneità di disciplina ovvero di protezione delle aspettative dei cittadini tedeschi coinvolti, l'applicazione della legge designata dallo stesso collegamento utilizzato per la delimitazione del diritto interno sarebbe o potrebbe essere giustificata. Si formula qui, probabilmente per la prima volta, la giustificazione teorica di quelle *norme imperfettamente bilaterali* che confluiranno effettivamente nella redazione finale (v. *infra*, para. 34), e che – come rilevò GOTHOT, *Le renouveau*, p. 1 (in nota) – « entretiennent avec l'unilateralité des relations que les auteurs allemands eux-mêmes n'ont pas toujours su maîtriser ». Le origini storiche di tale precisazione da parte dell'interveniente sono, se non certe, quanto meno intuibili, anche se tale « connessione » storica non è stata ancora messa in luce: NEUMANN, avvocato al *Kammergericht* di Berlino, partecipò al concorso bandito nell'aprile del 1894 dalla *Juristische Gesellschaft* di Berlino, la quale avrebbe premiato la migliore opera sul seguente quesito: « *Welche Rechtssätze des internationalen Privatrechts eignen sich zur Aufnahme in das künftige bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich?* ». L'opera di Neumann, dal titolo *Internationales Privatrecht in Form eines Gesetzentwurfs nebst Motiven und Materialien*, che vinse il premio, fu pubblicata a Berlino nel 1896, ma – come è l'autore stesso a precisare nel suo *Vorwort* (p. III) – un manoscritto anonimo fu fatto pervenire al presidente della seconda commissione già all'inizio di marzo, con ogni probabilità dunque prima della seduta di cui trattasi, onde « eine Berücksichtigung dieser Arbeit zu ermöglichen ». Ebbene, Neumann – « auteur aujourd'hui passablement oublié » (GOTHOT, *Le renouveau*, p. 435) – teorizzò l'opportunità (anzi la vera e propria necessità logica) di limitarsi a dettare regole di conflitto (bilaterali) soltanto per quei casi in cui sussista un sufficiente legame con il foro: v. *infra*, para. 50 s.

¹⁹⁴ Cfr. i numerosi esempi svolti da SCHNELL in *Bemerkungen*, p. 22, 23 e 25, ed in *Über die Zuständigkeit*, p. 340 e 342 proprio in materia successoria: v. *supra*, para. 19 s. e note 162, 168 e 174.

diritti stranieri¹⁹⁵, un'applicazione per via analogica delle norme di d.i.p. del foro potrebbe condurre, almeno di regola, a risultati accettabili¹⁹⁶.

Una seconda voce critica, sostanzialmente aderendo al punto di vista espresso dalla prima, formulò qualche precisazione ulteriore. Non è d'altra parte – disse – conforme ai principi generali l'applicare il diritto straniero a casi ai quali lo stesso non intende essere applicato. Ogni « rapporto della vita reale » risulta, infatti, nel momento stesso in cui viene in essere, come « catturato » da determinate norme giuridiche¹⁹⁷. Ora, compito del giudice è *valutare tale rapporto in base a quelle norme conformemente alle quali esso è*

¹⁹⁵ Letteralmente « del diritto straniero » (al singolare): « (...) Liege ein positiver und negativer Konflikt des ausländischen Rechts vor (...) » (*Protokolle*, VI, p. 5). Non crediamo che si tratti di un refuso. Né d'altra parte la terminologia è casuale. In base alla dottrina cui l'interveniente si ispira, il diritto straniero va considerato, almeno in principio, come un « tutt'uno », contrapposto al diritto interno, e non già come una serie di diritti *separati* cui il legislatore interno debba, secondo la propria visione, distribuire la competenza a regolare le fattispecie a sé estranee.

¹⁹⁶ Anche la chiusura di questo primo intervento è di un certo interesse: « Va inoltre rilevato che il progetto soltanto apparentemente risolve ogni problema. In realtà, esso lascia oscuri diversi punti. Innanzitutto, infatti, non sempre si indica con precisione in che misura le norme del diritto interno vogliono essere effettivamente applicate. Ad esempio, circa la legge applicabile in materia di obbligazioni contrattuali, le proche, vaghe indicazioni del progetto non possono certo essere sufficienti. Una regolamentazione esaustiva è d'altra parte ostacolata dal § 24 di esso. La disposizione ivi contenuta è così essenziale eppur così elastica ed indeterminata che il raggiungimento dello scopo prefissato, cioè quello di fornire al giudice per ogni caso norme sicure, viene a trovarsi gravemente ostacolato. Il legislatore farebbe addirittura meglio a rinunciare alla codificazione di un settore nel quale essa non è possibile o lo è soltanto in apparenza » (*op. cit.* p. 4). Ciò era quanto aveva proposto Schnell, *Bemerkungen*, p. 49: « § 7 dürfte aus den in den Allgemeinen Bemerkungen unter III entwickelten Gründen zu streichen sein ». La mancanza di una disposizione in materia contrattuale, mancanza che non fu colmata fino alla redazione finale, fu severamente criticata dalla dottrina. Essa, assieme all'assenza di ogni indicazione circa la legge applicabile in materia di diritti reali, contribuì a creare quella impressione di « lacunosità » di cui sembra a più riprese volersi attribuire la responsabilità alla dottrina *unilaterale*. Ciò che viene rimproverato in tale intervento, e che Schnell aveva deplorato nelle *Bemerkungen*, è il fatto che il progetto *tenda* all'eshaustività e creda erroneamente di potere raggiungerla con una *unica norma* in materia contrattuale. Tali argomenti – come vedremo – ancora una volta ebbero una presa decisiva sui compilatori di quell'*Hanseatischer Entwurf* di cui si parlerà *infra*, para. 32.

¹⁹⁷ « Jedes Lebensverhältnis werde in dem Augenblick, in welchem es zur Existenz gelange, von Rechtsnormen ergriffen ». Anche tale osservazione deve probabilmente ricondursi a SCHNELL: cfr. *Über die Zuständigkeit*, p. 340: « (...) ein Rechtsverhältnis (...) unter dem es existent geworden ist, von dem es ergriffen ist (...) ». Significativo è l'uso di *Lebensverhältnis* anziché di *Rechtsverhältnis*: si è probabilmente voluto evitare di incorrere nel rimprovero, già formulato da WÄCHTER, *Über die Collision*, e ripreso da SAVIGNY, *System*, VIII, p. 112, rivolto alla dottrina dei *diritti quesiti*, fatta propria – tra gli altri – dall'EICHORN, *Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einschluss des Lehenrechts*, 4. Aufl., Göttingen, 1835, consistente nel rilevare che, perché un rapporto nasca come giuridico, cioè rilevante per il diritto, bisogna preliminarmente indicare la legge che gli si applica (più neutro THÖL, *Einleitung*, p. 170).

venuto ad esistenza¹⁹⁸. Il legislatore non agisce correttamente quando dispone che il giudice applichi ad un determinato rapporto regole giuridiche che non sono state poste al fine di regolarlo¹⁹⁹.

Esaminiamo la delibera della commissione. « La maggioranza dei commissari » – si legge nel verbale – « *ha creduto di dovere attribuire peso decisivo alla considerazione che una pressante esigenza pratica milita in favore dell'adozione del punto di vista espresso nel progetto*. La legittimità di una apposita disciplina del d.i.p. è innegabile. Il legislatore, quando decide di usare di questa sua facoltà, dovrebbe evitare, dove è possibile, di *abbandonare al giudice decisioni circa questioni incerte e difficili*. L'impiego dello strumento analogico, il richiamo alla natura della cosa ovvero ai principi elaborati dalla dottrina non possono essere ritenuti strumenti adeguati per risolvere tale incertezza. Tutto ciò considerando, si deliberò di disciplinare il d.i.p. nel senso non soltanto di stabilire la portata del diritto tedesco, bensì di tracciare anche la sfera di applicazione del diritto straniero ».

24. Due parole a commento di tale discussione. Le perplessità nei confronti di una disciplina completa del d.i.p. – ben lungi dall'essere emerse all'ultima ora per opera di una tanto maldestra quanto invadente diplomazia – formarono per converso oggetto di un misurato e piuttosto esteso dibattito già fra i civilisti della seconda commissione. Lo spunto per tale dibattito fu fornito dal parere di Schnell, che aveva sollevato alcune perplessità non tanto sulla *legittimità*, dal punto di vista del diritto delle genti, di una disciplina bilaterale completa, quanto piuttosto sulla sua *opportunità*, dal punto di vista degli interessi dello Stato del foro: e ciò avuto riguardo sia al postulato da cui muove il d.i.p. che gli pare essere il riconoscimento delle potestà legislative di altri Stati quali

¹⁹⁸ « Aufgabe des Richters sei es, das Rechtsverhältnis nach denjenigen Normen zu beurtheilen, unter denen es existiere » (*Protokolle, loc. cit.*).

¹⁹⁹ Nondimeno – si conclude – non può escludersi che la disciplina completa contenuta nel progetto sia da preferire, in base ad assorbenti ragioni di *opportunità*. Assai significativa è pure questa chiusura. Il secondo interveniente riconosce, anzi afferma con decisione, la superiorità, sia dal punto di vista della coerenza *teorica* (riconoscimento pieno dell'ordinamento degli altri Stati) sia dal punto di vista degli esiti *pratici* (rispetto dei diritti *quesiti*) dell'impostazione unilaterale; nondimeno ammette che sarebbe comprensibile che si opti per la norma bilaterale, « aus Gründen praktischer Zweckmäßigkeit »: i quali non riguardano il terreno della *prassi*, ché spesso anzi – come si è appena detto – i soggetti coinvolti vengono pregiudicati da tale impostazione, non vedendosi riconoscere un diritto pur « legittimamente » acquisito (cioè secondo le prescrizioni di *quella* legge che, in base a quanto si afferma, lo ha *fatto sorgere*) e non contrastante con alcun diritto sorto in base alla legge del foro; l'*opportunità pratica* fa riferimento piuttosto, da un lato, alla rimozione di ogni dubbio circa l'abrogazione dei diritti territoriali dei *Länder* ancora vigenti, dall'altro, alla *facilità di applicazione per il giudice*, che non deve compiere alcuna ricerca circa la precisa volontà di applicazione delle norme straniere, cioè insomma alle ragioni già indicate da Gebhard (v. *supra*, para. 22). Interessante rilevare che sarà proprio questa maggiore *facilità di applicazione* per il giudice del foro la sola spiegazione che, diversi decenni dopo, VIVIER riuscirà a trovare della prevalenza della bilateralità: v. *infra*, para. 94.

gleichberechtigt, sia alle conseguenze pratiche che una tale disciplina comporta, in particolare il mancato rispetto sia degli accordi sulla legge applicabile stipulati fra gli altri Stati sia dei diritti già acquisiti dai soggetti coinvolti.

La relazione di Gebhard tradisce una certa familiarità con tali obiezioni: tuttavia, come già nei suoi *Motive*, egli si mostrò preoccupato più di giustificare la legittimità teorica delle regole complete che di riflettere circa la loro opportunità. La quale viene infatti affermata non già confutando i rilievi di Schnell ma, in parte, con contingenti ragioni, tutte interne alla fisionomia del sistema tedesco del tempo, circa la necessità di evitare dubbi sull'abrogazione delle variegate ed imperfette regole vigenti nei *Länder*; in parte allegando il bisogno di evitare un vuoto normativo e la conseguente incertezza per il giudice, il che mostra che Gebhard, anche in ciò insensibile ai rilievi di Schnell che segnalava l'esistenza di un criterio-guida *alternativo* per il giudice, riteneva che le altre soluzioni possibili diverse dalla « designazione diretta » si risolvessero in una pericolosa assenza di disciplina. In particolare, il rispetto della volontà di applicazione del diritto straniero, a parte l'inconveniente dei conflitti positivi e negativi, fu giudicato « non corretto ». Nessuna ragione precisa fu tuttavia addotta a giustificazione di tale affermazione, se non che è la sovrana volontà del legislatore interno, e nessuna altra, ad avere esclusivo rilievo: volontà che, una volta espressasi in una norma di d.i.p., il giudice deve « docilmente » rispettare, senza in principio addarsi ad ulteriori indagini.

La spiegazione di Gebhard non convinse tutti. Non si contesta – si disse da parte di alcuno – né la legittimità di una disciplina completa, né l'assenza al riguardo di principi vincolanti di diritto internazionale. Non è questo il punto. Piuttosto, si vuole fare osservare che, poiché il d.i.p. nasce dalla volontà di prendere atto della coesistenza di altri Stati e di riconoscerne gli ordinamenti come « egualmente legittimi », pare *contraddittorio* – una volta escluso l'interesse del legislatore interno a regolare una fattispecie con proprie norme materiali – pretendere poi di imporre l'applicazione di una data legge, per giunta anche quando gli ordinamenti stranieri in essa coinvolti, che si è cominciato con il volere appunto *riconoscere e rispettare*, si accordano per l'applicazione di una diversa legge; la quale per altro – e qui ci si sposta dal piano *interstatale* all'ottica *interindividuale* propria dei singoli soggetti coinvolti – può per altro avere già fatto nascere delle situazioni giuridiche e trovato qualche attuazione concreta. Tali obiezioni non fecero oggetto né di replica da parte del relatore né di un ulteriore dibattito fra i commissari. La maggioranza si pronunciò in favore di una disciplina completa. Nelle succinte motivazioni, si pone in rilievo la legittimità teorica di tale modo di procedere, il timore dell'incertezza di un vuoto normativo, la praticità della designazione « diretta »²⁰⁰.

25. Terminato l'esame del progetto a fine marzo senza che furono, alle norme sul d.i.p., apportate modifiche di rilievo – quanto meno non ai fini che qui interessano – una

²⁰⁰ Cfr. sul punto SIMONS, p. 486: « Ces raisons d'ordre *pratique* l'emportèrent dans les discussions de la II. commission ».

seconda lettura del progetto di *BGB*, sempre da parte dei commissari, ebbe luogo fra il 6 maggio e il 21 ottobre, di nuovo senza alcun emendamento particolare. L'intero progetto di codice, comprensivo dello « *schwarze Peter* »²⁰¹ relativo al d.i.p., fu a fine ottobre rimesso al Cancelliere che lo trasferì immediatamente al *Bundesrat*²⁰².

§ III. – Lo svolgimento « non ufficiale » e il successo finale della istanza unilaterale

SOMMARIO: – 26. Introduzione allo svolgimento « non ufficiale ». – 27. Scambi di corrispondenza fra il *Reichsjustizamt* e l'*Auswärtiges Amt* e coinvolgimento del *Preussisches Justizministerium*. – 28. Presa di posizione dell'*Auswärtiges Amt*: prima affermazione dell'istanza unilaterale. – 29. Osservazioni del *Reichsjustizamt*: adesione all'impostazione bilaterale. – 30. Presa di posizione del *Preussisches Justizamt*: ulteriore « progresso » dell'istanza unilaterale. – 31. L'importanza di tale presa di posizione. – 32. Il contributo delle Città Anseatiche: la redazione di un « progetto alternativo » di impostazione unilaterale. – 33. Il dibattito finale in sede di *IPR-Kommission*: adesione corale all'impostazione unilaterale. – 34. La classificazione delle norme dell'*EGBGB*: norme *unilaterali*, norme *bilaterali imperfette*, norme *bilaterali*.

26. Come si è detto in esordio, è merito delle recenti indagini condotte in Germania l'aver finalmente squarciato il velo di segretezza che ha avvolto per lunghissimi anni il séguito della storia dell'*EGBGB* – segretezza che si volle da parte del Governo tedesco serbare fino a diversi decenni dopo l'entrata in vigore del codice – facendo luce se non su tutti, almeno su numerosi degli aspetti rimasti oscuri, e sui principali.

Parallelamente al corso ordinario delle deliberazioni in sede di seconda commissione, che si è ripercorso fin qui, ebbe luogo un'intensa e a tratti febbrile attività di ridiscussione sulla natura, i fondamenti e gli scopi del d.i.p., nonché, per conseguenza, di revisione e riformulazione della più parte delle norme, su un piano « non ufficiale », che ebbe per protagonisti giuristi di ministeri e tribunali, del *Reich* e degli altri *Länder*. I « materiali

²⁰¹ Così, con ironia, KEGEL, *Besprechung*, p. 426.

²⁰² Nel *Geschäftsplan* concordato dai delegati presso il *Bundesrat*, si convenne di riunirsi in tre sedute settimanali, così da ultimare il lavoro di revisione prima di Natale. Alla città-Land di Lubecca fu affidato il compito di riferire al *plenum* circa il libro VI e l'*EGBGB*, i quali avrebbero dovuto essere esaminati per ultimi, verso metà dicembre (*Geh. Mat.*, p. 236-237; HARTWIEG, p. 46, KEGEL, *Besprechung*, p. 133). Lubecca e Amburgo avevano un unico rappresentante presso il *Bundesrat*, cioè Krüger, il quale, malato, chiese la collaborazione di Sieveking, presidente dell'*Oberlandesgericht* di Amburgo.

segreti » venuti di recente alla luce consentono di seguire nel dettaglio questo secondo parallelo processo quasi in ogni sua fase²⁰³.

Tale secondo filone, apertosi già poco dopo l'inizio dei lavori della seconda commissione, e conoscibile attraverso la fitta corrispondenza scambiata dai diversi attori, conferma con chiarezza che la trasformazione delle norme, da *complete* in per lo più *unilaterali*, non fu il deplorable portato di una frettolosa e goffa revisione dell'ultimo minuto, ma fu preparata di lunga mano e – prima della sua attuazione – discussa, con onestà intellettuale e latitudine di argomenti, dai giuristi delle più svariate sedi coinvolte. La discussione fuoriesce ora infatti dal chiuso della commissione e si allarga, acquista in precisione ed in ampiezza d'orizzonte. I protagonisti di questa fase sono non già soltanto gli esponenti della diplomazia imperiale – come si è per lo più creduto sin ora – ma numerosi e preparati giuristi attivi presso tribunali e ministeri: del *Reich* prima, di Prussia poi ed infine di tutti gli altri Stati del *Bund*, in particolare delle Città Anseatiche di Amburgo e Lubecca e della Baviera.

A. – Le prese di posizione dei Ministeri

27. All'indomani della nomina della seconda commissione, il Ministero della Giustizia, con comunicazione in data 19 marzo 1891 al Ministero degli Esteri (*Auswärtiges Amt*), rese noto l'atteggiamento complessivamente critico degli ambienti scientifici verso la mancata inclusione nel progetto di norme di d.i.p., allineandosi anch'esso, benché con diplomatica cautela, a tale punto di vista²⁰⁴. L'*Auswärtiges Amt* non si mostrò convinto²⁰⁵. Il 4 marzo 1895, annunciategli il prossimo inizio dell'esame del d.i.p. da

²⁰³ Ci pare opportuna una precisazione a proposito del termine « non ufficiale », già utilizzato da HARTWIEG, p. 37 (cfr. anche in *Der Gesetzgeber*, p. 156). Sebbene abbiamo scelto di farne uso anche noi, esso reca in sé qualcosa di fuorviante, facendo istintivamente pensare che la revisione si svolse al di fuori delle sedi « protocollari », quasi il prodotto di una negoziazione davvero segreta, presentato in blocco e come imposto al *Bundesrat*. E' bene sgombrare il campo da questa ambiguità. Poiché il progetto avrebbe dovuto essere approvato dal *Bundesrat*, la partecipazione dei governi dei *Länder*, che fu massiccia e per lo più costruttiva, si rendeva necessaria: né pare inadeguata la decisione di sollecitarne le opinioni con anticipo rispetto alla chiusura dei lavori della commissione (v. *Geh. Mat.*, p. 198). L'attività delle Città Anseatiche di Lubecca ed Amburgo, che portò all'elaborazione di un « progetto alternativo » poi in gran parte confluito nella redazione finale, si spiega – come si è visto (nota precedente) – con il fatto che la responsabilità di una prima revisione fu loro « accollata ». La nomina di una apposita commissione (*IPR-Kommission*), composta di giuristi del Ministero della Giustizia, delle Città Anseatiche e della diplomazia imperiale, si è resa necessaria quale sede più adatta per comporre, coralmente, le opposizioni di vedute che ancora permanevano.

²⁰⁴ Il testo è in *Geh. Mat.*, p. 194 s. A giustificazione di ciò il Ministero degli Esteri ribadì la natura privatistica delle norme e il bisogno concreto di una disciplina unitaria, osservando inoltre che, ai dubbi circa l'eventuale atteggiamento di chiusura verso il diritto tedesco da parte di altri Stati, avrebbe potuto venirsi incontro inserendo una clausola di reciprocità.

²⁰⁵ Se anche – disse – si può concedere che non si tratta di norme di diritto internazionale pubblico, si è nondimeno in presenza di un « territorio di confine » (*Grenzgebiet*) fra diritto privato e diritto

parte della seconda commissione che aveva già manifestato la sua propensione alla codificazione, ribadì nuovamente le proprie riserve²⁰⁶. Il Ministero della Giustizia del *Reich* ritenne allora di dovere sollecitare l'opinione del Ministero della Giustizia di Prussia. In un breve ma denso parere²⁰⁷, quest'ultimo provvide innanzitutto a distinguere, ancora una volta, le disposizioni circa la sfera di efficacia delle norme interne da quelle che designano il diritto straniero. Nonostante la loro diversa natura, entrambe hanno nondimeno il comune scopo di promuovere *unità e certezza* del diritto. Due vie sono possibili per perseguire tale scopo: la conclusione di trattati internazionali e l'adozione di una legislazione interna, dalla quale ultima non può prescindersi fintantoché la prima via non si rivela percorribile. Poiché per ora non vi sono ragioni di ritenere che si stipulino convenzioni in materia, almeno non nel futuro prossimo, non vi è alcun motivo – concluse – di rinunciare ad una disciplina legislativa.

Il Ministero degli Esteri – di Prussia e del *Reich*, nel frattempo riuniti sotto un unico *Staatssekretär* – approfittò di tale intervento per precisare, in un esaustivo *Votum*, la propria posizione: ciò che provocò le estese osservazioni dei due Ministeri della Giustizia già coinvolti nel dibattito, del *Reich* e di Prussia. Riteniamo opportuno, alla luce del successivo svolgimento, esaminare nel dettaglio questa « messa a fuoco » dei punti di vista dei tre dicasteri²⁰⁸.

28. Il parere rilasciato dal Ministero degli Esteri rivela un punto di vista più maturo rispetto all'intransigente chiusura manifestata in precedenza²⁰⁹. Grande presa ebbero su di esso le osservazioni di Schnell, dalle quali vengono mutuati diversi argomenti critici, financo alcuni esempi²¹⁰. L'*Auswärtiges Amt* contempla ormai seriamente l'eventualità che si proceda ad una codificazione e quasi si direbbe che abbia accettato tale

internazionale; le relazioni trasfrontaliere esigono dunque cautela, sicché una regolamentazione soddisfacente può essere il solo frutto di accordi con altri Stati; il d.i.p. è – d'altra parte – ancora in via di rapida evoluzione ed un suo irrigidimento potrebbe deprecabilmente arrestarne lo sviluppo; il ricorso alla clausola di reciprocità-ritorsione – infine – si è già dimostrato inopportuno.

²⁰⁶ Altresì richiamandosi alle Conferenze dell'Aja del 1893 e 1894, che avevano nel frattempo discusso alcuni punti essenziali del d.i.p. In tale presa di posizione, tuttavia, il Ministero degli Esteri si dimostrò per la prima volta aperto alla soluzione codificatoria, purché le relative norme venissero accolte in una legge speciale (*Geh. Mat.*, p. 207 s.).

²⁰⁷ In data 8 aprile 1895, e recante la firma di Heinrich von Schönstedt, Ministro della Giustizia (*Geh. Mat.*, p. 215-216).

²⁰⁸ Cfr. HARTWIEG, p. 41-42, secondo cui « [s]achlich sind diese drei Voten wesentlich ausführlicher als alle vorangegangene Äusserungen. Man kann sie als zusammenfassende Klarstellungen der verschiedenen Positionen bezeichnen, aus denen sich alle wesentlichen Argumentationsweisen ersehen lassen ».

²⁰⁹ In data 26 settembre 1895 e recante la firma di von Rotehan (*Geh. Mat.*, p. 217 s.).

²¹⁰ Le quali sono del resto espressamente citate dal Ministero: v. *Geh. Mat.*, p. 218; significativo è che KORKISCH e HARTWIEG riferiscano del parere di Schnell proprio nelle note al *Votum* dell'*Auswärtiges Amt* (v. in particolare la nota 357, p. 218-219).

eventualità²¹¹. Esso rileva al riguardo che, nell'esaminare le singole disposizioni del progetto, nel cui dettaglio non ritiene ancora di dovere entrare, si ha nondimeno l'impressione che si sia dato rilievo esclusivo all'esigenza di creare regole *semplici*, che conducano il giudice all'applicazione del diritto interno o di un diritto straniero *determinato*, ed eliminino per questa via ogni *incertezza* circa la legge applicabile *nell'interesse degli appartenenti al Reich che vivono nel foro*. Insomma, nella quasi esclusiva sottolineatura e perseguimento di questi interessi, si è perso di vista il rilievo che il diritto internazionale privato acquista nelle relazioni internazionali. Nel desiderio di dare al giudice tedesco una soluzione *sicura* in ogni caso di conflitto di leggi, la commissione non si è limitata a delimitare il diritto tedesco dal diritto straniero, bensì è pervenuta a stabilire « l'ambito di applicazione spaziale delle leggi di tutti gli Stati ». Non pare che, nel far ciò, si sia sufficientemente posto mente alla circostanza che le norme di d.i.p., se così formulate, potrebbero costringere il giudice all'applicazione di una legge che *non* vuole affatto applicarsi: anzi, *perfino di una legge la cui applicazione al caso di specie può essere addirittura esclusa espressamente da un accordo esistente fra i due Stati maggiormente coinvolti*²¹². Già per queste due sole ragioni – conclude l'*Auswärtiges Amt* – è necessario che si provveda ad un'accurata revisione dell'articolato²¹³.

²¹¹ L'*Auswärtiges Amt* raccomanda innanzitutto l'accoglimento delle norme di d.i.p. in una legge speciale, al fine – come si è detto – di una loro più agevole mutabilità, citando al riguardo l'opinione conforme di Schnell; in secondo luogo, ritiene necessaria la concessione ai Governi dei *Länder* di un termine congruo perché essi possano esprimere il proprio parere.

²¹² « In dem Bestreben, für alle Fälle der Statutenkollision dem Richter eine sichere Lösung zu geben, hat sich die Kommission nicht darauf beschränkt, das Anwendungsgebiet des deutschen und des fremden Rechtes gegen einander abzugrenzen, sondern ist dazu gelangt, die räumlichen Herrschaftsgrenzen aller Gesetze aller Staaten zu regeln. Dabei scheint nicht genügend beachtet zu sein, dass solche Vorschriften den deutschen Richter zur Anwendung eines fremden Rechtes zwingen können, das gar nicht angewendet sein will, dessen Anwendung auf den vorliegenden Einzelfall vielleicht sogar durch einen Staatsvertrag zwischen zwei anderen Staaten ausdrücklich ausgeschlossen ist ». Tali disposizioni, dunque, prosegue il Ministero, suscitano perplessità non soltanto dal punto di vista della teoria del diritto internazionale pubblico, bensì anche nelle loro ricadute pratiche, potendo addirittura condurre a spiacevoli rimozioni da parte dei governi stranieri e per questa via ad incresciose complicazioni nel traffico internazionale (*Geh. Mat.*, p. 221). Inoltre, continua il Ministero, mancano nel progetto disposizioni circa la posizione dei cittadini del *Reich* all'estero. Il progetto – cioè – designa per lo più, quale applicabile agli stranieri domiciliati nel *Reich*, la loro legge nazionale, ad esempio in tema di capacità, di relazioni di famiglia e di questioni successorie; ciò fa tuttavia senza assicurarsi che gli Stati di cui si applicherà la legge facciano altrettanto rispetto ai cittadini del *Reich* in essi domiciliati. In questo modo la Germania perde uno strumento per esercitare pressione su tali Stati perché attuino il principio della reciprocità o addiventano alla conclusione di trattati (*op. cit.*, *loc. cit.*).

²¹³ Insomma, queste le perplessità dell'*Auswärtiges Amt*: da un lato si è, nella smania di aprirsi agli ordinamenti stranieri, un po' « avventati », perché si applica una legge straniera senza chiedersi se o meno lo stesso criterio scelto dal legislatore tedesco sia adottato anche da quello straniero, con possibili esiti che danneggiano i cittadini del *Reich* senza recare alcun vantaggio ai cittadini di altri Stati. Dall'altro, però, una volta che si è scelto di applicare una legge straniera, si utilizzano all'uopo

29. Tale *Votum* suscitò le obiezioni del Ministero della Giustizia del *Reich*²¹⁴: quanto alla *struttura* bilaterale delle norme, il rilievo che possono generarsi complicazioni internazionali non appare, nella sua generalità, colpire nel segno, e le ragioni segnalate dalla commissione in favore della bilateralità appaiono condivisibili. Specificare quale legge regola un determinato rapporto è in definitiva una questione di *diritto privato*. Se non lo si facesse, una serie di fattispecie sarebbero colpite da *lacuna*, mancando norme di diritto internazionale cui attenersi, e non potendo gli accordi conclusi fra due o più Stati ritenersi vincolanti per uno Stato che non vi è parte, sicché ne deriverebbe una deplorabile incertezza²¹⁵.

30. Più articolate le considerazioni svolte dal Ministero della Giustizia di Prussia²¹⁶. In esse si sottolinea innanzitutto ancora una volta l'importanza dell'unità e della certezza del diritto in Germania, unità e certezza che non sarebbero davvero piene se non si dettassero disposizioni sull'applicazione nello spazio delle norme, ciò che è provato dalla grande diversità di vedute riscontrabile al riguardo nelle decisioni della giurisprudenza²¹⁷. La circostanza che si toccano in questo campo le relazioni interstatali non

regole che, nella loro volontà di dettar legge a tutti gli ordinamenti, hanno un'impronta « imperialista », che reca con sé qualcosa di incongruente e pericoloso: una volta che si sceglie di applicare un diritto straniero, non ci si cura di vedere, sul piano internazionale, quale di quelli potenzialmente in concorso abbia effettiva volontà di applicazione, ma se ne applica uno un po' « alla cieca », con conseguenti possibili complicazioni internazionali, ad es. a motivo di una violazione, senza alcun reale vantaggio per l'ordinamento interno, di convenzioni stipulate fra gli altri Stati.

²¹⁴ In data 4 novembre 1895 (*Geh. Mat.*, p. 222 s.). Quanto al problema se o meno procedere alla codificazione del d.i.p., il Ministero dichiara che, appartenendo la questione circa la legge applicabile ad un determinato rapporto all'ambito del diritto privato, e non già a quello del diritto delle genti, un ordinamento non può sottrarsi al compito di disciplinarla; inoltre, a motivo delle possibili contraddizioni giurisprudenziali cui l'assenza di norme scritte potrebbe, in questo settore della vita giuridica, dare luogo, è più opportuna una regolamentazione codificata.

²¹⁵ D'altra parte, osserva ancora il Ministero, altre codificazioni hanno provveduto a specificare quale legge applicare: il *Preussisches Landrecht*, il *Bürgerliches Gesetzbuch* per il regno di Sassonia, ed altre ancora. E i pericoli od inconvenienti lamentati dal Ministero degli Esteri non si sono avveriti. Il *Reichsjustizamt* si allinea dunque pressoché integralmente alle posizioni della commissione, condividendone esigenze e preoccupazioni. Ciò si spiega anche perché diversi commissari, specie quelli subentrati ai membri originariamente nominati, erano stati reclutati *proprio* dal Ministero della Giustizia; il suo stesso *Staatssekretär*, Nieberding, si era fatto attribuire il potere di intervenire nelle sedute, assumendone la presidenza, con pieno diritto di voto. Preminenza continua ad avere la questione della *legittimità* di una codificazione in generale, e la determinazione *precisa* del diritto straniero applicabile in particolare; rilievo è pure dato al timore – già evocato dal Gebhard – che, in mancanza di tale designazione diretta, non vi sarebbe regola alcuna che possa guidare il giudice e che sussisterebbe un vuoto normativo, produttivo di quella incertezza che è invece compito del codice eliminare.

²¹⁶ Quali emergono dal parere da questi circolato il 9 novembre 1895 (*Geh. Mat.*, p. 226 s.).

²¹⁷ Perplexità – concede il Ministero – potrebbero sorgere invece se si modificassero, attraverso la legge interna, le disposizioni contenute in trattati internazionali: ma non è stato questo l'intendimento

pare sufficientemente forte per controbilanciare le pressanti esigenze di certezza del diritto. Che ogni Stato, in forza della sua sovranità, abbia titolo a stabilire secondo quali leggi i propri giudici debbano risolvere le controversie sorte da rapporti che presentano collegamenti con territori di più Stati, non è dubbio dal punto di vista del diritto delle genti, ciò che appunto dimostrano alcune codificazioni recenti – quali il codice zurighe-
se, quello italiano e quello prussiano – i quali non hanno dato luogo, per quanto noto, a difficoltà particolari.

Nondimeno – concede il Ministero – l'argomento circa l'opportunità di procedere con cautela *nella risoluzione delle controversie più « estranee » al foro* quali quelle che coinvolgono soltanto cittadini stranieri è effettivamente legittimo. Per venire incontro a tale concreta esigenza, non sembra esservi alcun ostacolo a che si preveda espressamente che, *nelle controversie fra stranieri, il giudice interno tenga conto delle disposizioni di eventuali accordi stipulati dagli Stati coinvolti con precedenza rispetto alle norme tedesche*. Ciò che potrebbe realizzarsi vuoi inserendo una corrispondente disposizione nell'EGBGB vuoi *escludendo addirittura che le disposizioni in esso incluse si applichino ai rapporti fra stranieri*, e lasciando dunque al giudice, riguardo ad essi, libertà di apprezzamento. *Di norme rigide* (cioè « complete ») *infatti vi è effettivamente bisogno soltanto quando si tratta di questioni in cui vengono in rilievo gli interessi dei cittadini del Reich*. Che nella scienza e nella pratica del d.i.p. non si sia ancora pervenuti a risultati uniformi è certo vero. Ma, proprio per questo motivo, la certezza del diritto non potrà mai raggiungersi senza una codificazione al riguardo²¹⁸.

Ma veniamo ora – dice il Ministero – alla questione se la concreta disciplina del d.i.p. si debba contentare di descrivere la sfera di applicazione spaziale del diritto tedesco o debba piuttosto estendersi anche alla questione relativa a quale diritto straniero dovrebbe applicarsi ai casi che sfuggono all'applicazione del primo. La decisione assunta dalla commissione in favore della seconda alternativa – opina il Ministero – deve condividersi. Le perplessità sollevate dall'*Auswärtiges Amt*, secondo cui in base alla disciplina così scelta si potrebbe pervenire all'applicazione di una legge che, secondo il d.i.p. dello stesso Stato, *non vuole* essere applicata, non sembrano tanto rivolgersi alla questione se o meno il d.i.p. debba limitarsi a tracciare i confini del diritto tedesco, quanto piuttosto a quella c.d. del « rinvio » (*Rückverweisung*). Fra i due significati attribuibili al richiamo alla legge straniera, che può intendersi come riferito vuoi alle sole norme materiali vuoi anche a quelle di d.i.p., la commissione si è espressa, in linea generale, in favore della prima opzione, in ciò allineandosi all'opinione dominante nella dottrina e nella

della commissione, e – comunque – ogni dubbio in proposito potrebbe essere fugato espressamente nella legge introduttiva.

²¹⁸ La codificazione tedesca – prosegue – potrebbe d'altra parte contribuire al formarsi di una sorta di *communis opinio* in Europa. L'unica ragione per rinunciare ad una legislazione in questo campo sarebbe la conclusione di trattati internazionali vincolanti per tutti gli Stati civili, eventualità che non appare prossima a realizzarsi.

giurisprudenza del *Reichsgericht*, ed anche delle legislazioni moderne di d.i.p. Tale decisione riposa, oltretutto che sulla difficoltà di messa in opera dell'opposto principio in tutti quei casi in cui la legge inizialmente designata rimanda a sua volta alla legge tedesca (il c.d. « rinvio indietro ») ovvero richiami la legge di un terzo Stato che non intenda regolare il rapporto in questione (« rinvio oltre non accettato »), sulla considerazione che, laddove il giudice dà efficacia ad una legge straniera, ciò non fa perché è il legislatore straniero che la dichiara applicabile, ma perché ciò corrisponde ad una sua propria visione della giustizia dei rapporti internazionali²¹⁹.

31. Due sono i punti che ci preme mettere in rilievo di quest'ultima *Stellungnahme*. Il primo è che, pur ribadendo che la certezza e l'unità del diritto devono avere rilievo preminente, essendo anzi il fine ultimo del codice tutto, il Ministero della Giustizia di Prussia, riflettendo sulle perplessità avanzate dall'*Auswärtiges Amt*, riconosce che vi sono effettivamente fattispecie, quelle più estranee al sistema del foro, per le quali non vi è ragione particolare di designare in maniera « rigida » una legge straniera, nulla ostando dunque a che si preveda espressamente il rispetto della soluzione data dagli Stati interessati ovvero radicalmente rimettendo la questione alla sensibilità dei giudici. Tale soluzione – come noto – sarà poi quella accolta nella redazione finale di diverse norme dell'*EGBGB*. Significativo è dunque che il Ministero della Giustizia di Prussia – che lo stesso *Reichsjustizamt* ha chiamato in causa come per averne il sostegno contro le resistenze manifestate dal Ministero degli Esteri verso il bilateralismo – forse perché meno coinvolto, anche psicologicamente ed emotivamente, nelle concezioni (ma anche nelle « fatiche ») della commissione, abbia concluso che l'istanza unilaterale è almeno in parte legittima. E pure è da rimarcare il fatto che la bilateralità sia giudicata irrinunciabile quando ne va degli interessi *del foro*: l'asservimento della regola bilaterale a questi ultimi è come teorizzata nelle argomentazioni dei giuristi del *Preussisches Justizministerium*.

Il secondo rilievo è che, se quanto detto sopra risponde già, accogliendola appunto in parte, all'esigenza di riconoscere il diritto straniero nella sfera di efficacia che esso pretende per sé, tenendo conto della sua « volontà di applicazione », nell'affrontare direttamente tale questione, il Ministero la assimila al problema del *rinvio*. Risolvendosi quest'ultimo nel tenere conto della norma di d.i.p. della legge designata, dunque della sfera di efficacia delle relative norme materiali, dunque della loro « volontà di applicazione », pare al Ministero che il quesito di fondo sia sostanzialmente lo stesso. Se così è, il rifiuto di tale « volontà di applicazione » si giustifica – conclude il Ministero – con gli stessi argomenti che ostano al rinvio: i quali, a ben guardare, sono poi quegli stessi che già Gebhard, poi la Commissione ed infine il *Reichsjustizamt* avevano brandito: essendo la volontà che conta soltanto quella del legislatore interno, se questi decide che

²¹⁹ Né d'altra parte la commissione ha creduto di tenere fermo il principio in ogni caso, avendo adottato la regola opposta laddove circostanze oggettive militavano in favore di un'eccezione.

abbia corso nel foro una legge straniera, sembra contravvenire a tale volontà il metterne in opera un'altra, avendo il legislatore interno optato per il diritto straniero non per benevolenza nei confronti del legislatore di quello Stato, bensì perché ciò corrisponde alle « *Anforderungen der Gerechtigkeit* » da lui fatte proprie.

B. – L'*Hanseatischer Entwurf* e la *IPR-Kommission*

32. La proposta unilaterale formulata da Schnell, e sposata da alcuni commissari, guadagnò, come si è visto, il favore dell'*Auswärtiges Amt*, facendolo recedere dalla sua posizione contraria alla codificazione, nonché quello, pur parziale, del Ministero della Giustizia di Prussia. Solo il *Reichsjustizamt*, solidale con la commissione, rimase legato alla scelta bilaterale, insistendo per altro – esattamente come questa – più sulla legittimità teorica, sull'esigenza di evitare un vuoto normativo, sulla certezza ed unità del diritto tedesco che non su ragioni di opportunità pratica, né tanto meno di apertura verso gli ordinamenti stranieri.

La spinta decisiva all'accoglimento definitivo dell'unilateralismo fu data dai giuristi delle *Hanseatische Städte*, nominate quali *Referenten* per il d.i.p. innanzi al *Bundesrat*²²⁰, in particolare da Ernst Friederich Sieveking, stimato primo presidente dell'*Hanseatische Oberlandesgericht*, e autentico « *juristischer Kopf* »²²¹, come tale giudicato « particolarmente adatto » a « quella difficile materia che è il d.i.p. »²²². I giuristi delle Città Anseatiche si formarono presto l'opinione che il progetto di Gebhard rappresentasse il « lavoro di un *teorico*, che non ha sufficientemente posto mente alle conseguenze *pratiche* delle regole da lui formulate »²²³. Conseguentemente, ritennero di dovere elaborare una vera e propria proposta alternativa. L'*Hanseatischer Entwurf* si è reso necessario – si legge nel rapporto preliminare – perché il progetto approvato dalla commissione,

²²⁰ V. il *Geschäftsplan* in *Geh. Mat.*, p. 236 s. Tale nomina fu proposta dallo stesso Ministero della Giustizia del *Reich* ed ebbe luogo, in veste ancora non ufficiale, già l'8 luglio 1895, ben prima dunque dell'inizio dei lavori di revisione. L'incarico fu formalmente assegnato a Krüger, il quale pretese ed ottenne – come detto: v. *supra*, nota 210 – la collaborazione di Sieveking. Sieveking e Krüger si consultarono anche con il senatore Pauli, di Brema (*Geh. Mat.*, p. 238; cfr. HARTWIEG, p. 46 s.).

²²¹ BEHN, p. 87; cfr. HARTWIEG, p. 47.

²²² Alieno da ogni tendenza teorizzante e istintivamente contrario ad ogni asservimento del diritto a fini politici, Sieveking era piuttosto un giurista pratico (« Der Oberlandesgerichtspräsident war keine theoretisierende Natur, sondern ein unpolitischer Praktiker »: BEHN, p. 92; SCHAPS, in *ZHR*, 1910, p. 189 s.). Possedeva « una conoscenza profonda e di largo orizzonte del traffico giuridico mondiale, al quale la Germania andava viepiù partecipando, e delle sue esigenze » (BEHN, p. 93); aveva partecipato a numerose conferenze internazionali, in particolare in tema di unificazione di regole sul commercio marittimo, durante i cui lavori si era sempre distinto fra i più attivi, molte delle quali aveva presieduto egli stesso.

²²³ « Sie sind das Werk eines Theoretikers, des Freiburger Professors Geheimen Rath Gebhards, der sich die praktischen Konsequenzen der von ihm aufgestellten Rechtssätze nicht hinreichend vergewärtigt hat » (*Geh. Mat.*, p. 240; cfr. HARTWIEG, p. 46; KEGEL, *Besprechung*, p. 133; BEHN, p. 92).

« nell'intento di attribuire una sfera di applicazione spaziale alle norme di tutti gli Stati del mondo », risulta per ciò stesso « pressoché inutilizzabile »²²⁴ e dunque bisognoso di un'integrale revisione. Essendosi « posti l'obiettivo di tracciare il campo di applicazione anche delle leggi straniere, le une rispetto alle altre », i compilatori del progetto « hanno in questo modo esorbitato dall'area entro la quale il potere legislativo della Germania è per sua natura chiamato ad esercitarsi »²²⁵. Inoltre, l'ambito che « il legislatore ha inteso in questo modo regolare è così ampio, gli interessi in conflitto così numerosi, la diversità dei sistemi che vengono in considerazione così rilevante che le difficoltà di una adeguata disciplina sono innumerevoli ». Ne deriva che « ogni regola generale, contenuta nel progetto, comporta il rischio di esiti inaccettabili: per alcune di esse, una loro applicazione può recare conseguenze pratiche imprevedibili, riguardo ad altre è facile dimostrare che potrebbero condurre a risultati iniqui »²²⁶. Nondimeno, che di norme concrete, almeno per i casi più importanti, vi sia davvero bisogno, non può revocarsi in dubbio, attesa da un lato la grande importanza pratica delle questioni e dall'altro la grande incertezza delle rispettive soluzioni. Donde la necessità di riformulare le norme avendo di mira un triplice scopo: « limitare innanzitutto la disciplina alla determinazione della sfera di applicazione del diritto tedesco²²⁷; rinunciare anche per esso a dettare una regolamentazione completa, accontentandosi piuttosto di apprestare una soluzione a quelle questioni per le quali essa, anche senza la disponibilità di un'ampia casistica, può nondimeno ritenersi giusta in ogni caso; e porre in rilievo piuttosto il punto di vista tedesco che non il punto di vista internazionale ».

33. Il progetto alternativo non fu discusso in sede di commissione giustizia del *Bundesrat* bensì nel chiuso di una « conferenza sul d.i.p. » (*IPR-Kommission*)²²⁸, i cui lavori ebbero per base, oltre al progetto per lo più bilaterale approvato dalla commissione, l'*Hanseatischer Entwurf*, d'impostazione largamente unilaterale, uno schema elaborato

²²⁴ *Geh. Mat.*, p. 239.

²²⁵ V. le *Allgemeine Bemerkungen* dell'*Hanseatische Entwurf*, in *Geh. Mat.*, p. 297 s.

²²⁶ *Geh. Mat.*, p. 298; v. anche KEGEL, *Besprechung*, p. 133 e HARTWIEG, *Der Gesetzgeber*, p. 443.

²²⁷ *Geh. Mat.*, p. 298: « Für richtiger wir es diesseits gehalten, die Regelung von vornherein im Allgemeinen auf die Umgrenzung des deutschen Rechtsgebiets zu beschränken (...) ».

²²⁸ Il Governo di Prussia, riunitosi, dietro suggerimento del Ministero della Giustizia, in seduta plenaria, cui presero parte i Ministeri della Giustizia e degli Esteri e lo stesso Cancelliere, optò definitivamente per l'inclusione del d.i.p. nell'*EGBGB*. Per volontà del *Auswärtiges Amt*, venne in quell'occasione disposta la convocazione di un gruppo di lavoro, designato dagli storici moderni appunto quale *IPR Kommission* (HARTWIEG, p. 42), composto di esperti del Ministero degli Esteri, del Ministero della Giustizia e dei delegati delle Città Anseatiche, perché si riunisse a Berlino ed esaminasse le proposte di revisione.

in qualche giorno soltanto dall'*Auswärtiges Amt*, esso pure largamente unilaterale²²⁹, nonché le osservazioni dei Governi dei *Länder*²³⁰.

Le deliberazioni ebbero luogo, articolo per articolo, in alcune animate sedute, fra il 27 novembre e il 6 dicembre 1895²³¹, nelle quali all'attenzione per il risultato pratico di ciascuna singola disposizione fu dato rilievo preponderante. Il dibattito rivela equilibrio e disponibilità reciproca a venire incontro agli interessi volta a volta considerati oggettivamente preminenti. L'esito finale contemperò le esigenze messe innanzi dalle sedi coinvolte: quelle delle Città Anseatiche, che insistettero in particolare sullo stralcio di alcuni articoli, con diffusi esempi diretti a mostrare come il criterio scelto avrebbe condotto a risultati inaccettabili in numerosi casi; quelle dei Ministeri della Giustizia che, acconsentendo alla generale unilateralità dell'impostazione, pretesero nondimeno il mantenimento della bilateralità di alcune norme laddove venivano in considerazione esigenze di certezza e prevedibilità per i cittadini del *Reich* nonché di comodità di messa in opera per le autorità e i giudici tedeschi; dal Ministero degli Esteri, che rimarcò a più riprese l'esigenza di evitare di porre un *Weltrecht* e di non adottare regole rigide – che avrebbero reso problematico il coordinamento fra le legislazioni interessate – in settori dove, sul piano comparatistico, regnava ancora diffusa incertezza.

Il progetto così messo a punto divenne sostanzialmente legge²³². Il 19 dicembre 1895 fu fatto circolare fra i *Länder* che vi aderirono. La commissione giustizia del *Bundesrat* lo discusse il 16 gennaio 1896, accogliendolo pressoché integralmente e disponendone l'inserzione agli artt. 7-31 dell'EGBGB. Nei mesi successivi, in seno al *Reichstag*, l'EGBGB, nella parte relativa al d.i.p., fu in pratica oggetto di approvazione in « blocco » e, unitamente al BGB, venne promulgato il 16 agosto dello stesso anno ed entrò in vigore il 1° gennaio dell'anno 1900.

²²⁹ Se ne veda il testo in *Geh. Mat.*, p. 325 s.: sulle origini di tale progetto, i « materiali segreti » non lasciano intravedere nulla (HARTWIEG, p. 49).

²³⁰ Le osservazioni di gran lunga più articolate provennero dal governo della Baviera (vedine il testo in *Geh. Mat.*, p. 260 s.) che, aderendo all'impostazione proposta da Schnell (alcune frasi delle *Bemerkungen* si ritrovano qui immutate), raccomandava anch'esso di restringere l'ambito delle norme alla determinazione della sfera del solo diritto tedesco (si legga la chiusura di tali osservazioni: « Gebe der Entwurf den Gedanken auf, das gesamte internationale Privatrecht in einer Instruktion für den deutschen Richter zu kodifizieren, und nehme er den richtigen, übrigens an einzelnen Stellen auch von ihm festgehaltenen Standpunkt ein, dass es nur seine Aufgabe sei, die räumliche Herrschaft der deutschen Rechtsnormen festzustellen, so werde auch die Fassung wesentlich erleichtert »). Le ragioni addotte sono quelle stesse che Schnell aveva illustrato nelle *Bemerkungen*. Da rilevare soltanto, da un lato, che è scomparso ogni riferimento alla contrarietà a principi di diritto delle genti, essendosi decisamente posto l'accento sull'assenza di *coerenza* (« Folgerichtigkeit ») da parte del legislatore, menzionata per due volte; dall'altro, che l'argomento secondo cui le norme complete potrebbero condurre ad una « Zerstörung des im Ausland erworbene Rechte » è qui decisamente predominante, ed illustrato con diversi esempi.

²³¹ *Geh. Mat.*, p. 331 s.

²³² Cfr. HARTWIEG, *Der Gesetzgeber*, p. 441.

C. – Unilateralità e bilateralità nelle norme dell'*EGBGB*

34. La dottrina tedesca ha presto classificato le norme dell'*EGBGB* in tre categorie, a seconda della loro struttura: norme *unilaterali*, norme *bilaterali imperfette* (che potrebbero anche chiamarsi, in modo più neutro, norme *in parte* unilaterali ed *in parte* bilaterali), e norme *bilaterali perfette* (o norme bilaterali *tout court*)²³³. Le norme unilaterali stabiliscono la sfera di applicabilità della sola legge tedesca²³⁴, le norme bilaterali imperfette fissano – a mezzo di uno stesso criterio di collegamento – l'ambito di efficacia rispettivo delle leggi tedesca e straniera, ma soltanto quando il rapporto da regolare presenta un certo legame con il foro, che denota una sua apprezzabile integrazione nel sistema di questo²³⁵; le norme bilaterali perfette tracciano il campo di operatività di

²³³ NIEMEYER, *Das IPR*, p. 13 s.; NEUMANN, *Prinzipielle Gesichtspunkte für das Verständnis der privatinternationalen Vorschriften des EG zum BGB. Eine Erwiderung auf Niemeyers' Internationales Privatrecht, Gruchot Beiträge*, 1902, p. 67 s.; NIEDNER, *IPR-Kommentar*, p. 12; MELCHIOR, *Grundlagen*, p. 12; LEWALD, *Das deutsche IPR*, p. 5 s.; NUSSBAUM, *Deutsches IPR*, p. 44; WOLFF, *IPR*, 3. Aufl., p. 35 s.

²³⁴ Sono norme *unilaterali*, frutto della trasformazione delle corrispondenti norme bilaterali incluse nel *Kommissionsentwurf* operata in seno al *Bundesrat*, i seguenti articoli (cfr. NIEMEYER, *IPR*, p. 5-6; WOLFF, *IPR*, p. 35): 13, comma 3, in base al quale la forma del matrimonio celebrato in Germania è regolata dal diritto tedesco; 14, che prevede l'applicazione del diritto tedesco ai rapporti personali fra coniugi quando questi sono entrambi cittadini tedeschi; 18, che prevede l'applicazione del diritto tedesco alla filiazione legittima quando il marito della madre era cittadino tedesco al momento della nascita del figlio o, se è morto prima, al momento della sua morte; 19, che prevede l'applicazione del diritto tedesco ai rapporti fra genitori e figli legittimi se il padre o, nel caso di morte di quest'ultimo, la madre, sono cittadini tedeschi (ovvero quando, avendo questi perduto la cittadinanza, il figlio l'abbia conservata); 20, che prevede l'applicazione del diritto tedesco ai rapporti fra il figlio naturale e la madre quando quest'ultima è cittadina tedesca (ovvero quando, pur avendo quest'ultima perduto la cittadinanza tedesca, il figlio l'abbia conservata); 22, che prevede l'applicazione del diritto tedesco alla legittimazione e all'adozione, quando – rispettivamente – il padre al momento della legittimazione ovvero l'adottante al momento dell'adozione sono cittadini tedeschi. Ulteriori norme *unilaterali* ma già presenti, con identica formulazione, nel *Kommissionsentwurf* (v. NIEMEYER, *IPR*, p. 6) sono contenute nei seguenti articoli: 8, che prevede la possibilità di dichiarare incapace in base al diritto tedesco il cittadino straniero che ha il suo domicilio in Germania ovvero, se non possiede alcun domicilio, la sua dimora; 9, che prevede che uno scomparso possa essere dichiarato morto in base alle leggi tedesche vuoi se era cittadino tedesco al momento della morte, vuoi se era cittadino straniero in tale momento, ma in quest'ultimo caso soltanto limitatamente a quei negozi giuridici che sono regolati dalla legge tedesca nonché a quei beni che si trovano in Germania.

²³⁵ NUSSBAUM, *Deutsches IPR*, p. 44: « Die Norm ist zwar eine allseitige, aber keine allgemeine, sie beschränkt sich vielmehr auf den Fall des Vorliegens bestimmter dem Inland angehöriger Tatbestandselemente » (di « Inlandsbeziehungen » parla invece WOLFF, *IPR*, p. 35). Sono norme *bilaterali imperfette*, anch'esse frutto della trasformazione operata in seno al *Bundesrat* di corrispondenti norme perfettamente bilaterali, i seguenti articoli: 13, commi 1 e 2, che prevede che la capacità matrimoniale di ciascun nubendo sia regolata dalla sua legge nazionale, se almeno uno dei nubendi è cittadino tedesco ovvero se il matrimonio è celebrato in Germania; 15, che prevede che i rapporti patrimoniali fra coniugi siano regolati dalla legge nazionale del marito al momento del

entrambe le leggi, tedesca e straniera, indipendentemente dal « grado » di inserimento del rapporto da regolare nell'ordinamento del foro²³⁶.

Un esame delle disposizioni dell'EGBGB rivela che le norme unilaterali rivendicano per il diritto tedesco uno spazio di applicazione vuoi addirittura minore rispetto alla cerchia di fattispecie che lasciano scoperte e dunque potenzialmente soggette al diritto straniero²³⁷, vuoi identica a quest'ultima²³⁸: nessun privilegio è dunque riservato al diritto del foro²³⁹. Le norme imperfettamente bilaterali garantiscono alla legge tedesca ed alla legge

matrimonio, se in tale momento il marito era cittadino tedesco, ovvero se abbia acquistato successivamente la cittadinanza tedesca, ovvero ancora se, trattandosi di coniugi stranieri, questi sono domiciliati in Germania; 24 e 25, che, letti congiuntamente, prevedono in principio l'applicazione alla successione del diritto dello Stato di cui il *de cuius* era cittadino, ma se, trattasi di straniero, soltanto se questi aveva, al momento della morte, il suo domicilio in Germania (con una duplice restrizione: l'una all'applicazione del diritto tedesco ed a vantaggio del diritto – straniero – del domicilio, quando il *de cuius*, pur essendo cittadino tedesco, è – appunto – domiciliato all'estero; l'altra all'applicazione del diritto straniero a vantaggio non tanto del diritto tedesco quando del cittadino tedesco, dettato dalla volontà di garantire reciprocità di trattamento ai cittadini da parte degli altri Stati).

²³⁶ Sono norme *bilaterali perfette*, passate nella redazione finale sostanzialmente inalterate rispetto alle corrispondenti norme del *Kommissionsentwurf* (cfr. NIEMEYER, *IPR*, p. 6), i seguenti articoli: 7, che prevede l'applicazione alla capacità giuridica di un soggetto della sua legge nazionale, con una importante restrizione, non valida però in materia di successioni, rapporti di famiglia e rapporti aventi ad oggetti immobili siti all'estero, in base alla quale, se si tratta di negozio giuridico concluso da un cittadino straniero in Germania, questi è considerato capace, anche se non lo sarebbe in base alla legge nazionale, se è tale in base alla legge tedesca; 11, che prevede l'applicazione alla forma di un negozio giuridico della legge che ne regola la sostanza o, se conduce alla validità del negozio, quella del luogo in cui il negozio è stato concluso; 17, che prevede che il divorzio sia regolato dalla legge dello Stato del quale il marito è cittadino al momento della domanda, con alcune importanti restrizioni volte – da un lato – a tutelare l'ordine pubblico tedesco, dall'altro ad estendere la sfera di applicazione della legge tedesca nel caso in cui il marito, già cittadino tedesco, abbia perduto la cittadinanza tedesca, e che la moglie l'abbia invece conservata; 21, che prevede l'applicazione al dovere di mantenimento del padre verso il figlio naturale e il suo obbligo di rimborsare alla madre i costi della gravidanza, del parto, e del mantenimento di lei, la legge dello Stato di cui la madre è cittadina al momento della nascita del figlio, pur – anche qui – con l'importante restrizione che, nel caso di applicazione di legge straniera, non potranno farsi valere pretese maggiori di quelle consentite dalla legge tedesca.

²³⁷ V. l'art. 14, il quale fissa la competenza della legge tedesca solo se entrambi i coniugi sono cittadini tedeschi, lasciando scoperti i casi di coniugi aventi una cittadinanza straniera comune, aventi cittadinanze straniere diverse o aventi uno la cittadinanza tedesca, l'altro una cittadinanza straniera.

²³⁸ V. gli artt. 18, 19, 20, 22, i quali utilizzano il criterio della cittadinanza, del marito o del genitore a seconda dei casi, se tedesca, lasciando scoperti i casi in cui tale criterio non sussiste, cioè, a parte i casi di apolidia, quelli in cui si tratta di marito o genitore cittadino straniero: dal punto di vista del riparto fra diritto del foro, da un lato, e diritto straniero, dall'altro, si tratta di norme perfettamente neutre, il che è provato da ciò che esse possono « bilateralizzarsi ».

²³⁹ Fanno eccezione gli artt. 8 e 9, rispettivamente in materia di dichiarazione di incapacità e di morte, i quali estendono (espressamente o implicitamente) la competenza della legge tedesca quando si realizzano in Germania *più* criteri di collegamento *alternativi*. Va ricordato però che tali articoli

straniera un trattamento paritario, sia nella parte in cui sono bilaterali, sia nella parte in cui sono unilaterali, con la differenza, conforme allo spirito di tali norme, che, mentre nella « faccia » bilaterale la legge straniera è richiamata tramite designazione diretta, in quella unilaterale manca invece, programmaticamente, ogni designazione da parte del foro.

Quali sono state le ragioni per cui, sul tronco unilaterale di tali norme, si è deciso l'innesco di una porzione bilaterale, per cui cioè non si è rinunciato, in alcune fattispecie, ad una designazione diretta della legge straniera applicabile, e si è appunto compiuta tale designazione diretta? Tali ragioni, molto discusse già al termine del processo di codificazione²⁴⁰, sono state con ogni probabilità le seguenti²⁴¹: dandosi un legame forte con il

erano già presenti nei due progetti Gebhard (rispettivamente quali §§ 2239 e 2361); non è dunque possibile imputare al *Bundesrat* di avere esteso la sfera d'efficacia del diritto tedesco. Soprattutto, da un lato, l'art. 9 in materia di *Todeserklärung* dell'attuale *EGBGB* del 1986 pure lascia in pratica sussistere tale estensione (disponendo l'applicazione del diritto tedesco se il soggetto di cui si tratta ha la cittadinanza tedesca, criterio contenuto in una norma bilaterale, *ovvero*, alternativamente, se ha il domicilio in Germania, alla sola condizione, in quest'ultimo caso, che « hierfür ein berechtigtes Interesse besteht »); dall'altro, vi sono diverse leggi moderne che, nelle due materie in questione (dichiarazione di incapacità e di morte), applicano sempre il diritto del foro, del quale la competenza è dunque pure estesa a più criteri di collegamento *alternativi* (v. ad es. gli artt. 15 e 16 del *IPR-Gesetz* del 1996 del Liechtenstein, il cui testo è il seguente: « Art. 15. *Verschollenheitserklärung* – Für die Verschollenheitserklärung einer Person durch ein liechtensteinisches Gericht und deren Wirkungen ist liechtensteinisches Recht massgebend »; « Art. 16. *Entmündigung* – Für die Entmündigung einer Person durch ein liechtensteinisches Gericht und deren Wirkungen ist liechtensteinisches Recht massgebend »; v. anche, in materia di dichiarazione di morte o d'assenza, l'art. 41, comma 3, della LDIP, l'art. 12 della legge sul d.i.p. della Corea del Sud, l'art. 1200 del Codice civile russo, e, in materia di dichiarazione d'incapacità, l'art. 3085, comma 2, del Codice del Quebec).

²⁴⁰ V. NIEMEYER, *IPR*, p. 21 s.; NEUMANN, *Verhandlungen des 24. Juristentages*, 1897, p. 172 s., ed in *Prinzipielle Gesichtspunkte*, spec. p. 72 s., ZITELMANN, *IPR*, I, p. 227 s., NIEDNER, *Kommentar*, p. 13; v. anche WOLFF, *IPR*, p. 35.

²⁴¹ V. ad es., per l'art. 15, i rilievi delle Città Anseatiche, *Geh. Mat.*, p. 278, p. 310; per gli artt. 24 e 25, i rilievi della Baviera, *Geh. Mat.*, p. 289 s.; per l'art. 24, l'*Hanseatischer Entwurf*, *Geh. Mat.*, p. 318 s. Quest'ultimo è al riguardo particolarmente significativo: dopo aver rilevato che la cittadinanza deve applicarsi, secondo il progetto approvato dalla seconda commissione, « nicht nur soweit es sich um den Erbgang in das Vermögen Deutscher oder im Inland ansässiger Ausländer, sondern auch soweit es sich um das Vermögen im Ausland verstorbener Ausländer handelt », ed avere rilevato che, anche qui, la norma appare esorbitante, perché, ad esempio, « der Oesterreicher, der in Frankreich verstorbt, würde für den deutschen Richter nach österreichischem Recht auch dann beerbt werden, wenn beide nächstbeteiligten Rechte über die Anwendung des französischen einig wären » (si tratta, come si ricorderà, di uno degli esempi formulati da Schnell: v. *supra*, nota 168), i compilatori del progetto concludono che « für den deutschen Gesetzgeber muss es genügen, wenigstens für die wichtigsten Fälle, für die Beerbung der Deutschen im Ausland und für die Beerbung der im Inland ansässigen Ausländer, dem Verkehr und der Praxis eine sichere Grundlage »: si tratta in effetti dei due casi per i quali gli artt. 24 e 25 dell'*EGBGB* designano la legge competente, la legge tedesca della cittadinanza, nel primo caso, e la legge straniera della cittadinanza, nel secondo, mentre la legge applicabile ad ogni altro caso di successione non viene indicata, perché si tratta di

foro, hanno prevalso, rispetto al principio della ricerca della legge che *vuole* applicarsi, esigenze di certezza, prevedibilità e semplicità, nella prospettiva, si noti, sia delle *autorità tedesche*, come ad esempio gli ufficiali dello stato civile nel caso di matrimonio fra stranieri, sia del *cittadino tedesco* eventualmente coinvolto nel rapporto, quale il nubendo tedesco, sia forse, più in generale, dei *terzi* in qualche modo operanti nel foro. In ragione di tali esigenze, si è fatto, nelle fattispecie che bensì non presentano con la Germania il collegamento che fonda la competenza del diritto tedesco (per lo più la cittadinanza tedesca dell'interessato), ma che presentano con il *Reich* un'altra connessione significativa (quale ad esempio il luogo di celebrazione²⁴² o il domicilio dell'interessato²⁴³ o la cittadinanza tedesca dell'altro soggetto del rapporto²⁴⁴), ricorso alla *bilateralità*, il legislatore tedesco, una volta esclusa la competenza della sua legge materiale, ritenendosi nondimeno competente, in questi casi strettamente legati a sé, a designare direttamente da sé, secondo una *propria* visione, anche la specifica legge straniera competente. Le fattispecie che non presentano invece neppure questo secondo fattore d'integrazione con il foro, cioè le fattispecie più *estranee* all'ordinamento tedesco, sfuggono alla disciplina di conflitto del legislatore tedesco, il quale « ritira modestamente la sua competenza a favore di quella di altri ordinamenti »²⁴⁵, ed « evita di immischiarsi nel regolamento di rapporti interindividuali che non lo riguardano direttamente »²⁴⁶. E', insomma, degna di nota la circostanza che, nelle intenzioni dei compilatori, la bilateralità di queste norme ha per scopo di privilegiare il punto di vista (*Standpunkt* o *Gesichtspunkt*) dell'ordinamento tedesco: non si tratta di privilegiare il diritto materiale tedesco, il quale è posto su un piede di eguaglianza con il diritto materiale straniero, ma del punto di vista tedesco circa quale diritto straniero applicare; privilegio che è peraltro implicito in ogni designazione diretta della legge applicabile, in altre parole in ogni norma bilaterale.

Per quanto riguarda infine le norme considerate bilaterali, la maggior parte di esse, pur nella loro bilateralità, sono assortite da diverse eccezioni che privilegiano, questa volta inconfondibilmente, il diritto tedesco²⁴⁷; mentre la restante, nella misura in cui è

« Angelegenheiten, welche deutsche Interessen nicht berühren », riguardo ai quali dunque « lässt der deutsche Gesetzgeber dem Auslande freie Hand und mischt sich nicht in dieselben hinein » (NEUMANN, *Prinzipielle Gesichtspunkte*, p. 72-73).

²⁴² Ad es. l'art. 13.

²⁴³ Ad es. l'art. 25.

²⁴⁴ Ad es. ancora l'art. 13.

²⁴⁵ Secondo l'espressione di NIEMEYER, *IPR*, p. 21, il quale si riferiva alla spiegazione sostenuta da NEUMANN, *Verhandlungen des 24. Juristentages*, p. 172 (questi preferiva parlare di « Kompetenzerörterung »: *Grüchot's Beiträge*, p. 73 s.), spiegazione che non avrebbe invece, secondo il professore di Kiel, avuto peso alcuno, ma che ebbe, come si è visto, rilievo sicuro.

²⁴⁶ V. *supra*, nota 241, in fine.

²⁴⁷ Si tratta dell'art. 7 in materia di capacità, il cui comma 1 stabilisce l'applicazione universale della legge nazionale del soggetto della cui capacità si tratta, ma il cui comma 3, in deroga a tale principio, rende applicabile alla capacità dello straniero la legge tedesca del luogo di compimento dell'atto, se questa lo considera capace; dell'art. 17 in materia di divorzio, il cui comma 1 stabilisce

bilaterale, non mira tanto ad un'eguaglianza formale di trattamento fra legge tedesca e legge straniera ma piuttosto ad un risultato materiale (*favor validitatis*)²⁴⁸.

La conclusione di questa analisi è che le norme unilaterali e la parte unilaterale delle norme bilaterali imperfette sono neutre; la parte bilaterale di queste ultime mira a privilegiare lo *Standpunkt* tedesco, al fine di favorire la certezza per i cittadini o le autorità del foro; le norme bilaterali mirano a privilegiare lo *Standpunkt* tedesco, al fine di favorire certezza per il foro e le eccezioni che le completano a privilegiare il diritto del foro.

§ IV. – Giudizio sul processo di codificazione dell'*EGBGB*

SOMMARIO: – 35. Riassunto delle tappe dell'elaborazione di tali norme. – 36. Giudizio sul processo di nascita dell'*EGBGB*: la modernità di tale processo.

35. Illustrato il processo di codificazione del d.i.p. vissuto dalla Germania alla fine dell'Ottocento ed esaminato il prodotto, riformuliamo le conclusioni cui siamo pervenuti e proviamoci in un giudizio complessivo.

Gebhard, civilista di formazione, prendendo le mosse dalla teoria della « esclusività dell'ordinamento giuridico interno », ne trasse che le norme di d.i.p. sono *interne* e *nazionali*, e ciò anche nella parte in cui esse designano una legge straniera: la quale viene dunque ad essere applicata per la sola volontà del legislatore del foro. Il principio del rispetto della volontà d'applicazione delle leggi straniere, che egli aveva scorto in Thöl, deve dunque per lui disattendersi. Se la legge designata vuole anch'essa per parte sua applicarsi – dal che pur nasce per lo più l'uniformità di soluzioni – ciò, ribadisce il redattore, è del tutto casuale, non già programmatico. La scelta bilaterale tradisce, per bocca di Gebhard, un che di nazionalistico e legeforista.

L'asserita natura puramente privatistica ed interna delle norme di d.i.p. anche nella parte in cui esse designano una legge straniera destò tuttavia perplessità presso alcuni commissari. Vi è qualcosa di disarmonico nell'affermazione che la designazione di una legge straniera sia affare di puro diritto *interno*. Nondimeno, constatata l'assenza di principi di diritto delle genti, la legittimità di una disciplina interna anche di questa por-

la competenza universale della legge nazionale del marito, ma il cui comma 4 stabilisce che il divorzio, per potere pronunciarsi in Germania secondo una legge straniera, deve essere ammissibile anche secondo la legge tedesca; dell'art. 21 in materia di obblighi pecuniari del padre verso il proprio figlio naturale e verso la madre, la cui prima proposizione stabilisce l'applicazione generale della legge nazionale della madre, principio limitato tuttavia dalla seconda proposizione che circoscrive l'entità del debito ai sensi di una legge straniera alla somma dovuta in base alla legge tedesca.

²⁴⁸ Si tratta dell'art. 11, in materia di forma degli atti giuridici.

zione delle norme fu – anche se come per esclusione – riconosciuta. Insomma, sembra ragionare la commissione: vuoi la disciplina è interna vuoi è internazionale; vuoi la « volontà normatrice » che qui rileva è quella interna, vuoi è quella internazionale. Ma poiché non è quella internazionale, allora non può che essere quella interna, per quanto inappagante questa sistemazione possa riuscire. I commissari non riescono ancora a vedere al di là di questo « aut aut ».

Né vi riesce ancora il più tenace avversario dell'impostazione di Gebhard, il Ministero degli Esteri. Esso tuttavia, più attento allo svolgimento concreto dei rapporti fra gli Stati e i loro cittadini, e correlativamente meno sensibile a costruzioni teoriche « pulite » e coerenti, percepisce che il d.i.p., comunque lo si voglia qualificare, spiega effetti al di là delle frontiere, che è destinato ad avere ricadute sui rapporti fra i diversi ordinamenti. Può bensì darsi – concede – che non si tratti di diritto delle genti nel senso proprio del termine: ché ben lungi dall'esservi al riguardo una spontanea concordanza « consuetudinaria » degli ordinamenti sui principi e regole neppure le più elementari, vi regna piuttosto una diversità grande. Nondimeno, ed anzi anche a motivo di questa diversità, gli sembra che le norme di d.i.p. debbano ricercare un'armonizzazione fra tali ordinamenti. Ora, opina il Ministero degli Esteri – appoggiato dalla Cancelleria del *Reich* – tale coordinamento, per essere davvero pieno, può essere solo il frutto di accordi con gli altri Stati; e comunque sia, regole esclusivamente interne, e per giunta con la rigidità che conferiscono loro da un lato la struttura bilaterale e dall'altro l'inclusione in un codice, non paiono lo strumento più adeguato. Se proprio non si riescono a stipulare convenzioni con gli altri Stati, conclude, val meglio lasciare la disciplina interamente alla sensibilità di scienza e pratica, le quali sono meglio in grado di venire incontro alla flessibilità necessaria per conseguire quel coordinamento, specie nei settori in cui manca ancora una casistica apprezzabile e dunque una discussione scientifica adeguata, e dove ogni regola fissa e meccanica rischia di portare a risultati presto avvertiti come inaccettabili.

La prima commissione, mostrandosi persuasa da tali perplessità, dichiara la natura del d.i.p. essere effettivamente incerta e si proclama non in grado di decidere sull'opportunità di una sua codificazione. Il *Bundesrat* espunge dunque le relative norme dal testo che rese pubblico. Nominata una seconda commissione, e reclamate specie dagli ambienti scientifici norme di d.i.p. espresse, senza le quali la certezza e l'unità del diritto tedesco non sarebbero state piene, la disputa sull'*opportunità* di una codificazione, riflesso dell'opposizione di vedute sulle finalità del d.i.p., continuò fra il *Reichsjustizamt* e l'*Auswärtiges Amt*. Ma prima che la seconda commissione iniziasse la revisione, le pervennero alcune *Bemerkungen* da parte di Schnell, che sollevò radicali obiezioni all'impostazione bilaterale, dando – per dir così – « voce teorica » a quel che « suonava falso » nella scelta del redattore. Quella terza opzione, accanto alla volontà normatrice interna e alla volontà normatrice internazionale, che Gebhard aveva fuggevolmente respinto e che la commissione non era riuscita a scorgere, viene ora prospettata con fermezza, e avrà subito successo: la volontà dell'ordinamento straniero che il legislatore del foro riconosce e cui si adegua, non già per rendergli un servizio ma nel comune

interesse di entrambi, che è poi interesse dei singoli che, volta a volta, soggiacciono alle loro prescrizioni.

Giusto – dice Schnell – delimitare la competenza della legge tedesca; non altrettanto perseguire l'ulteriore obiettivo di fissare l'ambito di applicazione di « tutte le leggi di tutti gli Stati del mondo ». L'accento viene posto non solo e non tanto su una contrarietà a principi di diritto delle genti, quanto piuttosto su alcune incoerenze teoriche interne all'ordinamento tedesco e sugli approdi concreti che ne derivano. Diciamo di volere riconoscere la competenza legislativa di altri Stati, ciò che ci spinge a limitare quella del nostro, e poi torniamo a dettare legge noi stessi; estendiamo a piacimento la competenza dei nostri tribunali, sicuri che ciò sarà irrilevante dal punto di vista della legge applicabile, e non ci preoccupiamo di fare in modo che lo sia davvero; diciamo di volere applicare un diritto straniero, e poi diamo efficacia ad un diritto speciale interno; riconosciamo che una norma, perché raggiunga il suo scopo, ha bisogno di una certa sfera di efficacia, tanto è vero che il criterio di applicazione, che poi rendiamo bilaterale, lo scegliamo secondo quanto fa comodo alle nostre leggi, e poi rifiutiamo programmaticamente di guardare all'ambito di applicazione che i nostri omologhi stranieri hanno diviso per le loro, come se il contenuto di esse avesse valore avulso da tale ambito, come se ignorassimo che è rispettando tale sfera che si consente alla norma di raggiungere il suo scopo. E' questo davvero un riconoscere agli altri Stati come « gleichberechtigt »? Sul piano pratico, poi, i risultati che ne nascono sono inadeguati, e anche qui incoerenti con i fini avuti di mira dal legislatore: si rischia di disattendere le intese stipulate fra gli altri Stati, senza alcun beneficio per il nostro o per i nostri cittadini; si violano diritti validamente acquisiti all'estero, frustrando – di nuovo, senza alcuna percepibile utilità – gli interessi dei singoli, vuoi stranieri vuoi tedeschi. Sulla base di queste critiche, Schnell formula un'articolata serie di norme alternative, che fissano l'efficacia delle sole norme del *BGB* tedesco, e prevedono altresì dei meccanismi di espansione o restringimento dell'area da esse coperta, a seconda del potenzialmente diverso modo di essere, della diversa volontà degli ordinamenti stranieri.

Tali osservazioni furono fatte pervenire ai commissari. Gebhard, soffermandosi sugli argomenti teorici, e credendo che con essi si mettesse in dubbio la legittimità delle regole complete, insiste nel mostrare appunto tale legittimità; non comprendendo – inoltre – che questo « adattarsi agli altri ordinamenti, a ciò che essi hanno voluto » predicato da Schnell può essere da sé criterio positivo, ed in ogni caso suscettibile di essere integrato da una bilateralità sussidiaria, paventa un vuoto normativo con tutte le conseguenze che possono derivarne; ed – infine – ribadisce che la volontà della legge straniera non può contare, perché soltanto ha rilievo quella del legislatore. Voci critiche si levano per chiarire che ciò di cui si controverte non è la legittimità, che non si revoca in dubbio, ma la congruità del mezzo con il fine: è lo stesso riconoscimento degli altri ordinamenti, o – sul piano dei singoli – delle situazioni giuridiche che li coinvolgono, che postula un adeguarsi ai primi ed un rispettare le seconde, almeno fintantoché non vi ostino preminenti interessi del foro. A tali obiezioni non si rispose, ma si passò alla

votazione: le esigenze di certezza, di praticità per il giudice tedesco, di unità del diritto tedesco, tutti interessi cioè del *foro*, unitamente ad una certa difficoltà nel comprendere lo spirito degli argomenti avversari, prevalsero. La bilateralità, pur messa in discussione nella sua coerenza, prevale ancora per quella « sicurezza nazionalistica » che garantisce.

Ben altra accoglienza la proposta di Schnell ebbe invece presso il Ministero degli Esteri. I giuristi attivi presso di esso si avvidero che quella sorta di disarmonia che avevano intravisto fra l'idea di regole tutte interne e « tedesche », da un lato, e, dall'altro, il fine del coordinamento con le legislazioni estere, viene meno qualora si restringano le norme di d.i.p. interne alla determinazione della sfera di efficacia del solo diritto del foro. E cominciano dunque ad accettare l'idea che le norme materiali del *BGB*, norme *tedesche* appunto, possano essere delimitate da norme di applicazione; che le seconde facciano tutt'uno con le prime; e che queste *Anwendungsnormen*, in quanto pure norme tedesche, possano includersi nel *BGB* tedesco. Ma al di là, non è possibile andare.

Il *Reichsjustizamt*, che coordina i lavori, difende il punto di vista e l'operato della commissione, che è – per una buona parte almeno – il suo operato, dato il frequente ricambio di uomini che ebbe luogo fra il primo e la seconda²⁴⁹: e mostrò anch'esso di non riuscire a comprendere il significato vero dell'alternativa proposta, ed in ogni caso protestando le preminenti esigenze di certezza e di unità del diritto tedesco. Constatato lo stallo, cerca sostegno presso il Ministero della Giustizia di Prussia. Questi, pur ribadendo la priorità assoluta di tali esigenze, riconosce che effettivamente non v'è reale bisogno di dettare regole bilaterali per ogni fattispecie, ché di esse vi è necessità soltanto qualora ne vada dell'interesse del sistema tedesco. Ebbene, in questi casi, il problema sollevato è quello stesso del c.d. « rinvio », il quale va a suo avviso per lo più respinto, risolvendosi l'« accettazione » di quest'ultimo in un'abdicazione alla volontà normatrice del foro. Anche nella concezione del Ministero della Giustizia di Prussia, dunque, la bilateralità retrocede ed è mantenuta soltanto laddove – lo si proclama con chiarezza – essa reca utilità agli interessi del foro: la certezza è del diritto del foro, la maggiore praticità è per il giudice del foro, la prevedibilità ridonda a vantaggio soprattutto dei cittadini del foro o comunque dei soggetti che hanno nel foro il proprio domicilio, e che fanno più ricorso ai suoi tribunali.

Il successo più notevole l'istanza unilaterale lo conobbe presso i giuristi delle Città Anseatiche. Due sono gli elementi che colpiscono di quest'ulteriore, decisiva progressione. Il primo è questo nuovo accoglimento spontaneo, immediato, senza pressioni, da parte di civilisti di grande rinomanza, anche internazionale; il secondo è che esso ebbe luogo questa volta pressoché esclusivamente con l'occhio rivolto non già alle relazioni fra gli Stati, bensì alle esigenze della vita giuridica internazionale dei soggetti privati, cittadini e stranieri ad un tempo. L'istanza unilaterale conferma il suo potenziale non già soltanto

²⁴⁹ V. *supra*, nota 215.

in quanto più rispettosa dell'eguaglianza e del modo d'essere degli ordinamenti stranieri – che è ciò per cui ottenne l'adesione dei giuristi diplomatici – bensì anche, e anzi per ciò stesso, come quella meglio in grado di assicurare la sicurezza della vita giuridica dei cittadini attraverso le frontiere. Significativo è come Sieveking, ottimo conoscitore delle esigenze del traffico giuridico internazionale, e attento piuttosto alle ricadute pratiche della norma, alla congruità della sua redazione con il fine, dice parergli il lavoro di Gebhard « pressoché inutilizzabile ». E lo dice con discrezione, quale opinione personale, senza influenza alcuna – « apolitico » qual era – da parte di ambienti diplomatici, né tanto meno della opinione di altri giuristi ministeriali, qual era Schnell. Inutilizzabile perché, nella smania di dettare regole al mondo intero, non solo ha esorbitato dalla sfera naturale della competenza legislativa, ma non si è curato di prevedere le conseguenze *pratiche* delle norme che veniva mettendo a punto sulla vita giuridica dei privati, dei cittadini tedeschi innanzitutto ma anche degli stranieri. E avverte il bisogno di elaborare un progetto nuovo. La proposta unilaterale che ne risulta si sposava bene con l'esigenza, fatta valere dalle sedi diplomatiche, di non imporre un *Weltrecht* al « mondo intero » e di rinunciare ad una disciplina in settori dove la pratica e la scienza, anche comparate, erano ancora troppo immature perché potesse verificarsene la « tenuta »; tale proposta incontrò infine anche il consenso dei Ministeri della Giustizia, del *Reich* e di Prussia, che, pur sulle prime « allarmati » della novità della redazione²⁵⁰, si resero conto che ciò che è essenziale ai fini del d.i.p. tedesco è che siano dettate norme di delimitazione del diritto materiale tedesco; e che ad una designazione diretta della legge straniera può – a ben guardare – in molti casi rinunciarsi. Quando invece si giudicò preminente l'esigenza di facilitare alle autorità del foro la ricerca della norma concretamente applicabile (come in materia di impedimenti al matrimonio) ovvero la prevedibilità per i cittadini tedeschi (come in materia di capacità), si ritornò alla bilateralità, spesso – come si è visto – assorbita per altro di eccezioni dirette a privilegiare il diritto materiale del foro.

36. Il processo di nascita delle norme di d.i.p. dell'*EGBGB* ci ha offerto lo spettacolo di un vero e proprio laboratorio di sintesi delle numerose e variegate esigenze che il diritto internazionale privato è chiamato a comporre²⁵¹. Il prodotto finale è il frutto di un lavoro di conciliazione fra i diversi punti di vista espressi dagli attori del processo, trattenendo quel che in tutti vi è di legittimo e giusto e prezioso, e lasciando cadere ciò che in essi vi

²⁵⁰ V. passaggio citato *supra*, nota 120.

²⁵¹ Cfr. le note conclusive dello studio dell'ANZILOTTI, *Una pagina di storia*, p. 186: « Così ricca di osservazioni e di critiche, così feconda d'insegnamenti e di esempi, è questa pagina della storia legislativa e scientifica della Germania. Senza dubbio mal si apporrebbe chi ravvisasse nelle discussioni critiche pur ora esaminate un fenomeno intellettuale proprio della scienza germanica (...). Ma in Germania, per la prima volta, si ha lo spettacolo di un vero indirizzo di studi che affronta con piena coscienza e discute con vivacità nuova il problema, ricollegandolo alle grandi correnti del pensiero contemporaneo; spettacolo cui rendono più interessante ed istruttivo le agitate vicende di un'opera legislativa paralizzata nel suo sviluppo dal sorgere imperioso dei medesimi problemi che affaticano ormai quelli scrittori ».

è di estremo e non necessario. A seguito di discussioni condotte senza pregiudizi ma piuttosto con equilibrio e larghezza di vedute si sono accomodate le esigenze davvero irrinunciabili, perché imposte più ancora da rispondenza del mezzo col fine pratico che non da pur rispettabili esigenze di logica coerenza, e si sono isolate per contrasto quelle che, qual frutto piuttosto di costruzioni giuridiche meccaniche e vuote, potevano e dovevano essere messe da parte²⁵². Si leggano le motivazioni all'*Hanseatischer Entwurf*, i verbali della *IPR-Kommission*, le osservazioni dei *Länder*, e ci si avvedrà che pressoché tutti gli « interessi » del d.i.p., che saranno identificati e sistemati soltanto diversi decenni dopo, vengono qui già messi innanzi, discussi ed accomodati, nel vivo di un laboratorio dove le norme si testano per lo più nel loro rendimento pratico: l'interesse al « minimo di conflitti fra gli Stati » ed al rispetto delle situazioni giuridiche acquisite, alla certezza e alla prevedibilità delle decisioni; la salvaguardia della coerenza materiale interna ed dell'ordine pubblico; l'attenzione alla politica legislativa sottostante alle norme materiali; il coordinamento fra norme sulla competenza giurisdizionale e norme sulla legge applicabile.

Nel ripercorrere la storia di questa parte della codificazione tedesca, ci piace rilevare come, nel volgere di pochi anni e per il contributo portato da giuristi di sedi diverse, si siano succedute idee, proposte, riflessioni che anticipano – come riproducendole in « miniatura » – le tappe evolutive che il d.i.p. vivrà nel Novecento, nel loro avvicinarsi reciproco: la discussione sulla *natura*, nazionale od internazionale, delle norme di d.i.p., viva specie nei primissimi decenni del secolo; la dottrina della « esclusività dell'ordinamento giuridico », e la conseguente fase c.d. « nazionalista » del d.i.p.; la sistemazione del rapporto fra diritto interno e diritto straniero e il dibattito sulla *funzione* del d.i.p. durante il periodo fra le due guerre; il ritorno alla ribalta dell'esigenza del *coordinamento* fra le legislazioni, dopo il secondo conflitto mondiale, in un'epoca di crescente fiducia ed apertura reciproca fra gli Stati; l'attenzione ad uno studio delle ricadute delle norme di d.i.p. nei rapporti fra *privati* e la messa a punto della diversità dei *fini* del d.i.p.; la scoperta della « cecità » della regola bilaterale e la presa di coscienza

²⁵² Verrebbe fatto di estendere a questa parte della codificazione ciò che Frederick William Maitland (1850-1906) disse del *BGB* in genere: « Never, I should think, has so much first-rate brain power been put into an act of legislation » (*Collected Papers III*, Cambridge 1911, p. 463 e 484, citato anche da STURM, *La formazione del BGB, I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana*, Atti del Convegno di Ferrara, 26-28 settembre 1996, Padova, 2002, p. 73). Va rilevata per contrasto la brevissima vicenda legislativa delle norme di d.i.p. incluse nella codificazione italiana del 1865, le quali – parrebbe – possono considerarsi quale opera del solo P.S. Mancini: v. JAYME, *P.S. Mancini*, p. 110 s., che spiega, a p. 110, che « questa codificazione, ammirata allora come progresso esemplare in materia, ha visto la luce – fatto stupefacente – senza che il Parlamento ne avesse preso conoscenza » (v. NISHITANI, *Die Parteiautonomie*, p. 78 s.). V. d'altra parte già MANCINI, *De l'utilité*, p. 139: « Ces règles furent formulées en autant d'articles du Code par l'auteur de ce rapport, qui était le rapporteur de la Commission chargée du travail, et la Commission après mûre discussion, les adopta avec quelques changements ».

della « politicità » del d.i.p.; la dottrina delle « lois d'application immédiate » e dell'« interests analysis »²⁵³.

Il significato complessivo di questo processo non poté essere compreso a fondo in ragione dell'ignoranza della sua storia. Si è osservato il solo prodotto, certo insolito, mentre se ne è trascurata la genesi²⁵⁴. Si considerino del resto i rimproveri di cui sin da subito le norme dell'EGBGB sono state bersaglio²⁵⁵. Si è deplorata l'assenza pressoché assoluta di norme in diverse materie – alcune relevantissime, quali le obbligazioni contrattuali, i diritti reali, i fatti illeciti – quando, come la storia successiva ha confermato, era a quel tempo davvero miglior partito il non frenare l'evoluzione in settori del d.i.p. ancora immaturi ed in formazione²⁵⁶; né ciò ha impedito appunto alla scienza e pratica

²⁵³ Cfr. anche HARTWIEG, *Der Gesetzgeber*, p. 453.

²⁵⁴ Cfr. anche HARTWIEG, *op. cit.*, *loc. cit.* Come quest'A. già nel 1978 rilevò (*op. cit.*, p. 433), l'interesse suscitato da « Motivationen, Verlegenheiten und politische Ziele des historischen Gesetzgebers » è stato, nella Germania stessa, ancora insufficiente. Si consideri al riguardo il più recente giudizio formulato su tale processo: « Non si può certo dire che gli artt. 7-31 EGBGB rappresentino una pagina gloriosa della storia legislativa tedesca. Rispetto a quanto raggiunto dalla dottrina e dalla giurisprudenza sino al 1895 si deve piuttosto parlare di un passo indietro, da ricondursi all'influenza esercitata dalla politica estera, i cui rappresentanti non avevano notoriamente idea alcuna delle problematiche e della funzione del diritto internazionale privato » (SONNENBERGER, *La legge introduttiva al BGB e il diritto internazionale privato* (trad. italiana di PEDRIALI-KINDLER e KINDLER), in *I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana, Atti del Convegno di Ferrara*, 26-28 settembre 1996, Padova, 2002, p. 131).

²⁵⁵ Già nel 1901, NIEMEYER (*IPR*, p. 3) rilevava come le regole di cui agli artt. 7-31 dell'EGBGB avessero « harten Tadel erfahren ». Tra le espressioni di più severo rimprovero v. NEUMEYER, *IPR*, p. 6, che descrisse il « prodotto » finale quale « bedauerliches Denkmal gesetzgeberischer Unkunst »; v. anche NEUBECKER, *Internationales Privatrecht auf deutschrechtlicher Grundlage, Jahrbuch f. das Internationale Verkehr*, 1912/1913, il quale parla, a p. 19, di « deplazierter Torso »; ed ancora LEWALD, *Das deutsche IPR*, p. 2 che qualifica l'EGBGB come « unheimlich, willkürlich in der Auswahl der geregelten Fragen »; e MELCHIOR, *Grundlagen*, p. 46, che parla di « Verstümmelung »; critico anche ANZILOTTI, *Una pagina di storia*, p. 157 s., il quale però, pur descrivendo il risultato del processo codificatorio quale « compromesso mal riuscito » (p. 160), ebbe la lucida percezione che profonde ragioni giuridiche, e non già (soltanto) politico-diplomatiche, come insisteva (*Böhm'sZ.*, VII, p. 92), ed insisterà (*IPR*, p. 25 s.) il NIEMEYER – stavano alla base della « trasformazione » apportata in seno al *Bundesrat*. L'atteggiamento di critica si è per lo più perpetuato fino ad oggi, anche per altro dopo la scoperta dei *Geheime Materialien*: v. KEGEL, nella *Besprechung* di tale ultima opera, il quale parla di « weithin misslungene deutsche Kodifikation » (p. 130), di « Verschlechterung » per opera delle sedi diplomatiche e del *Kanzler* (p. 131), e SONNENBERGER, citato alla nota precedente. Non sono mancate però le difese dell'operato del legislatore, antiche e moderne: fra le prime, v. NEUMANN, *Prinzipielle Gesichtspunkte*, p. 67, che parlò « von einem kunstvollen, harmonischen, sich den anderen Teilen des grossen Rechtsgebäudes würdig anschliessenden Ganzen »; e VON BAR, *Die Rückverweisung im IPR*, *Böhm'sZ.*, 1897, p. 178, che loda il legislatore tedesco per essere stato, nella disciplina del d.i.p., « besonders vorsichtig »; fra le seconde, SCHWIND, *Tendenzen im österreichischen IPR*, *Festschrift Kegel*, Frankfurt a.M., 1977, p. 306, che parla di « eine umfangreiche und moderne Kodifikation, [die] im Entstehen begriffen war ».

²⁵⁶ Cfr. HARTWIEG, *Der Gesetzgeber*, p. 445 s. e p. 454.

tedesche – come i compilatori avevano previsto e voluto – di sviluppare soluzioni equilibrate e sempre d'avanguardia. Si è stigmatizzato un difetto di coerenza strutturale fra le diverse norme quando una tale varietà è il riflesso di quella difficile conciliazione cui sempre il d.i.p. quale « scienza dei sacrifici »²⁵⁷ mira e deve mirare. Si è rimpianto il vuoto normativo lasciato dall'unilateralità e la conseguente assenza di criteri-guida per il giudice, perché non ci si è avveduti di ciò che quella « astensione » voleva dire che, non avendosi interesse ad imporre disciplina alcuna, ci si poteva e doveva « adattare » a quanto disposto dagli ordinamenti più « vicini » al caso e riconoscere ed accogliere le situazioni giuridiche che essi avessero fatto eventualmente sorgere. Si è polemizzato contro il privilegio talvolta assicurato al diritto del foro, quando esso ha luogo in misura « inoffensiva » ed in aree quali il divorzio, la capacità, la dichiarazione di morte presunta, nelle quali pure vi aderiscono le moderne legislazioni²⁵⁸.

Ma soprattutto – ciò che più preme mettere in rilievo ai fini della presente analisi – il valore dell'istanza unilaterale, di quella istanza che ha riscosso a poco a poco i consensi degli intelletti coinvolti ed ha dunque, al termine di questa intensa attività di riflessione, prevalso; il senso ultimo delle obiezioni che essa rivolge alla norma bilaterale, non è stato pienamente compreso dalla dottrina europea per lunghi decenni. Lo dimostrano in modo inequivocabile gli argomenti con cui vi replicano i primi avversari, fra cui pur troviamo autori che hanno fatto la storia della nostra disciplina.

²⁵⁷ L'espressione è di PILLET, *Principes*, p. 127.

²⁵⁸ Su ciò che la sfera d'applicazione della legge del foro in tali materie è, nelle legislazioni moderne, più ampia di quella derivante dalla norma di conflitto tradizionale, v., per il divorzio, *infra*, para. 265 s., per la dichiarazione di morte presunta e d'incapacità, *supra*, nota 239.

Sezione II

Gli unilateralisti tedeschi

SOMMARIO: – 37. Introduzione al pensiero degli unilateralisti tedeschi. – 38. Heinrich Thöl e la « volontà di applicazione » come criterio di scelta della legge applicabile. – 39. L'unilateralismo di Thöl. – 40. L'approvazione di Savigny verso il sistema di Thöl. – 41. Carl Ludwig von Bar e l'analisi degli inconvenienti della bilateralità. Accostamento delle esigenze alla base dell'unilateralismo a quelle alla radice del « rinvio ». – 42. Heinrich Edelman e l'esclusione della « bilateralizzazione » delle norme unilaterali dell'*EGBGB*. – 43. Alexander Niedner ed il « rinvio » quale *Krankheitssymptom* della impostazione tradizionale. – 44. Ludwig Enneccerus. La « pace internazionale » come obiettivo dell'unilateralismo. – 45. (segue): L'esclusione della bilateralizzazione delle norme unilaterali per via analogica. – 46. Joseph Keidel. *Gesetzesbefehl* e *Gesetzesinhalt* della norma giuridica. – 47. (segue): Le aporie logiche e pratiche della bilateralità e la maggior coerenza dell'unilateralità. – 48. (segue): Conflitti positivi e negativi. Il rinvio. – 49. Hugo Neumann. Il programma del d.i.p. – 50. (segue): Le due serie di regole di d.i.p.; l'insistenza sull'esigenza del « coordinamento » fra sistemi. – 51. (segue): Il rinvio. – 52. (segue): Conclusioni.

37. Ripercorse le tappe del massimo successo legislativo dell'idea unilaterale, muoviamo ora a considerare il pensiero di quegli autori che tale idea difesero, e che potremmo definire quali « primi unilateralisti » o « unilateralisti tedeschi »²⁵⁹, appartenendo essi tutti all'area germanica. Il che obbliga innanzitutto a fare un passo indietro nella storia del d.i.p. Il principio che abbiamo veduto essere centrale in Schnell, cioè il rispetto della « volontà di applicazione » delle leggi straniere, si rinviene infatti – come già accennato – in alcune pagine, da quasi un secolo pressoché del tutto dimenticate²⁶⁰, di un civilista della metà dell'Ottocento: Heinrich Thöl. E' dunque dal pensiero di quest'autore che avrà inizio la rassegna. La dottrina di Schnell, e con essa la prospettiva prescelta dal legislatore dell'*EGBGB*, conobbero a loro volta, da un lato, un illustre « simpatizzante » e, dall'altro, alcuni appassionati propugnatori. Simpatizzante fu Ludwig von Bar: il che non manca di destare una certa sorpresa, dal momento che questi è spesso considerato il più grande – e forse l'ultimo vero – discepolo di Savigny²⁶¹. Fra i difensori dell'operato

²⁵⁹ VIVIER, p. 35; GOTHOT, *Le renouveau*, p. 21; SCHURIG, *Kollisionsnorm*, p. 34.

²⁶⁰ A parte le due già più volte citate *Dissertationen* di SANDMANN su Wächter e LAMBERG su Kahn, gli ultimi autori ad avere avuto una certa familiarità con il pensiero di Thöl furono, a nostra conoscenza, GUTZWILLER, *Der Einfluss Savigny*, p. 50-51 (l'opera è del 1923) e WALKER, *Internationales Privatrecht*, 5. Aufl., Wien, 1934, p. 38-39. Ma v. ora BODEN, *L'ordre public*, II, p. 562, nota 1128, il quale cita Thöl come « premier auteur contemporain de propos unilatéralistes ».

²⁶¹ V. per tutti SIMONS, *Conception allemande*, p. 469, che indica in von Bar le « disciple le plus célèbre » di Savigny. Più articolata, ma sostanzialmente conforme, è la ricostruzione di

del legislatore e dei principi che lo ispirarono vanno segnalati, da un lato, Heinrich Edelman, Ludwig Enneccerus ed Alexander Niedner, i quali aderirono all'idea unilaterale, non senza peraltro imprimerle alcuni svolgimenti originali, per lo più diseredando delle lacune lasciate dalle norme dell'*EGBGB*; dall'altro, quello di Joseph Keidel, il quale pervenne a convinzioni unilaterali muovendo da uno studio rigoroso del funzionamento e degli obiettivi della norma di d.i.p. Un'analisi a parte merita invece il pensiero di Hugo Neumann: nonostante autorevoli voci contrarie, pare adeguato riguardarlo quale unilateralista « parziale ».

§ I. – Esposizione del pensiero degli unilateralisti tedeschi

A. – Thöl

38. Heinrich Thöl²⁶² pubblicò nel 1851 una *Einleitung in das deutsche Privatrecht*²⁶³, comprensiva altresì, alla sezione quarta, di una trattazione per allora piuttosto estesa del

GUTZWILLER, *Der Einfluss*, p. 60 s. Secondo PICONE, *Ordinamento competente*, p. 8 s., von Bar avrebbe invece preso a diversi riguardi le distanze da Savigny.

²⁶² Heinrich Thöl (1807-1884), allievo fra gli altri di Thibaut e Mittermaier, fu professore prima all'Università di Rostock e poi di Göttingen. Godette di fama notevole presso i contemporanei, ed anche per svariati decenni dopo, specie nel campo del diritto commerciale, cui si riferiscono in effetti i suoi principali scritti, ma anche nel d.i.p. Thöl fu prima maestro e poi collega di von Bar (anch'egli professore all'Università di Göttingen), come ricorda lo stesso VON BAR, *Theorie und Praxis*, p. 76, nota 1. Un quadro esaustivo dell'opera scientifica di Thöl è tracciato da STINZING-LANDSBERG, p. 626-633. Una brevissima sintesi del suo pensiero in materia di d.i.p. è contenuta in GUTZWILLER, *Einfluss*, p. 50, e recentemente in SANDMANN, p. 243 s. e LAMBERG, *Kahn*, p. 60 s., il quale ultimo dichiara che « besonders Interesse erweckt die Frage, weshalb Thöl das einseitige System vertrat », senza però investigare più oltre tale questione. Per una primissima manifestazione di interesse verso le idee di Thöl v. BLUNTSCHLI, *Deutsches Privatrecht*, München, 1853. Riteniamo alquanto probabile che Bluntschli, che fu l'artefice del Codice zurighese del 1853-1855 (v. al riguardo SIEHR, *Johann Caspar David Bluntschli et le droit des conflits de lois dans le Code civil du Canton de Zurich de 1853/1855, Liber memorialis F. Laurent*, p. 223 s.), il primo a tenere in certa considerazione le norme di conflitto straniere (v. già ANZILOTTI, *Il principio del rinvio*, p. 238) e connotato da venature unilaterali, sia stato influenzato dall'opera di Heinrich Thöl: v. più in dettaglio, *infra*, nota 291. Degli autori della seconda metà dell'Ottocento che si richiamano alle idee di Thöl, così come delle riserve che esse hanno suscitato, si dirà in seguito. Rileviamo sin d'ora che Thöl fu considerato dalla letteratura della seconda metà dell'Ottocento come un « epigono » di Savigny: v. ad es. VESQUE VON PUTTLINGEN, *Handbuch des in Österreich geltenden internationalen Privatrechtes*, Wien, 1860, p. 8; VON BAR, *Theorie und Praxis*, p. 77, nota 2; v. anche SANDMANN, p. 243. Alla trattazione di Thöl siamo stati condotti da due fuggevoli richiami da parte di SCHNELL, *Über die Zuständigkeit*, p. 338, nota 1, e di ANZILOTTI, *Le leggi interne*, p. 196 (probabilmente né l'uno né l'altro hanno tuttavia avuto accesso all'opera originale, che conobbero a quanto sembra attraverso Kahn: v. *infra*, para. 53).

²⁶³ Dunque due anni dopo l'apparizione dell'*Achter Band* del *System* di Savigny (che è del 1849), opera già diffusa, dalla cui lettura Thöl fu probabilmente spinto ad un approfondimento dei problemi del

d.i.p.²⁶⁴ Egli prospetta il problema che intende esplorare in modo alquanto generale: « In base alle leggi di quale Stato il giudice deve decidere una questione giuridica controversa? »²⁶⁵. Aderendo sul punto al giudizio formulato pochi anni prima da Savigny, Thöl ritiene insoddisfacente la tradizionale tripartizione delle leggi in *Personalstatuten*, *Realstatuten* e *gemischte Statuten*²⁶⁶. Il giudice – opina l'autore – deve intraprendere altra via e « andare piuttosto alla ricerca di quel diritto che *vuole* governare la questione che gli è sottoposta, così come questa si presenta nel caso concreto »; e tale ricerca non può che transitare « per un'interpretazione dei *Particularrechte* ». Per ogni rapporto litigioso bisogna dunque scoprire « qual è il diritto sotto l'impero delle cui leggi il rapporto stesso ricade, cioè quale legge vuole regolarlo²⁶⁷ ». Per compiere con profitto tale indagine, Thöl propone un procedimento in due tappe²⁶⁸.

Il giudice è tenuto innanzitutto a verificare l'applicabilità delle *proprie* leggi²⁶⁹, ad esaminare se queste « vogliono » regolare il rapporto oggetto della lite²⁷⁰. Nel far ciò – rileva Thöl – deve ovviamente tenere conto di quelle norme, le quali sono tuttavia rare e

d.i.p., e alla quale egli compie del resto – come si vedrà meglio in seguito: *infra*, para. 40 – continui rimandi (v. ad es. alla nota 1 di p. 168, dove l'autore rinvia, per l'elaborazione generale delle questioni proprie del d.i.p. al *System* di Savigny, ed ancora a p. 170).

²⁶⁴ Intitolata « Del rapporto delle diverse norme l'una con l'altra » (para. 67-85).

²⁶⁵ Para. 71, rubricato « Della competenza fra disposizioni equiordinate. La questione. Diverse teorie ». I para. 67-70 sono dedicati ai rapporti delle diverse fonti del diritto fra di loro: in particolare, il para. 68 ai rapporti fra leggi, consuetudini (« Volksüberzeugung ») e dottrina; il para. 69 al rapporto fra diritto romano e diritto tedesco, il para. 70 al rapporto fra diritto comune e diritto particolare e fra « diritto nuovo » e « diritto previgente ».

²⁶⁶ La ragione di tale insoddisfazione risiede – secondo Thöl – in ciò che massime quali *locus regit actum* o *mobilia ossibus inhaerent* sono troppo generali e non consentono di pervenire sempre ad una decisione giusta. Si tratta di « brocardi » di cui talvolta può ben farsi uso ma altra volta no, ed il cui rendimento bisogna dunque saggiare nel singolo caso.

²⁶⁷ « Demnach ist für jedes fragliche Verhältnis zu untersuchen, unter die Herrschaft welches Gesetzes über dasselbe bestimmen will » (*op. cit.*, p. 171; corsivo dell'autore).

²⁶⁸ Thöl parla di « zweifache Untersuchung des Richters »: *op. cit.*, p. 170.

²⁶⁹ Si manifesta qui una certa influenza di WÄCHTER, *Collision*, p. 35: v. anche SANDMANN, p. 243, il quale s'affretta ad aggiungere che « Thöl kann jedoch noch einen Schritt weiter gehen als Wächter: für ihn sind Lücken im Landesrecht offenkundig. In solchen Fällen untersucht er die fremden Sachnormen auf ihren Anwendungswillen hin und bedient sich damit zugleich eines modifizierten (zweiten) Grundsatzes Wächters ». Cfr. UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 3. Aufl., Leipzig, 1868, p. 161-162.

²⁷⁰ Egli deve ad esempio chiedersi se una legge in materia di statuto personale è destinata ad applicarsi soltanto ai cittadini, ovvero soltanto agli stranieri, ovvero indifferentemente a cittadini e stranieri; ovvero ancora se le leggi in materia di diritti reali, di negozi giuridici, di atti illeciti abbiano efficacia soltanto se è un cittadino a trovarsi in quella particolare relazione con la cosa, con il negozio o con l'atto, che la legge richiede per la sua applicazione, ovvero anche, od eventualmente soltanto, uno straniero. E altresì qual è la *natura* di tale relazione, se ad es. il cittadino, o lo straniero, deve essere proprietario della cosa in questione, ovvero semplice possessore; o ancora se deve essere creditore, o debitore, etc. (*op. cit.*, p. 172).

lacunose, che *espressamente* compiano tale delimitazione. Se non ve ne sono, sarà il giudice stesso a doverla effettuare, interpretando la volontà della legge, la cui ricostruzione dovrà a sua volta muovere dallo *scopo* e dal *significato* di questa²⁷¹. Qualora constatati che la propria legge non contiene norme che intendono essere applicate²⁷², egli deve muovere al secondo stadio dell'analisi, che consiste nell'*identificare quella o quelle leggi straniere che abbiano eventualmente tale volontà di applicazione*. Al riguardo, è bensì possibile che la legge del foro indichi al giudice a *quale* diritto straniero dare efficacia. Ma qualora una tale designazione manchi, ecco che il giudice non è più vincolato ai comandi della sua legge, e potrà finalmente muovere alla ricerca di quella legge straniera che vuole *in concreto essere applicata*²⁷³. La ricostruzione di questa volontà – rileva Thöl – costituisce « l'operazione più difficile »²⁷⁴, poiché le leggi straniere – come del resto, lo si è visto, anche quella interna – per lo più non dichiarano nulla circa i limiti spaziali del proprio ambito di operatività²⁷⁵. L'applicazione della legge straniera deriverà in questi casi dalla *congiunta* volontà *positiva* di tale legge e *negativa* della legge del giudice²⁷⁶. Ecco dunque – conclude sul punto Thöl – il compito che è chiamata a svolgere la nostra materia: lo scoprire come le diverse leggi potenzialmente applicabili si atteggiino l'una rispetto all'altra, « si coordinino » nella loro rispettiva volontà di applicazione: « bisogna insomma verificare come ciascuna singola norma materiale, interna o straniera, debba interpretarsi nella sua dimensione internazionale »²⁷⁷.

²⁷¹ Interessanti sono pure le considerazioni svolte in tema di autonomia negoziale. Se la volontà di applicazione della legge interna viene positivamente accertata, il giudice deve ulteriormente chiedersi se si tratta di una legge « di carattere pubblicistico e come tale assoluta » (*öffentlich und absolut*) ovvero « cedevole alla volontà privata » (*dem Privatwillen nachgebend*). Nel primo caso dovrà osservarla senz'altro, nel secondo soltanto se ciò è conforme alla volontà delle parti coinvolte, volontà che può, a sua volta, essere espressa o tacita, e di una o di entrambe le parti. Nell'esercizio della loro autonomia privata, le parti possono infatti vuoi concordare un apposito regolamento materiale, vuoi disporre che abbia efficacia un diritto straniero: le disposizioni di questo potranno essere a loro volta *riprodotte* nell'accordo ovvero semplicemente *richiamate*.

²⁷² *Op. cit.*, p. 174-175.

²⁷³ Thöl utilizza indifferentemente le espressioni « *streitiges Rechtsverhältnis* » e « *streitiges Recht* »: quest'ultimo dunque non è inteso in senso *oggettivo* quale sinonimo di « legge » (ciò che avrebbe fatto pensare ad un'anticipazione delle teorie di Neumann), bensì in senso *soggettivo*.

²⁷⁴ La mente corre alla « *schwierigste Aufgabe dieser ganzen Lehre* » che SAVIGNY, *System*, VIII, p. 113, riferiva però alle « *Gesetze von positiver zwingender Natur* », in cui si è soliti scorgere l'antecedente storico delle norme di applicazione necessaria.

²⁷⁵ Per agevolare la ricerca, Thöl indica una « *rosa* » di *quattro* leggi fra le quali si deve dunque tendenzialmente ricercare quella che ha *volontà di applicazione*: 1) la legge dello Stato del giudice, che è – come detto – da considerare per prima; 2) quella del domicilio delle persone coinvolte; 3) quella del luogo dove si trova la cosa oggetto del rapporto controverso; 4) quella del luogo del compimento di un atto giuridico, in particolare di conclusione od esecuzione di un *negozio* giuridico.

²⁷⁶ *Op. cit.*, p. 175.

²⁷⁷ Ecco spiegato il vero significato, secondo l'A., dell'attributo *internazionale* che figura nella denominazione della nostra materia. Che si abbia a che fare con il diritto *privato* è poi evidente, trattandosi

Ma come orientarsi? In base a quali criteri ricercare questa « volontà internazionale » di applicazione delle singole norme, interne e straniere²⁷⁸? Al riguardo, ammonisce Thöl, è impossibile fissare principi generali, validi per ciascuna singola legge materiale. Tali regole rischiano di « recare danno alla verità », essendo l'indagine condizionata dal modo di essere del caso concreto, una variazione del quale può condurre ad una legge diversa. Ciò detto, Thöl non rinuncia comunque ad additare delle linee-guida per l'interprete, almeno riguardo alle questioni principali. Egli procura tuttavia di rilevare che si tratta appunto di indicazioni soltanto di massima, che poggiano su meri dati statistici, e che devono dunque accantonarsi di fronte ad una volontà di applicazione, della legge *interna* come della legge *straniera*, diversa rispetto a quella risultante dalla loro messa in opera. Così, è ben vero che, tendenzialmente, la legge del *domicilio*, e solo questa, intende regolare la capacità di una persona. Ciò avviene però soltanto, appunto, in principio (*in der Regel*) e non dunque sistematicamente: alcune leggi che prescrivono determinati requisiti per la capacità relativa ai rapporti particolari da esse regolati intendono, quando sussiste un determinato legame con il foro, applicarsi a tutti, domiciliati e stranieri senza distinzione²⁷⁹. L'adeguatezza del criterio del domicilio in materia di capacità deve dunque saggiarsi per ogni singola norma concreta in materia, interna o straniera che sia²⁸⁰.

di una questione di interpretazione delle norme privatistiche, « pur essendo talvolta decisa mediante convenzioni fra gli Stati » (*op. cit.*, p. 176).

²⁷⁸ Le maggiori critiche mosse a Thöl faranno leva proprio sulla difficoltà di individuare correttamente la « volontà di applicazione » delle norme interne e straniere: v. già UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, p. 162: « Allein auch bei ihm findet sich nirgends auch nur das geringste Kriterium für die Lösung der Frage, auf die hier alles ankommt, ob und inwieweit ein Gesetz auf das streitige Rechtsverhältnis angewendet werden will ». V. anche MEILL, *Die Doctrin des internationalen Privatrechts*, BöhmsZ., 1892, p. 167, il quale respinge l'idea secondo cui la dottrina avrebbe il compito di analizzare come le leggi potenzialmente applicabili si « comportino reciprocamente », perché tale manifestazione di volontà di regola manca (« an der Manifestation des Willens fehlt ja in der Regel »).

²⁷⁹ Ad es., una legge sassone del 1828 stabilisce che la donna che intenda compiere un negozio i cui effetti si realizzano in Sassonia abbia bisogno di una « curatela » speciale (*Geschlechtsvormund*) anche se trattasi di cittadina straniera. Lo stesso è a dirsi delle norme contenute nel *weimarsche Gesetz* del 1819 che prevedono particolari condizioni di capacità per l'autorizzazione a cambiare moneta. Altro esempio è fornito dalle norme che regolano il conferimento del titolo nobiliare (*Adelsverleihung*) o l'indegnità a succedere (*Ehrlosigkeit*). Riguardo a quest'ultimo istituto, pare corretto affermare che, almeno di regola, le norme interne che lo regolano abbiano vigore allo stesso modo rispetto a *Fremde* e *Einheimische*, ciò che, pur in mancanza di una regola espressa, si ricava dallo *spirito* e *significato* delle norme stesse: non si vuole infatti consentire ad uno straniero di beneficiare della posizione eventualmente più favorevole derivante dalla sua legge.

²⁸⁰ Thöl cita molti altri esempi: se è vero che in materia di forma degli atti giuridici, la legge del luogo in cui l'atto viene compiuto è di regola l'*unica* che avrà volontà di applicarsi sia alle condizioni in presenza delle quali l'atto viene ad esistenza, sia alle conseguenze che esso spiega (specie se – osserva Thöl – tale atto è da compiersi con la collaborazione di autorità investite di ufficio pubblico: es. redazione od apertura di un testamento pubblico o di altro atto pubblico quale procura, protesto,

Di grande interesse sono infine le osservazioni formulate da Thöl in tema di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Di regola è la legge del domicilio comune dei contraenti quell'unica che ha volontà di applicazione, non già dunque (anche) quella del luogo di situazione della cosa eventualmente oggetto del contratto, né quella del luogo di conclusione o di esecuzione dello stesso. Anche nell'ipotesi in cui le parti siano domiciliate in luoghi diversi, né la legge del luogo di conclusione del contratto né quella di esecuzione delle obbligazioni che ne derivano hanno in genere, come *tali*, volontà di reggere il rapporto controverso. Anche qui, piuttosto, è la legge del domicilio, vuoi di soltanto *uno* dei contraenti vuoi di entrambi, a volersi applicare. In particolare, la legge del luogo di domicilio del *debitore* vuole di regola applicarsi anche se il creditore è straniero. Può darsi però che *anche* la legge del creditore, nel caso concreto, abbia tale volontà. Se è così – constata Thöl – si è in presenza di un *wirklicher Widerstreit* o *Collision*, di un « vero conflitto »²⁸¹. In questo caso, ciascun giudice darà efficacia alla propria legge, dal momento che questa è per lui imperativa. *Ciò tuttavia è vero se e soltanto se non risulta, dalla concreta fisionomia del rapporto giuridico da regolare, l'effettiva disponibilità di una legge a cedere di fronte all'altra*²⁸². Se poi la questione sarà portata innanzi ad un giudice « terzo », Thöl suggerisce l'applicazione, fra le due leggi confliggenti, di quella del domicilio del convenuto (di regola dunque del debitore).

etc.), vi sono nondimeno alcune leggi che, avuto riguardo alle ragioni di utilità (*Nützlichkeitsgründe*) che le ispirano, intendono applicarsi a tutti (e soltanto) i cittadini, indipendentemente dal luogo dove il negozio in questione è compiuto: un esempio è costituito dalla regola « die Wette bedarf der Schrift ». Significative sono pure le considerazioni svolte da Thöl in tema di legge applicabile alle cose mobili: dimostrata l'arbitrarietà della massima *mobilia ossibus inhaerent*, neppure l'applicazione della *lex rei sitae* è sempre corretta. Le norme che riguardano i beni mobili sono infatti talmente numerose e diverse che la « tenuta » di tale principio è, ancora una volta, da sperimentare norma per norma: se è vero che alle norme circa l'occupazione di *res nullius* esso può ben applicarsi, non altrettanto può dirsi rispetto alle regole circa le cose *extra commercium* (*die dem Verkehr entzogene Sachen*) ovvero circa la nullità della costituzione di ipoteca su cose mobili. Come può dirsi che la legge prussiana che preveda tale nullità non intenda applicarsi ad una cosa mobile sita all'estero quando l'ipoteca su di essa è stata costituita in Prussia da parte di due Prussiani, tanto più quando è facile che la legge del luogo di situazione della cosa non abbia alcun interesse a regolare i rapporti nascenti da un negozio concluso all'estero fra due contraenti stranieri? Tra l'altro – rileva Thöl – se così fosse, i due contraenti potrebbero sottrarsi all'impero del divieto in questione semplicemente trasportando la cosa all'estero, ciò che non potrebbe qualificarsi *in fraudem legis*, non trattandosi dell'illegittima esclusione di una norma che vuole applicarsi, bensì dell'organizzazione di un rapporto in modo tale da rendere inapplicabile una regola « indesiderata ». A seguire il principio in analisi, insomma, si finirebbe per respingere la legge che vuole applicarsi, richiamandone un'altra che invece non intende esserlo.

²⁸¹ « Hier liegt, da beide Gesetze bestimmen wollen, ein wirklicher Widerstreit (Collision) vor (...) » (*op. cit.*, p. 190).

²⁸² « Es ist möglich, dass aus der Beschaffenheit der zur Entscheidung stehenden Rechtsfrage der Richter entnehmen kann, dass das Gesetz des einen und welches Wohnortes dem des andern nachgehen will » (*op. cit.*, p. 189).

39. Un breve commento all'analisi di Thöl pare opportuno già in questa sede. Va innanzitutto rilevato come il principio cardine dell'unilateralismo, secondo cui ogni fattispecie va sottoposta a quella legge, interna o straniera, che vuole applicarsi al caso concreto, mentre, per converso, non ha senso applicare una legge che non intende governare la fattispecie stessa, è da Thöl teorizzato con energia²⁸³. Conseguenza di tale principio, da lui coerentemente dedotta e svolta, è che i criteri « generali » di individuazione della legge applicabile, cioè – diremmo con fraseologia di oggi – i criteri di collegamento « bilaterali », quali ad es. l'applicazione della *lex domicilii* alla capacità, della *lex loci actus* alla forma degli atti ovvero della *lex rei sitae* ai diritti reali, sono da guardare con diffidenza. E, laddove esistono, vanno piuttosto interpretati quali indicazioni « di massima », buone per lo più a segnalare al giudice dove iniziare la ricerca della « legge che vuole applicarsi », non a sostituirsi al criterio della « volontà di applicazione », che è e rimane l'unico criterio corretto di determinazione del diritto applicabile. Dal che sembra di potere derivare ulteriormente che, se norme del foro *vogliono* applicarsi sebbene, in base appunto a questa *indicazione di massima* fornita dal criterio bilaterale, dovrebbe darsi efficacia ad una legge straniera, tali norme interne dovranno avere prevalenza²⁸⁴. D'altra parte – e specularmente – se viene richiamata una legge straniera, ma risulta che le sue norme materiali non vogliono applicarsi al caso concreto, il giudice dovrà metterla da parte. E se, « prolungando » il ragionamento di Thöl, vi dovesse essere, in quest'ultimo caso, una terza legge che « vuole governarlo », tale volontà dovrà rispettarsi, e questa legge dovrà dunque applicarsi.

Ma Thöl spinge oltre il ragionamento. Certo – ammette – a seguire questa impostazione, potranno ben darsi casi in cui più leggi vogliono applicarsi, casi cioè di « *wirklicher Widerstreit* », di « veri conflitti ». Thöl è dunque probabilmente il primo autore nella storia moderna del d.i.p. ad avere teorizzato i conflitti *positivi* di leggi, i « *true conflicts* ». Ebbene, se un vero conflitto si dà, i giudici di ciascuno degli Stati in questione applicheranno la legge del proprio Stato, con il rischio di decisioni diverse (rischio che – lo si intuisce – l'autore considera deprecabile). Thöl formula allora un'osservazione che ci pare degna di interesse: in questi casi di *wirklicher Widerstreit* potrebbe nondimeno darsi che sia possibile evincere, dall'*atteggiamento* concreto della fattispecie, « la disponibilità di una delle leggi in conflitto a *cedere* all'altra ». Può darsi cioè, opina Thöl, che la volontà di applicazione di una delle due leggi sia talvolta – a ben guardare – tacitamente *subordinata* all'assenza di una simile volontà da parte di ogni altra legge. Sicché, se ve

²⁸³ Cfr. LAMBERT, *Kahn*, p. 61, il quale afferma che « Thöl befürwortete somit das einseitige System zwar sehr deutlich ». Della riserva che segue (« Er dürfte aber dessen Tragweite jedoch nicht anerkannt haben, zumal meinte er sogar, mit Savigny einer Meinung zu sein ») si dirà *infra*, nel testo.

²⁸⁴ Va infine osservato che, nel sistema di Thöl, la spiegazione dell'applicabilità delle *Prohibitivgesetze*, per le quali Savigny era stato poco prima costretto a parlare di *Ausnahmefall* (SAVIGNY, *System*, VIII, p. 32), nonché del criterio dell'*autonomia* delle parti, sono conformi al principio che egli pone alla base dell'intera costruzione, secondo cui bisogna rispettare la volontà di applicazione di ciascuna legge, dandovi efficacia quando lo vuole e non invece quando non lo vuole.

n'è anche un'altra che ha tale volontà, la prima è disposta a « ritirarsi ». Con il che la ricercata armonia delle soluzioni viene salvata²⁸⁵. Nonostante Thöl non ci abbia dato alcun esempio di questo fenomeno, si tratta di una considerazione di grande momento, che tanta parte avrà nel successivo unilateralismo.

40. Le pagine che Thöl dedica alla nostra materia, oltreché perché in esse si trova affermato per la prima volta, quale principio-guida, quello del rispetto della « volontà di applicazione » della legge, interna o straniera che sia, ci paiono altresì degne di nota per un'altra ragione. Nell'introdurre la sua dottrina²⁸⁶, Thöl dichiara di avere constatato con soddisfazione che i tratti fondamentali di essa, già schizzati nel suo *Handelsrecht* pubblicato fra il 1841 e il 1847, hanno ottenuto l'approvazione niente meno che... di Savigny, espressa alla pagina 121 del Volume VIII del *System des heutigen römischen Rechts*, che fu ultimato nel luglio del 1849. La quale affermazione desta oggi senza dubbio una certa meraviglia. Com'è che il primo unilateralista, volendo elevare la propria teoria, si richiama al consenso manifestatogli da colui che pur è riguardato dall'unanimità dei cultori di d.i.p., vecchi e nuovi, quale padre del bilateralismo moderno? L'allusione, per quello spregio alle più sacre acquisizioni della storiografia del d.i.p. che essa reca con sé, impone un esame, anche filologico, più ravvicinato.

« Savigny – scrive Thöl – esprime il compito del d.i.p., a pagina 108 [leggi: dell'ottavo volume] nel senso che “per ogni rapporto giuridico deve ricercarsi il *Rechtsgebiet* al quale esso rapporto è sottoposto secondo la sua intima natura, cioè dove ha la sua sede”, e rileva, a pagina 126, che “per ogni rapporto giuridico il *Rechtsgebiet* cui esso appartiene ... deve essere ricercato ed accertato in modo autonomo (*muss... selbstständig untersucht und festgestellt werden*), in modo tale cioè che la verifica di tale appartenenza non possa essere influenzata da alcuna presunzione *generale*, sia che essa tenda ad affermarla sia che tenda a negarla” ». Il nostro autore commenta così tale passo: « Se ne evince che l'opinione sostenuta [da Savigny] non è quella secondo cui un rapporto giuridico determinato appartenga con tutte le sue regole giuridiche ad uno stesso ordinamento, ma che le norme che regolano un rapporto giuridico possano appartenere a più d'uno fra i diversi ordinamenti. *L'opinione può dunque riformularsi nel senso che per ciascuna singola norma materiale* [argomentando da quanto precede: indifferentemente

²⁸⁵ Nel sistema proposto da Thöl, non viene alla *lex fori* accordato alcun « privilegio » applicativo maggiore di quello che deriverebbe dall'applicazione di criteri di collegamento *bilaterali*. Se è vero che, nel caso di conflitto *positivo*, si dà corso alla *lex fori*, ciò è quanto avverrebbe anche in un sistema bilaterale: si pensi al caso classico della legge regolatrice della capacità di un francese domiciliato in Inghilterra, dove i giudici di ciascun Stato applicherebbero la propria legge. Non solo: se è vero che, in alcuni casi, è possibile che le norme dello Stato del foro, pur volendosi astrattamente applicare alla fattispecie, in realtà sono disposte a *cedere* ad un'altra legge che vuole governarla, si deve concludere che il *legeforismo* nel sistema di Thöl è minore che non nei sistemi bilaterali.

²⁸⁶ *Op. cit.*, p. 170, nota 1: « Die Grundzüge der folgenden Darstellung in § 72-76 sind bereits in meinem *Handelsrecht* Aufl. 1 u. 2 §. 10 aufgestellt worden, und haben zu meiner Freude die Zustimmung Savignys erhalten »; il passo ha incuriosito pure BODEN, *L'ordre public*, p. 561, nota 1128.

interna o straniera] *bisogna esplorare in che misura essa vuole estendere la sua applicazione* » (corsivo nostro). Pur non riuscendo del tutto lineare, Thöl ha voluto dire probabilmente questo: anche Savigny ha ammonito contro l'uso di presunzioni generali nella ricerca della legge alla quale appartiene un rapporto giuridico, sostenendo che tale ricerca vada, per ciascun singolo rapporto, condotta in modo autonomo, al di là appunto di ogni criterio generale – quale l'idea che in materia di atti giuridici si applichi la *lex loci actus*, in materia di beni immobili la *lex rei sitae*, etc. – ed eventualmente dunque anche in senso opposto allo stesso. Se così è, una lettura attenta del citato passaggio dell'opera di Savigny lascia qualche dubbio sulla correttezza dell'interpretazione datane da Thöl²⁸⁷.

L'aneddoto riferito ci pare comunque assai significativo. Esso mostra infatti come Thöl, che aveva sicura familiarità con l'opera di Savigny, non solo non abbia avuto l'impressione che le tesi del grande romanista fossero diverse o addirittura opposte rispetto alle proprie²⁸⁸, ma che provò anzi la sensazione di fare opera di completamento o di svolgimento di queste. Il che pare confermato – d'altro canto e reciprocamente – dall'atteggiamento che lo stesso Savigny serbò rispetto all'impostazione di Thöl, a lui ben nota, anche se soltanto nella versione più ridotta contenuta nell'*Handelsrecht*, e verso la quale infatti egli espresse un'autorevole approvazione.

Ciò pare confermato da altre due curiosità paradossali, di cui la storia del d.i.p., sol che si abbia la pazienza di scavarvi un poco, è davvero feconda. La prima è che il giurista svizzero Johann Caspar Bluntschli, prima allievo del grande romanista poi a questi legato da un rapporto d'amicizia²⁸⁹, nonché artefice della prima codificazione del d.i.p. che si

²⁸⁷ Il contesto in cui esso s'inserisce è infatti quello dell'esposizione delle dottrine che hanno tentato di scovare un principio generale per la determinazione di tutte le questioni relative ai conflitti di leggi; dottrine che occorre dunque mettere alla prova al fine di vedere se esse consentano per ogni rapporto giuridico di identificarne la sede. Dopo avere respinto quella che distingue gli statuti in *personali, reali* o *misti* a seconda del principale oggetto delle relative leggi, Savigny muove alla critica della teoria secondo cui ogni rapporto giuridico deve essere di regola, in caso di dubbio, regolato dalla legge (*örtliches Recht*) del domicilio della persona coinvolta nel rapporto giuridico. Ebbene Savigny critica tale impostazione perché essa sembra promuovere il ricorso al principio processuale secondo cui un litigante perde la causa se non riesce a dimostrare ciò che, in base alla ripartizione dell'onere della prova, è chiamato a dimostrare. « Questo trattamento non posso – dice Savigny – approvarlo. Occorre esaminare ogni rapporto giuridico in modo indipendente, senza presunzioni di applicabilità o meno ». L'inesattezza commessa da Thöl è – secondo noi – di intendere l'avverbio « *selbstständig* » (« in modo autonomo ») come riferito al *comportamento del giudice* mentre Savigny ci pare avere in mente soltanto l'« autonomia » rispetto appunto all'*onere della prova*.

²⁸⁸ Diversa, più interessante, ma pure, atteso il grado attuale delle conoscenze storiche al riguardo, più ardita, è l'interpretazione data da BODEN, *L'ordre public*, p. 562, secondo cui Thöl avrebbe finto di allinearsi a Savigny, della cui dottrina, sotto le spoglie di una semplice parafrasi, avrebbe invece consapevolmente mutato il punto di partenza, muovendo dal rapporto giuridico alla legge.

²⁸⁹ FRITZSCHE, *Johann Caspar Bluntschli, Schweizer Juristen der letzten hundert Jahre*, Zürich, 1945, p. 138: « (...) trat der junge Student mit Savigny und seiner Familie auch in persönliche

ispirò alla dottrina savigniana²⁹⁰, iscritta agli artt. 1-7 del codice civile del Cantone di Zurigo del 28 dicembre 1853²⁹¹, non esitò a dettare in essi norme di matrice unilaterale²⁹². La seconda è che Carl Ludwig von Bar, spesso considerato il più fedele

Beziehung, die bis zum Ende von Bluntschlis Zürcher Zeit [cioè fino al 1848] in einem für beide höchst charakteristischen Briefwechsel weitergesponnen wurden ». Cfr. del resto la dedica che Bluntschli premise alla sua grande opera, *Staats- und Rechtsgeschichte des Kantons Zürich*, 1838/1839, 2. Aufl., 1856: « seinem hochverehrten Lehrer und Freunde Friedrich Carl von Savigny (...) als Zeichen der Hochachtung und Dankbarkeit gewidmet ».

²⁹⁰ Cfr. BUCHER, *Grundfragen der Anknüpfungen im internationalen Privatrechts*, Basel, 1975, p. 22: « (...) in der Einleitung des von Johann Caspar David Bluntschli geschaffenen privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich, das bekanntlich die erste auf die Lehren Savignys gestützte kollisionsrechtliche Kodifikation enthält (...) ».

²⁹¹ SIEHR, *Johann Caspar David Bluntschli et le droit des conflits de lois dans le Code civil du Canton de Zurich de 1853/1855, Liber memorialis F. Laurent*, Paris-Bruxelles, 1989, p. 151 s. Il processo di genesi degli artt. 1-7 del codice civile zurighese rimane a tutt'oggi oscuro per diversi aspetti. E' comunque curioso che Bluntschli, nella seduta del 3 maggio del 1853, presentò alla *Gesetzes-Revision Kommission* un progetto di articoli relativi al titolo « Einleitung: Über die Anwendung der Rechte » (quello appunto sul d.i.p.), a suo dire « completamente nuovo rispetto a quello precedente » (che risaliva al 1846 ed era quasi certamente opera sua). Tale novità sarebbe scaturita « dalle sue ultime ricerche condotte al riguardo ». Siehr, il quale ha avuto accesso ai verbali della Commissione, conservati alla biblioteca dell'*Obergericht* del Cantone di Zurigo, emette l'ipotesi che tali nuove « ricerche » siano state stimolate da un lato dalla lettura dell'*Achter Band* del *System* di Savigny, e dall'altro dal lungo, profondo studio di von WYSS – che fu a sua volta allievo sia di Savigny (STUTZ, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, 1907, p. 629-630) che di Bluntschli (MÜLLER-BÜCHI, *Friedrich von Wyss und das Zürcher Privatrechtliche Gesetzbuch*, ZSR, 1965, p. 325, spec. 328) – dal titolo *Über die Collision verschiedener Privatrechte nach schweizerischen Rechtsansichten*, apparso sulla seconda annata della *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1853, p. 35-101, nel quale, spec. a partire da p. 75 s., le esigenze dell'unilateralità sono spesso messe innanzi e talvolta ritenute prevalenti. Per parte nostra siamo convinti che tra le letture che influenzarono Bluntschli e l'indussero a modificare in senso unilaterale l'originaria redazione delle norme di d.i.p. incluse nei primi progetti di codice vi fu anche quella dell'*Einleitung* di Thöl, che Bluntschli infatti cita a più riprese nel suo *Deutsches Privatrecht*, pubblicato nel 1853 a Monaco di Baviera (dove Bluntschli fu chiamato ad insegnare nel 1848).

²⁹² Una certa sorpresa è pure espressa da BUCHER, *Grundfragen der Anknüpfungen*, p. 24: « (...) zeigt sich doch, dass in der Rechtssauffassung jener Zeit der formelle Grundsatz Savignys noch keineswegs jene axiomatische Stellung eingenommen hatte, die ihm in den späteren Lehren zugewiesen wurde ». L'influenza dell'insegnamento savigniano, in particolare della necessità di ricercare la legge applicabile a partire dalla natura del rapporto giuridico, è visibile già all'articolo 1 del codice zurighese, il quale ha tuttavia formulazione per lo più unilaterale: « Le droit civil zurichois s'applique essentiellement et exclusivement à toutes les personnes, régnicoles et étrangères, qui demeurent dans le canton de Zurich, ou qui y séjournent, ou qui y restent en justice, et à toutes les relations privées qui sortissent effet dans le canton, en tant que, dans un cas donné, la nature spéciale de la relation juridique n'exige pas l'application d'un droit étranger sur le territoire zurichois ou l'extension du droit zurichois sur un territoire étranger ». L'unilateralità si manifesta in modo ancora più evidente all'articolo 2: « Le statut juridique des ressortissants du Canton se détermine, même à l'étranger, selon leur loi nationale. Le rattachement à la loi nationale sera également garanti à cet égard aux ressortissants étrangers, lorsque ceci est prescrit par la loi de l'Etat dont ils sont les

discepolo e vigoroso continuatore dell'opera di Savigny, ha in diversi scritti professato inequivocabilmente fede unilaterale senza avvertire di fare uno strappo all'eredità lasciategli dal grande Maestro.

B. – Von Bar

41. Le tesi di Thöl erano – come si è detto – note a Schnell²⁹³. Non è del tutto chiaro se Schnell sia stato tratto alla formulazione delle sue *Bemerkungen* dalla lettura di Thöl, ovvero se abbia piuttosto inteso richiamarsi all'autorità di uno scrittore del quale ancora non si era perso il ricordo per giustificare *a posteriori* una convinzione che egli era venuto formandosi in modo autonomo. Come che sia, certo è che le idee di Thöl e Schnell a loro volta esercitarono un'influenza importante su diversi autori, ed anche dei più reputati: primi fra tutti, come si è detto, Carl Ludwig von Bar²⁹⁴. Da molti ritenuto la più influente voce della seconda metà dell'Ottocento in materia di d.i.p., von Bar prende

*ressortissants. Néanmoins l'étranger, qui au terme du présent droit posséderait la capacité d'exercice des droits civils, s'oblige valablement par les engagements qu'il contracte avec des ressortissants du Canton, lors même que cette capacité ne lui appartiendrait pas forcément selon sa loi nationale, vu la nature de la relation juridique en question »; nonché all'articolo 3: « Le droit du lieu d'origine est aussi normalement applicable aux relations de famille des citoyens du Canton, de même que le droit du lieu d'origine du défunt régit la question de la dévolution de sa succession. Les relations de famille des individus étrangers du Canton, domiciliés dans celui-ci, ainsi que la dévolution de la succession des étrangers ayant été domiciliés dans le Canton sont régies sur ce point par le droit de l'Etat auquel ils appartiennent en tant que ce droit le prescrit (trad. francese di LEHR, *Code civil du Canton de Zurich de 1887*, Paris, p. 1: corsivo nostro).*

²⁹³ Il quale infatti cita Thöl, anche se – come rilevato – soltanto in una nota (*Über die Zuständigkeit*, p. 340, nota 1). Come già segnalato *supra* (nota 262), è possibile che Schnell conobbe Thöl soltanto di « seconda mano », leggendone il breve resoconto fatto da KAHN in *Gesetzeskollisionen*, p. 35 s., su cui *infra*, para. 50.

²⁹⁴ Carl Ludwig von Bar (1836-1913) fu fra i grandi giureconsulti « eclettici » a cavallo fra l'Ottocento e il Novecento. La sua opera scientifica lasciò un segno profondo, oltre che nel diritto internazionale privato, nel diritto penale, nel diritto commerciale e nel diritto delle genti. Per un tentativo di sintesi della vicenda biografica e scientifica dell'autore, v. SIEBNER, *Leben und Werk des Göttinger Rechtsgelehrten Carl Ludwig von Bar, Eine biographische und rechtswissenschaftliche Studie*, Göttingen, 1950. Un elenco delle pubblicazioni di von Bar fu compilato, poco dopo la sua morte, dalla moglie Axelena BLOHM, *Verzeichnis der Schriften von Ludwig von Bar*, Göttingen, 1916 (dove si legge altresì un elogio funebre dell'inseparabile collega ed amico Ferdinand Frensdorff). Nonostante l'attiversi di un certo interesse per gli studi storici di d.i.p., specie a partire dagli anni settanta, manca a tutt'oggi una valutazione globale del contributo apportato da von Bar al d.i.p., le cui opere in materia godettero di autorità grande, tanto da essere – come ricordato (*supra*, nota 105) tradotte in diverse lingue (v. NADELMANN, *Private International Law. Lord Fraser and the Savigny (Guthrie) and Bar (Gillespie) Editions*, *ICLQ*, 1971, p. 313 s.). Cfr. PICONE, *Ordinamento competente*, p. 8, nota 16. L'analisi più profonda del laborioso percorso scientifico di von Bar è probabilmente ancora quella condotta da GUTZWILLER, *Der Einfluss Savignys*, p. 60-70. Alcuni spunti ulteriori sono forniti nel *Vorwort* (p. V-XXXI) della ristampa di *Theorie und Praxis*, Aalen, 1966, da SCHNORR VON CAROLSFELD, che di Carl Ludwig von Bar fu il nipote.

a più riprese posizione in favore del metodo seguito dal legislatore dell'*EGBGB* nel corso di un'apassionata « apologia » del rinvio²⁹⁵ compiuta sul finire del secolo²⁹⁶.

L'autore muove innanzitutto – come anche, lo si è visto, gli stessi compilatori del *EGBGB*²⁹⁷ – dalla considerazione della *natura* delle norme di d.i.p. Esse sono « norme sulla competenza » (*Zuständigkeitsbestimmungen*), prive come tali di un contenuto giuridico *materiale*. E tale particolare natura conservano, ovviamente, non possono non conservare, anche quando dispongono l'applicazione di un diritto *straniero*. Ora, chi ben guardi, non è possibile un'attribuzione *positiva* di competenza da parte di uno Stato alla legge di un altro Stato determinato. Come avviene cioè per la competenza *giurisdizionale*, per la quale il legislatore si accontenta di specificare i casi in cui i propri giudici sono competenti, senza dire, in caso negativo, quali altri giudici lo sono, così non vi è motivo di ragionare diversamente quando si tratta di competenza *legislativa*. Del resto, se si riflette bene, si è costretti ad ammettere che uno Stato adempie appieno al compito di dettare una disciplina di d.i.p. quando si limita a dichiarare a quali fattispecie intende applicare il proprio diritto, senza spingersi oltre, senza cioè designare lui stesso la legge applicabile alla fattispecie che vi esorbitano²⁹⁸. Quest'ultima « porzione » della disciplina del d.i.p. non è insomma tecnicamente affatto necessaria.

Se questo è vero, von Bar è però a sua volta indotto a riconoscere che è un *fatto* che le norme positive di d.i.p., nel mentre che escludono la competenza delle leggi interne a regolare certe fattispecie, contemporaneamente attribuiscono tale competenza ad un altro ordinamento *determinato*. Ebbene, come può ciò avvenire se è vero le norme di d.i.p. sono semplici norme sulla *competenza*? La risposta di von Bar è di grande

²⁹⁵ Si tratta di breve articolo apparso sulla *Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht* del 1897, dal titolo *Die Rückverweisung im internationalen Privatrecht* (p. 177 s.). Le tesi di fondo ivi elaborate sono in parte riprese dall'A. in uno dei suoi ultimi lavori sul d.i.p., *Neue Prinzipien und Methoden des internationalen Privatrechts*, una densa « kritische Studie » (apparsa sull'*Archiv für öffentliches Recht*, 1900, p. 1-49) delle « nuove » dottrine di KAHN, *Über Inhalt, Natur und Methode*, JITTA, *La méthode du droit international privé* e *Das Wesen des internationalen Privatrechts*, *AöR*, 1897, p. 301-337, nonché ZITELMANN, *IPR*, 1897 (1. Band) e 1898 (2. Band).

²⁹⁶ Già nella prima edizione della sua opera (*Das internationale Privat- und Strafrecht*), che è del 1862, « sfugge » all'A. una considerazione illuminante sulla realtà del processo di separazione fra bilateralismo ed unilateralismo che avvenne in quella seconda metà dell'Ottocento (epoca così feconda, eppur finora così poco studiata). Richiamandosi alla « treffender Bemerkung » di Savigny, von Bar dichiara che « Collisionen der Gesetze sind ihrer Natur nach abgeleitete und untergeordnete Fragen. Ein Conflict ist nicht durch die Verschiedenheit der Gesetze, welche möglicher Weise im einzelnen Falle zur Anwendung kommen können, sondern nur dann gegeben, wenn die Gesetzgebungen verschiedener Staaten, jede verschieden, ein einzelnes Verhältnis ihrer besonderen Herrschaft unterwerfen wollen. Dass Fälle der letzteren Art übrigens vorkommen, soll damit aber nicht gezeugnet sein » (*op. cit.*, p. 7; corsivo nostro). Sul significato di « Gesetzgebung » in von Bar, v. PICONE, *Ordinamento competente*, p. 22.

²⁹⁷ V. *supra*, para. 20-23.

²⁹⁸ Corsivo nostro.

interesse, perché con essa l'autore « si prova » in una indagine, anche storica e psicologica circa le vere ragioni che stanno alla base della scelta *bilaterale*, ragioni circa la cui solidità egli dà mostra d'essere però alquanto scettico.

Innanzitutto, i legislatori moderni muovono in qualche misura dalla *presunzione* che il criterio che essi utilizzano per delimitare lo spazio di applicazione delle *proprie* norme risponda ad un principio desunto dalla *Natur der Sache*, dalla natura stessa cioè dei rapporti che si tratta di regolare. In secondo luogo, attraverso la designazione *diretta* della legge straniera, ritengono che il compito dei giudici ne risulti per lo più facilitato. In terzo luogo, sono convinti che in questo modo la generalità dei consociati possa prevedere, sin dal principio di una controversia, quale decisione sarà resa. Infine, poiché la tendenza dei legislatori è piuttosto di estendere la competenza del proprio ordinamento al di là di ciò che risulta dalla *Natur der Sache*, ad essi non vien fatto di pensare che la competenza da loro assegnata ad una legge straniera possa essere da questa... *rifiutata*!

Tuttavia, se spesso tale attribuzione di competenza ha luogo, essa non solo, come si è detto, non è *necessaria*, bensì neanche *opportuna*. Un « legislatore particolarmente accorto » (*ein besonders vorsichtiger Gesetzgeber*) può ben *limitarsi a pronunciarsi sulla delimitazione della competenza delle proprie leggi*. Ed è proprio quanto – dichiara von Bar non senza una punta di orgoglio – si è inteso fare nella più recente opera legislativa sul terreno del d.i.p., cioè proprio l'*EGBGB* tedesco: agli artt. 7-31 il legislatore si è pronunciato per lo più soltanto sull'ambito spaziale di efficacia del diritto tedesco, deflettendo da questo metodo soltanto per alcune particolari questioni²⁹⁹. Il che è da approvare. La legislazione di d.i.p. di uno Stato si fa progressivamente più evoluta quanto più tende a sostituire alle disposizioni vaghe e generiche, delle quali si accontentavano le codificazioni più risalenti, norme sempre più precise e dettagliate. Ora, intensificandosi tale processo di *specializzazione*, diventano però sempre più numerosi e visibili i casi in cui la legislazione straniera, richiamata a mezzo di quello stesso criterio utilizzato per la delimitazione della sfera di competenza della legge interna, *non* intende applicarsi, adottando essa sul punto una visione *diversa* del d.i.p., ed in particolare della delimitazione della *propria* sfera di efficacia. Di qui l'esigenza di *restringere il d.i.p. alla determinazione della sfera di applicazione del diritto interno*. Alla scienza ed alla pratica, che possono muoversi con maggiore libertà, spetterà piuttosto l'elaborazione della disciplina di quei casi sottratti all'efficacia del diritto interno, ed ai quali dunque si

²⁹⁹ Trattasi, dice von Bar, per lo più di casi in cui viene in rilievo l'esigenza di protezione del traffico giuridico interno e dei cittadini del *Reich* contro un'eccessiva applicazione del diritto straniero; ma anche di quelli nei quali il legislatore ha adottato, quale criterio di delimitazione dell'ambito del diritto *tedesco*, un principio *nuovo* del tutto *nuovo* *contestato*, sulla cui applicazione per via analogica ai rapporti fra stranieri non avrebbe dunque altrimenti potuto farsi sufficiente assegnamento. Ne sono esempi gli articoli 7, comma 1, in tema di *Geschäftsfähigkeit* e 25, comma 1, in materia successoria: in mancanza di una bilaterizzazione, si sarebbe potuto impiegare l'*argumentum a contrario* ed applicare alla capacità e alla successione degli stranieri la legge del loro domicilio.

deve applicare *questa o quest'altra* legge straniera. In base a quali criteri scienza e pratica debbano ispirarsi in questa delicata operazione von Bar non precisa in questa sede, ma dalle successive considerazioni da lui svolte per difendere il rinvio risulta in modo inequivocabile che il principio da seguirsi debba essere il rispetto, ove è possibile, della volontà di applicazione della legge straniera³⁰⁰.

³⁰⁰ Sulla scorta di queste osservazioni, von Bar giunge a difendere il rinvio e diversi degli argomenti da lui avanzati possono essere riproposti a difesa dell'unilateralismo in genere, e lo saranno in effetti dagli autori successivi. Se la designazione di una legge straniera determinata non solo *non è necessaria*, ma addirittura *esorbita* dai limiti del potere legislativo dello Stato, cade l'obiezione stessa mossa al rinvio da chi vede in esso un indubbio malinteso. In realtà – ribatte von Bar – il malinteso è compiuto da questi stessi autori, i quali confondono il diritto materiale con il d.i.p. (l'autore ha in mente gli studi di KAHN, *Gesetzeskollisionen*, NIEMEYER, *Vorschläge*, CATELLANI, *Del conflitto fra norme di diritto internazionale privato*, Venezia, 1897, BUZZATI, *Il rinvio nel diritto internazionale privato*, Milano, 1898). Essi sostengono che è contraddittorio che il legislatore, da un lato, scelga un determinato collegamento, dall'altro sia pronto a metterlo da parte quando il legislatore straniero ne scelga un altro. Ora, a parte il rilievo che l'EGBGB, nel rifiutare il sistema della designazione diretta, mostra che l'asserita contraddizione non sussiste, non è forse vero – chiede von Bar – che, anche nelle legislazioni che, come quell'italiana (articoli 6-10), designano direttamente da sé la legge straniera, occorre intendere che la legislazione straniera designata si applica soltanto qualora *contenga effettivamente* disposizioni circa la questione di cui trattasi? Se insomma lo Stato A sottopone i propri cittadini domiciliati nello Stato B alla legge del domicilio, è come se dicesse che non ha adottato regole che governano i cittadini domiciliati all'estero; se lo Stato B dichiara a sua volta che la sua legge non è competente, allora si genera una *lacuna assoluta*, la quale è da colmare con una regola di carattere sussidiario. Non si può allora sostenere che, accettando il rinvio, s'incorre in uno *Spiegelkabinett*, perché l'applicazione della legge interna non avviene in grazia del rinvio ma quale *legge suppletiva* (tale argomento sarà riproposto da LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *La question du renvoi*, *Clunet*, 1924, cui si deve in Francia l'avvio del laborioso processo di superamento in dottrina dell'ostilità verso il rinvio, e ripreso da NIBOYET e da PILENKO per spiegare la soluzione del conflitto negativo: v. *infra*, para. 70 e 109; QUADRI, *Critica al c.d. problema del rinvio*, *Giur. comp.*, 1943, ripubblicato in *Scritti giuridici*, Vol. II, p. 353 s., vi approdò, sembrerebbe, in via autonoma: v. *infra*, para. 127). Inoltre, essendo quelle di d.i.p. « norme sulla competenza », vengono meno tutte le ulteriori obiezioni: cade quella, ad esempio, in base alla quale, seguendo il rinvio, si abdicerebbe alla sovranità dello Stato del foro, perché, designando la legge straniera, uno Stato si limita a prescrivere che tale legge *può* applicarsi, non già che essa *deve* applicarsi, potendo tale « offerta » di competenza senz'altro essere rinunciata dal destinatario di essa. Soprattutto, dal punto di vista delle conseguenze *pratiche*, l'accoglimento del rinvio accresce, in un buon numero di casi, la *prevedibilità* e la *certezza delle decisioni* (mentre, nella visione che rifiuta il rinvio, « alle und jene Rechtsverhältnis ... in Unsicherheit und Verwirrung gebracht werden »). Si pensi per esempio – invita von Bar – al caso dell'accordo dei due ordinamenti maggiormente interessati – tipicamente quello della cittadinanza e quello del domicilio – sull'applicazione della legge della cittadinanza. Se di fronte ai giudici di un terzo Stato, che segue in ipotesi il diverso principio del domicilio, fosse, contro ogni *iniziale* previsione delle parti (« eine Rückanwendung ..., an welche keine der Parteien auch nur denken konnte »), portata la questione della validità ad es. di un matrimonio, valido in base alla legge della cittadinanza (e dunque considerato tale da entrambi gli Stati, A e B), e nullo in base alla legge del domicilio, gli avversari del rinvio sono costretti, seppure per lo più loro malgrado, ad ammettere che il matrimonio è valido. Queste

C. – Edelmann

42. Chi con maggiore profondità seppe riflettere sulle radici prime della scelta di campo compiuta dal legislatore dell'*EGBGB* fu Heinrich Edelmann³⁰¹. Sulla scorta di una buona conoscenza delle vicende codificatorie, egli comprese la piena volontarietà di tale scelta, ne trasse, con rigore dimostrativo, le logiche conseguenze sul piano dell'applicazione positiva, proclamando l'obbligo per i giudici del *Reich* di rispettarla.

Edelmann muove dalla presa d'atto dell'incompletezza delle norme dell'*EGBGB* e delle *lacune* che ne derivano. Tali lacune dovranno colmarsi da parte dei giudici del *Reich* attraverso un'opera di interpretazione. Compito della dottrina è quello di identificare, ed additare ai giudici, gli strumenti più adeguati con cui svolgerla. Metro di tale adeguatezza non può che essere la loro conformità alla *presumibile volontà* del legislatore. Viene allora quasi istintivo far ricorso allo strumento analogico, che condurrebbe ad una *bilateralizzazione* del fattore scelto per la delimitazione della legge tedesca³⁰². Per ricercare ed « isolare » la volontà del legislatore, e misurare la congruità della bilateralizzazione rispetto ad essa, Edelmann ricorre ai due principali criteri ermeneutici utilizzati per risolvere i casi di *Gesetzeslücken*: all'interpretazione *nach Sinn und Zweck* (delle norme unilaterali), da un lato, all'analisi dei lavori preparatori, dall'altro.

conseguenze mostrano bene l'incertezza cui conduce la tesi dominante, la quale fa dipendere la soluzione dalla scelta del foro dell'azione giudiziaria, rischiando di *scardinare la validità e la stabilità di un rapporto tenuto in buona fede per valido ed inattaccabile da tutti i soggetti coinvolti* (« denn niemand kann voraus sehen, vor welchem Gericht einmal die Konsequenz eines von allen Beteiligten bis dahin für sicher und unanfechtbar gehaltenen Rechtsverhältnisses später zur Frage kommen »).

³⁰¹ Heinrich Edelmann (di cui non abbiamo purtroppo notizie biografiche) fu autore di un articolo (pubblicato nello stesso *Band VIII* della *ZiP* su cui apparve lo studio di von Bar sul rinvio) dal titolo *Der grundsätzliche Standpunkt des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs im internationalen Privatrecht* (p. 295-315). Il lavoro è pregevole in particolare per quella ansia di chiarezza circa i materiali codificatori, dei quali intuisce l'importanza ai fini della ricostruzione della *voluntas legis*. WIETHÖLTER, *Einseitige Kollisionsnormen*, p. 5, include fuggevolmente Edelmann tra gli unilateralisti, tralasciando di ripercorrerne l'analisi, atteso che egli « stimmt Kritik und Ausführung von Schnell völlig zu »: la quale scelta ci pare un po' affrettata, il vigore argomentativo di cui Edelmann fa mostra e la prospettiva anche *de lege ferenda* in cui egli si situa suggerendone a nostro avviso una trattazione apposita.

³⁰² Un'interpretazione analogica – dichiara l'autore – è, almeno in teoria, senz'altro *concepibile* riguardo a molte delle disposizioni dell'*EGBGB*. Essa è da escludere rispetto a quelle disposizioni che hanno carattere « eccezionale » (*Ausnahmscharakter*). Ad esempio, dall'art. 12 dell'*EGBGB* che prevede che, in materia di atti illeciti, non possano, contro un cittadino tedesco, farsi valere pretese maggiori di quelle consentite dalla legge materiale tedesca, non può evidentemente ricavarci, per analogia, che, correlativamente, contro un cittadino americano non possano farsi valere pretese maggiori di quelle consentite dalla legislazione dello Stato americano di appartenenza (*op. cit.*, p. 296).

Il carattere unilaterale delle norme dell'*EGBGB* – si è, ricorda Edelmann, sostenuto da parte di alcuni autori³⁰³ – troverebbe spiegazione nella volontà politico-diplomatica, da parte delle autorità del *Reich*, di esercitare una certa pressione sui legislatori stranieri perché si addivenga ad una regolamentazione internazionale del d.i.p. Se davvero così è stato, è giocoforza concludere che il ricorso al dispositivo analogico sarebbe *contrario* a tale intendimento, il quale sarebbe infatti programmaticamente frustrato. Lasciando da parte tale preoccupazione politico-diplomatica – che Edelmann ritiene avere avuto scarso peso –, e passando piuttosto al *testo* delle disposizioni in questione, si constata innanzitutto che il legislatore ha con esse espresso la sua ferma volontà che, in determinati casi, venga applicata la legge *tedesca*. Dal che è bensì ragionevole argomentare che egli abbia contestualmente *accettato* che alle altre fattispecie *possa* applicarsi la legge straniera. Non è però possibile andare più in là. Edelmann vi insiste alquanto: dalla formulazione *unilaterale* si deduce che il legislatore abbia inteso accettare che alla fattispecie non regolate dalla legge tedesca *possa* applicarsi una legge straniera, non invece che abbia altresì voluto imporre che *debba* applicarsi una legge straniera per giunta da lui stesso determinata.

L'autore invita del resto ad esaminare la fisionomia delle fattispecie che il legislatore ha voluto disciplinare in modo completo. Si tratta sempre di fattispecie alla cui disciplina l'ordinamento tedesco ha uno specifico interesse, perché toccano da vicino la « sfera degli interessi del foro » (*inländische Interessensphäre*)³⁰⁴. Le quali fattispecie coinvolgono infatti vuoi cittadini tedeschi, vuoi cittadini stranieri che abbiano domicilio in Germania, vuoi ancora rapporti che sono qui sorti o si svolgono o devono svolgersi³⁰⁵. Il criterio di *delimitazione* dell'efficacia della legge tedesca – e di determinazione della legge *straniera*, nei non numerosi casi in cui ciò avviene – è stato dunque scelto dal legislatore in vista di specifiche esigenze pratiche del *proprio* ordinamento³⁰⁶. E sono proprio le fattispecie per le quali tali esigenze non sussistono quelle per cui non è stata posta alcuna norma, per cui cioè sussiste una lacuna. Ebbene, un'applicazione per via

³⁰³ Il riferimento è in particolare a NIEMEYER, *Vorschläge*, p. 20.

³⁰⁴ *Op. cit.*, p. 298. La necessità di una norma bilaterale completa quando (e solo quando) si tratta di rapporti che toccano la « sphère des intérêts du for » sarà, come vedremo (*infra*, para. 101), teorizzata da FRANCESCAKIS, nella nota alla sentenza *Patiño, Jurisprudence française*, p. 77 (in nota): « (...) le droit international privé de chaque pays ne se reconnaît pouvoir de se prononcer que sur les situations juridiques qui ont affecté sa sphère d'intérêts (corsivo dell'autore) » (cfr. *La théorie du renvoi*, p. 199).

³⁰⁵ Quanto poi alla ragione per cui tale disciplina consiste in questi ultimi casi nell'applicazione di una *specifica* legge straniera, il legislatore tedesco ha posto mente al fatto che, in mancanza, lo Stato estero *non avrebbe riconosciuto il rapporto in questione*. Si pensi al caso frequente di una cittadina austriaca che ottiene il divorzio in Germania e qui si risposa con un cittadino tedesco: i giudici austriaci riterrebbero che sussista bigamia. L'eliminazione di tali conseguenze deplorevoli non può non essere *nell'interesse* – ancora una volta – *dell'ordinamento tedesco* (*op. cit.*, p. 300).

³⁰⁶ « Das Kriterium für die Regelung des Anwendungsbereiches von Rechtssätzen war also offensichtlich das spezifisch inländische praktische Bedürfnis » (*op. cit.*, p. 298).

analogica di norme che si sono sviluppate su un « terreno egoistico » (*auf einem egoistischen Boden*) non pare potersi ammettere in tutti i casi in cui l'interesse che le norme in questione mirano a soddisfare non sussiste³⁰⁷. L'interpretazione *nach Sinn und Zweck* non fornisce dunque alcun elemento per legittimare la bilateralizzazione.

E pure conduce a respingerla un esame dei lavori preparatori dell'*EGBGB*³⁰⁸. Se si pone mente all'evoluzione dell'opera legislativa quale essa emerge dalle *Vorarbeiten*, si approda con ragionevole certezza alla conclusione che il legislatore tedesco ha ritenuto che la regolamentazione della sfera di applicazione delle norme straniere in forza di « parametri da lui stesso elaborati » (*nach selbst erfundenen Mustern*), regolamentazione che pure la moderna dottrina suggerisce di adottare, *sia inutilizzabile, perché in*

³⁰⁷ Si prenda ad esempio l'art. 14 dell'*EGBGB*, che sottopone alla legge tedesca i rapporti personali fra coniugi *tedeschi*. Ebbene, tale norma, posta dal legislatore *tedesco*, ha per *scopo*, o comunque per *effetto*, il rafforzamento della « coscienza nazionale » dei *propri* cittadini. Al legislatore tedesco non interessa però che *anche* i cittadini stranieri abbiano costantemente presente « dinanzi agli occhi » l'appartenenza al loro Stato nazionale, che rechino con sé ovunque vadano il loro diritto d'origine. Insomma, il legislatore tedesco, prescrivendo l'osservanza della propria legge, ha inteso vuoi proteggere gli interessi dei propri cittadini vuoi serbare questi ultimi legati a sé, sia pure talvolta « alle spese » degli altri ordinamenti. Se così è, non vi è nulla che sia più contrario allo spirito che anima tale particolare « scelta di disciplina » della presunzione che il legislatore tedesco abbia anche voluto che tale scelta, che pure riposa su motivi specifici alle *sue* esigenze, venisse *generalizzata*; che cioè abbia inteso ad esempio che, nel giudicare dei rapporti fra stranieri, la cui legge nazionale (di d.i.p.) potrebbe benissimo far prevalere considerazioni del tutto diverse, si impieghi lo *stesso* criterio utilizzato dal legislatore tedesco (*op. cit.*, p. 301).

³⁰⁸ Si esaminino infatti – suggerisce l'autore – l'intero processo legislativo. Si muova dai progetti Gebhard e dalla loro formulazione completa e si rifletta sul rigetto *in toto* che tale progetto subì da parte della *Reichsregierung*. Si ponga poi mente, da un lato, alla rinnovata decisione della seconda commissione di regolare il d.i.p., e, dall'altro, alle perplessità manifestate in seno ad essa circa l'opportunità di una disciplina completa o bilaterale. Si consideri ancora, da un lato, il favore complessivo nuovamente accordato da parte della maggioranza dei commissari ad una regolamentazione bilaterale (e ciò – ricorda Edelmann – sulla base della constatazione che ciascuno Stato avrebbe « die Befugnis, den Richtern seines Landes vorzuschreiben, was ihm beliebt », e che « in einer so schwierigen Frage dürfe man den Richter nicht im Stiche lassen »); e, dall'altro, la rinuncia a tale impostazione cui il legislatore si è visto nondimeno costretto in materie relevantissime, quali quella matrimoniale, e le numerose altre eccezioni apportatevi, motivate dal fatto che la puntuale esecuzione di tale *Hauptprinzip* veniva via via mostrando, nei singoli casi, vuoi l'assurdità delle situazioni che ne sarebbero derivate, vuoi la contrarietà dei risultati alla *Natur der Sache*. Si mettano infine a confronto il progetto approvato dalla seconda commissione che, se non si è spinta fino a lasciare cadere il principio bilaterale, ne ha però, atteso il numero e il rilievo delle relative eccezioni, fatto grandemente scemare l'autorità e la « tenuta », e le disposizioni dell'*EGBGB* divenute legge, che coerentemente compiono invece quest'ultimo decisivo passo. Nelle quali infatti, mentre sono confluite tutte le già praticate eccezioni, le sparse disposizioni che ancora prestavano fede a tale principio sono pressoché del tutto scomparse.

*contrasto con le finalità che risiedono alla radice del proposito stesso di disciplinare il d.i.p.*³⁰⁹

D. – Niedner

43. L'autore comunemente citato come l'« altro » unilateralista tedesco accanto a Julius Schnell è Alexander Niedner³¹⁰. Padre del primo commentario all'*EGBGB*³¹¹, Niedner riprende essenzialmente gli argomenti di Schnell e von Bar, tutt'al più provandosi qua e là in alcuni tentativi di sistemazione, ma poco aggiungendovi di nuovo. L'interesse che desta il suo unilateralismo è tuttavia egualmente notevole e risiede in ciò che egli fu essenzialmente un pratico del diritto, e di alto rango³¹². Attraverso di lui si palesa insomma la fiducia che l'unilateralismo non è solo una costruzione astratta, ma anche una proposta applicativa concretamente realizzabile.

Come già Edelmann, Niedner muove dalla constatazione dell'incompletezza della disciplina del d.i.p. dettata dal legislatore tedesco nell'*EGBGB*³¹³. Il problema è appunto quello di colmare le *lacune* derivanti da tale incompletezza. Preliminare a tale questione è tuttavia quella circa la *funzione* del d.i.p. Quest'ultima è a sua volta strettamente legata alla *natura* delle relative norme³¹⁴. Sulla scorta di Schnell e von Bar, Niedner sostiene

³⁰⁹ « Sei dem übrigens, wie ihm wolle, jedenfalls dürfte unsere vergleichende Zusammenstellung der Bestimmungen des *EGBGB* mit den Vorarbeiten zur Genüge den Beweis für den an die Spitze gestellten Satz erbracht haben, dass der Gesetzgeber eine Regelung des Anwendungsbereichs der Rechtssätze *nach selbst erfundenen Mustern*, wie sie die moderne Theorie empfiehlt, als *unbrauchbar und dem Zwecke des Rechts widersprechend* gehalten und deshalb auf eine solche Regelung verzichtet hat » (*op. cit.*, p. 310; corsivo nostro).

³¹⁰ Alexander Niedner fu *Landrichter* nella cittadina di Meiningen, in Turingia, e poi giudice al *Reichsgericht* (ciò che sappiamo da SIMONS, *La conception allemande*, p. 489, anch'egli giudice al *Reichsgericht* – di cui fu presidente – negli anni venti del Novecento).

³¹¹ *Das Einführungsgesetz von 18.8.1896 (Kommentar)*, Berlin, 1. Aufl., 1899, 2. Aufl., 1901 (le indicazioni bibliografiche si riferiscono a quest'ultima, cui abbiamo avuto accesso). Il *Kommentar* di Niedner fu appunto l'« erster Versuch einer umfangreicheren Bearbeitung des gesamten Einführungsgesetzes » (*Vorwort erster Auflage*, p. V). Si tratta di un'opera di mole davvero ragguardevole (« commentaire magistral » lo definì SIMONS, *op. cit.*, p. 489).

³¹² V. *supra*, nota 310.

³¹³ Le norme unilaterali, che rappresentano la maggioranza, si distinguono a loro volta – spiega l'autore – in norme *principali* e norme *speciali*: queste ultime accedono ad un'altra norma, completa o parzialmente completa, per estenderne ovvero restringere il campo di applicazione (*op. cit.*, p. 13). Di questa sotto-classificazione si dirà *infra*, Parte Seconda, para. 186 s.

³¹⁴ Al riguardo, egli individua nella dottrina dell'epoca *quattro* « teorie » distinte: in base alla *prima* (sostenuta da Niemeyer, Gierke, Kahn, Barazetti) il d.i.p., attesa la natura di diritto *interno* che gli è propria, avrebbe per ufficio la determinazione della sfera di competenza sia del diritto *interno* sia di quello *straniero*; in base alla *seconda* (messa innanzi da Schnell, von Bar, e Keidel) le regole di d.i.p., in quanto regole *interne*, hanno per sola funzione di tracciare la sfera di applicazione del diritto materiale appunto *interno*, mentre, per stabilire quella del diritto straniero, *questo* soltanto è competente; in base alla *terza* (per la quale l'autore indica il nome di Neumann) il d.i.p. è bensì

che il d.i.p. non abbia natura *materiale*, ma *formale*, essendo composto di semplici norme sulla competenza *legislativa*, analoghe a quelle che regolano la competenza *giurisdizionale*. Come queste ultime, dunque, le norme di d.i.p. hanno il solo compito di tracciare il novero delle fattispecie cui le leggi tedesche devono trovare applicazione, contestualmente accettando che leggi straniere possano regolare le altre fattispecie, *senza però pretendere di indicarne una precisa*.

Vi sono tuttavia – prosegue l'autore – diverse altre considerazioni, oltre a quella che muove appunto dalla natura e dalla funzione delle norme di d.i.p., che conducono alla medesima conclusione. Da un lato, infatti, norme *interne* sulla competenza di leggi *straniere* rappresenterebbero *inutili intromissioni* nella sfera di sovranità di Stati stranieri³¹⁵. In secondo luogo, esse finirebbero per dettare una disciplina dello stesso diritto materiale *straniero*, in particolare quando si tratta di situazioni che coinvolgono più soggetti e si svolgono in un certo arco di tempo, come i rapporti patrimoniali fra coniugi. In terzo luogo, le norme bilaterali, isolando come decisivo un certo criterio di collegamento, indipendentemente ed eventualmente *contro* la volontà positiva o negativa di una o più leggi straniere, possono violare, ed anche qui inutilmente, diritti già *legittimamente sorti*³¹⁶. Infine, la tesi in analisi è rafforzata da un confronto fra le disposizioni sull'efficacia *spaziale* delle norme e quelle sull'efficacia *temporale*³¹⁷: anche quest'ultime,

competente a determinare la sfera di applicazione sia del diritto interno che di quello diritto straniero, ma soltanto per quelle fattispecie che presentano un *determinato* legame con l'ordinamento interno; in base alla *quarta* (di cui è padre Zitelmann) le regole di d.i.p. sarebbero bensì norme di diritto interno, ma non costituirebbero l'*unica* fonte del d.i.p., dovendosi riconoscere tale natura di fonte, ulteriore e sussidiaria, al diritto delle genti. Ebbene, la *quarta* teoria è – ad avviso di Niedner – quella che condurrebbe in principio ai risultati più soddisfacenti; essa non può tuttavia adottarsi perché, data la diversità degli ordinamenti « attorno a questa parte del diritto », e attesa la solo *tendenziale* aspirazione di alcuni di essi all'unità, non è (ancora) possibile riconoscere il diritto internazionale pubblico quale fonte di diritto autonoma. Delle altre tre « teorie », « *la seconda, che attribuisce a ciascuna legge il compito di delimitare la propria sfera di efficacia, merita senz'altro preferenza, per una serie di ragioni* », che saranno appunto illustrate nel testo (*op. cit.*, p. 13).

³¹⁵ In particolare, sia della loro potestà *personale*, quando esse prevedono ad esempio l'applicazione della legge di uno Stato se la persona ha la cittadinanza di quello Stato, sia della loro potestà *territoriale*, quando dispongono che un certo legame con il territorio di uno Stato faccia scattare l'applicazione della sua legge. E' chiara l'influenza del pensiero di ZITELMANN, *IPR*, in particolare p. 55 s.

³¹⁶ Anche se ciò – riconosce Niedner – può essere conseguenza anche di sole norme unilaterali, dal momento che, nel fissare la competenza della legge del foro, si esclude per ciò stesso quella di altre leggi straniere, che potrebbero già avere fatto sorgere diritti: ma questa è l'inevitabile conseguenza dell'assenza di un'unità internazionale delle norme di conflitto (*op. cit.*, p. 14). I conflitti *positivi* si risolvono dunque, secondo Niedner, con l'accordare prevalenza alla *legge del foro*. Come si è visto *supra*, para. 21 e 39, l'atteggiamento di Thöl e di Schnell sembra essere al riguardo più flessibile.

³¹⁷ Sul problema dei conflitti di leggi *nel tempo*, e dei suoi rapporti con i conflitti di leggi *nello spazio*, molto si discusse in occasione dell'entrata in vigore del *BGB*, che pose fine alla vigenza dei diritti particolari dei *Länder* tedeschi: v. ad es. HABICHT, *ZiP*, 1894, p. 405 s.; ZITELMANN, *Jherings Jahrb.*, 1898, p. 189 s.; DIENA, *ZiP*, 1900, p. 353, NIEMEYER, *IPR*, p. 179 s. Lo stesso NIEDNER, *Kollision der örtlichen und zeitlichen Kollisionsnormen*, *ZiP*, 1902, p. 373 s., prese parte attiva al

infatti, quali norme di *delimitazione*, si accontentano di determinare, in *negativo*, le fattispecie, individuate mediante un nesso temporale, cui deve applicarsi la nuova disciplina materiale, senza designare, positivamente, *quali* norme debbano governare le altre fattispecie, tale scelta essendo piuttosto rimessa al diritto previgente³¹⁸. Sulla base di questi rilievi, Niedner non esita dunque a formulare un giudizio decisamente positivo sull'*EGBGB*: « A questo corretto principio ha aderito il nostro legislatore, che ha torto è stato criticato³¹⁹: egli si è infatti limitato a dettare norme unilaterali (...), con ciò deliberatamente assumendo un punto di vista contrario rispetto a quello fatto proprio dal progetto iniziale, che seguiva il principio opposto »³²⁰.

Torniamo ora – invita il nostro autore – al problema da cui si sono prese le mosse, cioè quello delle *lacune*. Per quanto siano state lasciate a ragion veduta e in modo affatto legittimo dal legislatore, esse vanno nondimeno colmate. Il giudice dovrà procedere nel modo che segue: dopo avere constatato che il rapporto non è sottoposto al diritto tedesco, è tenuto ad esaminare le leggi degli altri Stati coinvolti per scoprire *se contengano disposizioni che intendano disciplinare il rapporto*: se ve n'è solo una che pretende regolarlo, il giudice dovrà darle efficacia; se ve n'è più d'una, ovvero non ve n'è alcuna, dovrà invece applicarsi per analogia la corrispondente norma di d.i.p. interno³²¹.

dibattito, manifestando decisa preferenza per la priorità dei « conflitti spaziali », anche in ciò dunque attestandosi su una posizione « dissidente » rispetto alla tesi dominante (tale articolo, così come la stessa posizione del problema, sarà vivamente attaccato da QUADRI, *Lezioni*, p. 302).

³¹⁸ E' difficile stabilire con precisione – prosegue l'autore – quali *ragioni* hanno indotto il legislatore, seppure *in via eccezionale*, a regolare in alcuni casi anche la *sfera di applicazione* della legge straniera: probabilmente, argomenta, ciò è dovuto all'esigenza di *certezza* in quelle questioni che con più frequenza sono sottoposte ai giudici *tedeschi* e nelle quali più spesso sono coinvolti interessi *tedeschi* (*op. cit.*, p. 14; corsivo nostro).

³¹⁹ Qui l'autore ha a mente in particolare le critiche del NIEMEYER, formulate specie in *Vorschläge*, sulle quali v. *infra*, para. 57.

³²⁰ La concezione che NIEDNER (*op. cit.*, p. 76 s.) ebbe della questione del rinvio è perfettamente conforme alla sua impostazione: l'esistenza di tale *Streitfrage* viene coloritamente definita quale « Krankheitssymptom der oben reprobierten Richtung, wonach das einheimische Recht zuständig ist, auch den Anwendungsbereich des ausländischen Rechts positiv zu regeln, denn wenn sich der Gesetzgeber einer solchen Regelung enthält, kann die Rück- und Weiterverweisung ja gar nicht in Frage kommen » (ciò che era già stato fugacemente segnalato da SCHNELL, *Über die Zuständigkeit*, p. 343, nota 1).

³²¹ NIEMEYER, *IPR*, p. 32 s. avversa il procedimento proposto come *malsicuro ed incoerente*: malsicuro, perché non sarebbe possibile accertare la volontà concreta di applicazione di una norma straniera; incoerente, perché non si vede perché, se l'analogia è ammissibile a titolo sussidiario, non possa e debba applicarsi sin da principio (v. più in dettaglio *infra*, para. 53). Ma tali critiche – ribatte NIEDNER, *op. cit.*, p. 17 – non colgono nel segno: riguardo al *primo* rimprovero, infatti, il giudice potrà, quale estremo rimedio, presumere la coincidenza delle norme di d.i.p. straniere con le proprie; riguardo al *secondo*, anche l'applicazione analogica di disposizioni materiali interne può avvenire *soltanto* in via sussidiaria e quando disposizioni positive di legge non vi si oppongono.

E. – Enneccerus

44. Autorevole difensore dell'*EGBGB* fu pure il grande civilista tedesco Ludwig Enneccerus³²², il quale approdò all'unilateralità in modo spontaneo e come d'impulso³²³: il che conferma la forza d'attrazione di cui questa idea si mostrò capace. L'originalità del suo pensiero risiede in ciò che egli, da un lato, mette innanzi l'idea che l'unilateralismo potrebbe significativamente agevolare la conclusione di convenzioni internazionali sul d.i.p.; e dall'altro, addita nella garanzia della « pace internazionale » dei rapporti interindividuali, cioè – come si dirà più tardi, con equivalente fraseologia – della « sicurezza del traffico giuridico attraverso le frontiere »³²⁴, la ragione ultima della scelta unilaterale.

Enneccerus comincia con lo studiare i vari « tipi di norme di conflitto ». Un primo tipo è fornito da quelle norme che delimitano la sola efficacia del diritto interno. Queste *beschränkende Rechtssätze* (« norme di delimitazione » o unilaterali), fanno tutt'uno con le norme materiali da esse appunto « delimitate », dando loro un « contenuto » concreto. Accanto a queste, ve ne sono altre che operano la designazione della legge straniera, le *verweisende Rechtssätze* (« norme di richiamo » o bilaterali)³²⁵. Ebbene, « è certamente

³²² Enneccerus fu, assieme a Kipp e Wolff, coautore di un grande trattato di diritto civile, che ha avuto larga diffusione e non solo in Germania, dal titolo *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*. Pubblicato agli inizi del Novecento, esso conobbe numerose edizioni e ristampe. Ai fini che ci occupano, abbiamo consultato in particolare le p. 138-157 dell'*Erster Band*, relativo all'*Einleitung* e all'*Allgemeiner Teil*, che reca appunto la paternità del solo Enneccerus, della « 12-14 Aufl. » (siebte Bearbeitung), pubblicata a Marburgo (dove Enneccerus insegnò per lunghi anni) nel 1919. Confessiamo la nostra perplessità di fronte all'affermazione di WIETHÖLTER, p. 8, secondo cui Enneccerus non appartenga alla cerchia degli unilateralisti, poiché « im ganzen ist ihr Lob auf die einseitige Kollisionsnorm (nur) *de optima lege ferenda* zu verstehen ». Giova ricordare che l'unilateralismo è innanzitutto una *dottrina* (cfr. *supra*, para. 5); che, in altre parole, gli unilateralisti, e Schnell per primo, sono tali innanzitutto *de lege ferenda*, nel senso che propongono un modo di porre e risolvere i conflitti di leggi diverso da quello « tradizionale », e « tradizionalmente » recepito nelle codificazioni. In ogni caso, non ci pare corretto dire, come appunto fa WIETHÖLTER, *loc. ult. cit.*, che *de lege lata* Enneccerus sia rimasto essenzialmente « auf dem Boden allseitiger Kollisionsnormen »: basterà, per convincersene, richiamare le sue proposte in tema di soluzione delle *lacune*, su cui appunto *infra*, in questo paragrafo.

³²³ Di Thöl Enneccerus conosceva la *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, che però cita sporadicamente, e comunque *non* nella parte da lui dedicata al d.i.p. Schnell invece non è mai citato: dubitiamo che si sia mai dato cura di leggere le brevi pagine apparse nel 1895 sulla *BöhmsZ.* Lo stesso è a dirsi degli scritti di Edelman e Keidel. Il *Kommentar* di Niedner è talvolta richiamato, ma mai a proposito dell'unilateralità, alla quale Enneccerus sembra essere approdato in modo indipendente.

³²⁴ Espressione – come vedremo: *infra*, para. 129 s. – cara a QUADRI, *Lezioni*, p. 236 s.

³²⁵ Enneccerus osserva inoltre che « le norme di delimitazione e le norme di richiamo sono state finora per lo più riunite in una medesima formula: e ciò perché il legislatore, nel porre le condizioni di applicabilità della legge, ha inteso servirsi di criteri generali universalmente validi, applicabili dunque sia al diritto interno che al diritto straniero. Sicché, almeno in apparenza, non vi è che un'unica disposizione. Si è perciò parlato di norme generali ovvero di norme perfette od ancora di norme

scorretto definire le norme unilaterali come lacunose od addirittura patologiche, come pure è spesso accaduto »³²⁶. Sarebbe anzi situazione davvero ideale quella in cui ciascun singolo Stato stabilisse soltanto la sfera di applicazione del proprio diritto e contemporaneamente prescrivesse l'applicazione delle leggi straniere entro i limiti da queste stesse fissati. Il *Bundesrat* ha da parte sua trasformato quasi completamente le norme dei progetti legislativi da complete in unilaterali. Se è vero che il compito del giudice ne risulta più complesso, è pur vero che tale scelta non è però da biasimarsi – come si è non di rado fatto – ma piuttosto da encomiare: per questa via infatti si *facilita il raggiungimento di accordi internazionali* nella materia e si evitano al tempo stesso *ingerenze da parte del foro in quei rapporti giuridici la cui disciplina di d.i.p. spetta naturalmente ad altri Stati*³²⁷.

Ma non basta. Svolgendo il ragionamento intrapreso, Enneccerus afferma che le disposizioni bilaterali sono comunque da intendere quali *Gesamtverweisungen*³²⁸. Il giudice chiamato ad applicare una legge straniera dovrà farlo soltanto nei limiti fissati dalle norme di conflitto straniere. Una *Sachnormverweisung* invece « strappa » la norma materiale dalla relativa norma di delimitazione, che pur è destinata per sua natura ad operare insieme alla prima³²⁹. Di conseguenza, essa obbliga di frequente il giudice ad applicare un diritto che non esiste affatto se non appunto in virtù di questo richiamo, e *la cui*

bilaterali. E ciò in opposizione appunto alle norme del *primo* tipo, che sono state all'opposto definite *unilaterali* ».

³²⁶ « *Freilich* darf man die einseitigen nicht (wie vielfach geschieht) als mangelhaft oder gar pathologisch betrachten » (*op. cit.*, p. 142). Abbiamo posto in rilievo l'avverbio « *freilich* » perché esso denota – ci sembra – quell'adesione spontanea di cui si è detto in esordio. Enneccerus, se non aveva forse una grande familiarità con le dottrine di d.i.p. da Savigny allo Zitelmann, aveva però, come tutti i grandi civilisti, un sensibilissimo istinto giuridico, che gli additava nell'unilateralità una scelta quanto meno difendibile.

³²⁷ Si tratta di un passaggio-chiave: « Der Bundesrat aber hat sie fast sämtlich in einseitige verwandelt, also in der Regel nur über die Anwendung deutsches Rechts Bestimmung getroffen, und das ist, trotzdem dadurch die Aufgabe erschwert wird, *nicht zu tadeln* (wie vielfach geschehen ist), *sondern zu loben*, weil dadurch eine völkerrechtliche Verständigung über Fragen des internationalen Privatrechts erleichtert wird und *Eingriffe in solche Rechtsverhältnisse* vermieden werden, deren internationalprivatrechtliche Regelung anderen Staaten überlassen bleiben muss » (*op. cit., loc. ult. cit.*; corsivo nostro). Ora, questi « *Eingriffe* » che, ad avviso di Enneccerus, l'unilateralismo consente di evitare sono, a ben guardare, quegli stessi « *Eingriffe in die Herrschaftssphäre ausländischer Staaten* » rimproverati da Schnell alla dottrina tradizionale: e, si noti, qui di ogni « *violazione di sovranità degli altri Stati* » non si parla affatto.

³²⁸ Enneccerus era stato « co-rapporteur » al *XXIV Deutscher Juristentag* tenutosi a Poznan nel 1898, nel quale si discusse anche del rinvio (*Verhandl. des XXIV deutsch. Jurist.* I, 168-200; II. 32-53, spec. 40-4). Nonostante la questione fu posta limitatamente alle *obbligazioni contrattuali*, essa fu discussa da tutti i relatori, con la sola eccezione di Enneccerus (POTU, *La question du renvoi*, p. 201), in modo del tutto generale. Enneccerus propose la seguente risoluzione: « in materia di obbligazioni contrattuali, il rinvio non deve seguirsi ». Tale risoluzione fu approvata all'unanimità.

³²⁹ L'« *inscindibilità* » della norma materiale dalla norma di delimitazione sarà fatta valere, in modo particolarmente deciso, da PILENKO, *infra*, para. 110 s., e QUADRI, *infra*, para. 126.

*applicazione dunque le parti, quando hanno posto in essere il rapporto da regolare, non hanno potuto prevedere. Il che conduce ad ingiustizie e arbitrarietà, che non possono davvero ascrivere alla volontà di un legislatore razionale*³³⁰.

45. Enneccerus muove indi ad una spiegazione del diritto positivo tedesco. Esaminando la *grundlegende Frage* dell'integrazione delle lacune lasciate dalle norme dell'*EGBGB*, si chiede se da tali norme debba, attraverso il meccanismo dell'*analogia*, desumersi anche un « richiamo » a norme materiali straniere. A tale interrogativo è stata più volte data, constata suo malgrado, risposta positiva. Si tratta però di una tesi errata. E ciò per almeno tre motivi. Primo: l'*analogia* non è ammissibile perché avrebbe ad oggetto norme materiali straniere, norme cioè potenzialmente anche molto diverse da quelle interne, per contenuto ed importanza. Secondo: l'applicazione analogica è contraria alle indicazioni fornite dalla storia della genesi delle norme di conflitto tedesche. Terzo: essa condurrebbe comunque a risultati inaccettabili.

Quanto al primo motivo, il presupposto per l'applicazione analogica è, nel diritto sostanziale (civile, penale, etc.), l'esistenza di una « giuridica equivalenza » fra un caso regolato ed uno non regolato. Nel d.i.p., per valutare tale « giuridica equivalenza », si deve avere riguardo all'*oggetto* del « richiamo », cioè alle norme *materiali*, rese appunto applicabili dalle norme di conflitto. Ora, è chiaro che le norme materiali straniere designate in forza di una « bilateralizzazione » non possono affatto dirsi « giuridicamente equivalenti » a quelle interne richiamate dalla norma unilaterale, ma sono anzi *per ipotesi* diverse, ché è proprio da questa diversità che sorge l'esigenza di una disciplina di d.i.p. D'altra parte, prosegue l'autore, se è vero che il legislatore di uno Stato, nel mentre che pone delle norme materiali, è tenuto a delimitarne la rispettiva portata spaziale, è anche vero che, a ben guardare, egli non ha affatto il compito di compiere tale delimitazione anche con riferimento ai diritti stranieri. Come potrebbe del resto il legislatore tedesco – si chiede con una nota di sarcasmo, contestualmente dando conto del terzo motivo per rifiutare l'*analogia* – stabilire *lui stesso* quale legge è competente a regolare il matrimonio di due Danesi celebrato in Inghilterra? Tale scelta dovrebbe lasciarsi vuoi al diritto danese vuoi al diritto inglese: e se questi sono d'accordo nel

³³⁰ Altro momento centrale dell'argomentazione dell'autore: « Eine Sachnormverweisung (...) zwingt den Richter nicht selten, ein Recht anzuwenden, das ohne die Verweisung überhaupt nicht existiert und dessen Anwendbarkeit die Parteien, als sie das zu beurteilende Rechtsverhältnis begründeten, nicht voraussahen, auf das sie also auch nicht Rücksicht nehmen konnten. Sie führt so zu Unbilligkeiten und Willkürlichkeiten, die wir einem vernünftigen Gesetzgeber nicht ohne Not zutrauen dürfen ». Per analoghe ragioni Enneccerus sostiene doversi seguire anche la *Weiterverweisung*, il « rinvio oltre » (*op. cit.*, p. 148). Al riguardo, l'autore ritiene che, dal fatto che l'art. 27 dell'*EGBGB* non faccia menzione della *Weiterverweisung*, non possa derivarsi *a contrario* alcun argomento per escluderla, perché il legislatore tedesco ha voluto regolare, con tale disposizione, i soli casi in cui deve applicarsi il *diritto tedesco* (mentre l'alternativa posta dal « rinvio oltre » è appunto fra due leggi straniere), « né possono ricavarsi argomenti dal fatto che Gebhard la escludeva » (*op. cit.*, p. 149, nota 18).

considerare ad esempio il diritto inglese quale *competente*, perché mai dovrebbe il legislatore tedesco stabilire che si deve avere riguardo al diritto danese, *in questo modo frustrando arbitrariamente ogni ragionevole aspettativa delle parti, che si saranno per lo più attenute alla legge inglese?*³³¹

Quanto al secondo motivo, Enneccerus rileva come il *Bundesrat* abbia formulato le norme dell'*EGBGB* in modo unilaterale in consapevole ed aperto contrasto sia con i progetti Gebhard, sia con le deliberazioni della prima commissione, sia con il progetto da quest'ultima approvato. Ebbene, in questa scelta – secondo Enneccerus – è evidente l'aspirazione, nell'interesse della « *pace internazionale interindividuale* », ad evitare, dove possibile, *indesiderate ingerenze in quelle questioni che riguardano in modo soltanto secondario i cittadini tedeschi ed il territorio tedesco*, cioè che hanno con l'ordinamento tedesco soltanto un « tenue » contatto³³².

F. – Keidel

46. Altro unilateralista per convinzione fu Joseph Keidel, il temperamento anzi forse più originale fra gli unilateralisti della prima generazione³³³. Keidel fa compiere al ragionamento di Schnell, von Bar ed Enneccerus, un passo decisivo. Essi hanno condiviso l'idea unilaterale e ritenuto che il rinvio si giustificasse per le stesse ragioni che risiedono a fondamento di tale idea. In questo modo si sono però esposti alle ben note critiche cui il rinvio presta il fianco. Keidel mostra invece come l'unilateralismo consenta di conseguire i benefici del rinvio senza cadere nelle aporie logiche e ricostruttive

³³¹ Corsivo nostro: « und dadurch jede vernünftige Berechnung der Parteien, die sich auf englisches Recht eingerichtet haben, willkürlich zu durchkreuzen? » (*op. cit.*, p. 145).

³³² « Darin zeigt sich deutlich das Bestreben, im Interesse des internationalen Friedens, unerwünschte Eingriffe in solchen Fragen möglichst zu vermeiden, welche die Deutschen und das deutsche Gebiet nur nebensächlich berühren » (*op. cit.*, p. 145).

³³³ Joseph Keidel, all'epoca in cui sviluppò le idee che ci occupano *Bezirksamtsassessor* a Marktheidenfeld e poi a Erding (nella Baviera settentrionale), rimase pressoché sconosciuto alla scienza del d.i.p. Il solo POTU, *La question du renvoi*, p. 212-213, sembra essersi procurato una certa familiarità con i suoi lavori, confessando peraltro di essere stato « sconcertato dalla sottigliezza dell'argomentazione ». Ai fini che ci interessano, segnaliamo i seguenti tre articoli: *Das internationale Ehrerecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich und den Beschlüssen des Institut de droit international und des internationalen Kongresses in Haag*, *ZiP*, 1897, p. 228 s.; *Le droit international privé dans le nouveau Code civil allemand*, *Clunet*, 1899, p. 3 s.; e soprattutto *De la théorie du renvoi en droit international privé selon le nouveau Code civil allemand* (tradotto ed annotato da J. TRIGANT-GENESTE), *Clunet*, 1901, p. 82-96, al quale si riferiscono dunque le citazioni nel testo. WIETHÖLTER, p. 7, ha ignorato i due studi apparsi in *Clunet* e si è fondato su quello della *ZiP*, nel quale l'unilateralismo ha effettivamente un posto ridotto ed appiattito sulle posizioni di Schnell.

implicite nell'accoglimento di esso³³⁴. Vediamo dunque le tappe essenziali del suo percorso argomentativo.

L'autore prende le mosse dalla concezione dell'esistenza, in ogni disposizione legislativa, di due elementi³³⁵: il « contenuto normativo » (*Gesetzesinhalt*), da un lato, e la « formula imperativa », cioè la dichiarazione da parte di chi ha potestà normativa di volere imporne l'osservanza, fissandone i destinatari (*Gesetzesbefehl*), dall'altro. L'operare congiunto di tali due elementi genera la *legge*³³⁶. Queste le premesse, Keidel muove allo studio della norma di conflitto bilaterale, a proposito della quale – come già diversi autori prima di lui, anche fra gli avversari dell'unilateralismo³³⁷ – ritiene di dovere distinguere la parte in cui viene delimitata la sfera di operatività della legge interna da quella in cui viene richiamata una legge straniera. Nella prima, la norma di conflitto ha per funzione di apporre il *Gesetzesbefehl* necessario perché le relative norme materiali interne, di per sé disincarnato *Gesetzesinhalt*, acquistino valore di vera e propria legge³³⁸. Più complesse le modalità con cui i due elementi costitutivi di quest'ultima – « contenuto normativo » e « formula imperativa » – interagiscono nel segmento della norma bilaterale che designa la legge straniera. L'interazione è a sua volta molto diversa a seconda che tale richiamo venga interpretato quale *Sachnormverweisung* ovvero quale

³³⁴ Sarà, come noto, la conclusione cui perverranno gli unilateralisti della seconda generazione, in particolare NIBOYET (*infra*, para. 70 s.) e PILENKO (*infra*, para. 119).

³³⁵ Distinzione che Keidel vede contenuta *in nuce* nell'elaborazione tardo-cinquecentesca del concetto di « sovranità » compiuta da Bodin. Tale distinzione ricorda da vicino, si noterà, quella, operata da BATIFFOL, specie in *Aspects philosophiques*, p. 72 s., fra « élément rationnel » (che MAURY, *Observations sur les « Aspects philosophiques du droit international privé »*, *Rev. crit.*, 1957, p. 247, riformula in « contenu normatif », cioè, anche letteralmente, « Gesetzesinhalt ») e « élément impératif ».

³³⁶ Ancora, se è vero che « contenuto normativo » e « formula imperativa » possono in teoria ben emanare da due entità distinte, è pur vero però che la paternità della « legge » spetta in ultima analisi all'autorità che vi appone, avendone ovviamente il relativo potere, la « formula imperativa »: così facendo, infatti, tale autorità si appropria *anche* il « contenuto normativo », quand'anche esso sia stato predisposto da altri.

³³⁷ NIEMEYER, *Vorschläge*, su cui *infra*, para. 57. *Contra* ANZILOTTI « prima maniera », *Le leggi interne*, p. 174, su cui *infra*, para. 59.

³³⁸ Non è chiaro se Keidel ritenga che la delimitazione dell'efficacia nello spazio operata da una norma unilaterale (o meglio dalla parte « unilaterale » od « introversa » di una norma bilaterale) esaurisca in sé l'intera formula imperativa delle norme interne, solo in virtù di essa appunto munite di carattere vincolante, ovvero se non si limiti piuttosto ad « integrare » una formula imperativa già esistente, limitando tale carattere, già appunto sanzionato dal legislatore in modo generale ed « universale », soltanto a certe fattispecie provviste di un determinato legame con il foro. Tale questione sarà discussa dalla dottrina italiana con riferimento alla questione dell'*universalità* dell'ordinamento giuridico interno, dibattuta negli anni specie trenta e quaranta: cfr. la presentazione di GOTHOT, *La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats*, p. 201 s., e la animata discussione che ne è scaturita. Su tale alternativa, e sull'importante influenza che essa spiega sulla scelta fra bilateralità ed unilateralità, si dirà *infra*, Parte Terza, para. 303 s.

Gesamtverweisung. Di qui il nostro autore è sospinto a chiedersi quale delle due interpretazioni sia più corretta.

47. Nel caso di *Sachnormverweisung*, non può ragionevolmente dirsi che la norma operi davvero il richiamo di una *legge* (straniera), e – conseguentemente – neppure che il giudice del foro, seguendo tale richiamo, *applicherebbe* una legge (straniera), come pur sembra volere e prescrivere la norma di conflitto bilaterale, che espressamente parla di « legge ». Infatti, una « legge » è tale – insiste il nostro – quando in essa concorrono i due elementi, « contenuto » e « formula imperativa »³³⁹. Ma ciò che preme a Keidel mettere in luce è un'altra, conseguente contraddizione. E cioè quella fra questo « creare ed applicare una legge interna seppure provvista di un contenuto normativo proposto da un legislatore straniero » e, da un lato, il *presupposto* del d.i.p. e, dall'altro, l'*obiettivo* precipuo dello stesso. Quanto al primo, esso va individuato secondo Keidel *in ciò che ogni Stato « accetta » di non imporre una propria disciplina materiale* a tutti i rapporti che si creano, si svolgono, e si estinguono nell'universo, ma soltanto a quelli che presentano un determinato legame, da lui stesso scelto, con il proprio sistema. Se è così, è gioco-forza concludere che la norma bilaterale non rispetta tale presupposto, risolvendosi – come si è visto – nell'applicazione di una norma « del foro ». Soprattutto, Keidel constata che vi è un contrasto fra i risultati cui la norma bilaterale conduce e ciò che da sempre ha costituito il *fine* in vista del quale si fa ricorso a regole di d.i.p.: e cioè il *venire incontro alle esigenze del commercio giuridico internazionale*. Per convincere di tale contrasto, Keidel propone l'esempio – già indicato da Schnell, von Bar ed Enneccerus³⁴⁰ – della capacità del cittadino di uno Stato B, domiciliato in C, da valutarsi da parte dei giudici di uno Stato A, che segue al riguardo il criterio della nazionalità, laddove B e C si sono in ipotesi convenzionalmente accordati per l'applicazione della legge del domicilio. Il dare qui efficacia alla legge della cittadinanza sortisce l'effetto di *intralciare anziché favorire il traffico giuridico internazionale* e appare dunque in contrasto con i principi basilari del d.i.p.³⁴¹

³³⁹ Si potrebbe tuttavia ribattere che è bensì perfettamente vero che la norma richiamata, in quanto semplice *Gesetzesinhalt*, non è in sé « legge »; ma che non per questo il giudice cessa di applicare una « legge », dal momento che il *Gesetzesbefehl* viene impartito a tale contenuto normativo dal legislatore *del foro*, in ciò risolvendosi appunto il significato e la funzione della norma di conflitto. A questo rilievo tuttavia l'A. risponde – sempre per ora muovendosi in una prospettiva « formale » – che esso è bensì buono a spiegare perché possa ancora parlarsi di richiamo ad una *legge*, ma nel contempo impedisce che si possa continuare a dire che la legge richiamata ed applicata sia *straniera*. E' evidente infatti, anche alla luce di quanto si è detto circa la vera *paternità* della « legge », la quale spetta a chi conferisce alla norma contenuta in essa il carattere vincolante, che la legge applicata è in realtà una legge *del foro*, una legge *interna*.

³⁴⁰ V. *supra*, rispettivamente, para. 38, 40, 42.

³⁴¹ Concludendo sul punto, un'interpretazione del richiamo alla « legge straniera » quale *Sachnormverweisung* non è accettabile: e ciò, dal punto di vista *formale*, perché vuoi le norme materiali oggetto di richiamo, se si vuole conservare loro il carattere di norme *straniere*, non sono – o comunque

Rigettata l'interpretazione che vede nella designazione della legge straniera un richiamo al solo « contenuto normativo » di questa, Keidel muove dunque all'analisi di quell'altra, secondo cui il richiamo ad una legge straniera si risolve in una *Gesamtverweisung*. L'autore però liquida immediatamente anche questa interpretazione. E' chiaro infatti che la norma di d.i.p., così intesa, diverrebbe priva di senso. Avendo la funzione di indicare la *legge applicable*, la norma di conflitto – rileva Keidel – « viene clamorosamente meno a tale ufficio, come dicendo: chiedete al mio vicino che cosa pensa riguardo alla legge applicable, non chiedetelo a me ». Il *Gesetzesinhalt* senza il quale – come si è detto – non è concepibile alcuna vera e propria legge, qui *manca* del tutto³⁴².

Da quanto precede risulta dunque che il richiamo alla legge straniera operato dalla norma di conflitto bilaterale è, se lo si interpreta quale designazione « materiale », in contrasto con la *lettera* e lo *spirito* di ogni sistema di diritto internazionale privato. Qualora lo si interpreti quale designazione « totale », diviene invece privo di senso. *Se così è*, osserva Keidel, *si è tentati di... abbandonare del tutto la bilateralità e di accogliere il principio secondo cui il legislatore è tenuto a limitarsi a tracciare il campo di applicazione delle proprie norme materiali*³⁴³.

48. Keidel affronta dunque l'ultima parte del suo ragionamento. Certo – ammette – per il legislatore che ha scelto l'opzione unilaterale, la risoluzione di un caso che non rientra nella sfera di applicazione spaziale delle sue norme materiali si complica un poco³⁴⁴. Si prenda ancora un soggetto X cittadino di B, domiciliato in C al momento di stipulare un contratto, la cui capacità debba essere valutata dal giudice di A, Stato del nuovo domicilio. Il giudice innanzitutto esaminerà gli elementi della fattispecie che la collegano a

potrebbero non essere – *legge*, vuoi perché, se si sostiene che è lo stesso richiamo disposto dal legislatore del foro a conferire loro il carattere di *legge*, esse perderebbero per ciò stesso il carattere di *legge straniera*. Dal punto di vista *materiale*, e soprattutto, la *Sachnormverweisung* contrasta sia con il *presupposto* del d.i.p., che consiste in ciò che ogni Stato ha accettato una limitazione del proprio potere di mettere a punto una regolamentazione materiale dei rapporti giuridici, affidandone l'esercizio a quelli che egli giudica più vicini al foro; sia con il *fine* cui il d.i.p. spontaneamente tende, che è quello di rispettare gli ordinamenti giuridici stranieri, in questo modo assicurando la sicurezza del traffico giuridico internazionale degli individui.

³⁴² Né si dica – aggiungiamo noi, prolungando il ragionamento dell'A. – che, attraverso la *Gesamtverweisung*, lungi dall'abdicare al compito di individuare la legge applicable, ci si limita a rispettare la sfera di applicazione della legge straniera richiamata, perché, se si accoglie tale *Gesamtverweisung*, si deve coerentemente accettare che tale richiamo operi non già soltanto alla porzione « introversa » della norma di conflitto straniera, bensì *in toto*, e cioè anche alla porzione « estroversa », che designa la legge applicable: il che implica *bel et bien* una rinuncia, da parte del foro, alla designazione della legge applicable.

³⁴³ « Ce rapide examen nous permet d'apprécier la valeur de notre règle: complètement dénuée de sens si l'on s'en tient à l'une des deux interprétations possibles, elle heurte de front les principes généraux si l'on adopte l'autre interprétation. On serait tenté, dans ces conditions, de l'écarter purement et simplement » (*op. cit.*, p. 92; corsivo nostro).

³⁴⁴ Cfr. VON BAR, *Die Rückverweisung*, p. 212 (*supra*, para. 41).

questa o quest'altra legge: ne rinverrà due soltanto, la cittadinanza, che richiama la legge di B, ed il domicilio, che richiama la legge di C. Muoverà quindi all'esame di entrambe le « leggi », cioè – in base a quanto illustrato – delle norme materiali di B e C, considerate nella delimitazione *spaziale* derivante dalla formula imperativa loro impartita unilateralmente dai rispettivi Stati. Tale esame può condurre ad un triplice risultato.

E' possibile, in primo luogo, che le leggi di B e di C siano d'accordo nel sottoporre la capacità delle persone alla legge del domicilio (ovvero a quella della cittadinanza)³⁴⁵. Ebbene, in questo caso, il giudice di A dovrà, *né più né meno*, applicare appunto tale legge: « In quale cumulo di difficoltà – invece – s'imbatterebbe il giudice se il legislatore lo rinviasse puramente e semplicemente all'osservanza della regola secondo cui “la capacità di una persona è retta dalla legge dello Stato nazionale”! ». In secondo luogo, può darsi che gli Stati B e C rivendichino, ciascuno per sé, la regolamentazione della capacità di X, B volendo ad esempio governare con la sua legge i soggetti domiciliati in esso (anche se stranieri) e C i suoi cittadini (anche se domiciliati all'estero). E' questo un tipico conflitto *positivo* di ordinamenti³⁴⁶. Da un punto di vista formale, qualunque delle due leggi il giudice applichi, sarà comunque un riconoscere almeno uno degli ordinamenti coinvolti. Il giudice di A sarà – ammette Keidel – presumibilmente incline ad applicare quella legge le cui norme di conflitto sono più simili alla propria. Se così è, proprio perché, nelle ipotesi di conflitto *positivo*, la soluzione sarà per lo più la stessa cui approda il gioco della norma bilaterale, non vi è motivo di fare ricorso a quest'ultima dal momento che, se lo si facesse, non si conseguirebbe alcun beneficio particolare in tali situazioni, *mentre vi sarebbe grave danno in quella di accordo fra gli ordinamenti interessati*³⁴⁷. Veniamo infine al terzo scenario. E' possibile che B e C restringano l'applicazione del diritto interno, l'uno ai suoi cittadini e l'altro alle persone che abitano sul suo territorio. Il « *circulus vitiosus* », rimproverato ai partigiani del rinvio, riflette un conflitto *negativo*. Ora, osserva Keidel, per il giudice si tratta, in questi casi, non più di ricercare la legge cui egli deve uniformarsi, dal momento che non ve n'è alcuna che voglia imporsi³⁴⁸. In altre parole, non gli soccorre qui alcun principio

³⁴⁵ Tale accordo – prosegue Keidel (*op. cit.*, p. 93) – può essere vuoi *spontaneo*, nel senso che ciascuno degli Stati B e C abbia per parte sua munito di forza obbligatoria le proprie norme materiali sulla capacità con riguardo a quei (soli) casi in cui la persona della cui capacità si tratta è domiciliata nel suo territorio (ovvero è sua cittadina); vuoi *frutto* in una convenzione bilaterale fra B e C. La soluzione è comunque la medesima: uno Stato, e uno soltanto, rivendica per sé il diritto di regolare la capacità di X, attribuendo a tal fine « forza obbligatoria » alle proprie norme sulla capacità a mezzo della « formula imperativa ».

³⁴⁶ *Op. cit.*, p. 93: « Ici, nous nous trouvons en présence d'un conflit positif de législations ».

³⁴⁷ Ci piace riferire al riguardo le parole stesse dell'autore: « Que l'existence, en pareille hypothèse, dans la législation de l'Etat A, d'une règle fixant l'étendue d'application de toutes les lois, y compris les lois étrangères, soit de nature à faciliter sa tâche, personne ne le soutiendra sérieusement et on ne verra pas le nécessité d'introduire une semblable règle en dépit des graves inconvénients qui, à d'autres égards, ne manqueraient pas de se faire jour » (*op. cit.*, p. 94).

³⁴⁸ Cfr. GOTHOT, *Le renouveau*, p. 32.

giuridico. Ecco che – conclude il nostro – si è per questa via condotti a dare un senso ed una portata tutti nuovi all'art. 27 dell'*EGBGB*. Ammettiamo per ipotesi che lo Stato B, sul cui territorio risiede X, sia la Germania, e lo Stato C, del quale X è cittadino, sia l'Inghilterra. La situazione di un cittadino inglese domiciliato in Germania sfuggirebbe, in assenza della norma di cui all'art. 27, ad ogni regolamentazione legale. Ora, grazie alla « formula imperativa » contenuta all'art. 27, il legislatore tedesco ha munito di forza obbligatoria le norme materiali *tedesche* nei casi in cui lo Stato nazionale dell'interessato ha creduto di dovere affidargli il compito di dirimere tale conflitto. Così facendo, peraltro, il legislatore tedesco è rimasto fedele al proposito che si è inizialmente fissato, di delimitare cioè unicamente la sfera di applicazione della legge interna senza ingerirsi in quella delle leggi straniere.

G. – Neumann

49. Giungiamo da ultimo alla concezione di Hugo Neumann³⁴⁹. L'appartenenza di quest'autore al novero degli unilateralisti è stata invero revocata in dubbio³⁵⁰. Non siamo per parte nostra in grado di allinearci a tale opinione, dovendosi Neumann ritenere quanto meno un unilateralista parziale. Riteniamo inoltre che il suo contributo sia, per originalità e profondità di pensiero, fra i più preziosi dell'ultimo decennio dell'Ottocento, e che una sua conoscenza possa risultare feconda anche ai nostri tempi. Purtroppo, una certa « ermeticità » e talvolta artificiosità di ragionamento, in una con la novità stessa dei principi proposti, ne hanno impedito, oltretutto un maggiore impatto sulla codificazione allora *in itinere*, una più grande notorietà successiva.

L'autore prende atto, innanzitutto, della natura eminentemente *nazionale ed interna* del d.i.p., il che sgombra il campo da ogni riserva circa la piena legittimità di una codificazione – nella specie – tedesca del d.i.p. Il legislatore, ponendo mano al d.i.p., non commette, né può commettere, *alcuna ingerenza nella sovranità di altri Stati*, dal momento che anche tale branca del diritto, come ogni altra, consiste in regole dettate dal legislativo-

³⁴⁹ Avvocato al *Kammergericht* di Berlino, Neumann, come già ricordato (*supra*, nota 193), partecipò al concorso bandito dalla *Juristische Gesellschaft* (alla cui storia molto si interessò: v. la sua *Geschichte der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, Nachdruck, Berlin, 1984), che invitava a comporre un'opera sul seguente quesito: « *Welche Rechtssätze des internationalen Privatrechts eignen sich zur Aufnahme in das künftige bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich?* ». Lo scritto presentato al concorso, con cui vinse il premio, fu inviato al presidente della *Zweite Kommission* alla fine di febbraio del 1895, e poté dunque essere tenuto presente dalle sedi legislative « ufficiali » (che deliberarono in materia di d.i.p. nel marzo di quell'anno: v. *supra*, para. 22 s.), e quasi certamente non solo da quelle. Esso fu poi riveduto e pubblicato a Berlino nel 1896. Se è vero che in alcuni punti Neumann precorre certo unilateralismo successivo, in particolare di Francescakis (cfr. GOTHOT, *Le renouveau*, p. 435), gli stretti legami che egli intrattenne con gli ambienti culturali di fine Ottocento e la sua attiva partecipazione alle discussioni intorno all'*EGBGB* consigliano di ripercorrerne il pensiero in questa sede.

³⁵⁰ V. in particolare WIETHÖLTER, *Einseitige Kollisionsnormen*, p. 7.

re ai *propri* giudici circa la decisione di controversie a *loro* sottoposte³⁵¹. Il d.i.p. si fonda però, per sua natura, sul principio della « comunità giuridica internazionale », in virtù del quale le legislazioni dei diversi Stati hanno pari dignità e legittimità, sono insomma « equiordinate »³⁵². Nell'esercizio esclusivo della sua sovranità, ogni Stato è dunque portato *spontaneamente* ad aderire, almeno tendenzialmente, a questo « principio naturale », anche se non vi è regola sovranazionale che glielo imponga, e ciò fa perché una tale adesione gli consente di perseguire un obiettivo che intende, per conto suo ed anche al di là di ogni accordo interstatale, fare proprio³⁵³.

Neumann è, per questa via, condotto a precisare il suo concetto di *Natur der Sache*, la quale prescrive l'applicazione di quella o quelle leggi che consentono « *la conservazione dei diritti già esistenti ovvero acquisiti* »³⁵⁴ e esige, conseguentemente ed innanzitutto, che gli Stati, ispirandosi al « *principio del coordinamento fra ordinamenti* », procurino che l'*accertamento giudiziale del contenuto di un rapporto giuridico abbia luogo in modo indipendente dalla legislazione vigente nello Stato in cui tale accertamento avviene*. Il d.i.p. deve insomma essere congegnato in modo tale che il contenuto giuridico di « ogni fattispecie venga valutato sempre e soltanto sulla base di una medesima legge », ed in particolare « sulla base di quella legge cui era soggetto *al tempo della sua realizzazione* (*welches zur Zeit seiner Verwicklichung massgebend war*) ». Il che

³⁵¹ « Anderseits, kann auch in der Ausgestaltung des internationalen Privatrechts *kein Eingriff in eine fremde Souveränität gesehen werden*; es handelt sich lediglich um eine Anweisung an den eigenen Richter, in welcher Weise er gewisse, mit internationalen Beziehungen versehene Thatbestände, welche seiner Beurtheilung unterbreitet werden, zu beurtheilen hat ». Ogni questione relativa a « violazioni della sovranità » è dunque esclusa *d'emblée*. Identiche sul punto saranno le conclusioni di QUADRI, *Lezioni*, p. 245: v. *infra*, para. 120.

³⁵² Per designare tale principio, Neumann utilizza l'espressione *Natur der Sache*. Noi abbiamo preferito tradurre tale espressione per lo più con « principio naturale » (anche per quel che di vago ed incerto che la *Natur der Sache* o « natura della cosa » reca con sé): « naturale », cioè non giuridico, perché non si tratta di una regola *obbligatoria* per gli Stati; e « principio », perché esso è atto a fornire un criterio di disciplina, che è « giusto in sé », e che trae dalla sua giustizia la forza di attrazione e suscita l'adesione spontanea da parte dei popoli. Neumann ritiene di avere trovato un punto di *incontro* e di *conciliazione* fra le due opposte tesi allora dominanti circa la *natura* del d.i.p.: quella secondo cui esso deriva da un principio *giuridico* prescritto dal diritto delle genti (di cui vede in VON BAR, *Theorie und Praxis*, p. 4 s., 105 s., il principale rappresentante), e quell'altra secondo cui il d.i.p. è una parte del *diritto nazionale* (sostenuta in particolare da NIEMEYER, *Zur Methodik*, p. 31). Tale conciliazione ha luogo perché il principio naturale sovrastatale, pur non essendo propriamente giuridico, viene però naturalmente e spontaneamente incorporato da ogni Stato nella sua legislazione nazionale, e ciò nel libero esercizio della sua potestà legislativa.

³⁵³ Lo Stato, tuttavia, riafferma la sua piena indipendenza quando, in ragione dei suoi particolari obiettivi ovvero delle sue concezioni giuridiche ovvero ancora per motivi politici – quali la reciprocità – esclude l'applicazione del diritto straniero, pur eventualmente imposta dal « principio naturale ». Il che non fa altro che confermare l'assoluta libertà dello stesso.

³⁵⁴ « Die Regelung muss in dem Sinne geschehen, dass durch die Anwendung der gegebenen Normen auf den einzelnen Fall eine Änderung bestehender oder erworbener Rechte vermieden wird » (*op. cit.*, p. 24).

– aggiunge Neumann³⁵⁵ – comporta il rispetto delle aspettative delle parti, di ciò su cui queste ultime « hanno effettivamente fatto, o avrebbero potuto fare, ragionevole assegnamento »³⁵⁶.

50. Questo dunque il complesso programma del d.i.p. Ma come attuarlo? Se è vero che Neumann non abbandona il terreno delle norme bilaterali, ne riduce tuttavia in notevole misura la portata e imprime ad esse, dove le conserva, un orientamento nuovo.

Il legislatore, nel mentre che si appresta ad elaborare una disciplina di d.i.p., ammette implicitamente di non avere interesse all'applicazione della sua legge materiale a tutti i rapporti suscettibili di essere portati alla cognizione dei suoi giudici. Correlativamente, egli riconosce gli ordinamenti di altri Stati quali fonti di diritto « equiordinate » ed egualmente legittime. E « questo fatto rappresenta in assoluto il postulato primo di ogni sistema di d.i.p. ». Ora, però, questa stessa « auto-restrizione » non può a ben guardare non praticarsi anche... *riguardo alle stesse norme di d.i.p.*, che appunto sono anch'esse norme *nazionali*. Il rapporto che esiste fra le legislazioni di d.i.p. dei diversi Stati ha infatti esattamente la stessa natura di quello che intercede fra le diverse normative materiali. Anche di tali sistemi di d.i.p. nazionali deve conseguentemente essere riconosciuta la pari « legittimità » (*Gleichberechtigung*). Non vi è del resto alcun motivo perché il legislatore riguardi la messa in opera di questo comparto del suo diritto nazionale come *Selbstzweck*, perché sia interessato alla sua efficacia universale. Ne deriva che anche le norme di conflitto – ed anzi queste più ancora delle norme materiali, dal momento che il bisogno di esse nasce dal proposito di adeguarsi al « principio naturale » di cui si è detto – devono, se chi le pone non vuole cadere in una deplorabile contraddizione, avere vigore soltanto nei limiti in cui ciò è conforme al principio stesso.

Esclusa dunque l'operatività sempre e comunque delle norme di conflitto del foro, il legislatore farebbe bene – secondo l'autore – a dotarsi di *due serie di regole di d.i.p.*: quelle che indicano preliminarmente quale Stato è competente a designare la legge applicabile, e quelle che individuano la legge applicabile nei casi in cui il d.i.p. del foro è stato dalle prime designato come competente³⁵⁷. Ecco spiegato altresì l'unilateralismo di Neumann, il quale si palesa sul piano della scelta della legge materiale applicabile: non spetta al foro la determinazione sempre e comunque di quest'ultima, ma soltanto in alcuni casi, quelli più vicini al foro; negli altri, il legislatore deve adeguarsi alla designazione, quale che sia, effettuata dall'ordinamento straniero, che esprime il punto di vista proprio di quell'ordinamento. La « bilateralità », seppure in parte conservata, viene come « spostata »: essa non interessa più la designazione del diritto in definitiva

³⁵⁵ *Op. cit.*, p. 28.

³⁵⁶ Più oltre l'A. ritorna su questo punto: scopo del d.i.p. è quello di « rendere la decisione indipendente dalle circostanze fortuite che fondano la competenza del giudice », « eliminare o quanto meno ridurre l'influenza che il caso spiega sulla decisione resa dai propri giudici ».

³⁵⁷ L'A. la denomina effettivamente « Vorfrage » (*op. cit.*, p. 33).

applicabile, che si colora – come detto – di unilateralità, bensì, a monte, dell'ordinamento competente a compiere tale designazione³⁵⁸.

51. Potrebbe apparire ad un primo sguardo che il sistema di Neumann si risolva in una semplice « bilateralità con *rinvio* », seppure sotto diverse spoglie. Il che fa nascere la curiosità di conoscere l'atteggiamento che il nostro serbò rispetto alla questione, cui dedica in effetti – c'era da aspettarselo – una grande attenzione³⁵⁹.

Un'analisi della giurisprudenza tedesca, sia favorevole che contraria al rinvio, conduce ad affermare che, alla base del suo accoglimento, vi è l'aspirazione del giudice, la cui legge materiale non intende applicarsi alla fattispecie a lui sottoposta, ad uniformarsi (*sich im Einklang zu setzen*) a quella decisione che sarà o sarebbe pronunciata da parte delle autorità di quello Stato nel quale gli pare situata la sede del rapporto giuridico controverso. Ora – afferma Neumann – è chiaro che questa tensione verso l'uniformità delle decisioni non soltanto è senz'altro legittima, ma è addirittura « coesenziale » ad ogni disciplina del d.i.p.³⁶⁰ Tuttavia, precisa ancora, tale anelito non è da perseguire sempre, bensì soltanto nei casi che l'ordinamento interno avverte come « più vicini » ad un altro ordinamento che non a se stesso. Per converso, per quei casi che egli sente come « più legati a sé », « non spetta ad esso il farsi carico dell'aspirazione all'armonia delle soluzioni », ed uniformarsi alle decisioni che saranno o sarebbero rese all'estero. In questi casi, è piuttosto onere dei legislatori degli altri Stati di prescrivere ai propri giudici di adeguarsi alle soluzioni fornite dall'ordinamento tedesco.

Ciò considerato, Neumann è condotto a verificare la « tenuta » del suo sistema e rileva con soddisfazione che l'esigenza d'uniformità vi è già automaticamente soddisfatta, senza che l'interrogativo se o meno accettare il rinvio debba neppure porsi. Ma si tratta

³⁵⁸ Neumann si accorge che il suo sistema non è ancora perfetto: la disposizione che attribuisce il compito di risolvere il conflitto ad uno fra i diversi ordinamenti coinvolti non riesce ad escludere sempre l'influenza del foro sulla decisione, poiché la corrispondente norma di un altro Stato potrebbe affidare il medesimo compito ad un diverso ordinamento. Tuttavia, osserva l'autore, quanto meno il primo passo nella giusta direzione è compiuto: l'incidenza del fortuito è comunque ridotta qualora l'ordinamento del foro, riconoscendo che esso è coinvolto solo accidentalmente, si rimetta alle determinazioni di quel sistema che, in base ad un giudizio di ragionevolezza, appare avvinto alla fattispecie nel modo più intenso, e sulla cui operatività le parti hanno fatto o potuto fare assegnamento. Neumann vede inoltre una conferma delle proprie tesi nel progetto di Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile alla capacità di contrarre matrimonio, nonché nell'art. 2245 del progetto di *BGB* e dichiara infine non essere il suo sistema altro che la generalizzazione di quanto indicato nel para. 2 dello *Zürcher Gesetzbuch* del 1853 e nei para. 3 e 4 di quello del 1887, nonché dell'art. 7 del codice civile italiano riguardante diritti su cose mobili e l'art. 8 del codice civile del Canada inferiore concernente le obbligazioni contrattuali.

³⁵⁹ Cui l'autore dedica la seconda ed ultima *Vorbemerkung* prima di passare all'analisi delle disposizioni positive.

³⁶⁰ « (...) diesem Streben nach möglichster Gleichheit der Entscheidung ein berechtigter und bei Regelung des internationalen Privatrechts zu beachtender Kern innewohnt (...) » (*op. cit.*, p. 32).

– allora – di un sistema equivalente sostanzialmente a quello tradizionale? Nient'affatto: il suo – dichiara con orgoglio – è senz'altro preferibile perché, oltre ad evitare le difficoltà in cui ci si imbatte accogliendo il rinvio, presenta il vantaggio di ridurre appunto in modo programmatico, e non già casuale, l'incidenza del fortuito sulla decisione di una fattispecie portata alla cognizione dei giudici del foro, *garantendo una soluzione coincidente con quella che sarebbe data allo stesso dai giudici dello Stato estero*. E' appena il caso di rilevare – conclude – che il richiamo del d.i.p. straniero va inteso in senso globale, comprensivo cioè della soluzione data al problema del rinvio, perché ciò che è essenziale è che la decisione dei giudici del foro sia quella stessa che al caso darebbero i giudici stranieri³⁶¹.

52. Le conclusioni formulate da Neumann rivelano secondo noi tanta saggezza e lungimiranza, che ci permettiamo di riportarle qui con una certa estensione. Il fine del d.i.p. è quello di procurare che la decisione delle fattispecie internazionali sia resa, almeno tendenzialmente, sulla base della *medesima legge* quali che siano i giudici cui la questione venga in concreto sottoposta. In questo modo, l'influenza di fattori fortuiti od estrinseci – quali quelli che fondano la giurisdizione – ne risulta eliminata o quanto meno ridotta. Perché si realizzi tale situazione ottimale è – a ben guardare – sufficiente che si addivenga ad una convenzione internazionale sui principi secondo i quali determinare quale sistema di d.i.p. è competente, cioè sulla *prima* serie di regole di d.i.p. proposte dall'autore. Un tale accordo *dovrebbe essere più facile da conseguire rispetto a un accordo sulle norme di conflitto vere e proprie*, la cui omogeneizzazione non è infatti pensabile. Le divergenze che si riscontrano in questo campo riposano su ragioni profonde, non già accidentali od arbitrarie. Esse dipendono dalla particolare fisionomia di ciascun ordinamento, la quale a sua volta è espressa dalla sua costituzione politica, dal suo credo religioso, dalle radicate abitudini dei suoi cittadini, dalle sue tendenze all'apertura o alla chiusura internazionale, al cosmopolitismo o all'isolamento; ed ancora dal vario spessore spirituale, morale e sociale delle collettività umane, dal più ridotto o più vasto sviluppo del commercio internazionale, e così via. « Le diverse nazioni rimangono

³⁶¹ Nel sistema di Neumann, dunque, il problema del rinvio non si pone per quei casi in cui è competente un d.i.p. straniero. Che ne è di quelli regolati dal d.i.p. interno? Questi sono per Neumann – lo si è visto – quelli in cui il legislatore tedesco rivendica per sé il compito di designare la legge applicabile, selezionando vuoi la legge tedesca, vuoi una legge straniera. Ebbene, secondo Neumann, in questi casi non spetta all'ordinamento tedesco preoccuparsi del raggiungimento dell'armonia delle soluzioni. Cade per ciò stesso la giustificazione per lo più data al rinvio, il quale non dovrà qui accogliersi. Nell'ipotesi di un contratto stipulato in Germania, che abbia fatto sorgere un'obbligazione da adempiersi da parte di un debitore tedesco domiciliato in Italia, se 1) il legislatore tedesco considera competente a determinare il diritto applicabile l'*ordinamento* nel cui territorio si è *concluso* il contratto, cioè la Germania; e 2) la legislazione di d.i.p. tedesca adotta sul punto, come criterio di designazione della legge applicabile, il luogo di domicilio dell'obbligato, cioè l'Italia, non vi è ragione – conclude Neumann – di deflettere dall'opinione che il legislatore tedesco ha fatto propria della *Natur der Sache*, applicando la legge materiale tedesca, soltanto perché l'Italia utilizza il criterio di collegamento del luogo di conclusione del contratto.

tenacemente attaccate alle proprie peculiarità ». Una di queste è anche il diritto internazionale privato. « L'uniformità di soluzioni potrà dunque raggiungersi soltanto attraverso un rispetto del principio del *suum cuique tribuere* anche in questa branca del diritto ».

§ II. – Sistemazione delle idee dei primi unilateralisti

SOMMARIO: – 53. La constatazione di una limitazione della sfera d'applicazione delle leggi del foro. – 54. Le ragioni alla base di tale limitazione: ragioni interstatuali e ragioni interindividuali. – 55. Due parti della norma unilaterale. La ricerca dell'armonia quale obiettivo della porzione estroversa. – 56. I conflitti positivi e negativi. Prime proposte di soluzione. – 57. Unilateralismo e rinvio nelle riflessioni dei primi unilateralisti.

53. Prima di studiare le critiche rivolte alle dottrine sopra illustrate, crediamo utile far qui una sorta di « punto » su questa prima fase del pensiero che ci occupa, fissandone i postulati e riunendone ed organizzandone le istanze e le aspirazioni. Renderemo dunque rapidamente conto del modo con cui l'esigenza di una disciplina di d.i.p. viene avvertita dai nostri autori; delle ragioni profonde che essi scorgono alla radice di tale esigenza; dell'analisi della struttura della norma di d.i.p. da essi condotta alla luce di tali obiettivi; dei rapporti intrattenuti dall'unilateralità con il rinvio; infine, delle prime riflessioni svolte in materia di conflitti positivi e negativi.

L'impulso primo che avvia la meditazione dei nostri autori proviene da un dato dell'esperienza positiva, anzi da un fatto: il fatto cioè che ogni legislatore non impone ai propri giudici l'applicazione universale della sua legge ma sente il bisogno di circoscriverla entro determinati confini. Non è tanto che egli *non possa* orientare i propri organi di giustizia al perseguimento di tale universalità. Ma piuttosto che *non lo fa*.

Questo restringere la sfera di applicazione delle sue leggi si palesa agli occhi dei nostri autori innanzitutto quale frutto di una vera e propria scelta del legislatore interno: scelta pienamente libera e cosciente, « autonoma » per così dire e non già « eteronoma », che viene dall'interno e come dall'intimo di ciascun ordinamento, e non già imposta da potestà operanti all'infuori di esso. Poiché il legislatore interno ciò fa perché vuole, egli persegue innanzitutto, così facendo, i propri interessi. Interessi che potremmo pure definire – e che i nostri autori pure talora definiscono – nazionali³⁶². E' bene insistere su

³⁶² I nostri autori insomma non negano, ed anzi a più riprese ammettono, che è il legislatore interno a volere che, per la disciplina di certe fattispecie, si abbia riguardo ad una legge straniera. Soprattutto, essi si guardano dal dichiarare che l'obbligo per il giudice del foro di applicare il diritto di un altro Stato derivi dalla « volontà normatrice » del legislatore straniero la cui legge è applicata. I primi unilateralisti non parlano, a proposito della fonte di « giuridicità » nel foro della legge straniera, né di un dovere imposto dal diritto delle genti, né tanto meno di una sorta di « benevolenza » nei confronti

questo punto, perché esso – come stiamo per vedere – ha purtroppo dato luogo a grandi malintesi.

Preso atto di questa volontaria « auto-limitazione », essi si sforzano di esplorarne le radici profonde. Dire che tale auto-limitazione corrisponde alla volontà del legislatore interno, è dire cosa giusta ma è dire ancora poco. Di ben altra utilità ed interesse è conoscere il fine verso cui questa volontà si orienta. La volontà non si esercita nel vuoto ma si dirige verso uno scopo, anche quando essa si risolve in puro arbitrio (quando cioè lo scopo avuto di mira non coincide con quello per cui il « potere di volere », cioè di decidere, fu conferito). Ora, la conoscenza di tale scopo è tanto meno immediata quanto più la scelta di cui si è detto, ed in cui tale volontà si esprime, non è frutto di lucido calcolo, bensì è spontanea e come istintiva. L'istinto è talvolta mosso da ragioni che la ragione ha difficoltà a penetrare. Donde il bisogno di disvelare tali ragioni. Donde quel lavoro di introspezione, d'indagine nei propositi e – per dir così – nei moti primordiali che spingono il legislatore al d.i.p., che si avverte in tanti, o quanto meno in alcuni, degli autori studiati. La ricerca di tali ragioni non è per i nostri autori un fine in sé, ma è a sua volta la tappa verso un traguardo ulteriore: la messa a punto di una disciplina che sia in *accordo immediato* con questo « moto » primo, con l'esigenza profonda di cui si è detto; che vi aderisca fedelmente, la soddisfi in modo pieno, le dia risalto, ne colga le sfumature.

54. Da dove viene dunque questo primo « impulso » al rispetto della legge straniera? La risposta che danno i nostri autori è, o meglio sembra essere, articolata – e situarsi – su due piani diversi: quello *interstatale* e quello *interindividuale*. Sul piano interstatale si afferma che scopo del d.i.p. è il riconoscimento da parte del foro degli altri ordinamenti come provvisti di « eguale legittimità » (*Gleichberechtigung*), ovvero la reciproca, armoniosa interpenetrazione delle leggi coinvolte (*harmonisches Ineingreifen*), ovvero ancora il « coordinamento delle legislazioni », delle loro aree di applicazione internazionale. Sul piano interindividuale, si indicano volta a volta la riduzione dell'influenza della scelta del foro sulla decisione delle controversie, l'armonia internazionale delle soluzioni, il rispetto delle legittime aspettative delle parti, la salvaguardia dei diritti soggettivi esistenti, il mantenimento della pace interindividuale, la promozione del traffico giuridico internazionale.

Non pare tuttavia che i nostri autori vedano una reale contrapposizione, o addirittura un'incompatibilità, fra i diversi obiettivi cui si richiamano. Non di rado i primi unilateralisti ne sposano più d'uno, senza peraltro ordinarli con precisione ma indicandoli un po' alla rinfusa, quasi fossero equivalenti o quanto meno coordinati fra loro. Spesso, non pare anzi neppure che essi vi scorgano una reale diversità. L'armonia internazionale

degli altri Stati, quasi a voler rendere loro un servizio. Tale problema li tormenta ben poco. L'interrogativo donde attinga il legislatore il potere di stabilire delle « leggi interne in materia internazionale » non li sfiora se non di passata.

delle soluzioni rende impermeabile la decisione dalla scelta del foro. Tale armonia non può però realizzarsi se, a monte, non si riconoscono gli ordinamenti stranieri quali « egualmente legittimi » rispetto a quello interno. Essa assicura inoltre la certezza del diritto e la prevedibilità delle decisioni. La quale certezza e la quale prevedibilità consentono il rispetto dei diritti esistenti (*bestehend*) o acquisiti (*erworben*). Il che conduce a sua volta al soddisfacimento delle legittime previsioni delle parti. Ciò che favorisce la « pace interindividuale » e dunque alla facilitazione del commercio giuridico transfrontaliero.

Vogliamo qui porre in rilievo un ultimo aspetto, che ci pare scolpire come « epigraficamente » buona parte di quanto siamo venuti dicendo sin qui. Si tratta del singolarissimo concetto che Neumann ebbe della *Natur der Sache*, nozione vessata e pur ciclicamente rinascite nelle riflessioni sul d.i.p., anche se con significati appunto talora lontani l'uno dall'altro. Ebbene, se vi è davvero una *Natur der Sache* che governa il d.i.p., essa, opina il nostro autore, non può risiedere nella fissazione della *sede* di un rapporto giuridico, perché la sede di tale rapporto può essere diversamente situata a seconda del punto di vista del legislatore che si accinge a determinarla. Vi può cioè non essere una sede *naturale*, proprio come non vi è una disciplina materiale *naturale*. Tale *Natur der Sache*, se si vuole mantenerne e renderne feconda la nozione, si risolve semplicemente nell'aspirazione primigenia e appunto « naturale » all'uniformità delle soluzioni, alla stabilità dei rapporti giuridici, al rispetto dei diritti legittimamente acquisiti.

Questa dunque grosso modo la sostanza del primo pensiero unilateralista riguardo alla genesi dell'esigenza di un d.i.p. e agli obiettivi cui una sua disciplina deve mirare.

55. L'attenzione si sposta ora sullo *strumento* consegnato dalla tradizione per disciplinare il d.i.p., la norma di conflitto *bilaterale*, e sulla sua congruità rispetto agli obiettivi indicati. I nostri autori cominciano con l'individuare in tale norma *due* parti ben distinte, ciascuna avente una propria funzione. La prima ha per compito la delimitazione dell'ambito di efficacia del diritto interno. Ogni legislatore non solo *può* ma *deve* fissare i confini spaziali della sua legge materiale³⁶³. Alcuni autori si spingono a dire che tale norma di delimitazione, una volta dettata, diviene componente essenziale delle norme interne, fa tutt'uno con esse, ne è inseparabile, è la « formula imperativa » che fa di esse altrettanti comandi giuridici vincolanti. Mai si revoca in dubbio il carattere di diritto interno o nazionale di questa norma di delimitazione. I problemi che la norma bilaterale suscita, e la conseguente critica all'impostazione tradizionale che ne scaturisce, hanno

³⁶³ Anche qui, non si tratta però di un dovere in senso « assoluto », imposto da un'autorità esterna al legislatore stesso: deve se vuole realizzare gli obiettivi che lui stesso si è fissato. Poiché insomma il legislatore ha spontaneamente accertato di non avere interesse all'universale applicazione della sua legge, allora deve, se vuole rimanere fedele al suo impulso primo, indicare le fattispecie che intende riservare ad essa. Questa prima « porzione » della norma bilaterale, che delimita la sfera di applicazione delle norme interne, è dunque perfettamente in armonia con gli obiettivi di cui si è detto.

piuttosto il secondo versante, quello che designa una legge straniera *determinata*, e ciò fa a mezzo dello stesso criterio utilizzato per la delimitazione della sfera di efficacia di quella interna.

Stupisce innanzitutto che von Bar, in esito ad un laborioso travaglio sul d.i.p. durato quasi quarant'anni, affermi che, a ben guardare, il legislatore *può* fare a meno di indicare una legge straniera precisa, senza perciò venire meno al suo ufficio; che egli concluda candidamente che tale designazione non è dunque *necessaria*, e che, anzi, essa non è neanche *opportuna*, perché non risponde direttamente e immediatamente agli obiettivi del d.i.p.; ed è anzi logicamente e teoricamente, e spesso anche praticamente, in contrasto con essi. E' vero che altri autori, prima e dopo von Bar, dichiarano perentoriamente che il legislatore *deve* astenersi da questa designazione, che il legislatore *non ha competenza* per effettuarla da sé. Ma non si tratta di un dovere in senso « assoluto », ma di un dovere imposto dalla coerenza con gli obiettivi della disciplina di d.i.p.: *deve*, se vuole raggiungere lo scopo, se vuole cioè rimanere fedele a sé stesso, se vuole serbarsi aderente al « primo impulso » che l'ha condotto a rinunciare all'universalità.

E' questa la corretta interpretazione del primo pensiero unilateralista. Si consideri d'altra parte il contesto in cui i nostri autori condannano gli *Eingriffe* provocati dalla bilateralità, e soprattutto l'oggetto di tali *Eingriffe*. Non si tratta innanzitutto di « violazioni » od « attentati », ma di semplici « intromissioni », né per lo più di violazioni od attentati alla *sovranità* degli altri Stati. Neumann, scrivendo probabilmente ancor prima di Schnell, sgombra il campo da questa possibile ambiguità: ogni problema di sovranità esula dal d.i.p. Per Schnell si tratta piuttosto di intromissioni « nella sfera di dominio delle leggi straniere » che il legislatore del foro ha liberamente proclamato di riconoscere e rispettare: ciò che Schnell condanna è in altre parole il fatto che il legislatore del foro disconosce e disattende ciò che pur intimamente vuole riconoscere e rispettare. Ancora più esplicito sul punto Enneccerus: la designazione della legge straniera conduce ad *Eingriffe* nella « continuità della vita giuridica dei cittadini », provocando una « rottura » della pace interindividuale internazionale: continuità e pace internazionale in cui egli vede l'obiettivo primo del d.i.p.

Che fare dunque delle fattispecie che esorbitano dalla sfera di applicazione della legge del foro? Una volta che il legislatore interno abbia fissato la sfera di applicazione delle proprie leggi materiali, per tutto ciò che è al di fuori di essa, la tensione verso l'armonia delle soluzioni, cioè verso il rispetto dei diritti legittimamente acquisiti, cioè verso la salvaguardia della pace interindividuale, cioè verso la promozione del traffico giuridico internazionale, deve coerentemente divenire il criterio unico ed immediato di disciplina. Se è vero che, per quelle fattispecie per le quali vanta un interesse ad estendere il dominio della propria legge, il foro non può farsi carico dell'armonia internazionale delle soluzioni se non in modo indiretto, attraverso l'impiego di un criterio di delimitazione paritario al fine di non rendere tale armonia impossibile *ab initio*; nelle fattispecie che ricadono al di là di tale ambito, i ruoli sono invertiti, ed il foro ben potrà farsi direttamente

carico del coordinamento e di tutti i benefici che ne derivano. Anche qui, non perché debba, ma perché vuole.

Ora, la ricerca di tale armonia comporta in questi casi, a ben guardare, un semplice *armonizzarsi* (« sich im Einklang setzen »), con la decisione che sarebbe pronunciata dai giudici stranieri. Come si fa del resto a perseguire l'« armonia internazionale delle decisioni » sistematicamente disinteressandosi appunto di *quali* decisioni sarebbero rese all'estero? Ciò comporta, certo, che vi possano essere fattispecie per le quali più Stati affermano la giurisdizione dei propri giudici ed ai quali ciascuno prescrive di applicare la propria legge interna. In tali casi, un'armonia assoluta è, quanto meno a tutta prima, impossibile, e si dovrà dunque scegliere, da parte del foro, se adattarsi alla legge dell'uno o dell'altro Stato (o meglio: alla decisione che sarà assunta dai tribunali dell'uno o dell'altro), in questo modo realizzando comunque un'armonia parziale. Ma si possono dare pure casi in cui uno Stato, e uno solo, comanda ai propri giudici di applicare la propria legge, sicché in questi casi gli altri ordinamenti non hanno che da adattarsi. Vi è dunque, in questi casi, un'« armonia internazionale » spontanea. E perché rompere tale armonia, quando l'obiettivo è proprio quello... di perseguirla? Tale situazione di accordo, di armonia, è qui già bell'e pronta. Si tratta semplicemente, per tutti gli ordinamenti di accoglierla e darvi corso presso di sé.

D'altra parte, i nostri autori hanno pure ben individuato una conseguenza assai singolare implicita nel sistema tradizionale, che sarà di lì a poco pure messa ben in luce, non senza una certa meraviglia, da taluno dei loro avversari. Applicare una norma straniera senza preoccuparsi se essa sia o meno, nelle intenzioni del legislatore che ne reca la paternità, destinata proprio a quella fattispecie cui il foro intende applicarla, senza preoccuparsi cioè se o meno i giudici dell'ordinamento di cui la norma fa parte l'applicherebbero a loro volta, è come creare ed applicare una norma *interna*, speciale fin che si vuole, ma pur sempre interna. Il legislatore abbandona dunque l'auto-limitazione verso cui si era sentito naturalmente sospinto e torna a perseguire quell'universalità di disciplina da cui pure era d'istinto rifuggito, a dettare cioè norme materiali per tutte le fattispecie sottoposte ai suoi tribunali. E ciò suscita sicure riserve: non perché non possa farlo, ma perché, a parte il contrasto con la lettera della norma di conflitto, che parla di legge straniera, ciò non pare ancora una volta coerente con il programma del d.i.p. che il legislatore intende attuare.

56. A seguire con coerenza l'unilateralità è possibile che, in ordine a certe fattispecie, due o più ordinamenti si dichiarino competenti e che, rispetto a certe altre, non ve ne sia alcuno che intenda, stando alle norme di delimitazione, applicare la propria legge. Sono i conflitti *positivi* e *negativi*. L'unilateralità isola programmaticamente i casi di *wirkliche Kollisionen*, in cui cioè, se gli ordinamenti coinvolti non compiono – insieme o ciascuno per sé – un ulteriore sforzo di coordinamento, l'uniformità è impedita. La riflessione su tali conflitti versa ancora, presso i primi unilateralisti, in uno stadio embrionale. Per lo più si lascia intendere che i giudici saranno portati naturalmente a privilegiare quella legge straniera che delimita la sua sfera d'applicazione mediante lo stesso criterio scelto

dal foro per delimitare la propria. Nondimeno, presso alcuni di essi, è possibile scorgere qualche suggestione che va in senso diverso, ed anticipa alcune proposte dell'unilateralismo successivo.

Quanto ai conflitti positivi, Thöl ha osservato, anche se soltanto di sfuggita, che, da un'analisi particolare del caso concreto e dello scopo della disciplina materiale apprestata dalle leggi in conflitto, potrebbe risultare che una di esse sia in realtà « disposta a cedere all'altra »: non già per rendere ad essa un servizio, ma perché è nell'*interesse* dell'un Stato in conflitto mettere in questi casi da parte la propria legge e riconoscere ed adattarsi a quella dell'altro. Questo studio del contenuto delle norme in conflitto, o meglio, per utilizzare una fraseologia successiva, delle conseguenze che una loro applicazione (o non applicazione) reca con sé nel caso concreto, al fine di risolvere un conflitto positivo, sarà teorizzato da alcuni autori, specie americani. La posizione più interessante è nondimeno quella di Schnell. Se il collegamento scelto dal foro può servire da guida, da punto di partenza, non è detto che debba privilegiarsi sistematicamente. E' infatti lo stesso Schnell a fornire alcuni esempi di *conflitti positivi* fra la legge tedesca e la legge straniera in cui è *la legge tedesca del foro, pur in principio applicabile, che a suo avviso potrebbe cedere a quella straniera, cioè rinunciare ad applicarsi effettivamente*. E ciò proprio in nome della garanzia dell'integrità della vita giuridica interindividuale, e dunque della promozione della sicurezza del traffico giuridico attraverso le frontiere, che appunto spingono al ricorso ad una legge straniera. Schnell è stato dunque, probabilmente, il primo autore a proporre ad uno Stato di risolvere un conflitto positivo rinunciando all'applicabilità della propria legge. Bisognerà attendere l'unilateralismo americano perché sia riaffermata con chiarezza una simile idea.

Quanto ai conflitti negativi, essi hanno ricevuto un'attenzione minore da parte dei nostri autori. La ragione è probabilmente che, come osserva Keidel, qui non si tratta più di riconoscere e rispettare un ordinamento straniero, perché non ce n'è nessuno che avanza una pretesa assoluta di applicazione. La soluzione suggerita consiste nell'applicare la legge del foro, quale competenza « suppletiva ». Il che è, secondo Keidel, quanto dispongono quelle norme che, come l'art. 27 dell'*EGBGB*, sembrano ammettere « il rinvio indietro », in realtà limitandosi a riaffermare la competenza appunto « sussidiaria » della legge del foro, nel caso di conflitti negativi.

Al di là di questi rilievi, ci preme dare risalto ad un'osservazione, che ci pare capitale, formulata da Enneccerus e Neumann. E' più facile che gli Stati addivengano ad una convenzione internazionale sulle modalità di soluzione dei conflitti positivi e negativi che non sui criteri di delimitazione della sfera di efficacia delle loro leggi interne. Nei casi di cumulo e lacuna, gli obiettivi del d.i.p. sono capaci di suggerire direttamente soluzioni che dovrebbero essere accettabili per tutti i Paesi coinvolti, proprio perché le esigenze alla base del d.i.p. sono dappertutto le stesse. All'opposto, i criteri di delimitazione spaziale delle leggi interne sono dettati da fattori storici, politici, religiosi, geografici, di costume, quegli stessi fattori cioè che stanno alla base del diverso contenuto materiale dei loro ordinamenti, e cui gli Stati non sono disposti a rinunciare, perché ciò significherebbe

rebbe rinunciare ad una parte della loro identità, né d'altra parte vi è ragione sufficiente perché lo facciano.

57. Il che conduce naturalmente ai rapporti fra la dottrina unilaterale e rinvio. I nostri autori constatano innanzitutto che, al di là delle spiegazioni tecniche assai difettose che per lo più se ne dà, l'impulso che ha tratto i tribunali ad accogliere il rinvio è identico a quello che, secondo il loro sentire, sta alla base del d.i.p.: quello cioè di ricercare, per quelle fattispecie per le quali il legislatore del foro non ha interesse all'applicazione della propria legge, l'armonia delle soluzioni, limitandosi dunque ad *adattarsi* alle soluzioni che tali fattispecie riceverebbero da parte dei giudici di altri Stati. Indiscutibili i benefici del rinvio, altrettanto certo è che, dal punto di vista teorico, tale meccanismo non si riesca a giustificare se si rimane all'interno del sistema tradizionale. L'unilateralismo, invece, facendosi carico diretto dell'armonia delle soluzioni, consente di conseguire i vantaggi in modo immediato, coerente, senza dovere deflettere dai suoi postulati primi e senza imbattersi dunque nelle aporie logiche e teoriche che il rinvio suscita in seno alla bilateralità. Il sistema tradizionale – rilevano i nostri autori – s'involge infatti in grave contraddizione, perché da un lato stabilisce che ogni Stato ha il dovere di designare direttamente la legge applicabile, e dall'altro finisce, accogliendo il rinvio, per abbandonare tale designazione ad uno Stato estero. Il rinvio è dunque per i nostri autori, « sintomo » di una patologica insufficienza del sistema bilaterale, o, se si preferisce, vero e proprio *deus ex machina*, che consente di ovviare agli inconvenienti della norma bilaterale, non già correggendone, bensì capovolgendone gli esiti, un curioso stragemma buono a rispondere alla vere istanze del d.i.p., ma che ad uno sguardo attento rivela per ciò stesso, per contrasto, quanto sia inetta a soddisfarle l'impostazione bilaterale « pura »³⁶⁴.

³⁶⁴ Cfr. FRANCESKAKIS, *Compte rendu de LEWALD, Renvoi Revisited?*, in *La pensée des autres*, p. 99: « Le mot en lui-même d'expédient suggère une carence des moyens normaux du droit ».

Sezione III

Le critiche al primo unilateralismo

SOMMARIO: – 58. Considerazioni preliminari. Germania e Italia come centri principali del dibattito. – 59. Franz Kahn. L'esclusività della « volontà » del legislatore interno. L'avversione per il rinvio, concepito quale incarnazione della tesi unilaterale. – 60. Theodor Niemeyer. La delimitazione della sfera di efficacia delle norme interne. – 61. (segue): Dure critiche alle lacune dell'*EGBGB* e rifiuto dell'idea unilaterale per l'incertezza ed incoerenza che questa comporta. – 62. Dionisio Anzilotti. La visione « internazionalista » in *Studi critici*. La visione « nazionalistica » dell'ultimo Anzilotti. – 63. Giulio Cesare Buzzati e l'insistenza sulla « legittimità » della designazione della legge straniera. Ammissione *de lege ferenda* della disapplicazione della norma di conflitto del foro. – 64. Enrico Catellani: critica del rinvio e dell'« abdicazione » ad una volontà straniera implicita nella dottrina di Schnell. Possibilità di « disattivazione » della regola di d.i.p. del foro. – 65. Giuseppe Ottolenghi e la critica del rispetto della « volontà di applicazione ». Svolgimento delle conseguenze ultime implicite nel bilateralismo. Esigenza di un ripensamento globale.

58. Esposte le prime dottrine unilaterali ed estratto, organizzato e concentrato il loro nucleo di novità, muoviamo ora finalmente ad esaminare le reazioni che esse provocarono. A questo stadio dell'indagine, ci soffermeremo tuttavia soltanto sulle « repliche » formulate dagli autori coevi, o tutt'al più da quelli che, anche se poco più tardi, si mossero – diciamo così – nello stesso contesto di pensiero. Si tratta, pressoché invariabilmente, di atteggiamenti di condanna radicale. Anche in virtù dell'autorità indiscutibile degli scrittori da cui provennero, tali critiche spiegarono poi un'influenza massiccia, ove più ove meno consapevole, sulla dottrina europea successiva che ebbe a tornare sul tema.

Le aree culturali più attente alle nuove proposte, e in cui si manifestano infatti le prime ferme opposizioni, sono essenzialmente due: la Germania, dove, come si è visto, tali proposte erano germogliate, ed è dunque in tutto naturale che un certo dibattito avesse a fiorire su di esse; e l'Italia, e ciò grazie alla vigile, meritoria attenzione portata da alcuni scrittori, primo fra tutti Dionisio Anzilotti, all'opera legislativa tedesca ed al corredo di riflessioni che essa recò con sé. In Germania, dunque, presero posizione *ex professo* contro le dottrine esaminate Kahn e Niemeyer; in Italia, oltre ad Anzilotti, Buzzati, Catellani, e, qualche tempo dopo, Ottolenghi e Cavaglieri. Attesa la vicinanza storica di questi autori rispetto ai primi unilateralisti, nonché la temperie culturale e politica che li accomuna, è dunque ad essi che si deve l'esame più esteso – o meno superficiale – delle nuove idee. Gli studiosi successivi, quelli fra gli anni trenta e cinquanta, si sono occupati di queste in modo alquanto fuggitivo, per lo più – come si è detto – allineandosi agli strali polemici rivolti dai primi antagonisti. I pochi autori di questo secondo periodo che si sono provati in un'analisi più minuta hanno assunto a paradigma dell'unilateralismo

quello di seconda generazione. Più opportuno dunque pare considerarne le riserve più oltre, una volta esaminata questa ulteriore « ondata » di adesioni all'idea unilaterale.

Si avverta sin d'ora che i primi oppositori hanno per lo più preso di mira le tesi di Julius Schnell, per altro a loro note nella versione alquanto ridotta apparsa sulla rivista di Böhm e Niemeyer. Da un lato, forse, attaccando la dottrina unilaterale nella veste originaria data dal suo promotore, si è come ritenuto di scalzare tutta la costruzione, travolgendone anche le variegate ramificazioni impresses dai suoi altri partigiani. Dall'altro, e soprattutto, uno sguardo alla letteratura del tempo mostra che l'unilateralismo professato da alcuni autori – quali von Bar, Enneccerus e Keidel – passò quasi del tutto inosservato.

A. – La critica tedesca: Kahn e Niemeyer

59. Il primo risoluto, influente avversario della « volontà di applicazione » quale criterio di determinazione della legge applicabile fu Franz Kahn³⁶⁵. L'analisi da lui condotta al riguardo, che ritorna in ben tre dei suoi grandi lavori dedicati al d.i.p. ed è fra le più estese, ha volta a volta ad oggetto le idee di Thöl, Schnell e von Bar, e si appunta sia sui fondamenti teorici di esse, sia sui risultati pratici che ne scaturiscono³⁶⁶.

³⁶⁵ Per un efficace ritratto della personalità scientifica di Franz Michael Kahn (1861-1904), v. già il *Nachruf* di Zitelmann, *ZiP*, 1905, p. 1 s., che tanto piacque a O. LENEL (*Abhandlungen*, I. Band, XIII s. citato alla nota seguente), cognato di Kahn, e mezzo secolo dopo, il saggio di EVRIGENIS, *Les classiques du droit international privé: Franz Kahn, Internationales Recht und Diplomatie*, 1957, p. 301 s. Per notizie bibliografiche, v. la *Dissertation* di LAMBERG, *Die Kollisionsrechtliche Lehre von Franz Kahn (1861-1904)*, Göttingen, 1975.

³⁶⁶ Tutti e tre apparsi in origine agli *Jahrbücher* di Ihering: si tratta di *Gesetzeskollisionen*, 1891, p. 1-143; *Der Grundsatz der Rückverweisung im deutschen BGB und auf dem Haager Kongress für internationales Privatrecht*, 1896, p. 366-408; *Über Inhalt, Natur u. Methode des internationalen Privatrechts*, 1899 p. 1-87. I citati lavori sono stati ripubblicati nel 1928 nell'*Erster Band* delle *Abhandlungen* (rispettivamente alle p. 1-121, p. 124-159, p. 253-325). Si tratta – come è noto – di una raccolta postuma (in due volumi) comprensiva di pressoché tutti gli scritti dell'autore in materia di d.i.p., curata da O. LENEL (che l'arricchì di un bel *Vorwort*, p. XIII s.) e H. LEWALD, raccolta resa possibile grazie al sostegno finanziario di due dei sette fratelli di Kahn, fra cui probabilmente Otto Hermann Kahn, munifico uomo d'affari di New York (v. LAMBERG, p. XXXV, che rinvia a BLACK, *Who's Who*, Vol. 3, 1929-1940, 1947, p. 731). Lo *Zweiter Band* è invece pressoché interamente occupato da un lungo studio sulla Conferenza dell'Aja (*Die dritte Haager Staatenkonferenz für internationales Privatrecht*), apparso « a puntate », fra il 1903 e il 1905, nella *ZiP* diretta da Theodor Niemeyer. A quest'ultimo Kahn, scomparso appena 43enne, legò i circa 4000 volumi della sua biblioteca personale, che arricchiscono oggi il venerando *Institut für Internationales Recht* dell'Università di Kiel, il più antico di tutta la Germania, fondato nel 1914 appunto dal Niemeyer, che a Kiel aveva insegnato sin dal 1894 (v. la « notice nécrologique » di GUTZWILLER, *AIDI*, 1950, p. 489-491).

Già nel suo primo denso studio del 1891, presentato quale « contributo alla teoria del diritto internazionale privato »³⁶⁷, Kahn avverte il bisogno di affrontare la dottrina di Thöl per segnalare l'erroneità. Se davvero – ragiona l'autore – compito del giudice è individuare quali norme giuridiche *vogliono* regolare un determinato rapporto, in numerosi casi, quelli cioè di *negativer Konflikt*, in cui nessuna legge intende applicarsi, la sola conclusione davvero coerente con tali premesse, ma in evidente contrasto con ogni sano sentimento della giustizia, è che, sussistendo una « lacuna assoluta », non potrà applicarsi norma alcuna. La concezione combattuta – rileva Kahn – riposa inoltre sulla convinzione che uno Stato dà efficacia al diritto di altri Stati per *comitas*, per benevolenza nei loro riguardi, attendendosi di ricevere da essi il reciproco. Si tratta però di una teoria ormai superata: è da tempo acclarato che « noi applichiamo il diritto straniero perché risponde alla nostra visione della giustizia, perché riteniamo che un rapporto giuridico

³⁶⁷ *Gesetzeskollisionen. Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts* (spec. p. 107 s.), cui l'A. lavorò di rientro da un soggiorno di alcuni mesi trascorso a Londra e Parigi, che ne influenzò profondamente l'attività scientifica (LAMBERG, p. XXV, ZITELMANN, p. 3, LENEL, p. XIII). L'interesse di Kahn per il d.i.p. è successivo al conseguimento del titolo di *Doktor* (ottenuto nel 1883 con una tesi sulla *Geschichte des römischen Frauen-Erbrechts*, che gli valse i vivissimi complimenti di Bernhard Windscheid) e risale al 1886, anno in cui egli pubblicò, negli *Annalen der badischen Gerichte* (Bd. 52, p. 170-175), un breve articolo dal titolo *Das örtliche Anwendungsgebiet des badischen Alimentengesetzes vom 21. Februar 1851*. Tale studio, rimasto pressoché ignoto alla generalità del pubblico, e di cui LAMBERG, p. 1-2 fornisce una breve sintesi, ci pare di grande interesse per due motivi. Innanzitutto perché il giovane Kahn vi accosta il pensiero di Savigny e di Thöl, le cui rispettive tesi si distinguerebbero « soltanto per ragioni *formali* ». Esse sono, sostiene l'A., da respingersi entrambe in quanto conducono, l'una e l'altra, a difficoltà insolubili: a Savigny Kahn obietta infatti che la « sede del rapporto giuridico » potrebbe essere diversa da un ordinamento all'altro; a Thöl che gli ordinamenti coinvolti potrebbero « non avere la stessa volontà ». Di qui il formarsi nel giovane Kahn di quella convinzione che gli sarà poi di guida costante: « ogni questione di diritto internazionale privato è una questione di *interpretazione dell'ordinamento interno* ». Il secondo elemento meritevole di nota – che è peraltro, a ben guardare, in *contrasto* almeno parziale con la conclusione appena riferita – è l'adozione da parte dell'A. di una prospettiva eminentemente *unilaterale* nella delimitazione della sfera di applicazione spaziale della legge badese in materia alimentare. Poiché – ragiona Kahn – le leggi emanate dagli altri Stati in tale materia potrebbero non perseguire gli stessi obiettivi di quella badese, e « poiché non è possibile presumere che il nostro legislatore abbia inteso attribuire ai diritti stranieri lo stesso punto di vista del legislatore interno *contro la loro intenzione* », le analoghe disposizioni esistenti in altre legislazioni non potranno avere la stessa sfera di applicazione riconosciuta dal legislatore badese alle proprie, bensì quella diversa risultante dall'operare delle norme bilaterali ordinarie (che privilegiano il « diritto personale » del padre). Cioè, essendo gli *scopi* delle discipline statali in tema di alimenti potenzialmente diversi da Stato a Stato, e non avendo dunque senso alcuno che lo Stato del foro imponga la propria politica agli altri Stati contro la volontà di questi ultimi, non è possibile un'applicazione bilaterale della norma di conflitto del foro. Più opportuna è una semplice delimitazione unilaterale della sfera di efficacia delle proprie disposizioni: e ciò non dunque per *egoismo* o *chiusura* del foro verso gli altri ordinamenti, ma, esattamente all'opposto, per rispettarne il contenuto particolare e gli specifici obiettivi.

abbia la sede nello Stato da cui quel diritto emana »³⁶⁸. Il diritto straniero opera insomma nel foro se ed in quanto *il legislatore del foro*, esplicitamente od implicitamente, lo vuole, « e mai dunque può una legge straniera dirci qual è questa volontà del *legislatore nostro* »³⁶⁹.

Nell'esaminare, qualche anno più tardi, il problema del rinvio³⁷⁰, Kahn rileva che, almeno di regola, l'accoglimento della *Rückverweisung* appare quale « manifestazione dell'idea, riportata in auge da Schnell, secondo cui il diritto straniero si applica soltanto perché e nella misura in cui esso *vuole* essere applicato »³⁷¹. Ora – insiste l'autore – tale tesi non sta in piedi; si legga, per convincersene – invita Kahn – il seguente passo dei *Motive* di Gebhard, vero « colpo di clava » assestato alle fondamenta stesse della teoria

³⁶⁸ « Wir wenden das fremde Recht an, weil es unseren Rechtsanschauungen entspricht, dass ein solches Rechtsverhältnis an jenem Orte seinen Sitz habe, dass es jenem Territorium angehöre » (*Gesetzeskollisionen*, p. 111). Chiaro il riferimento a Savigny, la cui dottrina, come disse un grande germanista del tempo, sensibile anche ai problemi del d.i.p., il GIERKE (*Deutsches Privatrecht*, Berlin, 1895, Bd. I, p. 218) « wennschon sie durch die spätere Doktrin und Praxis mannigfach fortgebildet wurde, in ihrem Kern nicht überholt ist ». Kahn esemplifica così: « Noi riteniamo che la maggior età di una persona debba essere valutata dalla sua legge nazionale non per fare un favore allo Stato di appartenenza, bensì perché opiniamo che il raggiungimento dell'età adulta dipenda da influenze climatiche e nazionali, e che dunque la soglia della maggior età prescelta dallo Stato della nazione è più giusta e più adeguata di quella fissata dal nostro Stato ».

³⁶⁹ « Niemals kann ein *fremdes Gesetz* uns sagen, welcher Art diese Intentionen sind. Mit anderen Worten: alle Normen des internationalen Privatrechts sind nur durch Interpretation der inländischen Rechtsordnung zu eruieren » (*Gesetzeskollisionen*, p. 111). L'A. si richiama sul punto alla nota massima enunciata da STORY, *Commentaries*, § 42: « Whatever force and obligation the laws of one country have in another, depends only upon the laws and municipal regulations of the latter, that is to say, upon its own proper jurisprudence and polity, and upon its own express or tacit consent ».

³⁷⁰ *Der Prinzip der Rückverweisung*, spec. p. 157. Sul rinvio Kahn si era già intrattenuto nella *Erste Abtheilung* di *Gesetzeskollisionen* (p. 7-41), respingendolo. Se ritorna sul tema nel 1896 è perché aveva constatato che il progetto di *EGBGB*, da poco pubblicato, lo accoglieva, seppure nella sola forma del « rinvio indietro ». Kahn sperava, con la sua « invettiva », di indurre il legislatore tedesco a modificare il § 26, mostrando che il rinvio costituisce, riprendendo LAINÉ (*La Conférence de la Haye relative au droit international privé*, Clunet, 1894, p. 5 s., p. 236 s.), « une erreur certaine, erreur fondamentale, erreur capitale, qui influe sur la conception toute entière du droit international privé ».

³⁷¹ V. anche *op. cit.*, p. 157, dove si legge che Schnell, muovendo dalla sua peculiare (*eigenartig*) visione, dovrebbe condannare il rinvio. Nel caso di *conflitto negativo*, egli dovrebbe infatti – rileva l'A. – concludere che, poiché nessuna delle leggi vuole applicarsi, il giudice deve, per colmare la lacuna, far ricorso all'analogia, richiamandosi dunque alle sue regole sulla sfera di applicazione spaziale (ciò che in realtà Schnell bensì suggerisce ma per l'opposto caso del *conflitto positivo*). Schnell, invece, attraverso « una più che criticabile interpretazione di quei sistemi che sottopongono lo statuto personale alla legge del domicilio », perviene al medesimo risultato cui si perviene con il rinvio (come si ricorderà, Schnell osservava, a chiusura del suo breve studio – *Über die Zuständigkeit*, p. 343, nota 5 – che, laddove uno Stato adotta il criterio del domicilio, esso non intende *imporre* l'applicazione di una legge straniera ai cittadini domiciliati all'estero *contro* la volontà della legge stessa, bensì semplicemente lo *permette*).

del rinvio³⁷²: « La decisione se, avuto riguardo alla natura internazionale di un rapporto, debba applicarsi la legge interna o quella straniera spetta all'ordinamento interno. E lo stesso è a dirsi della decisione circa *quale* dei diritti stranieri potenzialmente interessati debba intervenire. Negli Stati sovrani, non può applicarsi alcun altro diritto se non quello designato giusta la volontà del loro rispettivo ordinamento »³⁷³.

Nello scritto teorico più maturo – su contenuto, natura e metodo del d.i.p. – Kahn ebbe a ritornare nuovamente sull'argomento³⁷⁴. Dopo avere dimostrato che il diritto delle genti non fornisce strumenti sicuri per la delimitazione della sfera di efficacia dei diversi ordinamenti, egli è tratto a riconsiderare l'idea, « proposta da Thöl e portata alle conseguenze logiche estreme da Schnell », secondo cui « di regole particolari sull'applicazione del diritto straniero non vi sarebbe alcun bisogno ». Ora, dice Kahn, è il parallelo stesso, compiuto da Schnell, fra delimitazione della *competenza legislativa* degli ordinamenti e delimitazione del *territorio* degli Stati a rivelare la « fallacia e l'irrealizzabilità » di tale tesi³⁷⁵. L'errore risiede infatti nell'assunto che i « confini » fra le legislazioni siano dappertutto chiari e predeterminati (*von selbst gegeben*), che la localizzazione di ogni rapporto privato internazionale in seno ad un ordinamento particolare sia dappertutto palmare ed inequivoca com'è « l'appartenenza di Siviglia al territorio spagnolo ». E' invece proprio l'*incertezza* di questa localizzazione a formare il « nucleo essenziale » della difficoltà tutta del d.i.p., la teoria del quale deve appunto dirci dove un dato rapporto giuridico si radica, ciò che è tanto più « problematico » quando più numerosi sono

³⁷² « Jeder dieser vortrefflichen Sätze ist geradezu ein Keulenschlag auf das Haupt der Rückverweisung » (*Der Grundsatz der Rückverweisung*, p. 127). Kahn coglie qui l'occasione per incoraggiare la pubblicazione dei *Motive*: « Es ist dringend zu wünschen, dass man sich noch entschliessen möge, die sehr wertvollen Materialien zum internationalen Privatrecht zu publizieren » (*op. cit.*, *loc. cit.*, nota 6).

³⁷³ Ciò detto, tuttavia, Kahn non si capacita di come Gebhard stesso abbia poi proposto di « mantenere in vita questo mostro » che è il rinvio, facendogli posto al § 26 del suo progetto (che appunto lo ammette, seppure entro certi limiti). Richiamando l'alquanto « scarna » giustificazione fornita al riguardo dallo stesso *Redaktor*, secondo cui il rinvio da un lato ridurrebbe i conflitti di leggi e dall'altro estenderebbe l'applicazione del diritto tedesco, con conseguente promozione della sicurezza del traffico giuridico interno, Kahn replica che non è vero un bel nulla. Il primo asserito vantaggio non si dà affatto, dal momento che con il rinvio ciascuno degli ordinamenti finisce per applicare la propria legge ed i conflitti non sono dunque ridotti in numero, ma semplicemente spostati. Quanto al secondo supposto pregio, se davvero è preoccupazione del legislatore estendere il dominio della legge del foro, allora tanto vale escludere del tutto, ed *a priori*, ogni intervento della legge straniera. Con la stessa motivazione – protesta ancora l'A. – può giustificarsi un'applicazione estesissima della legge del foro, molto superiore al legeforismo di Wächter, che suggeriva un ripiego sulla *lex fori* soltanto in caso di incertezza (« Der Wächtersche Satz, der Richter habe nur "im Zweifel" Inlandrecht anzuwenden, ist dagegen reines Kinderspiel »: *op. cit.*, p. 129).

³⁷⁴ *Über Inhalt, Natur u. Methode*, spec. p. 294 s., p. 301 s.

³⁷⁵ « Gerade aus der von Schnell immer wieder herangezogenen Analogie von der territorialen Abgrenzung der Länder hätte sich die Verfehltheit und Undurchführbarkeit dieser Anschauungen ohne weiteres ergeben sollen » (*Über Inhalt, Natur u. Methode*, p. 295).

gli ordinamenti con cui esso è collegato ed incerta la rispettiva importanza dei legami che ad essi lo avvincono.

Ma non basta. Kahn intende altresì mostrare che i pretesi vantaggi pratici della teoria avversata sono illusori³⁷⁶. L'esempio che a dire di Schnell e von Bar dovrebbe segnalare l'inadeguatezza dell'impostazione bilaterale è quello di uno Stato C, le cui norme di conflitto designano la legge di uno Stato A – per esempio della cittadinanza –, e dunque impongono – in ipotesi – di ritenere nullo un matrimonio, conseguenza asseritamente « ripugnante ed inevitabile » (*horrend und unabweislich*) quando i due Stati maggiormente interessati, A e B, sono d'accordo nell'applicare la legge di B – per esempio del domicilio – che lo ritiene in ipotesi valido. Ora, tale obiezione è secondo Kahn priva di fondamento. In primo luogo, pur riconoscendo che si tratta di una conseguenza deplorabile (*missliche Konsequenz*), essa non lo è più di quelle che derivano dalle numerose decisioni contraddittorie che possono pronunciarsi in questa materia, le quali sono a loro volta il portato ineludibile della diversità delle norme di conflitto, generatrice di ciò che Kahn notoriamente definisce « *ausdrückliche Gesetzeskollisionen* »³⁷⁷. Insomma, la lamentata conseguenza è in realtà una *Besonderheit* pur non rara di un sistema che certo sarà sempre imperfetto³⁷⁸. In secondo luogo, la soluzione proposta dai suoi contraddittori è spesso impraticabile. Se anziché due Stati ve ne fossero più di due – chiede provocatoriamente Kahn – come dovrebbe procedere il giudice? Dovrebbe forse applicare la legge che la maggioranza di essi designa? E chi decide quali ordinamenti sono in astratto « *Kompetenzberechtigt* »? Potrebbe infine darsi che non si riscontri alcuna legge che voglia applicarsi. L'unica risultato accettabile – consistente nel dare efficacia alla legge designata dalle norme di conflitto del foro – non può giustificarsi sulla base della dottrina combattuta: la sola conseguenza con essa coerente, ma palesemente assurda e che appunto nessuno s'attenta di difendere, è che al giudice non rimane se non l'osservanza delle proprie norme materiali³⁷⁹.

³⁷⁶ *Op. cit.*, p. 300 s. Qui Kahn estende i suoi argomenti polemici anche a von Bar.

³⁷⁷ *Gesetzeskollisionen*, p. 6-46.

³⁷⁸ Si ricordi la nota conclusione, formulata da Kahn a chiusura di *Gesetzeskollisionen* (p. 123), secondo cui « *der einzige und unwandelbar Massstab des Rechts, welcher angeblich in jedem Rechtsverhältnis selbst ruhen muss, ist und bleibt wie das einzige und einige die ganze Menschheit verbindende Weltrecht eben doch nur ein schöner Traum* ». Tale pessimismo sarà per altro sposato, qualche decennio dopo, da un altro autore che pure ebbe occasione di meditare sui « conflitti di sistemi », il POTU, il quale appunto termina così la sua apprezzata monografia sulla *Question du renvoi*, Paris, 1914, p. 333: « *La conclusion qui se dégage de nos investigations ne peut être donc qu'assez pessimiste. Le conflit des systèmes législatifs internes de droit international privé apparaît comme fatal et irrémédiable* ».

³⁷⁹ Kahn rileva da ultimo che la tesi unilaterale dovrebbe apparire erronea anche quando ci si ponga nell'ottica della c.d. scuola internazionalista, scuola da cui, come è noto, Kahn prese le distanze (*op. cit.*, p. 268 s.), assieme a diversi autori dell'epoca (in Germania NIEMEYER, *Zur Methode*, p. 26 s. e *Vorschläge*, p. 27 s.; NEUMANN, *IPR*, p. 19 s.; GEBHARD, *Motive*, p. 4, 11, 34, 112; in Francia

60. Altro fiero oppositore dell'idea unilaterale fu Theodor Niemeyer³⁸⁰. Assieme a Kahn iniziatore in Germania del metodo di ricerca positiva³⁸¹ e convinto assertore della natura « privatistica » del d.i.p.³⁸², Niemeyer fu tra i più autorevoli cultori di d.i.p. del suo tempo e i più attenti osservatori dell'opera legislativa condotta in Germania³⁸³. Se le premesse teoriche da cui egli muove non appaiono inconciliabili con i postulati primi della dottrina di Schnell, Niemeyer vibra nondimeno critiche assai severe al legislatore dell'*EGBGB*, deprecando le numerose lacune lasciate dalle *einseitige Kollisionsnormen*³⁸⁴, e proponendo con fermezza un ricorso all'*analogia* al fine di porvi rimedio.

Nell'introduzione al suo progetto per la codificazione del d.i.p., pubblicato nel 1895, Niemeyer afferma che l'esigenza primordiale di una disciplina del d.i.p. nasce non già propriamente dalla coesistenza di diversi ordinamenti territoriali³⁸⁵, « perché non è il

BARTIN, *Clunet*, 1897, p. 236 s., 732 s.; in Italia, BUZZATI, *Il rinvio*, p. 94 s.; in Inghilterra, HOLLAND, *Elements of jurisprudence*, cit., p. 360 s., DICEY, *Conflict of Laws*, 1st ed., p. 15 s.; cfr. anche in ZIP, 1892, p. 113 s.; negli Stati Uniti WHARTON, *Conflict of Laws*, § 1). Il ragionamento di Kahn è il seguente: se davvero la delimitazione della competenza delle legislazioni l'una rispetto all'altra deve avvenire in base al diritto delle genti; e se davvero esiste, per ogni cerchia di rapporti, soltanto una norma di conflitto che è giusta nell'ottica di tale diritto; una volta che il legislatore abbia detto chiaramente qual è tale norma, la questione per il giudice è definitivamente risolta. « Perché dovrebbe interessargli se lo Stato, al quale spetta tale competenza in virtù del diritto delle genti, si è formato sul punto un'altra rappresentazione dello stesso? Deve forse deflettere dall'unica regola giusta, soltanto perché due legislatori stranieri hanno misconosciuto la verità e concordano in una sbagliata interpretazione del diritto delle genti »?

³⁸⁰ Per una breve sintesi dell'attività scientifica di Theodor Niemeyer (1857-1939), v. GUTZWILLER, *AIDI*, 1950, p. 489-491. Una ricca biografia è contenuta nella *Kieler Dissertation* di BADER, *Prof. Dr. Dr. h. c. Theodor Niemeyer: eine Biographie unter besonderer Berücksichtigung seiner Arbeiten auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts zur Zeit der Entstehung und des Inkrafttretens des Einführungsgesetzes zum BGB am 1. Januar 1900*, Kiel, 2001.

³⁸¹ V. ad es. NIEMEYER, *Das in Deutschland geltende internationale Privatrecht*, Leipzig, 1894, p. 3, dove si legge che « die deutsche Rechtswissenschaft das spekulative Interesse des Problems einseitig bevorzugt hat auf Kosten der Empirie ». E' implicito il riferimento all'opera di von Bar ed al suo metodo « antipositivo » (cfr. ANZILOTTI, *Una pagina di storia*, p. 33 e ETTER, *Einfluss*, p. 33).

³⁸² Idea particolarmente sviluppata in *Zur Methodik des internationalen Privatrechts*, Leipzig, 1894.

³⁸³ Opera a cui, seppure indirettamente, Niemeyer partecipò. Egli intese infatti prendere parte al concorso bandito nel 1894 dalla *Juristische Gesellschaft* di Berlino per un progetto di codificazione del d.i.p. tedesco. Il lavoro che ne scaturì, recante *Vorschläge und Materialien zur Kodifikation des internationalen Privatrechts*, completo di motivi e di appendice legislativa, fu però presentato fuori concorso (il quale fu vinto da Neumann: v. *supra*, note 193 e 348), onde accelerare i tempi della sua pubblicazione, che avvenne a Berlino nel 1894 (è lo stesso Niemeyer che lo ricorda, a p. VII-VIII di *Vorschläge u. Materialien*; v. anche ANZILOTTI, *Una pagina di storia*, p. 34).

³⁸⁴ E' a Niemeyer peraltro che si deve tale « fortunata » terminologia: NIEMEYER, *IPR*, p. 11-13, spec. a p. 13, dove si legge: « Die Kollisionsnormen dieser Art nenne ich "einseitige Kollisionsnormen" » (denominazione già a quanto sembra proposta in un *Vortrag* tenuto alla Università di Kiel nel 1896: cfr. sul punto ZITELMANN, *IPR*, p. 214, il quale tuttavia preferisce per parte sua parlare di « individuelle Kollisionsnormen »).

³⁸⁵ V. invece ANZILOTTI, *Leggi interne*, p. 125; v. anche ZITELMANN, *IPR*, p. 212.

fatto che gli altri ordinamenti, cui determinati rapporti sono legati da certi contatti spaziali, *vogliono applicarsi* agli stessi, che induce il legislatore a prendere in considerazione tali contatti ». Tale esigenza deriva piuttosto dall'interrogativo, che ogni legislatore è, naturalmente ed in via indipendente, sospinto a porsi, se sia o meno « giusto ed opportuno » che le norme interne siano applicate anche ai rapporti che sono privi di quei collegamenti con l'ordinamento interno – di natura personale o territoriale – che sono di regola presupposti dalle sue norme ». La prima questione che si affaccia al legislatore non è dunque quale legge debba essere applicata alla fattispecie da regolare, bensì a *quali rapporti*, dal punto di vista spaziale e personale, la propria legge intenda estendere il proprio dominio³⁸⁶. E si badi – rimarca poco dopo l'A., in ciò concordando con taluni unilateralisti – la fissazione dell'« orbita » di efficacia di una norma interna non rappresenta un'« aggiunta » alla norma stessa, un elemento accessorio ed estrinseco, bensì ne è una componente essenziale (« ein wesentliches Glied »)³⁸⁷. Risolta tale prima questione, ogni ordinamento è fatalmente condotto ad affrontarne una seconda, quella circa il miglior modo per regolare le fattispecie escluse dalla sfera di operatività della propria legislazione. Per risolverla, tre sono le opzioni che s'offrono in astratto: o il non dettare norma alcuna, o il porre disposizioni speciali (*ius gentium*, *Fremdenrecht*), ovvero infine il richiamare norme materiali di altri ordinamenti.

Ebbene, il bisogno di tenere conto dell'esistenza e del contenuto degli altri ordinamenti, di perseguire l'ideale ultimo di una « comunità giuridica internazionale » (*internationale Rechtsgemeinschaft*), se non ha – come abbiamo visto – influenza sul modo di porre la questione fondamentale del d.i.p., perché per essa ha esclusivo rilievo lo *Standpunkt* del legislatore del foro, entra nondimeno in gioco a quest'ulteriore stadio. Ed infatti – rileva Niemeyer – è indubbio che il legislatore non può che scegliere la terza via, quella della disciplina attraverso il richiamo di un diritto straniero, perché, pur in mancanza di un esecutivo internazionale che possa imporglielo, deve riguardare quale *internationale Pflicht* il « rispetto della validità del diritto straniero, almeno nel senso che di esso non

³⁸⁶ La distinzione proposta da Niemeyer non ci pare, a dire il vero, limpidissima. In particolare, non è chiaro per quale ragione il legislatore ritenga « giusto ed opportuno » che certi rapporti *non* siano regolati dalla legge del foro, se non perché è consapevole dell'esistenza di altri ordinamenti, e per questa via della « non unicità » di quello interno. L'autore intende forse porre l'accento più sull'esigenza di elaborazione di una disciplina conforme a giustizia dei rapporti fra privati, che non su quella di delimitare il rispettivo spazio di applicazione degli ordinamenti statuali, che cioè egli voglia spostare l'attenzione dal piano interstatale al piano interindividuale. Il prosieguo del ragionamento di Niemeyer, che torna a parlare, quale criterio guida nella scelta della legge straniera, del dovere di *rispetto* degli altri ordinamenti, sembra però smentire tale conclusione, dimostrando come sia artificioso ogni sdoppiamento dei due « piani ».

³⁸⁷ « die Feststellung dieser Merkmale ist nicht eine Zuthat zu den Rechtsnormen, welche sich auf aussergewöhnliche, sozusagen krankhafte Bedürfnisse bezieht, und auf welche man deswegen verzichten kann, ohne dem normalen Rechtsbedürfnisse etwas schuldig zu bleiben. Vielmehr, fehlt jedem Rechtssatz ein wesentliches Glied, ein fundamentaler Teil, solange für ihn die internationalrechtliche Frage nicht gelöst ist » (*Vorschläge*, p. 32).

s'ignori l'esistenza, e che le fattispecie che l'ordinamento interno non pretendere regolare da sé siano sottoposte al diritto di quello Stato verso il quale orientano i collegamenti personali o locali che connotano tali fattispecie ».

Quali siano i criteri da utilizzarsi per la selezione della legge straniera, Niemeyer non dice in questa sede. Qualche lume al riguardo è fornito da un passo ulteriore ove l'autore rileva che le due distinte funzioni che la norma di d.i.p. è chiamata a svolgere – *negativa* da un lato, cioè di *esclusione* di certe fattispecie dalla sfera di applicazione delle norme interne, e *positiva* dall'altro, cioè di *designazione* della legge straniera – potrebbero riflettersi perfino nella *redazione* stessa delle norme di d.i.p. Si potrebbe ad esempio suddividere la disposizione secondo cui « le associazioni sono regolate dalla legge dello Stato in cui hanno la propria sede », in due proposizioni distinte. Una *prima*, negativa, secondo cui: « Le norme di cui ai §§ del *BGB* relative alle associazioni *non* si applicano alle associazioni che hanno sede all'estero »; una *seconda*, positiva, secondo cui « a quest'ultime si applica il diritto dello Stato in cui si trova la loro sede ». Se, per motivi di opportunità pratica, è comprensibile che si voglia mantenere una formula unica e « bivalente », è anche vero – osserva il Niemeyer – che questa reca con sé alcuni inconvenienti. Primo fra tutti è « quello di esprimere la funzione positiva in modo tale da far credere che il legislatore abbia voluto determinare la sfera di applicazione di tutti i sistemi normativi stranieri nello stesso modo in cui ha creduto di determinare la sfera di efficacia delle proprie norme, *quasi che abbia promuovere il proprio punto di vista alla dignità di "Gesetzgebung inter nationes"* ». Non sfuggirà che questo è proprio uno dei principali rimproveri mossi da Julius Schnell, il quale deplora appunto la pretesa del legislatore di fissare da sé « *die räumliche Grenzen aller Gesetze Erdballs* »³⁸⁸. Ecco perché, si diceva, le premesse teoriche da cui Niemeyer muove non appaiono in definitiva distanti da questo primo unilateralismo.

61. Nel suo *Commentario* agli artt. 7-34 dell'*EGBGB*, apparso nel 1900, Niemeyer stigmatizza il trattamento che il d.i.p. ha ricevuto nel codice unitario³⁸⁹, deplorando in particolare che « soltanto una parte delle relative questioni sia stata regolata, ed anche quest'ultima in modo ad un primo sguardo deliberatamente lacunoso (*augenscheinlich vorsätzliche Lückenhaftigkeit*) ». Dopo aver negato che la sostituzione ad opera del *Bundesrat* delle norme « perfette » con norme unilaterali sia dovuta a ragioni diverse da quelle di natura diplomatica³⁹⁰; e avere escluso, in particolare, « come creduto da Niedner e da Neumann », che abbia al riguardo giocato la volontà di non fissare in modo rigido la competenza di ordinamenti stranieri³⁹¹, Niemeyer propone energicamente che,

³⁸⁸ SCHNELL, *Über die Zuständigkeit*, p. 340.

³⁸⁹ V. soprattutto NIEMEYER, *IPR*, p. 33 s., spec. 39 s.

³⁹⁰ V. per questa terminologia NIEMEYER, *IPR*, p. 13, ZITELMANN, *IPR*, p. 212.

³⁹¹ NIEMEYER, *IPR*, p. 21, cita il principio della *Konnivenz* – così denominato da ZITELMANN, *IPR*, p. 227 – e consistente nella presa in considerazione della « cerchia di interessi degli altri Stati ». Niemeyer aderisce sul punto alle considerazioni critiche di Zitelmann, il quale ritiene non coerente

nell'interpretazione di tali norme, si faccia uso del dispositivo dell'analogia, *bilateralizzando* dunque il criterio scelto per l'efficacia del diritto tedesco e tornando per questa via alle originarie « norme perfette ». La *ratio legis* alla radice della scelta di tale criterio è infatti – spiega il Niemeyer – perfettamente valida anche per le fattispecie non espressamente regolate. Il legislatore ha ritenuto che il criterio della cittadinanza sia, ad esempio, quello più appropriato per la designazione dell'ordinamento con il quale una « persona è costantemente collegata », e che dunque vada impiegato nelle questioni di *statuto personale*. Si prenda ora l'art. 13 dell'*EGBGB* che regola la capacità

pretendere di volere rispettare gli interessi di un altro Stato a mezzo di una semplice *astensione*: e ciò perché – da un lato – i giudici del foro devono comunque giudicare e – dall'altro – la volontà di perseguire per questa via gli interessi di un altro Stato dovrebbe piuttosto indurre il legislatore a dichiarare espressamente applicabile proprio la legge di *questo* Stato. Tale passo è uno dei non molti della grande opera dello Zitelmann nel campo del d.i.p. che presentano un certo interesse per il tema che ci occupa. La posizione di Zitelmann verso le norme unilaterali, che egli chiama « *individuel* », non è purtroppo ben definita, palesandosi anzi come alquanto « oscillante »: non ci è possibile dunque annoverare il grande giurista di Bonn né fra i seguaci o quanto meno i « simpatizzanti » dell'unilateralismo, né fra i suoi radicali avversari. Vediamo brevemente perché. Zitelmann affronta anch'egli – e proprio nel passaggio citato – il problema delle lacune dell'*EGBGB*. Dopo aver constatato che il legislatore ha, in diverse disposizioni, regolato soltanto alcuni rapporti giuridici internazionali (a mezzo di quella che egli chiama *falleinschränkende Beziehung*), lasciando gli altri *ausser Betracht*, Zitelmann si chiede come tale lacuna vada colmata. Rispondere a tale interrogativo – confessa – è meno semplice di quanto non appaia a prima vista. A chi propone infatti una semplice « *bilateralizzazione* » del criterio di collegamento utilizzato dall'*EGBGB*, estendendolo anche alle situazioni non regolate, potrebbe obiettarsi che, se così fosse, il silenzio del legislatore non avrebbe ragion d'essere. Ebbene: « *diese Gegenfrage darf man wohl nicht unbeachtet lassen* ». Un'interpretazione che pare plausibile è che il legislatore ha temuto che, nei casi non regolati, il *criterio di collegamento prescelto possa dovere, in concreto, cedere di fronti ad altri, in particolare, quelli scelti da norme di conflitto straniere*. Si è voluto lasciare, ad esempio, che un matrimonio celebrato all'estero fra due stranieri sia giudicato anche dal nostro giudice secondo quel diritto al quale le norme di conflitto straniere relative allo statuto personale fanno rinvio. « *Donde la decisione del legislatore di rinunciare a dettare norme lui stesso* ». Fin qui dunque sembrerebbe che Zitelmann abbia intuito la *ratio legis* che ha animato il legislatore dell'*EGBGB*. Un po' sorprendentemente, tuttavia, l'autore prosegue dicendo che anche in tal caso non vi è alcun ostacolo alla *bilateralizzazione* (« *Jedenfalls steht auch bei einer solchen Sachlage der Übertragung nichts im Wege* »): il che « ci autorizza – conclude – a considerare questa limitazione della norma di conflitto a determinati casi come *non apposta* » (!) (« *dürfen wir ohne weiteres diese falleinschränkende Beziehung aus der Kollisionsnorm streichen* »). Come Zitelmann arrivi a tale conclusione non è purtroppo chiaro e stupisce invero l'assenza di un nesso argomentativo con quanto precede. Forse l'A. ha voluto semplicemente dire che le preoccupazioni che risiedono alla base della proposta di mettere da parte il criterio scelto dal foro, pur legittime, non impediscono di *bilateralizzare* tale criterio in principio, almeno come « ipotesi di lavoro », salvo verificare le conseguenze che ne derivano e compiere indi gli opportuni « aggiustamenti ». E' comunque lecito dubitare che Zitelmann abbia preso diretta conoscenza delle pagine di Schnell (anche se l'assoluta assenza di citazioni non è certo argomento decisivo: è ben noto infatti che egli sia particolarmente parco nelle indicazioni delle fonti: v. BETTL, *Ernst Zitelmann e il problema del diritto internazionale privato*, RDI, p. 25; il che alimentò la diceria che ignorasse gli autori che lo avevano preceduto: cfr. MEILL, *Handbuch*, I, p. 127).

matrimoniale³⁹². Esso ha ad oggetto non solo la capacità di cittadini tedeschi ma altresì quella di cittadini stranieri³⁹³; e non solo quando il relativo matrimonio viene celebrato in Germania, ma altresì quando viene celebrato all'estero (e uno degli interessati è cittadino tedesco)³⁹⁴. Ebbene, ciò significa – conclude Niemeyer – che, ai fini della designazione della legge applicabile, né la cittadinanza straniera né il luogo di celebrazione hanno, conformemente alla *ratio legis*, rilevanza alcuna. E' insomma il *diritto nazionale* di ciascuno dei nubendi, anche se cittadini stranieri, che deve ritenersi decisivo. Ora, i motivi che militano in favore di tale conclusione sono i medesimi, sia che due francesi si sposino in Inghilterra, sia che si sposino in Germania, e sia che un francese sposi in Spagna una francese, sia che, sempre in Spagna, sposi una tedesca. Il legislatore tedesco cioè ha ritenuto che il principio della cittadinanza abbia valore *universale*, sicché i punti di vista eventualmente diversi che adottano gli altri ordinamenti (*nationalistische Erwägungen*) non possono avere rilievo alcuno.

Sulla scorta di queste premesse, Niemeyer viene a condannare le teorie avversarie, quelle che « da più parti si sostiene essere state alla base della redazione finale dell'*EGBGB* ». Egli teme infatti che il caposaldo su cui s'imperniano possa raffermarsi nella prassi, donde il bisogno di una chiara, aperta confutazione. Respinta la tesi di Neumann circa la preliminare ricerca dell'ordinamento competente a scegliere la legge applicabile e muovendo alla tesi della « volontà di applicazione », due sono le gravi obiezioni che Niemeyer ritiene di dovere muovere al suo impiego positivo³⁹⁵. Il primo è l'*incoerenza*. Non s'intende infatti perché si debba applicare l'analogia – proposta da Niedner per risolvere i casi di conflitto positivo – soltanto *in subsidium*, cioè quale criterio sussidiario: se l'analogia è strumento legittimo, allora deve potersi adoperare sin da principio; se non lo è, allora non vi si potrà ricorrere neppure in via suppletiva. Il secondo è l'*incertezza*: se la scelta della legge viene condotta sulla base della volontà di applicazione degli « ordinamenti potenzialmente interessati », chi decide quali siano questi ordinamenti? Deve includersi ad esempio anche il luogo dove è situato il bene conteso? E perché non anche quello dove la persona coinvolta ha il suo domicilio? E può dirsi

³⁹² Il testo dell'articolo 13 dell'*EGBGB* è il seguente: « Die Eingehung der Ehe wird, sofern auch nur einer der Verlobten ein Deutscher ist, in Ansehung eines jeden der Verlobten nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem er angehört. Das Gleiche gilt für Ausländer, die im Inland eine Ehe eingehen. In Ansehung der Ehefrau eines nach Artikel 9, Abs. 3, für tot erklärten Ausländers wird die Eingehung der Ehe nach den deutschen Gesetzen beurteilt. Die Form einer Ehe, die im Inlande geschlossen wird, bestimmt sich ausschliesslich nach den deutschen Gesetzen ».

³⁹³ Anche se, deve precisarsi, *non sempre*, ma soltanto in due ordini di situazioni: quando uno straniero sposa uno tedesco; e quando, trattandosi di matrimonio tra due stranieri, esso deve celebrarsi in Germania (v. nota precedente). Si tratta – come è evidente – di due situazioni integrate in maniera significativa nel sistema sociale del foro.

³⁹⁴ Anche qui – riteniamo importante precisarlo – *non sempre*, ma soltanto quando uno degli sposi è cittadino tedesco.

³⁹⁵ « Das von Niedner *principaliter* empfohlene Verfahren ist ein *unsicheres* und *inkonsequentes* Herumtasten » (un « andare a tastoni incerto ed incoerente »: *IPR*, p. 46).

che l'ordinamento del foro sia sempre « potenzialmente interessato »? Con queste difficoltà è dunque condannata a scontrarsi la tesi unilaterale, difficoltà che non sorgerebbero neppure qualora la norma di conflitto unilaterale venga « bilateralizzata », il che è quanto, per l'autore, dovrebbe appunto farsi.

B. – La critica italiana: Anzilotti, Catellani, Buzzati, Ottolenghi

62. Altra autorevolissima voce a levarsi contro il primo unilateralismo fu quella del nostro Dionisio Anzilotti³⁹⁶. Pressoché contemporaneo di Kahn e di Niemeyer, anch'egli ebbe ad occuparsi della tesi di Schnell a più riprese: prima in due ricchi lavori³⁹⁷, pubblicati in *Studi critici* sul finir del secolo, occasionati dal dibattito acceso in Germania dall'opera di codificazione, cui il nostro autore portò vivissima attenzione; poi, a distanza di circa trent'anni, nel suo noto *Corso* romano, pubblicato incompiuto nel 1925³⁹⁸.

Nel saggio sulla natura delle norme interne in materia internazionale, Anzilotti dichiara la sua ostilità verso la tesi – sostenuta per altro anche da illustri bilateralisti, quali, come si è visto, Niemeyer³⁹⁹ – secondo cui la determinazione dei limiti di applicazione della legge interna sarebbe problema diverso da quello relativo alla determinazione della legge straniera applicabile⁴⁰⁰. Le due questioni formano – ammonisce il nostro – « una

³⁹⁶ Per una densa, accorata commemorazione di Dionisio Anzilotti (1867-1950), v. le nobili parole pronunciate da Tommaso Perassi all'Accademia Nazionale dei Lincei il 12 gennaio 1952, riportate in apertura dell'annata 1952 di *RDI*, che segna la ripresa, all'insegna dell'« heri dicebamus », dell'attività della *Rivista*, bruscamente interrotta nel 1943. Per una rassegna dell'attività scientifica di Anzilotti, v. ZICCARDI, *Note sull'opera scientifica di Dionisio Anzilotti, Comunicazioni e Studi*, 1950, p. 19 s. ed ancora *Caratteri del positivismo dell'Anzilotti*, *RDI*, 1952, p. 22 s. Un efficace ritratto « de cettis admirabile figure de juriste » quale egli diede prova universale d'essere durante la sua attività presso la Corte permanente di giustizia internazionale (che lo ebbe giudice per lunghi anni e presidente fra 1928 e il 1930), è tratteggiato da CHARLES DE VISCHER, *Dionisio Anzilotti, La comunità internazionale*, 1951, p. 252; v. anche il solenne *in memoriam* di FERNAND DE VISCHER, Segretario generale dell'*Institut de droit international*, pronunciato alla sessione di Bath dell'*Institut* nel settembre del 1950, pochi giorni dopo la sua scomparsa, avvenuta il 23 agosto 1950 nella sua Pescia (riprodotto in PERASSI, *op. cit.*, p. 17).

³⁹⁷ Si tratta di *Leggi interne in materia internazionale*, spec. p. 195-197 e p. 200-201, e de *Il principio del rinvio*, spec. p. 327 s., p. 342 s. Entrambi i lavori furono pubblicati in *Studi critici di diritto internazionale privato*, Rocca S. Casciano, 1898, e sono ora inclusi nel vol. III delle *Opere* di ANZILOTTI, Padova, 1960 (i riferimenti bibliografici hanno riguardo alle *Opere*).

³⁹⁸ *Corso di diritto internazionale privato*, Roma, 1925, ristampato nel 1933, ripubblicato in ANZILOTTI, *Corsi di diritto internazionale privato e processuale*, a cura di SALERNO, con introduzione di LUZZATTO, Padova, 1996 (anche qui i riferimenti sono alle pagine della ristampa), unitamente al *Corso di lezioni di diritto internazionale privato* edito in forma litografata a Roma nel 1918 (che a sua volta coincide in larghissima parte con il *Corso* pubblicato con il medesimo titolo in forma manoscritta nel 1913) e ad una *Appendice sul Diritto processuale civile internazionale*, pubblicata a Roma nel 1916 (quale appendice al *Corso* del 1913).

³⁹⁹ NIEMEYER, *Vorschläge und Materialien*, p. 25.

⁴⁰⁰ ANZILOTTI, *Legge interne*, p. 194.

cosa sola, la competenza del legislatore nazionale dovendo dunque affermarsi o negarsi per l'uno e per l'altro, e dovendo, qualora si affermi, riposare sulla stessa base »⁴⁰¹. Fondandosi su queste premesse teoriche, Anzilotti ritiene che la posizione di Schnell, secondo cui il legislatore sarebbe competente a risolvere il primo problema ma non il secondo, sia « insostenibile »⁴⁰². E' contraddittorio infatti che si riconosca ad uno Stato la potestà di determinare dal canto suo i limiti di applicazione delle proprie norme « di fronte al commercio internazionale », e poi negargli competenza a specificare come debbano essere regolati quei rapporti che fuoriescono da tali limiti: « La risposta al primo problema implica il riconoscimento di un effetto extraterritoriale straniero, e, nello stesso tempo, ne determina la misura ». Simile contraddizione egli rinviene anche fra – da un lato – il sottrarre al legislatore il potere di determinare il diritto straniero applicabile, e – dall'altro – l'attribuire al giudice, come appunto fa l'autore bavarese, quello di dirimere un conflitto fra due o più legislazioni che rivendicano simultanea competenza.

La critica a quest'ultima incoerenza è ripresa e sviluppata nello studio del rinvio. Sono – rileva Anzilotti – le stesse conseguenze logiche della teoria da cui Schnell muove che, se svolte in tema di rinvio, rivelano da sé « la base difettosa e manchevole »⁴⁰³. Al di là

⁴⁰¹ ANZILOTTI, *Leggi interne*, p. 200-201. Passo assai significativo. Le tappe fondamentali del ragionamento dell'A., di grande importanza anche per lo svolgimento di tutto il suo pensiero successivo, sono grosso modo le seguenti: (i) i limiti di applicazione della legge interna di uno Stato non derivano dalla sua potestà legislativa ma trovano la loro origine « al di fuori di essa », e precisamente nel fatto della coesistenza di più Stati e delle « esigenze della vita in comune » che tale coesistenza comporta; (ii) d'altra parte, ed a riprova di ciò, se il legislatore si pone la questione di quali limiti abbia o debba avere la propria legislazione, ciò dimostra che la teoria (specialmente sostenuta dal Niemeyer), secondo cui ogni legislatore non può fare a meno di determinare la sfera di applicazione delle proprie regole giuridiche, è erronea: tale questione non avrebbe infatti ragion d'essere se la sovranità territoriale determinasse, oltre al fondamento della legge, anche la misura della sua applicazione; (iii) ci si deve dunque chiedere se il legislatore, nello stabilire i limiti all'applicabilità delle leggi interne « in ordine al commercio internazionale », segua criteri diversi rispetto a quelli che determinano la sua posizione di fronte ai rapporti giuridici che restano al di fuori di quei limiti (più che di rapporti giuridici, osserva l'A., *op. cit.*, p. 198, nota 21, si dovrebbe – al fine di non incorrere nello « Zirkel » già opposto al Savigny dal VON BAR, *Das internationale Privat- und Strafrecht*, 1862, p. 35 e in *Theorie und Praxis*, p. 109 – parlare di « dati di fatto che costituiscono il substrato di rapporti giuridici »); (iv) la risposta a tale interrogativo non può che essere *negativa*, dal momento che in entrambi i casi si tratta di stabilire un sistema di *deroghe* all'assoluta territorialità della legge in ragione dell'esistenza di una società di Stati e del riconoscimento delle esigenze che ne derivano: il legislatore – insomma – quando subordina all'esistenza di determinati collegamenti con il sistema locale, di natura personale o territoriale, l'applicazione della propria legge, riconosce con ciò la competenza legislativa di quello Stato con il quale sussiste il collegamento considerato.

⁴⁰² L'autore non nasconde di aver provato una certa delusione nel constatare la brevità dello studio di Schnell (*Über die Zuständigkeit*): *Le leggi interne*, p. 195.

⁴⁰³ *La questione del rinvio*, p. 343-344. Anzilotti dichiara infatti che le « conclusioni di Schnell, favorevoli al rinvio, sono semplicemente una applicazione pura e semplice della teoria di questo scrittore sulla incompetenza del legislatore nazionale a determinare il diritto straniero applicabile nei casi sottratti all'impero della legge interna ». Se anche Schnell non pretende *risolvere* la questione del

dell'ipotesi dell'accordo fra due o più ordinamenti stranieri, sorgono negli altri casi difficoltà che lo stesso Schnell è costretto a riconoscere siccome insuperabili. Non è coerente con i cardini teorici attorno a cui ruota la sua teoria l'attribuire al legislatore il potere di risolvere il conflitto positivo fra legislazioni ricorrendo a principi fissati dalle proprie norme: « se il legislatore non può stabilire il diritto straniero senza una vera e propria offesa al diritto delle genti, neppure il giudice potrà risolvere un conflitto fra due leggi indipendenti e sovrane, e considerare infondate le pretese di una di queste leggi, in base ai principi che determinano la sfera di applicazione della legge sua, ossia, a detta dello Schnell, a principi di diritto interno. La sola soluzione logica sarebbe di non risolverlo »⁴⁰⁴. Nel caso poi di conflitto negativo, quando cioè nessuna legge vuole regolare il rapporto – ipotesi questa non contemplata da Schnell – sorge un problema analogo: ed anche qui è evidente, per Anzilotti, che qualsiasi soluzione sarebbe egualmente arbitraria ed infondata⁴⁰⁵.

Veniamo al *Corso* del 1925⁴⁰⁶, che esprime l'ultimo stadio del laborioso percorso intellettuale compiuto dall'autore sul fenomeno del diritto internazionale privato. Nello studiare le « norme di applicazione » – come egli denomina ormai le norme di conflitto, sulla scorta di certa dottrina tedesca –⁴⁰⁷, Anzilotti ritorna di nuovo sulla tesi di Schnell dando, da un lato, risalto all'argomento, già messo innanzi da Kahn⁴⁰⁸, circa l'irrelevanza di per sé della volontà di applicazione della legge straniera, dall'altro spostando la questione dal terreno della *legittimità* teorica di una impostazione unilaterale a quello della sua *opportunità*⁴⁰⁹. La tesi di Schnell muove da una concezione *erronea* degli ordinamenti giuridici. Ognuno di questi è costituito da una « volontà normatrice », ed essa sola vi impera⁴¹⁰. Tale volontà « può stabilire direttamente i criteri di valutazione e gli effetti

rinvio, bensì *renderla superflua*, si tratta, per Anzilotti, di « questione di parole: la rende inutile in quanto è già risolta nel concetto fondamentale da cui muove, secondo lo Schnell, la funzione legislativa nel campo nostro » (*loc. cit.*, nota 200).

⁴⁰⁴ *Op. cit.*, p. 342.

⁴⁰⁵ *Op. cit.*, p. 343.

⁴⁰⁶ Ora, in ANZILOTTI, *Opere*, p. 381 s.

⁴⁰⁷ Anzilotti fu tratto a riflettere sulla natura delle « norme di applicazione », oltre che dai classici scritti in argomento del KAHN, *Über Inhalt*, p. 112, e ZITELMANN, *IPR*, spec. p. 56 s., probabilmente anche da tre lavori che erano da poco apparsi: quello ancora di ZITELMANN, *Geltungsbereich und Anwendungsbereich der Gesetze. Zur Grundlegung der völkerrechtlichen Theorie des Zwischenprivatrechts, Festgabe Bergböhme*, Bonn, 1919, p. 207-241; di BURCKHARDT, *Allgemeingültigkeit des internationalen Privatrechts, Festgabe E. Huber*, Bern, 1919, p. 263 s.; e di STREIT, *Zur Frage über die Natur der zwischenprivatrechtlichen Anwendungsnormen, Festgabe Fleiner*, Tübingen, 1927, p. 318 s.

⁴⁰⁸ KAHN, *Gesetzeskollisionen*, p. 113.

⁴⁰⁹ L'autore parla a dire il vero anche di semplice *tecnica* legislativa: il che – come diremo *infra*, nel testo – ci pare riduttivo.

⁴¹⁰ Come rileva LUZZATTO (*Introduzione alle Opere*, p. 3), la nozione di « volontà normatrice », centrale nel pensiero dell'ultimo Anzilotti, è bensì già presente nel *Corso* del 1918, ma ad essa viene, in quello del 1925, assegnata una funzione assai diversa: impiegata nel primo per distinguere

dei fatti sociali, oppure riferirsi ai criteri ed agli effetti stabiliti dalle norme di un ordinamento straniero »; ma si tratta sempre della volontà di quello Stato, non già di una volontà estranea ad esso. Non è concepibile, insomma, che norme straniere « divengano applicabili in forza di un'*astensione* del legislatore ». Concludendo su questo punto, « anche là dove vigono norme unilaterali, il diritto straniero viene applicato perché ed in quanto si ritiene che tale sia la volontà delle legge, vuoi completando per via d'interpretazione la norma unilaterale, vuoi ritenendo che questa rinvii alla norma di applicazione vigente in un dato ordinamento »⁴¹¹.

Entro questa cornice, Anzilotti viene ad ammettere che un sistema di norme unilaterali è in astratto concepibile. Tale sistema deve valutarsi quale opzione di *tecnica e politica legislativa* alternativa alla regola bilaterale, col metro dunque dell'*opportunità ed utilità*: è insomma *praticamente utile ed opportuno* – si chiede ora il nostro autore – che il legislatore si limiti a fissare i limiti delle proprie leggi, e che rimetta al giudice la determinazione di quali norme devono essere applicate nei casi che vi sfuggono, tenendo anche conto delle « norme di applicazione » in vigore negli altri ordinamenti? Anzilotti non manca di palesare la sua preferenza: gli svantaggi dell'impostazione unilaterale gli paiono essere superiore ai benefici⁴¹², ché « [l]o scopo principale del sistema unilaterale, che è quello di evitare che il legislatore dichiari applicabile una legge straniera che non vuole regolare il rapporto, mentre ce ne è un'altra che vuole regolarlo, è quasi sempre frustrato dalla molteplicità e varietà delle norme di applicazione vigenti nei vari ordinamenti giuridici, per cui è affatto casuale che le leggi straniere interessate si trovino d'accordo nel sottoporre esclusivamente ad una di esse il regolamento stesso », laddove « certi ed immancabili sono invece gli inconvenienti che derivano dalla grande incertezza che il sistema lascia sulla legge che sarà effettivamente applicata in un caso concreto »⁴¹³.

l'ordinamento giuridico interno da quello internazionale, anche al fine di sgombrare il campo da incertezze e confusioni concettuali frequenti, ad essa viene nel secondo affidato il compito di valutare se, in forza di un collegamento con uno o più Stati, un rapporto giuridico debba ricevere un trattamento diverso rispetto a quello stesso rapporto che sia privo di tali collegamenti. « Il problema del diritto internazionale privato – rileva Luzzatto – diviene, per Anzilotti, semplicemente quello di determinare tale trattamento, ad esclusione di qualsiasi di determinazione di competenza ».

⁴¹¹ *Op. cit., loc. ult. cit.*

⁴¹² *Op. cit.*, p. 432.

⁴¹³ A dispetto di queste riserve, vogliamo qui riferire il prosieguo del ragionamento svolto dall'illustre internazionalista, che lo portò – come è noto – a mutare atteggiamento nei confronti del problema del rinvio, o meglio a dare allo stesso un'impostazione in tutto nuova (v. per altre note « conversioni » al rinvio, od ancora « apostasie » dallo stesso, FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi*, p. 97-98). Anzilotti pare innanzitutto sentire il bisogno di rivedere la sua convinzione iniziale secondo cui la delimitazione della sfera di applicazione delle norme interne e la designazione della legge straniera avrebbero una *medesima natura*. Ora egli pare infatti propendere per la tesi che le norme di applicazione abbiano due « missioni » distinte: « delle quali la prima, quella che consiste nello stabilire certi presupposti di applicabilità di altre norme interne, non richiede speciali considerazioni,

mentre merita attento esame quell'altra, che consiste nello stabilire quali norme straniere dovranno essere applicate nei casi in cui non sono applicabili le norme interne » (*Corso*, p. 434). In particolare, rileva l'autore, è vivacemente discusso se si debba tenere conto anche delle *norme di applicazione straniere*. Ebbene, diversa è la soluzione a seconda che la norma di applicazione si rinvenga in un ordinamento *diverso* da quello richiamato (cioè in uno Stato « terzo ») ovvero in quest'ultimo ordinamento. Quanto al *primo* caso, l'autore ritiene che la norma di applicazione straniera non possa, dal punto di vista *positivo*, avere alcun valore per il giudice italiano. Tuttavia – e si tratta di una notazione capitale, anche se ogni approfondimento esula purtroppo dallo scopo particolare avuto di mira dall'autore – Anzilotti si chiede se sia davvero giusto, in una prospettiva dunque di riforma legislativa, « *ignorare completamente questo collegamento diverso dal nostro* ». E potrebbe addirittura darsi – opina – che un'interpretazione della *volontà* stessa della norma di applicazione interna conduca, e come *imponga*, di prendere in considerazione tale criterio di collegamento, ciò che appunto avviene o sembrerebbe avvenire in alcune materie particolari. L'autore ha qui in mente il criterio di collegamento scelto in materia di successione immobiliare dallo Stato sul cui territorio sono situati gli immobili: questione affrontata dalla giurisprudenza italiana in numerose, celebri decisioni relative alla c.d. « clausola finale » dell'art. 8 del codice del 1865, vivacemente dibattute per decenni nella dottrina europea (v. ancora MAKAROV, *Les cas d'application des règles de conflit étrangers*, *Rev. crit.*, 1955, p. 431 s.), e su cui d'altra parte ANZILOTTI stesso aveva a lungo riflettuto (*Il problema del rinvio*, p. 309 s.). Per quanto riguarda il *secondo* problema, quello che più direttamente sta a cuore all'autore, cioè quello della presa in considerazione della norma di applicazione dello Stato richiamato, esso si risolve – spiega l'Anzilotti – in quello notissimo del *rinvio*. Ebbene, innanzitutto vi è da osservare che la stessa terminologia è *fuorviante*. Non per il fatto che le norme dell'ordinamento richiamato *rinviano* ad un altro ordinamento si intende seguire questo richiamo. La norma di conflitto non fa infatti che assumere, per il regolamento di un certo fatto, le norme proprie di un *altro ordinamento*: e la questione consiste appunto *nel vedere quali fra le norme proprie di detto ordinamento sono da essa assunte per regolare il fatto di cui si tratta*. Ebbene, le norme di applicazione si riferiscono a *tutti* i principi dell'ordinamento straniero che sono necessari per arrivare alla determinazione delle norme applicabili. L'idea essenziale è insomma che il fatto sia *valutato come lo sarebbe nell'ordinamento straniero*, e produca le stesse conseguenze che produrrebbe in tale ordinamento. Dal che l'autore trae la conclusione che il giudice debba tenere conto delle norme di applicazione dell'ordinamento richiamato, esattamente come ne terrebbe conto il giudice di quello Stato. Ora, la vicinanza di questa impostazione con la tesi della *Kompetenzerörterung* di Neumann, e con l'idea ispiratrice della « foreign-court theory » di matrice anglosassone, ed ancora del « metodo di riferimento all'ordinamento competente » ricostruito in questi ultimi decenni, ci pare tanto chiara quanto lo è la « lontananza » di tale modo di porre e risolvere il « problema fondamentale del d.i.p. » con quello fatto proprio da tanta parte della dottrina italiana successiva, da AGO in poi (una sintesi dello *Schlagabtausch* fra Ago e Anzilotti in tema di rinvio è ora riportata in LINDENAU, *Die Einführung des Renvoi in das internationale Privatrecht Italiens*, Frankfurt a.M., 2001, p. 72-73). Tale nuovo, « fresco » approdo di Anzilotti ci pare simile a quello cui perverrà, quarant'anni dopo, LOUIS-LUCAS, in un originale articolo, l'ultimo del Decano dell'Università di Digione in materia di d.i.p., dal titolo *Vue simplifiée du renvoi*, apparso su *Rev. crit.*, 1964, p. 1-14 (v. PONSARD, *L'œuvre de droit international privé du doyen Pierre Louis-Lucas*, *Clunet*, 1980, p. 209).

63. Nella sua nota monografia sul rinvio⁴¹⁴, Giulio Cesare Buzzati⁴¹⁵ s'intrattiene per alcune pagine sulla teoria di Schnell, da lui assimilata a quelle favorevoli al rinvio⁴¹⁶, anch'egli senz'altro per respingerla.

Oltre a rilevare – sulla falsariga di Kahn – che la tesi di Schnell parrebbe giustificarsi unicamente in base all'« incerta, difettosa ed antigiuridica »⁴¹⁷ teoria della *comitas*, e per giunta soltanto in apparenza, perché nel caso di conflitto fra due ordinamenti la *comitas* vorrebbe che si desse efficacia ad entrambi⁴¹⁸, il fondamento dell'errore di Schnell risiedere, per Buzzati, nel credere che il legislatore non abbia titolo per determinare la sfera

⁴¹⁴ BUZZATI, *Il rinvio (le renvoi – die Rückverweisung) nel diritto internazionale privato*, Milano, 1898, Giulio Cesare Buzzati (1862-1920) ebbe ad occuparsi del rinvio a diverse riprese: v., per un elenco dei suoi lavori al riguardo, POTU, *La question du renvoi*, p. VII. Oltre all'opera citata, riteniamo degno di rilievo il breve articolo apparso in tedesco (Buzzati completò la sua formazione a Monaco di Baviera, dove ebbe per maestro Franz von Holtzendorff) sulla *Zip*, 1898, dal titolo *Nochmals die Rückverweisung im I.P.R.* (p. 449-456), che Buzzati scrisse in replica allo studio del VON BAR, *Der Rückverweisung im IPR*, *Zip*, 1897, riassunto e commentato *supra*, para. 33. Del quale von Bar il Buzzati ebbe, nonostante la divergenza di vedute sul tema del rinvio, una stima considerevole, se è vero che decise di intraprendere la traduzione di buona parte della *Theorie und Praxis des IPR* (L. VON BAR, *Teoria e pratica del diritto internazionale privato, Traduzione italiana con note, Bibl. di scienze politiche*, 3. serie, vol. XI, parte I, Torino, 1915). Un diffuso resoconto della formazione e dell'opera scientifica di Buzzati, unitamente ad un elenco delle sue pubblicazioni, è compiuto dal CATELLANI, *Giulio Cesare Buzzati*, *RDI*, 1922, p. 381-395.

⁴¹⁵ Fu lo stesso Buzzati a proporre che la questione del rinvio fosse inserita nell'agenda dei lavori dell'*Institut* già alla sessione di Cambridge del 1895, in cui fu nominato *rapporteur* assieme a Lainé. Alla sessione successiva, tenutasi a Copenaghen nel 1897, essi presentarono un rapporto preliminare ed un questionario (v. *AIDI*, 1897, p. 47-53, 181-185). Alla sessione dell'Aja del 1898 deposero poi un progetto in tre articoli (*op. cit.*, p. 14-36), dove si pronunciarono perentoriamente contro il rinvio, opinione conforme del resto alla tendenza prevalente in seno all'*Institut* (*AIDI*, 1898, p. 14 s.). La discussione al riguardo non poté tuttavia concludersi in quella stessa seduta, anche perché von Bar e Westlake deposero due importanti memorie, in cui difesero il rinvio (*AIDI*, 1900, p. 35-41). Finalmente, alla Sessione di Neuchâtel, nel 10 settembre del 1900, ebbe un luogo un dibattito vivissimo al termine del quale il rinvio fu respinto da 17 voti contro 7.

⁴¹⁶ *Op. cit.*, p. 102-112; p. 116-121. Bersaglio degli « strali » del Buzzati, unitamente a quello dello Schnell, è il punto di vista di FIORE, esposto in *Diritto internazionale privato*, II, Torino, 1888, (già per vero anticipato nello studio *Du mariage célébré à l'étranger*, *Clunet*, 1886, p. 174 s.). Il Fiore, che è stato fra i primissimi a prendere posizione sul tema del rinvio, dichiara al riguardo che, se anche « secondo la legge dello Stato ove pendesse la lite fosse indicata la legge nazionale dello straniero come regolatrice dei rapporti di famiglia », nondimeno, supponendo che lo Stato di cui è cittadino il marito disponga l'applicazione della legge del domicilio, « non si può fare a meno di attribuire ad essa autorità » e ciò perché « deve ammettersi che spetta a ciascun legislatore stabilire se debba essere data preferenza all'uno o all'altro dei due sistemi, e quello che ciascuna legge al riguardo dispone, deve reputarsi imperativo rispetto alle persone soggette all'autorità del legislatore ». Il Buzzati sconfessa tali conclusioni facendo leva sul carattere equivoco della locuzione « persone soggette all'autorità del legislatore » (*op. cit.*, p. 103-105).

⁴¹⁷ *Op. cit.*, p. 92.

⁴¹⁸ *Op. cit.*, p. 89-92.

di efficacia delle leggi straniere, che non possa cioè « legiferare per il mondo intero ». Ben lungi dal trattarsi di una « stranezza » – protesta l'autore – il legislatore, ogni legislatore, non solo può ma *deve* farlo. Se davvero non potesse altro che determinare l'ambito di efficacia del suo ordinamento, il legislatore italiano dovrebbe limitarsi a sottoporre lo statuto personale del cittadino italiano all'estero alla legge italiana. Ora, se un italiano è domiciliato in Danimarca, il legislatore danese lo dichiarerà governato dalle sue leggi, anche qualora si trovi momentaneamente in Italia. « Naturalmente – conclude Buzzati – nessuno dei due legislatori né vorrà né potrà cedere di fronte alla competenza che l'altro afferma ». Insomma, già con il semplice determinare quali persone, cose e rapporti sono a sé sottoposti, il legislatore « viene a dettar legge al mondo intero: è questa una vera necessità da cui non può sottrarsi non appena abbia sancito una sola norma di conflitto ». Fin quando non siano state predisposte norme uniformi, « la base scientifica del d.i.p. dovrà essere che spetta ad ogni legislatore determinare l'efficacia extraterritoriale della legge astrattamente considerata, astraendo cioè dal fatto che questa o quella legge formi parte del diritto interno suo proprio o del diritto straniero ». Né del resto è realistico pensare – perché non corrisponde a verità – che la distribuzione di competenza legislativa sia pacifica fra gli Stati e che « mai possa avvenire che una persona cosa o rapporto giuridico che l'Italia, per alcuni criteri, crede a sé soggetto, possa per altri criteri essere creduto sottoposto a sé dalla Germania o da un terzo Stato »⁴¹⁹. Neppure è corretto « supporre che una persona od una cosa sia sottoposta alla sovranità di uno Stato, perché è retta dalla legge di questo Stato »: per la Prussia – esemplifica Buzzati – il cittadino prussiano rimane sempre suo suddito, anche se, essendo domiciliato in Francia, è retto dalla legge francese, né la Francia sogna di crederlo soggetto alla sua sovranità⁴²⁰. « Notati questi due errori, tutta la teoria dello Schnell di per sé

⁴¹⁹ Infine – opina il Buzzati – questo « decidere come vogliono i due Stati maggiormente interessati », se possibile nell'esempio fatto, è invece impossibile in altri casi. Ad esempio: se si tratta di beni immobili siti in Russia di proprietà di un *de cuius* prussiano domiciliato in Danimarca e il giudice è inglese, questi sarà rimandato alla legge danese, e non potrà approdare alla legge prescritta dalla Russia o dalla Prussia (che è la legge russa, in quanto *lex rei sitae*).

⁴²⁰ Confessiamo di provare una certa perplessità di fronte a questo secondo argomento. Al di là di una generica ripetizione del rilievo che un giudice, anche quando applica la legge straniera, lo fa perché è a ciò orientato dal suo ordinamento, Buzzati ha voluto probabilmente dire (anche) questo: fal so ritenere, come fa lo Schnell, che una volta che lo Stato del domicilio ha dichiarato non applicabile la propria legge ad un cittadino domiciliato all'estero, detto Stato ha per ciò stesso rinunciato alla « sovranità » sul proprio cittadino. Ora tale argomento – e qui crediamo di potere sciogliere la perplessità menzionata – ci pare fondato su un nozione del concetto di *sovranità* distinta rispetto a quella da cui muove lo Schnell: per Buzzati trattandosi essenzialmente del rapporto di soggezione che si instaura con l'attribuzione ad un cittadino della cittadinanza, per lo Schnell del potere di dare una disciplina ad rapporto giuridico che coinvolge persone, cose, o atti giuridici che presentano un collegamento con lo Stato. Non è infatti chiaro perché la « Francia non si sogni di credere soggetto alla sua sovranità » un cittadino prussiano in essa domiciliato, se non appunto supponendo che per Buzzati la « sovranità » si risolve nel rapporto tra lo Stato e il cittadino. Se ciò è vero, tale

cade ». Ma ve ne è un terzo: se è vero che il giudice italiano, applicando una legge diversa da quella risultante dalla concorde volontà dei due Stati maggiormente interessati, commette un'inconcepibile violazione dei loro diritti sovrani, come si spiega che « il legislatore italiano dichiarando (e il giudice giudicando) retto dalla legge italiana l'italiano domiciliato in Prussia non commett[*a*] un'offesa alla sovranità prussiana eguale a quella di dichiarare Berlino città soggetta all'Italia? »⁴²¹.

E' tuttavia proprio meditando sul caso in cui due Stati esteri sono d'accordo per sottoporre una fattispecie alla legge di uno di essi mentre lo Stato del foro non pretende applicarvi la propria che Buzzati è condotto a riconoscere una certa utilità pratica alla soluzione pur così tenacemente combattuta sul piano della teoria, quand'anche, dal punto di vista italiano, sembra ostarvi la lettera della legge. « *L'oblio da parte del*

argomento polemico è brandito dal Buzzati a semplice « effetto », e non merita ulteriore considerazione.

⁴²¹ L'autore torna su quest'ultimo punto nella replica al von Bar (*Nochmals die Rückverweisung*, ZiP, 1898, p. 445 ss.). Si può anche concedere che uno Stato non possa imporre competenza ad un altro, se questi la rifiuta; ma soltanto alla condizione che questo rispetto della sovranità altrui sia *sempre* possibile. « Nella maggior parte dei casi, invece, la competenza degli Stati stranieri non può essere rispettata ». Si pensi alla capacità di un tedesco domiciliato all'estero. Nel mentre che l'attribuisce a sé, la Germania nega la sovranità di un altro Stato. Insomma – dice Buzzati – l'errore logico si palesa solo che si consideri l'essenza del ragionamento avversario, che può riassumersi, a suo avviso, in questo modo: « *La nostra legge non può attribuire competenza ad uno Stato estero, se questi la rifiuta, ma la nostra legge può attribuirsi la competenza che uno Stato estero si attribuisce* » (« Unser Gesetz kann einem fremden Staat nicht eine Kompetenz zusprechen, welche dieser verweigert, aber unser Gesetz kann recht wohl sich selbst die Kompetenz zusprechen, die ein fremder Staat sich zuspricht »: *op. cit.*, p. 451). Insomma, « se ritengo di avere il diritto di curarmi così poco della sovranità straniera che mi attribuisco senza difficoltà una competenza che anche altri Stati si attribuiscono, allora ben posso attribuire loro una competenza che essi ricusano » (*op. cit.*, *loc. cit.*). Nel prosieguo dell'argomentazione, Buzzati intuisce la del resto facile replica degli avversari: se talvolta il « non-rispetto » della sovranità straniera – come nei casi di conflitti positivi in cui è coinvolto il foro – può apparire come inevitabile, si cerchi almeno di evitare tale mancato rispetto, quando ciò è possibile. La seguente « contro-replica » di Buzzati lascia invero un po' perplessi: « Neppure tale argomento mi consente di dare ragione al von Bar, poiché per evitare di attribuire competenza ad uno Stato che la rifiuta, quasi sempre si è poi costretti ad urtare contro la competenza di un'altra legge ». Sembrerebbe che Buzzati si riferisca qui ai *conflitti negativi* ma l'esempio da lui proposto nel prosieguo parrebbe deporre in senso contrario: se alla capacità matrimoniale di un Danese, domiciliato a Berlino e sposatosi in America, s'applica il ragionamento di von Bar, si dovrebbe « giudicare della capacità secondo il diritto tedesco, proprio per non attribuire competenza al diritto danese, che la rifiuta ». Ma « *Wie steht es mit Amerika, welches sich der Sache annimmt?* ». « Applicando la legge tedesca, si contravverrebbe alla volontà degli Stati Uniti, la cui legge intende applicarsi ». Lo sgomento nasce dal fatto che è proprio l'unilateralismo a consentire, in questo caso, di « mettere tutti d'accordo », di evitare contrarietà di decisioni, facendo sì che i giudici di tutti e tre gli Stati coinvolti applichino, se interpellati, la legge dello Stato in cui il matrimonio è Stato celebrato. Lungi dal portare argomenti contro l'unilateralismo, l'esempio fornito dal Buzzati mostra anzi uno dei contributi – e probabilmente il meno discutibile: v. la secca affermazione di BALLADORE PALLIERI, *D.i.p.*, p. 32 – che esso apporta al progresso del d.i.p.

legislatore della norma di conflitto della lex fori potrà essere possibile soltanto se il legislatore scrivesse un articolo così concepito (...) queste norme di conflitto non saranno applicabili ai casi nei quali si verifichino le condizioni seguenti: « I. che la persona, la cosa o l'elemento del rapporto giuridico di cui si tratta non possa in modo alcuno essere retto dalla legge del giudice adito; II. che gli Stati interessati al caso unanimemente dichiarino applicabile una sola legge. Verificandosi tali condizioni, anche il giudice adito tale legge applicherà⁴²²». Ed il commento a tale immaginata disposizione rivela una prudente apertura: « Ora io posso concepire come un tale articolo possa essere scritto: posso anche credere utile, per equità, una tale disposizione (ma, intendiamoci, per equità, *pro bono pacis*, non per principio giuridico⁴²³). Ma finché non sarà scritta, ogni giudice non potrà mai per volere di uno Stato straniero dimenticare ciò che il proprio legislatore impone di osservare e fare osservare »⁴²⁴.

64. Severo nei confronti della teoria di Schnell è anche Enrico Catellani, che pure ne tratta a proposito del rinvio⁴²⁵, accusando il giurista bavarese di « volere apertamente mutare tutto quanto finora pareva assiomatico circa il carattere assoluto delle norme di d.i.p. »⁴²⁶. Catellani riferisce che, secondo Schnell, « quando un legislatore ammette nel proprio territorio l'applicazione di una legge straniera, egli ammette nel tempo stesso che la propria norma indicatrice della legge da applicare possa venire sostituita dalle norme contrarie vigenti nel Paese alle cui disposizioni di legge la sua norma di diritto internazionale privato parrebbe riferirsi »⁴²⁷. Per approdare a tale conclusione, tuttavia – osserva l'autore – Schnell « confonde il potere di legiferare e di modificare il territorio dello Stato, col potere di indicare, per un rapporto giuridico interessante stranieri, e *fra le leggi straniere esistenti*, quella che deve essere preferita ». Ulteriore errore di Schnell

⁴²² *Op. cit.*, p. 121.

⁴²³ Ben diverso sul punto il pensiero di ANZILOTTI, *Il principio del rinvio*, p. 352, di cui ci piace qui di seguito riportare un passaggio, in cui si esprime la dialettica « nervosa e sicura » del Maestro (come felicemente la scolpi F. De Visscher): « Si noti bene che il concetto di procurare la maggior possibile uniformità delle decisioni giudiziarie, non ha qui soltanto il carattere di un criterio pratico, com'è parso a qualche scrittore; è un concetto pratico e razionale ad un tempo, un vero e proprio principio di diritto internazionale privato ».

⁴²⁴ *Op. cit.*, loc. ult. cit.

⁴²⁵ CATELLANI, *Del conflitto fra norme di diritto internazionale privato*, Venezia, 1897 (estratto dagli *Atti del R. Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti*, 1896-1897, p. 1647-1703). Per un ritratto della persona e del temperamento di Enrico Levi Catellani, v. UDINA, in *AIDI*, 1952, p. 469 s.

⁴²⁶ *Op. cit.*, p. 29.

⁴²⁷ *Op. cit.*, p. 31. Il che non risponde propriamente al vero. Schnell si muove, a differenza del Catellani (il cui proposito primo è di combattere il rinvio dal punto di vista del diritto positivo italiano: v. *op. cit.*, p. 49-57), sul terreno di una *proposta legislativa* e, conseguentemente, non si cura di indicare come una norma bilaterale debba interpretarsi. L'unica notazione *de iure condito* formulata da Schnell, e che potrebbe giustificare questa « sbrigativa » censura, è quella contenuta in *Über die Zuständigkeit*, p. 343, in nota: ma non sembra che il Catellani faccia riferimento ad essa, il cui contenuto non è infatti ripreso nella dettagliata esposizione da lui compiuta della dottrina di Schnell.

è – continua l'autore – quello di « non distinguere del tutto due casi di conflitto sostanzialmente diversi: da un lato, quello fra la *lex fori* (con le sue regole di d.i.p.) ed una legge straniera; dall'altro, quello fra due leggi straniere ».

Senonché, almeno per i casi in cui due ordinamenti stranieri sono più direttamente coinvolti, Catellani finisce per fare un'importante « concessione » alla tesi antagonista, ammettendo che, « *se trattasi di un rapporto in tutto estraneo al territorio cui appartiene il magistrato giudicante, può dubitarsi se debbano prevalere le regole di d.i.p. sancite dalla lex fori o quelle sancite dall'una o dall'altra delle due leggi in questione* ». Anche Catellani, dunque – come già Buzzati – conviene che, quanto meno nei casi più estranei al sistema del foro, si potrebbe prospettare una « disattivazione » della norma di conflitto del foro, pur non curandosi di spiegare come essa possa giustificarsi in base alle sole « risorse » della dottrina bilaterale da lui professata⁴²⁸.

65. In un lavoro sulla « funzione e sull'efficacia delle norme di d.i.p. », apparso poco prima della Grande Guerra⁴²⁹, Giuseppe Ottolenghi dedica alla teoria di Schnell e a quella di Niedner – a suo avviso sviluppata con « maggiore perspicacia »⁴³⁰ – una certa attenzione.

A parte il torto – già rilevato da Kahn⁴³¹ – di credere che la situazione di un rapporto giuridico « sia una cosa così certa da potere materializzarsi », mentre è appunto l'incertezza

⁴²⁸ E trascurando d'altra parte che ciò è esattamente quanto avvertì il bisogno di fare il legislatore dell'*EGBGB*, proprio sotto l'impulso di Schnell.

⁴²⁹ OTTOLENGHI, *Sulla funzione e sull'efficacia delle norme interne di diritto internazionale privato*, Torino, 1913 (la parte in cui l'A. critica la dottrina unilaterale si rinviene alle p. 35 s.). Lavoro che ebbe un certo influsso sullo svolgimento della dottrina italiana di d.i.p. della prima metà del Novecento e ciò in una direzione che ci pare duplice. Da un lato, il rilievo che, se l'applicazione della legge straniera in uno Stato viene prescritta eventualmente anche al di fuori dei limiti di competenza da essa tracciati – come riteneva la maggioranza della dottrina del tempo, contraria al *rinvio* (v. per un elenco POTU, *La question du renvoi*, p. 115 s.) – « tale prescrizione, togliendo ogni valore all'efficacia della legge straniera come fonte di diritto in sé considerata, non può avere altro risultato che di produrre una *recezione* del suo contenuto nel diritto interno », getta le basi per la concezione che vede nel richiamo del diritto straniero un *rinvio recettizio*, la quale, messa a punto poco più tardi, fu a lungo prevalente nella dottrina italiana (cfr. BALLARINO, *D.i.p.*, p. 282; BERNARDINI, *Produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, Milano, 1966, p. 96 s.). Dall'altro, il conseguente rilievo che, determinando tale recezione, « in luogo dell'applicazione della legge straniera, l'applicazione di una *norma speciale di diritto interno*, contrariamente al disposto formale delle norme locali di conflitto che in quel caso escludevano la competenza della legge interna, l'obiettivo di quelle norme si trasforma perciò in quello corrispondente di altrettante norme di diritto materiale » contiene *in nuce* la sistemazione del diritto internazionale privato che darà vent'anni dopo AGO, nella sua *Teoria del diritto internazionale privato*, poi esposta all'Accademia dell'Aja, il che le valse notorietà europea (per un'affermazione della prevalenza in Europa delle idee di Ago sui rapporti fra diritto internazionale privato e diritto interno, v. ancora, negli anni Cinquanta, GIHL, *Les lois politiques*, p. 170).

⁴³⁰ *Op. cit.*, p. 37.

⁴³¹ V. *supra*, para. 51.

che provoca il problema; e a parte quell'altro – già additato da Anzilotti⁴³² – di ritenere che la questione dei limiti di applicazione della legge interna e quella del regolamento dei rapporti giuridici soggetti ad altre leggi siano distinte e separate, mentre si tratta delle due facce di una medesima medaglia, « in quanto la soluzione al primo quesito implica per se stessa il riconoscimento di un effetto extraterritoriale del diritto straniero e ne determina la misura »⁴³³; tutto il ragionamento della teoria unilaterale pare al nostro autore « aggirarsi in un circolo vizioso ». Il rilevare che il problema della competenza a stabilire l'applicazione della legge straniera non appartiene allo Stato, ma al giudice, « nulla risolve », agendo il giudice in ogni caso come organo dello Stato e dovendosi la sua volontà presumere conforme alla volontà della legge. Quindi, se anche, come professano Schnell e Niedner, la questione di d.i.p. si riducesse ad una semplice localizzazione del rapporto controverso, « tutto ciò non spiegherebbe ancora la facoltà del magistrato di applicare il diritto straniero a cui quel rapporto è soggetto o di riconoscerne il valore nella propria giurisdizione »: tale facoltà si spiega soltanto facendo ricorso ad una corrispondente volontà dello Stato, la quale è dunque « presupposto imprescindibile ».

Muovendo poi all'individuazione della legge straniera applicabile, il ragionamento – dice Ottolenghi – è identico. Quando uno Stato, espressamente o tacitamente, abbia affermato, in certi casi, la competenza regolatrice del diritto straniero in generale, rimettendone al giudice la scelta della particolare legge da applicare, delle due l'una: « o si presenta un concorso di leggi fra la legge interna ed una determinata legge straniera, ed in questo caso dalla circostanza stessa che si sia esclusa la competenza della legge interna deriva la competenza dell'altra »; oppure « il concorso si presenta fra legge interna o più leggi straniere, ed in questo caso, dove il legislatore escluda la competenza della sua legge, senza pronunciarsi sulla scelta della legge straniera, la facoltà rilasciata al giudice di procedere egli stesso a tale determinazione od in base a certi criteri direttivi (...) non significa certamente una mancanza di competenza nello Stato a provvedere per la risoluzione di tale problema »⁴³⁴. Né è vero che il giudice *debba* sistematicamente verificare la positiva volontà della legge straniera prima di applicarla. Se lo si ammettesse « egli diventerebbe organo della legge straniera ». Ogniqualvolta il giudice applica la legge straniera, sia pure subordinatamente alla condizione che questa abbia affermato in concreto la sua competenza, è da ammettersi che tale soluzione, per quanto rimessa

⁴³² V. *supra*, para. 53.

⁴³³ *Op. cit.* « Se – continua l'A. – tale riconoscimento rientra nella competenza del legislatore nazionale, questi può, anzi deve, per necessità dichiarare anche i limiti entro i quali deve avere luogo ».

⁴³⁴ « Anzitutto, dove non esista una norma espressa in ordine al regolamento di certi rapporti, ciò non implica certo il difetto del potere dello Stato di ordinare il contenuto di quella disposizione stessa. In secondo luogo è impossibile, senza contraddizione, il negare la competenza dello Stato all'esercizio di certi atti, affermando nello stesso tempo quella dei suoi organi come tali » (*op. cit.*, *loc. cit.*)

all'arbitrio del giudice, sia conforme alla volontà dello Stato, non potendo « l'applicazione della legge straniera dipendere semplicemente dall'imperio di essa »⁴³⁵.

A dispetto della condanna della tesi unilaterale, Ottolenghi formula, ad epilogo del suo saggio, alcuni rilievi che paiono dischiudere un orizzonte nuovo. L'autore avverte che il problema del d.i.p., ed in particolare del rapporto fra norme unilaterali e norme bilaterali, dovrebbe impostarsi su un terreno differente, ed auspica che gli studi di d.i.p. siano indirizzati nella diversa direzione da lui come intraveduta. La sistemazione dell'ufficio della norma di d.i.p., così come egli è venuta organizzandolo, per quanto concettualmente chiara e logicamente ineccepibile, lo lascia in definitiva un poco perplesso. E tale perplessità sembra proprio sorgere dal dubbio circa la rispondenza di questa bella costruzione alla ragion d'essere delle norme di d.i.p. Dalla constatazione che, nel sistema vigente, l'applicazione della legge straniera ha luogo indipendentemente dai limiti che essa stessa si è data, Ottolenghi trae infatti la conseguenza che le disposizioni di d.i.p. devono intendersi non già come norme che riconoscono al diritto straniero quale fonte di diritto bensì come « norme produttive di una recezione del contenuto del diritto straniero nel diritto interno »; e che dunque esse, propriamente, determinano non già l'applicazione del diritto straniero, bensì di una *norma speciale di diritto interno*, venendo dunque ad assumere ad oggetto quello di altrettante norme di diritto materiale. E' allora giocoforza concludere che le disposizioni di d.i.p. « *non spiegano più alcuna funzione internazionalistica* », ché si limitano in definitiva ad indicare se ad una data fattispecie debba applicarsi il diritto interno *comune* ovvero un diritto interno *speciale*.

Se la realtà attuale del fenomeno del diritto internazionale privato non può – conclude Ottolenghi – essere spiegata in termini diversi, tale realtà può non apparire soddisfacenti⁴³⁶ e dare luogo a difficoltà e addirittura rendere opportuna una « revisione delle

⁴³⁵ Il resto del ragionamento si risolve in una ripetizione di concetti già formulati: « D'altra parte anche *a priori*, la conclusione avversaria non potrebbe persuadere. Come si può ammettere che lo Stato introduca una deroga all'applicazione della propria legge, soltanto nell'intento di abbandonare la parte di giurisdizione lasciata libera in favore del *primo* occupante? Per lo Stato non vi può essere nessun *ex lege*, chi per dati rapporti non è soggetto alla sua legge personale sarà soggetto ad un'altra, e se lo Stato concede che la legge straniera possa venire applicata in un dato caso, non intende con ciò che sia lecita l'applicazione di qualunque legge, ma di una legge determinata. Quale debba essere questa legge, in difetto di altra volontà superiore, spetta appunto a lui il dichiarare; e, se non gli spettasse, oppure se non volesse, ciò vorrebbe dire soltanto che, sotto la sua sovranità, non dovrebbe mai applicarsi diritto straniero, ma non significherebbe già che quella determinazione spetti al legislatore straniero, la cui legge deve essere applicata, poiché nessun legislatore può avere autorità sul territorio di altri Stati ».

⁴³⁶ *Op. cit.*, p. 94: « Se queste osservazioni sono fondate, come si potrà dire adunque che per noi non sia di nessun interesse la circostanza che il diritto straniero voglia o non voglia essere applicato?. L'interesse è evidente ed in massimo grado, perché, quando la legge straniera sia applicata al di là dei limiti di spazio dalla medesima prescritti, il preteso riconoscimento di essa come fonte equivale in realtà ad una recezione del suo contenuto nel diritto interno ».

premesse e dei postulati che finora hanno formato il caposaldo di questa disciplina»⁴³⁷. La quale revisione potrebbe utilmente indagare se l'« opera unilaterale degli Stati nell'emanazione di principi che toccano la sovranità della legge straniera », in particolare « ogniquale volta la sua efficacia sia prorogata al di là dei limiti da essa prescritti (....) non solo costituisca un'anomalia, ma un'impossibile giuridico »⁴³⁸.

⁴³⁷ *Op. cit.*, p. 110.

⁴³⁸ Ora – conclude Ottolenghi – su tale anomalia non fu riflettuto a sufficienza, a causa dell'imperfetta costruzione dei rapporti fra norme di d.i.p. e di diritto materiale interno. Ma ora che tali rapporti sono stati elucidati, si potrà riflettervi e procedere « ad un nuovo assetto della materia ». Se e finché non lo si farà, tuttavia, « sarà giocoforza riconoscere che la funzione delle norme di d.i.p., quando nel richiamo della legge straniera non si tenga conto dei limiti di applicazione da essa voluti, è come quella di qualunque norma di diritto materiale, la quale abbia accolto nel suo contenuto un disposizione conforme a quella della legge straniera ». Fra gli ultimi a dedicare spazio al primo unilateralismo è Arrigo CAVAGLIERI (*Lezioni di diritto internazionale privato*, 2ª ed., Napoli, 1929, p. 50 s.). Anche Cavaglieri respinge la pretesa *incompetenza* del legislatore a determinare se una data legge straniera debba o no regolare certi rapporti. Una tale limitazione potrebbe derivare unicamente dal diritto internazionale pubblico, poiché « le norme giuridiche internazionali costituiscono il solo limite all'attività dello Stato moderno nei riguardi della sua più elevata funzione, quella legislativa ». Ora – rileva il nostro A. – una norma di diritto internazionale che sancisca questo limite *non esiste*, il diritto internazionale imponendo tutt'al più – in certi rari casi – d'applicare leggi straniere ad esclusione della legge del foro, e stabilendo – ma ancor più di rado – con norme consuetudinarie quale debba essere questa legge straniera applicabile (v. già ANZILOTTI, *Diritto internazionale nei giudizi interni*, p. 133-141; MARINONI, *La natura giuridica del diritto internazionale privato*, RDI, 1913, a più riprese da p. 349 a p. 370). D'altra parte – prosegue Cavaglieri, riprendendo sul punto il *Corso* del 1925 di Anzilotti – è « assolutamente inopportuno e praticamente dannoso » che il legislatore si astenga dall'indicare al giudice la legge straniera applicabile. Lo scopo di tale astensione, che è quello di evitare che il nostro legislatore dichiari applicabile una legge straniera che non intenda invece regolare il rapporto, mentre tale intenzione sussiste presso un terzo legislatore, non sarebbe infatti raggiunto nella maggior parte dei casi, « le leggi straniere (spesso) contendendosi la competenza a regolare lo stesso rapporto, o rifiutando contemporaneamente tale competenza ». In questi frequenti casi di conflitto positivo o negativo, se il nostro legislatore rifiuta a sua volta di determinare la legge straniera applicabile, perdura una dannosa incertezza sulla norma dalla quale fare regolare il rapporto in questione, « e poiché il giudice deve ben decidere la controversia sottopostagli, si abbandona al suo variabile criterio una determinazione che dovrebbe invece essere assunta in modo generale ed obiettivo dal legislatore ».

Capitolo Secondo

L'UNILATERALISMO FRANCESE, PILENKO, E LA DOTTRINA DI ROLANDO QUADRI

Introduzione

66. Dopo una quiescenza di qualche decennio, l'idea unilaterale conosce in Europa una rinascita⁴³⁹. E' quella che può denominarsi la « seconda stagione » dell'unilateralismo, che corre fra la « conversione » di Jean-Paulin Niboyet, degli ultimi anni trenta, e l'esposizione del sistema di Rolando Quadri, perfetta alla fine degli anni sessanta. E' la stagione più ricca e complessa: l'unilateralismo si arricchisce ora di esperienze e d'apporti provenienti da diverse culture e tradizioni, sì da divenire idea autenticamente europea. Se culla del primo unilateralismo era stata la Germania, il secondo unilateralismo fiorisce soprattutto in Francia e in Italia, grazie alla forte personalità dei suoi tre principali esponenti – Niboyet, Pilenko e Quadri – i quali ebbero una conoscenza alquanto sommaria e imprecisa del pensiero unilateralista germanico di fine Ottocento, sicché è da escludere, a quanto consta, un legame di filiazione fra il primo e il secondo movimento di idee, e neppure d'influenza dell'uno sull'altro. Altro fatto degno di nota, l'idea unilaterale riprese a prosperare in questi due Paesi proprio nel tempo in cui la dottrina tedesca, con Wiethölter, si sforzava di sradicarla facendone una critica estesa⁴⁴⁰.

Il fondamento dell'unilateralismo per Niboyet è duplice: il rispetto del sovrano potere di regolamentazione legislativa degli Stati, e la salvaguardia delle situazioni giuridiche da essi create. Se il primo postulato stava allora conoscendo un forte declino in Europa, per attingere nuovi fasti negli Stati Uniti, la seconda istanza era destinata ad una durevole anche se tormentata fortuna in Francia ed in Europa in genere. Accolta nel progetto di codice francese, poi insabbiatosi, essa è stata recepita, in parte, da Francescakis, che le

⁴³⁹ GOTHOT parla come noto, di « *renouveau de la tendance unilatéraliste* »; già DE NOVA, *Historical Introduction*, p. 571, constatava che l'idea unilaterale « *has experienced a significant revival of late* », riferendosi a Niboyet, Pilenko e Quadri.

⁴⁴⁰ WIETHÖLTER, *Einseitige Kollisionsnormen als Grundlage des internationalen Privatrechts*, Berlin, 1956.

diede una prima sistemazione, nonché, trent'anni dopo, da Muir Watt, sicché è parso potere individuare un vero e proprio filone francese. E' tuttavia solo con Rolando Quadri che l'unilateralismo conosce per la prima volta nella sua storia un'organizzazione sistematica completa e vigorosa⁴⁴¹. Combattendo la spiegazione « interstatale » del d.i.p., Quadri viene a svolgere il suo sistema dall'idea del rispetto della continuità e dell'uniformità dei rapporti giuridici interindividuali in cui vede il fondamento del d.i.p. Se è vero che Quadri non pare avere fatto in Italia proseliti dichiarati, il che impedisce di parlare di un unilateralismo italiano, è anche vero che la dottrina italiana dominante pare essersi limitata ad additare qualche difetto della costruzione dell'internazionalista napoletano, grave ma tutto sommato non decisivo, senza mai effettuare una replica esaustiva e globale, riconoscendo anzi apertamente alcune insufficienze della bilateralità tradizionale. Tra il pensiero di questi due autori s'insinua cronologicamente quello di Pilenko, professore russo esule in Francia, la cui teoria della « spazialità », già per la verità elaborata nel 1914 in lingua russa, fu da lui ripresa nei primi anni cinquanta in occasione dei lavori per la codificazione francese. Le riflessioni di Pilenko non paiono innestarsi nel tronco di alcuna tradizione scientifica continentale, e sembrano piuttosto anticipare, con la rivelazione della « bidimensionalità » del problema del d.i.p., « spaziale » e « conflittuale », certo unilateralismo americano successivo.

Le critiche rivolte a questo secondo unilateralismo si appuntano assai meno sul suo fondamento – essenzialmente il rispetto delle situazioni giuridiche create all'estero e della continuità della vita giuridica dei soggetti – che non sui problemi con cui è chiamato a misurarsi, essenzialmente i conflitti positivi e negativi. Riguardo ai quali la nuova stagione è stata però assai più feconda della prima, e assai più di quanto non si lasci comunemente intendere: l'antiorità di applicazione di un sistema normativo (*prior in tempore potior in iure*), il principio del *favor validitatis* o d'altro risultato materiale, la protezione delle *aspettative delle parti*, il principio del *collegamento più stretto* o dell'*ordinamento più forte*, sono venuti ad affacciarsi quali possibili criteri di soluzione, come nativamente sgorgando dal fondamento razionale del diritto internazionale privato.

All'unilateralismo francese, al pensiero di Pilenko, alla dottrina di Quadri, sono dedicate rispettivamente la Sezione I, la Sezione II, la Sezione III in cui si declina il presente Capitolo, che suggellano alcune conclusioni sulla seconda stagione dell'unilateralismo (Sezione IV).

⁴⁴¹ GOTHOT, *Le renouveau*, p. 5.

Sezione I

L'unilateralismo francese

67. Alla fine degli anni trenta l'idea unilaterale ha trovato la fervida adesione di una delle personalità di più vigorosa tempra del diritto internazionale privato europeo della prima metà del Novecento: Jean-Paulin Niboyet⁴⁴². « Folgorato dalla grazia »⁴⁴³ – come ebbe a dichiarare con ironia – dopo una laboriosa meditazione sul problema del rinvio⁴⁴⁴, Niboyet difese l'unilateralismo *de lege ferenda* sul terreno della *creazione* dei diritti e già *de lege lata* su quello dell'*efficacia* di essi. Su tale distinzione – già proposta da Pillet⁴⁴⁵ ma senza spiegare conseguenze metodologiche particolari nella sua teoria⁴⁴⁶ – s'impenna la seconda delle due tesi fondamentali di Niboyet⁴⁴⁷.

Le idee di Niboyet furono esposte nel volume terzo – pubblicato nel 1944 – del suo monumentale *Traité*, e difese innanzi al *Comité français*⁴⁴⁸, nonché travasate nell'avamprogetto per la codificazione del diritto internazionale privato francese di cui fu redattore. L'unilateralità in materia di *creazione* dei diritti fu abbandonata dai commissari, seppure in esito ad una discussione vivace e confusa, nella quale pure si manifestarono orientamenti ad essa favorevoli. La disposizione che consacrava il metodo unilaterale in tema di riconoscimento dell'*efficacia* dei diritti riscosse invece l'unanimità dei consensi. Alla radice della sua successiva espunzione dagli ulteriori progetti di codificazione vi

⁴⁴² Commosi ritratti de « cette âme ardente et fière, ce caractère impétueux, assoiffé d'action » che fu J.-P. Niboyet ci sono stati lasciati da BATIFFOL, *Rev. crit.*, 1952, p. 1 s., MARIDAKIS, *Rev. hell.*, 1952, p. 111 s.; LOUIS-LUCAS, *Clunet*, 1952, p. 1 s., FRANCESKAKIS, *Permanence de l'oeuvre de Niboyet*, *Rev. hell.*, 1952, p. 228 s., ai quali ultimi due autori si deve anche un primo bilancio dell'opera scientifica del professore di Parigi. V. anche, al riguardo, la « comunicazione » di LOUIS-LUCAS, *Territorialisme et nationalisme dans l'oeuvre de J.-P. Niboyet*, tenuta il 12 dicembre 1952 al *Comité français*, in *Tr. com. fr. dr int. pr.*, Année 1952, Paris, 1955, p. 11 s.

⁴⁴³ V. l'intervento che ha fatto séguito alla comunicazione di LOUIS-LUCAS, *Le renvoi dans le projet de la commission de réforme du code civil*, *Tr. com. fr. dr int. pr.*, Année 1952, p. 33 s., p. 64: « Je dois dire que j'ai été assez long à comprendre cette idée (...). Mais enfin j'ai fini par être touché, sur ce point, si je peux dire, par la grâce (si tant est que ce soit la grâce, je n'en sais rien) ».

⁴⁴⁴ Anno dell'« illuminazione » fu il 1939, e l'occasione fu la nota a Cass. (Req.), 10 maggio 1939, *Rev. crit.*, 1939, p. 472 (v. anche DE NOVA, *Historical Introduction*, p. 577): il rinvio, avversato da Niboyet fino ad allora (v. NIBOYET, *Manuel de droit international privé*, 2^e édition du *Manuel de A. Pillet et J.P. Niboyet d'après la même méthode*, Paris, 1929), viene d'ora in poi, grazie all'unilateralismo, ammesso dall'A. « nel suo risultato ma non nel suo meccanismo ».

⁴⁴⁵ PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, t. I, Grenoble/Paris, 1923, p. 119 s.

⁴⁴⁶ Cfr. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 110; MAKAROV, *Les cas d'application des règles de conflit étrangères*, *Rev. crit.*, 1955, p. 440.

⁴⁴⁷ Cfr. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi*, p. 198.

⁴⁴⁸ V. in particolare la seduta del 19 gennaio 1946 avente per tema il *Code civil en préparation et les règles de solution des conflits*, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, Année 1946, spec. p. 74 s.

furono, sembrerebbe, le perplessità della dottrina francese più influente, già manifestate in seno al *Comité français* nel 1955, circa l'opportunità di irrigidire in una disposizione una questione nuova ed ancora poco esplorata⁴⁴⁹.

L'unilateralismo di Niboyet in materia di efficacia dei diritti non mancò tuttavia di esercitare una certa influenza sulla dottrina francese, anche se questo nesso storico pare essersi un po' offuscato con il passaggio degli anni. Vivier la accolse con sollecitudine⁴⁵⁰. In seno al *Comité français*, Maury⁴⁵¹, cui si allineò Batiffol⁴⁵², giudicò la soluzione « buona » nel suo principio, ma vi apportò due importanti restrizioni: l'assenza di conflitto positivo e la totale estraneità al foro della fattispecie al momento della creazione. Francescakis, nella sua opera capitale sul rinvio, ne riconobbe la rispondenza alle esigenze effettive del commercio internazionale e v'aderì in principio, abbandonando la prima restrizione anche se prudentemente conservando la seconda⁴⁵³. Muir Watt, nel suo studio sulla funzione della norma di conflitto – tra gli ultimi apparsi in argomento – ha suggerito, con la dovuta circospezione, l'abbandono anche della condizione della totale estraneità al foro e la sua sostituzione con il rispetto delle legittime previsioni delle parti⁴⁵⁴.

Qui di seguito, dunque, nell'ordine, tratteremo delle tesi di Niboyet (§ I), svolgeremo al riguardo alcuni rilievi (§ II), riprenderemo la critica ad esso rivolta da Henri Batiffol esaminandone l'attualità (§ III), e ripercorreremo la vicenda dell'idea unilaterale nel processo di codificazione francese (§ IV); indi, ci occuperemo della meditazione sui meriti della unilateralità compiuta da Vivier (§ V), dell'unilateralismo « parziale » di Francescakis (§ VI) e delle proposte di superamento di questa « parzialità » avanzate da Muir Watt (§ VII).

⁴⁴⁹ *La Codification du droit international privé*, Paris, 1956, p. 143 s.; cfr. FOYER, *Le nouvel avant-projet de réforme du Droit international privé français*, *Clunet*, 1971, p. 34-35.

⁴⁵⁰ Cfr. GOTHOT, *Le renouveau*, p. 4 (*infra*, para. 92 s.).

⁴⁵¹ *La Codification du droit international privé*, p. 143-144.

⁴⁵² *Op. cit.*, p. 144.

⁴⁵³ FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi*, p. 203.

⁴⁵⁴ MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, spec. p. 584 s.

§ I. – L'unilateralismo di J.-P. Niboyet

SOMMARIO: – 68. L'unilateralismo *de lege ferenda* di Niboyet e la sua giustificazione: sovranità, effettività, rispetto dell'integrità della legge straniera. – 69. Conflitti *negativi* e *positivi*: la completezza *suppletiva* della legge francese; effettività e *favor validitatis*. – 70. Distinzione fra *creazione* ed *efficacia* dei diritti. L'adesione, anche *de lege lata*, all'unilateralismo in materia di *efficacia*. Il criterio del *prior in tempore*.

68. Completata l'esposizione storica « delle idee e dei fatti » del d.i.p., e accingendosi a render conto del diritto positivo di Francia, Niboyet si chiede se la soluzione data ai conflitti di leggi dal sistema di d.i.p. francese presenti un carattere *unilaterale* o *bilaterale*⁴⁵⁵. Al riguardo, avverte egli l'esigenza di ragionare, innanzitutto, *de lege ferenda* e di chiedersi « come *debba* essere una dottrina francese della soluzione dei conflitti »⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ L'autore riconosce che la questione « non è completamente nuova » (*Traité*, III, p. 243, nota 1). Cita, fra gli altri, von Bar, Schnell, Niedner, il primo Quadri. E' pressoché sicuro che quanto meno degli unilateralisti tedeschi egli non abbia avuto conoscenza diretta, senz'altro non prima del 1939: dopo avere ricordato che le norme sulla cittadinanza si limitano ad indicare i requisiti per l'acquisto della cittadinanza da parte dello Stato che le pone, senza, cioè, « assegnare » lo straniero all'uno od all'altro Stato estero (*Rev. crit.*, 1939, p. 745), Niboyet dichiara che « jusqu'ici la doctrine n'avait pas aperçu, et nous avec elle, qu'après tout il n'en est pas autrement pour les conflits de lois ». Schnell aveva già condotto tale parallelo. GOTHOT, *Le renouveau*, p. 15, riferisce che è probabile che Niboyet ebbe notizia dell'unilateralismo tedesco attraverso PILLET, *Principes de droit international privé*, Paris, 1903, p. 75, in nota, e che Pillet ne avesse avuto contezza a sua volta attraverso JITTA, il quale « les connaissait fort bien » (nota 3). Di Jitta Gothot cita *Die Kodifikation des internationalen Privatrechts im Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich vom Standpunkt eines Ausländers, Jahrbuch der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*, t. II, 1896, p. 55 e *La méthode du droit international privé*, La Haye, 1890, p. 70, spec. p. 73. Né l'uno né l'altro studio però menzionano gli autori tedeschi passati in rassegna (né d'altra parte, specie per *La méthode*, che è del 1890, sarebbe stato possibile per ragioni cronologiche). Jitta conobbe – è vero – le opere di Neumann e von Bar (con il quale ebbe un'accesa discussione: *Das Wesen des internationalen Privatrechts, Archiv für öffentliches Recht*, 1899, p. 301 s. e *Alte und Neue Methode des internationalen Privatrechts*, *ibidem*, 1900 p. 564 s.), ma non pare avere preso direttamente parte al dibattito fra unilateralismo e bilateralismo. Curiosamente, egli s'interessò tuttavia all'opera di Pilenko in lingua russa (la cui prima edizione è del 1911), tanto da farne una recensione (in *Rechtsg. Mag.* 1913, p. 135 a noi non disponibile, e di cui lo stesso Pilenko fu all'oscuro (Jitta vi si riferisce due volte nel suo *Internationaal Privaatrecht*, Haarlem, 1916, p. 8, nota 1, p. 65 nota 1).

⁴⁵⁶ *Traité de droit international privé français, Tome III, Conflits de lois, d'autorités et de juridictions (théorie générale)*, Paris, 1944. Il « Chapitre VI » (p. 197 s.) è intitolato « Exposé de nos idées: ce que doit être une doctrine française des solutions des conflits ». La Sezione III è intitolata « portée du système français de solution des conflits »: il § 1 (p. 243 s.) è dedicato a « ce qui devrait être le système français de solution des conflits: il devrait se borner à déterminer la compétence française, et se désintéresser de la compétence étrangère »; il § 2 (p. 259 s.) reca invece come titolo « ce qu'est le système français de la jurisprudence française: il désigne à la fois les cas de compétence française et ceux de compétence étrangère ». Nel *Cours de droit international privé français*, la cui prima

La dottrina e la giurisprudenza pressoché unanimi⁴⁵⁷ danno per acquisito che la norma di conflitto non possa che essere « bilaterale »⁴⁵⁸. Dopo essersi a lungo arrovelato sul punto, Niboyet dichiara essere pervenuto alla convinzione ferma che tale presupposto è, da un punto di vista teorico, viziato da errore⁴⁵⁹ e che la norma di conflitto deve necessariamente avere forma *unilaterale*, ed è sulla via dell'ammissione di tale nuovo assunto ch'egli sollecita senz'altro la dottrina francese ad avviarsi⁴⁶⁰.

Per avvedersi di questa verità, l'autore invita « a risalire alla fonte ». Dal punto di vista *testuale*, si deve riconoscere che le norme francesi di d.i.p. hanno formulazione appunto unilaterale, l'art. 3 del *Code civil*, il quale costituisce la base del sistema di d.i.p. francese, notoriamente occupandosi, nei suoi tre commi, della *sola* legge francese⁴⁶¹. Quanto alla « teoria del diritto internazionale », lo Stato francese, dettando una norma bilaterale, interferirebbe con la *sovranità* di un altro Stato e il suo esercizio da parte di questo, compirebbe insomma un « atto di sovranità » che spetta a questo soltanto. Se è vero che l'elaborazione di regole in materia di d.i.p. francese rientra fra le prerogative della sovranità dello Stato francese, come può la Francia stabilire norme di conflitto per un Paese straniero? Non sarebbe riconoscere l'altro Stato come « eguale », ma rivendicare una sorta di superiorità incompatibile con i principi che governano le relazioni interstatuali⁴⁶². Opera qui, inoltre, secondo Niboyet, una specificazione del principio di *effettività*, secondo cui « non serve a nulla contestare ciò che non si può impedire né affermare una volontà che soltanto una legge straniera può recare in atto »⁴⁶³. Ancora, l'applicazione di una legge straniera non può che essere il riconoscimento in Francia del suo vigore nello Stato d'origine, cioè la sua « proiezione » in Francia, la « prosecuzione » quivi della sua efficacia. Si avrebbe, al contrario, una « novazione », se alla legge straniera venisse tracciata un'estensione diversa e nuova rispetto a quella di cui è assortita

edizione è del 1946, e la seconda del 1949, Niboyet (p. 349 s.) fornisce un riassunto delle sue idee e dello stato del diritto positivo.

⁴⁵⁷ *Traité*, III, p. 246

⁴⁵⁸ E' però significativo, fa osservare l'A., che una certa parte di essa, pur accogliendo tale soluzione, esamini le cose « un po' di traverso » (*de biais*), e riconosca, tramite l'accettazione del rinvio, che la designazione della legge straniera operata dal foro è tuttavia subordinata al fatto che tale legge *voglia* a sua volta applicarsi (*Traité*, III, p. 244).

⁴⁵⁹ *Traité*, III, p. 246.

⁴⁶⁰ *Traité*, III, p. 263.

⁴⁶¹ Né si possono ricavare argomenti *a contrario* dagli artt. 47, 170, 999 del *Code civil*, i quali hanno ad oggetto non già la *creazione* dei diritti all'estero, ma la loro *efficacia* (del valore di questa distinzione per l'A. si dirà fra breve). Essi, per Niboyet, dispongono cioè che i diritti, sorti fuori Francia, a seguito di un atto dello stato civile (art. 47), di un matrimonio (art. 170), di un testamento (art. 999), sulla base della legge straniera del luogo di compimento dell'atto, ed in circostanze nelle quali la legge francese *non* voleva applicarsi, sono *riconosciuti* in Francia.

⁴⁶² L'A. cita sul punto VON BAR, *Annuaire, Session de Neuchâtel*, t. IV, p. 541.

⁴⁶³ *Traité*, III, p. 232; cfr. GOURDET, *L'effectivité en droit international privé*, thèse, Nice, 1978, p. 12.

nel Paese da cui emana⁴⁶⁴. Non si tratterebbe più, insomma, dell'applicazione in Francia di una legge *straniera*, ma di altra cosa⁴⁶⁵.

69. Ciò posto, Niboyet è naturalmente condotto a trattare dei conflitti *positivi e negativi* di competenza legislativa. Se nessuno Stato la rivendica per sé, si dà un « rapporto giuridico apolide » (*rapport apatride*), il che rischia di provocare un « vuoto » giuridico. Il quale, almeno quando la fattispecie presenta delle connessioni con la Francia, va dunque colmato da una « competenza suppletiva » della legge francese⁴⁶⁶, il che a sua volta rivela il *significato* dell'« incompetenza » di questa, incompetenza che è appunto *non assoluta*, ma *relativa*, sussistendo se e nella misura in cui la competenza di una legge straniera si affermi effettivamente e venendo meno nel caso contrario⁴⁶⁷. Nel caso in cui *più* leggi straniere reclamino ciascuna la propria competenza, Niboyet ammette che l'unilateralismo provoca una « certa complicazione » rispetto al modello bilaterale. Si danno infatti – illustra l'autore – alcune opzioni.

La soluzione più semplice e più immediata consiste, certo, nel dare preferenza alla legge del Paese il cui sistema di d.i.p. è più simile a quello del foro⁴⁶⁸. Ma non si tratta né dell'unica, né, necessariamente, di quella preferibile. L'autore assimila la questione ai casi di « conflitti di cittadinanza », e ricorda la soluzione che pare prevalere: il criterio dell'*effettività*. Se prova qualche esitazione ad estenderla in generale ai conflitti di leggi, Niboyet è in realtà, negli esempi formulati trattando dell'*effettività* in genere, già venuto naturalmente a suggerirne l'impiego: se uno Stato sottopone la successione alla legge nazionale del defunto, e lo Stato del luogo in cui si trovano i beni rivendica per sé la competenza, quest'ultimo sarà *effettivamente* in grado di fare prevalere la sua visione, perché i beni saranno presso di lui, e nessuno degli altri dovrebbe – perché nessuno degli altri potrebbe utilmente – contestargli tale primazia. E' un'idea feconda – constata

⁴⁶⁴ *Traité*, III, p. 249; v. anche *Cours*, p. 351.

⁴⁶⁵ A questo riguardo, spiega Niboyet, la parte interessata ad ottenere l'applicazione di una o di un'altra legge straniera deve fornire la *prova* di tale rivendicazione, il giudice francese dovendo assumere al riguardo un atteggiamento *passivo*; v. anche la comunicazione di Niboyet al *Comité français*, su *Le Code civil en préparation et les règles de solution des conflits*, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, Année 1946, p. 79: « C'est-à-dire qu'au fond c'est à la partie de fournir les renseignements. De même qu'il faut que je prouve que j'ai telle nationalité, il faut que je prouve que tel pays accepte de soumettre mes contrats à sa loi ». In questo modo Niboyet ovvia all'obiezione di chi gli faceva notare l'inconveniente pratico dell'unilateralismo, consistente nell'obbligare il giudice a « rechercher parmi toutes les lois étrangères si l'une ne réclame pas la compétence » (v. ad es. intervento di DE LAPANOUSE, *Travaux de la Commission de réforme du Code civil*, Année 1949-1950, Paris, 1951, p. 534).

⁴⁶⁶ *Traité*, III, p. 253.

⁴⁶⁷ *Traité*, III, p. 253: « C'est ici qu'il ne faut pas perdre de vue le sens de l'incompétence française: elle n'existe qu'au point de vue immédiat parce qu'elle s'efface volontairement devant une compétence étrangère, ce qui suppose qu'elle existe. A défaut, l'incompétence française qui n'était pas *absolue*, mais *relative* peut cesser et la compétence française se manifester de manière médiate ».

⁴⁶⁸ *Traité*, III, p. 258.

il nostro – che potrebbe portare ad una certa unità internazionale di soluzioni⁴⁶⁹. Altra soluzione consiste, in materia di validità di atti giuridici, nel dare la preferenza alla legge che considera *valido* l'atto: è l'adagio secondo cui, nell'incertezza, si tende a « validare » un atto piuttosto che ad « invalidarlo »⁴⁷⁰. Il *favor validitatis* è dunque un secondo criterio concepibile, anche se Niboyet riconosce ch'esso non è suscettibile d'applicazione generale⁴⁷¹. Insomma, quando la Francia, « Paese terzo », si trova a dovere « arbitrare un conflitto » fra due leggi straniere, se anche si ammette l'opportunità per il foro di « ispirarsi » alle sue concezioni, ciò non vuol dire applicare puramente e semplicemente la norma di conflitto francese⁴⁷². Ad essa si ricorre soltanto quando non si può fare altrimenti, e solo come una sorta di « pis-aller », di soluzione di ripiego⁴⁷³.

70. Niboyet riconosce che il diritto positivo non s'è assestato nel senso dell'unilateralità, ma nel senso di un sistema « misto »: il quale mutua dalla *bilateralità* l'idea che una legge non possa essere competente per il foro se tale competenza non gli è riconosciuta da una norma di conflitto del foro, e dall'*unilateralità* l'idea che una legge straniera è competente per il foro soltanto se accetta da parte sua tale competenza, idea – quest'ultima – che si manifesta nel meccanismo del rinvio⁴⁷⁴. Ciò vale tuttavia – precisa

⁴⁶⁹ *Traité*, III, p. 233.

⁴⁷⁰ *Traité*, III, p. 258: « Il y aurait aussi une autre solution qui consisterait à considérer que l'acte est valable dès l'instant où, d'après la loi de l'un des pays, sa validité est consacrée; ce ne serait que la constatation d'un fait. On s'attacherait donc à l'adage qui cherche plutôt à valider qu'à infirmer les actes ».

⁴⁷¹ Perché varrebbe soltanto in materia di *validità* di un atto e non in materia di *effetti* di esso (v. *Traité*, III, p. 259).

⁴⁷² *Traité*, III, p. 259: « Il y a là, en somme, un conflit positif entre plusieurs pays étrangers et celui-ci doit être arbitré par le nôtre, pays tiers. Le procédé le meilleur sera de l'arbitrer à la lumière de nos conceptions; cela ne signifie pas que nous devons purement et simplement appliquer notre système français, mais que nous ayons à nous en inspirer, ce qui établit déjà une nuance ».

⁴⁷³ *Traité*, III, p. 259: « En définitive, notre conception ne supprime pas toute difficulté. Elle ne fait intervenir notre système français de solution que là où il n'est pas possible de faire autrement, et seulement comme une sorte de pis-aller »; cfr. anche *Travaux*, V, p. 533, secondo cui, quale soluzione del conflitto negativo, « au fond, la loi française est un pis-aller; nous l'appliquons en dernière analyse ».

⁴⁷⁴ La giurisprudenza francese, applicando il rinvio, interpreta la porzione estroversa della norma bilaterale nel senso che la legge straniera *può* applicarsi se *vuole*, ma non le *attribuisce* una competenza che da parte sua non si attribuisce. Perché una legge straniera sia applicabile, bisogna che sussistano due condizioni: la *designazione* di essa quale legge competente da parte foro, e la sua *volontà* di applicarsi. Tecnicamente – conclude Niboyet, ispirandosi all'idea feconda (cfr. BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, p. 316) di LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Observations sur la question du renvoi*, *Clunet* nel 1924, p. 877 s. (v. anche *Précis*, 6^e éd., n. 271) – la designazione di una legge applicabile da parte della norma bilaterale costituisce un « offerta di competenza », ma non già un'« imposizione di competenza ». Se tale « offerta » di competenza non è accettata, e poiché ogni fattispecie litigiosa necessita di una « soluzione » – principio che deriva del resto, spiega l'A., dall'ordine pubblico francese – si farà ricorso al diritto francese. Vi sarebbero dunque come due regole di conflitto, l'una *principale*, che designa la legge straniera, l'altra *sussidiaria*, che designa la legge francese.

Niboyet poco oltre – soltanto per la *creazione* dei diritti⁴⁷⁵. Resta all'unilateralità – e veniamo alla sua seconda tesi fondamentale – un altro campo, che Niboyet afferma distinto rispetto al primo, quello dell'*efficacia* dei diritti. Riguardo ad esso, nota con orgoglio, il diritto positivo non solo *non* contraddice la sua teoria, ma è talvolta spiegabile soltanto *grazie* ad essa.

La situazione è quella in cui si pretende che un diritto sia già *nato* conformemente ad una legge straniera determinata, e se ne sollecita il rispetto e l'efficacia in Francia⁴⁷⁶. Ciò impone di precisare quando si ha un problema di *creazione* dei diritti e quando si ha un problema di *efficacia* di essi. Niboyet fornisce alcuni esempi. Se la questione riguarda l'acquisto di un bene, si tratta della *creazione* di un diritto (di proprietà). Se il bene, una volta acquistato sulla base della legge di un Paese, viene trasportato in un altro, e l'acquirente pretende esercitare il diritto di proprietà, si pone un problema di *efficacia*. In materia matrimoniale, si versa nella *creazione* di un diritto quando s'intende sposarsi, nell'*efficacia* quando si vogliono esercitare prerogative derivanti da un legame coniugale già instauratosi, quali i diritti successori o quelli derivanti dagli effetti patrimoniali di tale legame. In materia di divorzio, si ha *creazione* quando si chiede la dissoluzione del matrimonio, *efficacia*, ad esempio, quando ci si oppone all'esercizio da parte dell'ex-coniuge dei diritti derivanti dal matrimonio invocando la pronuncia di un divorzio all'estero. Quando si chiede il riconoscimento di una decisione straniera, ci si colloca, per definizione, sul terreno dell'*efficacia* dei diritti, e non su quello della loro *creazione*.

Ora, l'esistenza del diritto invocato deve essere, per Niboyet, valutata proprio alla luce della legge straniera di cui si sostiene che gli abbia dato vita. Detto altrimenti, un diritto può nascere validamente in un Paese straniero e pretendere al riconoscimento in Francia *soltanto se la legge di tale Paese è applicabile a termini delle sue proprie norme di conflitto*. Ebbene – si chiede il nostro – la competenza della legge di creazione del diritto in virtù delle norme di conflitto straniere, che è condizione *necessaria* perché il diritto sia riconosciuto in Francia, è anche condizione a tal fine *sufficiente*?

Applicare la legge straniera nei casi di assenza di volontà d'applicazione di questa non ha senso, mentre, per Niboyet, si giustifica pienamente la competenza della legge del foro, dal momento che una soluzione, dunque una legge applicabile, deve pur darsi. Il che del resto – nota il nostro A. – non può stupire, perché è quanto già avviene per i contratti, riguardo ai quali esistono due norme di conflitto: una prima che lascia libere le parti di scegliere da sé la legge applicabile, ed una seconda che interviene in via suppletiva, quando le parti non abbiano fatto uso di questa loro libertà. Se e nella misura in cui i sistemi di d.i.p. accettano il rinvio, finiscono dunque, secondo Niboyet, per rispettare una delle istanze fondamentali dell'unilateralismo, cioè che una legge non può applicarsi *contro* la sua volontà. Un sistema con rinvio non è né un sistema bilaterale né un sistema unilaterale: si tratta, secondo Niboyet, appunto, di un sistema « misto » (*Cours*, p. 352-353).

⁴⁷⁵ *Traité*, III, p. 331.

⁴⁷⁶ *Traité*, III, p. 300 s.

La risposta dell'autore distingue a seconda che le norme di conflitto francesi assegnino competenza alla legge *francese*, oppure no. Nel primo caso, esse devono essere messe in opera: un cittadino francese non può – per esempio – sottrarsi al rispetto dei requisiti prescritti dalle norme materiali francesi recandosi, per sposarsi, in Paese straniero. Nel secondo caso, l'opinione della maggioranza della dottrina è nel senso che il diritto della cui efficacia si tratta deve essersi costituito secondo la legge fissata dalla norma di conflitto francese⁴⁷⁷. Ne deriva che un divorzio pronunciato o un matrimonio celebrato negli Stati Uniti conformemente alla legge interna del domicilio non dovrebbe essere ammesso a produrre effetti in Francia. Di contro alla posizione dominante, Niboyet propone invece, energicamente, che *non* si consulti la norma francese, la quale deve dunque per lui rispettarsi unicamente nella sua porzione *unilaterale*⁴⁷⁸. *Quid* allora se più diritti creati in più Paesi stranieri sono invocati *simultaneamente*? Si pensi – invita Niboyet – al divorzio pronunciato fra le stesse persone dalle autorità di due Stati diversi. Quale divorzio dovrà riconoscersi in Francia? Una scelta s'impone. L'autore propone il ricorso alla regola *prior in tempore, potior in iure*, e che dunque si riconosca in Francia l'efficacia di quel divorzio che è stato pronunciato per primo.

I vantaggi offerti dall'unilateralità in materia di efficacia dei diritti sono, secondo Niboyet, tali e tanti che è « necessario profittarne con coraggio e senza remore »⁴⁷⁹. La soluzione, oltre che pratica, può difendersi teoricamente, dal momento che – insiste l'autore – non è ben chiaro per quale ragione lo Stato francese sia interessato all'applicazione di questa legge straniera piuttosto che quest'altra, quando si tratta di « prolungare »

⁴⁷⁷ Di questo avviso anche PILLET, *La théorie générale des droits acquis*, RCADI, 1925-II, p. 497: « Pour être régulièrement acquis, il est nécessaire qu'ils [= i diritti] aient été constitués en conformité de la législation compétente et nous savons que par législation compétente il faut entendre celle dont l'application est commandée par le principe de droit international privé en vigueur (...). La seule formule obligatoire est celle que donne la *lex fori*; il n'y a donc pas à s'inquiéter de la loi réputée compétente dans le pays de la constitution, mais de celle qui est réputée comme telle dans le pays du juge ». Si comprende dunque l'affermazione di FERRER CORREIA, *La doctrine des droits acquis dans un système de règles de conflit bilatérales*, Festschrift W. Wengler, Berlin, 1973, p. 288, secondo cui « la théorie des droits acquis de Pillet ne nous apporte aucun élément nouveau par rapport aux solutions auxquelles nous mène le système classique du droit international privé ». MAKAROV, *Les cas d'application des règles de conflit étrangères*, Rev. crit., 1955, p. 440 è invece in errore laddove, non distinguendo fra Pillet e Niboyet, afferma che entrambi « entende[nt] bien protéger les droits internationalement acquis, mais [ils] ne range[nt] guère dans cette catégorie que ceux qui ont été acquis selon la loi compétente au regard du droit du for ».

⁴⁷⁸ *Traité* III, p. 328: « On sait que si l'on part de l'idée du caractère unilatéral de la règle il n'y a évidemment pas à consulter la règle française à propos de l'efficacité des droits, en vue de déterminer les compétences étrangères. Admettons cependant, puisque tel est notre droit positif, que la règle de conflit soit double. On doit néanmoins limiter son intervention à l'hypothèse de la création des droits, et ne pas l'étendre à celle de leur efficacité. Sur ce dernier terrain, la règle française de conflit peut avoir des exigences moindres, et se contenter de sauvegarder la compétence française, mais sans avoir à se faire la gendarme de la compétence étrangère ».

⁴⁷⁹ *Traité*, III, p. 328: « Il faut profiter résolument et hardiment des avantages qu'elle peut procurer ».

in Francia l'efficacia di un diritto che già esiste all'estero⁴⁸⁰. Sarebbe inoltre, per questa via, notevolmente accresciuto il novero delle situazioni giuridiche sorte conformemente a leggi straniere la cui efficacia è riconosciuta nel foro. Infine, il diritto positivo francese, come detto, non sembra contraddirvi⁴⁸¹.

E' doveroso – conclude Niboyet – che il diritto internazionale privato cerchi di « orientarsi verso tutto ciò che facilita, nei rapporti internazionali, l'interpenetrazione dei diritti »⁴⁸². Il distinguere fra creazione ed efficacia dei diritti, e l'affidare all'unilateralismo quanto meno il regolamento di quest'ultima, risponde all'indicata finalità. Il sistema bilaterale presenta dal canto suo il « grave inconveniente » di esigere, per il riconoscimento di un diritto sorto in virtù di una legge straniera, « una convergenza assoluta del sistema francese e del sistema straniero di risoluzione dei conflitti di leggi »⁴⁸³.

§ II. – Alcuni rilievi critici circa l'unilateralismo di Niboyet

SOMMARIO: – 71. Il duplice fondamento, interstatale ed interindividuale, dell'unilateralismo di Niboyet. Il fondamento *interstatale*. Il principio di sovranità. – 72. La difficoltà di fondare la bilateralità sul principio dell'eguale sovranità degli Stati. – 73. Il fondamento *interindividuale*: l'aspirazione ad un'ampia « interpenetrazione dei diritti ». –

⁴⁸⁰ *Traité*, III, p. 328: « on ne voit pas bien en quoi notre souveraineté est intéressée à l'application de telle loi plutôt que de telle autre (...) ». Si tratta dell'interrogativo che Niboyet porrà a più riprese ai suoi interlocutori in seno alla commissione per la codificazione, senza in pratica riceverne risposta (v. *infra*, para. 81 s.).

⁴⁸¹ L'autore dichiara (*Traité*, III, p. 299) non trattarsi di una « construction de l'esprit à laquelle on puisse reprocher d'être sans contact avec la réalité », ma la « constatation, sous la forme d'une synthèse, de ce qui existe et de ce que la jurisprudence elle-même sanctionne dans l'immense majorité de ses arrêts » (sul « realismo » dell'anima scientifica di Niboyet, v. GOURDET, *L'effectivité en droit international privé*, p. 12). E' vero, riconosce l'A., che si cercherebbe invano, nelle decisioni dei giudici, una « expression verbale » di questa distinzione. Tuttavia, i giudici, spinti dalla « natura della cosa », « ont dû faire la distinction dans les faits », il che è ciò che più conta. V. anche *Traité*, III, p. 328-329: « On peut ajouter qu'aucun texte n'existant sur la question, ni aucune coutume, ainsi qu'en témoigne l'imprécision de la jurisprudence, il est possible à la pratique, comme aux auteurs de traités, de s'inspirer des idées qui précèdent ». E' significativo che Marc Ancel, Consigliere alla Corte di Cassazione, ebbe, durante i lavori per la codificazione del d.i.p., a dichiarare che la distinzione fra creazione dei diritti in Francia e l'efficacia in Francia di diritti creati all'estero « existe » e che « a pénétré à coup sûr la jurisprudence »; e che né lui né Lyon-Caen, « Président de Chambre honoraire » presso la Corte di cassazione, abbiano veduto alcun inconveniente a che la distinzione conduca all'applicazione alle relative questioni di due metodi diversi, la *bilateralità* per la creazione e l'*unilateralità* per l'efficacia (v. *infra*, para. 84).

⁴⁸² *Traité*, III, p. 330: « Il faut savoir s'acheminer vers tout ce qui facilite, dans les rapports internationaux, l'interpénétration des droits ».

⁴⁸³ *Traité*, III, p. 330: « Le système orthodoxe a le grave inconvénient d'exiger une convergence absolue du système français et du système étranger de solution des conflits ».

74. Il significato di « efficacia dei diritti creati all'estero ». La non necessità dell'intervento giudiziario. – 75. Soluzione ai conflitti positivi: effettività e *favor validitatis*. – 76. I conflitti negativi e la relatività dell'incompetenza della legge del foro. Debolezze dell'unilateralismo di Niboyet. – 77. La duplice anima, nazionalista ed internazionalista, dell'unilateralismo riflessa in Niboyet.

71. Non pare oggi senza significato che Jean-Paulin Niboyet, spesso riguardato come uno dei più energici rappresentanti della fase c.d. nazionalista dell'evoluzione del pensiero del d.i.p., sia approdato a convinzioni unilaterali⁴⁸⁴. La norma di conflitto francese, poiché riflette una scelta peculiare, *nazionale*, del legislatore francese, non deve né aspirare ad applicarsi sempre ed universalmente per risolvere tutti i conflitti possibili, ma soltanto quando la Francia vi sia direttamente coinvolta. Ed anzi, secondo Niboyet, *se lo è tal punto che la norma di conflitto designa la legge francese*⁴⁸⁵. Il campo d'applicazione della norma bilaterale si restringe a tal punto da ricomprendere le sole fattispecie alle quali essa designa come applicabile la legge del foro. La norma di conflitto viene dunque – potremmo dire – « debilateralizzata ».

Proprio perché la scelta delle norme di d.i.p. è compiuta dal legislatore francese e si fonda dunque su interessi francesi, non sembra a Niboyet esservi alcun reale *interesse* in capo alla Francia che giustifichi l'estensione di tale scelta, e della visione ad essa sottesa, anche ai rapporti ai quali la legge francese non intende applicarsi. Sembra anzi darsi un *interesse* per la Francia a riconoscere l'efficacia presso di sé alla legge dichiarata applicabile, o già effettivamente applicata, all'estero in virtù di scelte compiute da uno Stato straniero, scelte che esprimono la visione e l'interesse di questo Stato⁴⁸⁶. A fondamento dell'interesse – potremmo dire – « passivo » della Francia, dell'interesse cioè a praticare questa volontaria *astensione*⁴⁸⁷, adeguandosi all'interesse « attivo » degli Stati stranieri a mettere in opera la loro legge, anche Niboyet, come la maggioranza degli unilateralisti tedeschi, formula – e confonde insieme – considerazioni legate sia ai rapporti *interstatali* sia ai rapporti *interindividuali*, senza per vero avvertire la necessità di uno sdoppiamento fra questi due piani, e ancora meno un'opposizione fra essi.

72. Riguardo al primo punto, il rispetto della sovranità degli Stati esteri a sua volta impone, per Niboyet, il rispetto delle loro norme di conflitto. Poiché la sovranità della Francia si esplica, e l'interesse della Francia si esaurisce, nella sola delimitazione dell'ambito di efficacia internazionale delle leggi francesi, il rispetto della norma di conflitto degli altri Stati s'impone, correlativamente e reciprocamente, nella sola parte che risponde ad un loro effettivo o comunque legittimo interesse, nella sola parte cioè in cui

⁴⁸⁴ V. già FRANCESCAKIS, *La permanence de l'œuvre de Niboyet*, p. 233.

⁴⁸⁵ Cfr. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 99.

⁴⁸⁶ *Traité*, III, p. 328.

⁴⁸⁷ MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 99.

è dato scorgere un effettivo o comunque legittimo esercizio della loro sovranità, insomma, nella sola parte *unilaterale* di tali norme⁴⁸⁸.

Ora, è difficile non convenire con Niboyet – ciò che paiono riconoscere, tra gli altri, Henri Batiffol⁴⁸⁹ e Phocion Francescakis⁴⁹⁰ – che, se si accoglie la bilateralità, non è possibile fondare la norma di conflitto di uno Stato sull'esigenza di rispettare l'eguale sovranità degli Stati, cioè il loro eguale potere di regolamentazione dei rapporti fra privati. Se la legge di uno Stato rappresenta una manifestazione della sua sovranità⁴⁹¹, allora lo è anche la porzione unilaterale della norma di d.i.p. che, direttamente o indirettamente, viene a fissare i limiti del potere di regolamentazione che ogni Stato intende prendere per sé: vi è già in questa delimitazione una prima sicura ed anzi decisiva esplicazione di quella sovranità⁴⁹², cioè di quel potere di regolamentazione, che si afferma volere

⁴⁸⁸ *Traité*, III, p. 474. Il concetto di sovranità – dirà l'altro grande esponente di questa seconda fase del pensiero unilaterale, Rolando Quadri – non è d'utilità nel d.i.p. (QUADRI, *Lezioni*, 3^a ed., p. 69, para. 120; cfr. GOTHOT, *Le renouveau*, p. 18). La sovranità sarà invece una delle idee-forza dell'unilateralismo americano: un autore contemporaneo ha poco fa dichiarato risolutamente che il rispetto della sovranità degli Stati è uno degli obiettivi del d.i.p., ed una delle giustificazioni dell'approccio unilaterale (anzi « multilaterale ») com'egli viene naturalmente a definirlo da lui proposto (si tratta di FRUEHWALD, *Choice of Law for American Courts*, sul quale v. *infra*, para. 163). Questa ambiguità si spiega probabilmente con una diversa accezione di sovranità. Per Quadri, questa si concreta nella capacità di uno Stato di esigere *coattivamente* obbedienza ad un comando. Gli unilateralisti americani, e, a quanto sembra, lo stesso Niboyet, intendono invece per *sovranità* il potere di uno Stato di regolamentare i rapporti privatistici (applicando ad essi la propria legge), e dunque, innanzitutto, il potere di tale Stato di fissare i *limiti* dell'esercizio di tale potere di regolamentazione (cioè i limiti d'applicazione della sua legge, cioè, che è lo stesso, la cerchia astratta di rapporti ai quali egli intende applicarla). La constatazione di ciò che si dà talvolta ed anzi spesso la necessità che tale sovranità, cioè tale libertà di regolamentazione, venga *rispettata* dagli altri Stati, cioè che la regolamentazione impressa da uno Stato ad un rapporto interindividuale nell'esercizio di tale libertà sia *riconosciuta* nei suoi effetti, cioè in sostanza sia *applicata*, anche da questi, non infirma tale concezione: perché non significa altro che dire che la sovranità, cioè la libertà, dell'uno Stato richiede, per essere effettiva, il suo rispetto da parte degli altri Stati, il che è vero qualunque sia il campo in cui si abbia a contemplare il concetto di sovranità. L'atteggiamento *passivo* da parte della Francia, suggerito da Niboyet, rispetto ai rapporti privatistici che si sottraggono alla sfera di quelli entro cui la Francia intende esercitare la sua sovranità, cioè il potere di regolamentarli, è in qualche modo *assimilabile* a quello stesso che uno Stato pratica quando, incontestati i confini del proprio territorio, si limita a riconoscere e rispettare i confini degli altri Stati, quanto meno quando questi sono a loro volta chiari ed incontestati. I rilievi di Niboyet devono giudicarsi alla stregua di questa nozione di sovranità.

⁴⁸⁹ *Les tendances doctrinales actuelles en droit international privé*, p. 45.

⁴⁹⁰ Nota alla sentenza *Patiño*, *Jurisprudence française*, p. 76.

⁴⁹¹ E non pare discutibile che lo sia: v. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955, p. 27; v. per una perentoria affermazione di un contemporaneo di Niboyet, LOUIS-LUCAS, *L'idée de réciprocité dans le règlement des conflits de lois*, p. 19: « La loi en effet est la manifestation juridique de la souveraineté »; v. anche BONNICHON, *La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois*, *Rev. crit.*, 1949, p. 615 s.

⁴⁹² Cfr. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 105: « Définir la compétence d'une loi, c'est accomplir un acte de souveraineté ».

rispettare. Se dunque lo Stato del foro ignora la libera e sovrana delimitazione che ciascuno altro Stato fa dell'esercizio del potere di regolamentazione delle relazioni interindividuali, e pretende prescrivere universalmente il riparto voluto dallo Stato del foro, non si può ragionevolmente sostenere che il d.i.p. nasca dalla volontà di rispettare l'eguale sovranità degli Stati, perché è il foro che distribuisce – pretende distribuire – tale potere di regolamentazione secondo quanto meno la sua visione, quando non secondo i suoi interessi particolari. Pare più coerente con il postulato dell'eguaglianza degli Stati ed il rispetto della loro eguale libertà di regolamentazione dei rapporti privatistici, lasciare che ciascuno di essi delimiti innanzitutto l'ambito in cui intende rivendicarla effettivamente. Che se poi si riscontrano rapporti riguardo ai quali più Stati pretendono esercitare tale libertà, cioè entrambi applicare la propria legge, si dovranno risolvere tali conflitti di « pretese contraddittorie »⁴⁹³, di « simultanea rivendicazione » del medesimo spazio di libertà⁴⁹⁴ – che sono poi uno dei « fattori quotidiani della vita in società »⁴⁹⁵ – in modo da dare a ciascuno il suo (*suum cuique tribuere*)⁴⁹⁶. Se si parla di *eguaglianza* fra gli Stati, e si vede nel potere di regolamentazione dei rapporti privatistici una manifestazione della *sovranità*, la bilateralità può insomma difficilmente giustificarsi⁴⁹⁷.

73. Come che sia, Niboyet, a differenza di quanto talvolta si lasci intendere, non ebbe presenti solo esigenze interstatuali⁴⁹⁸. Il suo unilateralismo si ancorava altresì alla necessità, che evolve sul terreno interindividuale, di rispettare nel foro i diritti soggettivi creati in virtù di una legge straniera⁴⁹⁹. E' anzi significativo, come stiamo per vedere, ch'egli si mostri, nel corso dei lavori di codificazione del d.i.p., più sollecito a difendere l'unilateralità proprio nel campo dell'efficacia dei diritti.

L'assunto teorico – che fa tutt'uno con la ragion d'essere della disciplina – è che il d.i.p. deve, laddove possibile⁵⁰⁰, lo si è visto, « orientarsi verso tutto ciò che facilita l'interpenetrazione dei diritti ». Ciò consentire ad un soggetto che ha regolarmente acquisito un

⁴⁹³ Cfr. BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, p. 307-308.

⁴⁹⁴ BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, p. 307: « Il n'y a pas répartition ordonnée des compétences législatives si deux Etats revendiquent simultanément la compétence de leurs lois respectives sur une même matière, ou se la renvoient mutuellement ».

⁴⁹⁵ BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, p. 314.

⁴⁹⁶ FRANCESCAKIS, nota alla sentenza *Patiño*, *Jurisprudence française*, p. 76-77.

⁴⁹⁷ Cfr. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 177.

⁴⁹⁸ Anche il pensiero di Niboyet è ribelle a quel semplicistico schematismo tralatizio nell'evoluzione delle idee delle d.i.p. della cui correttezza abbiamo già avuto modo di dubitare studiando gli unilateralisti tedeschi: v. *supra*, para. 54.

⁴⁹⁹ V. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 101. Né pare esservi contrasto, in Niboyet, fra queste due esigenze: rispettando i diritti creati da una legge straniera, si viene mediamente a riconoscere efficacia anche nel foro all'esercizio del potere di regolamentazione che lo Stato straniero ha inteso riservare a sé ed in cui si esplica la sua sovranità, collaborando all'effettività, e come all'integrità, di questa.

⁵⁰⁰ Cfr. FRANCESCAKIS, *La permanence de l'œuvre de Niboyet*, p. 228-229: « le choix de Niboyet ne visait pas la science pour elle-même, mais sa finalité ».

diritto in uno Stato (estero) giusta la legge di quello Stato di continuare ad esserne titolare e a beneficiarne anche in un altro Stato (quello del foro), il quale non dovrebbe fare altro che « prolungare » qui l'efficacia di tale diritto. Se così è, una *duplice* conseguenza pare, per Niboyet, imporsi logicamente. Da un lato, quando un soggetto intende avvalersi nel foro di un diritto, il foro non può non chiedersi se o meno lo Stato la cui legge è affermata averlo fatto sorgere glielo abbia *effettivamente* accordato, il che obbliga a consultare le norme di d.i.p. di tale Stato, seppure essenzialmente nella loro porzione introversa: l'accertamento della « volontà d'applicazione » delle norme materiali straniere è dunque *necessario*. Dall'altro, il foro deve, laddove possibile, accontentarsi di verificare appunto che tale legge lo abbia inteso far sorgere, senza frapporre ulteriori controlli; dal che deriva, a quanto sembra, che l'accertamento della « volontà d'applicazione » delle norme straniere è dunque tendenzialmente anche *sufficiente*⁵⁰¹.

L'una e l'altra conseguenza sono, per Niboyet, assicurate dall'unilateralità della norma di conflitto. La quale in effetti garantisce che si riconosca un diritto effettivamente sorto, ed impedisce che se ne abbia a creare giudizialmente uno, e procura inoltre che tale riconoscimento sia più massiccio che non in seno alla bilateralità, perché « prescinde dalla coincidenza fra norme di conflitto francesi e norme di conflitto straniere »⁵⁰². La bilateralità invece, quanto meno se non temperata dal rinvio, rischia, da un lato, di creare diritti (e correlativi obblighi) che non possono dirsi preesistenti, perché non v'è alcuna legge che li ha fatti sorgere, dall'altro rischia di negare il riconoscimento a diritti preesistenti, perché v'è una legge che ha dato loro vita.

Se il rinvio viene a ridurre il primo inconveniente, la dottrina francese successiva a Niboyet cercherà, gradatamente, con prudenza, di temperare il secondo, accantonando la bilateralità ed accogliendo l'unilateralità proprio nei casi in cui la prima condurrebbe a negare il riconoscimento di situazioni giuridiche costituite all'estero conformemente ad una legge non designata dalla norma di conflitto del foro.

⁵⁰¹ Se, insomma, ciò che rileva è il *fatto* della creazione di un diritto in virtù della legge di uno Stato, di cui si chiede il riconoscimento nel foro, occorre semplicemente verificare l'esistenza di tale fatto (cfr. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 110, e GOURDET, *L'effectivité en droit international privé*, p. 14 s.). Certo, se la legge francese vuole regolare da sé quel rapporto, vuole esercitare su di esso, per dir così, il *monopolio* della creazione di diritti ed obblighi relativamente ad esso, allora v'è, sembrerebbe, per Niboyet, ragione bastante per non riconoscere quelli che una legge straniera ha già creato. In caso contrario, l'A. non vede il *vantaggio* per la Francia a controllare la qualità della « fonte legislativa » del diritto creato (cfr. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 110, che efficacemente parla di « absence de contrôle, suivant les critères du for, de la source législative du droit »), *potendosi* accontentare, avuto riguardo ai suoi interessi propri, diciamo « domestici », e *dovendosi* accontentare, avuto riguardo all'obiettivo del d.i.p., che pure risponde ai suoi interessi, diciamo « internazionali », di verificare che una « fonte legislativa » in assoluto *esista*.

⁵⁰² *Traité*, III, p. 330.

74. E' bene allora soffermarsi – per la fortuna che l'idea ebbe in seguito, specie nei lavori della codificazione – a riflettere sul significato dell'espressione: « efficacia dei diritti creati all'estero ». « All'estero » pare che, per Niboyet, non significhi altro se non « conformemente ad una legge straniera »⁵⁰³. Ma quando si ha, per l'autore, un diritto *creato* in un Paese, cioè cosa è necessario, e sufficiente, per la *creazione* di tale diritto? Si ricordi, innanzitutto, ed a scanso di equivoci, che Niboyet parla di diritti *creati* o *nati* o *stabiliti* all'estero⁵⁰⁴, rifiutando invece a più riprese d'impiegare l'espressione « diritti *quesiti* » (o *acquisiti*). Un diritto è per Niboyet *creato* quando una legge, riconoscendosi competente, trasforma un fatto materiale in fatto *giuridico*, cioè gli fa produrre conseguenze giuridiche⁵⁰⁵. Pare dunque certo che, perché si abbia creazione all'estero di un diritto, non sia tecnicamente necessario, per Niboyet, l'intervento di un'*autorità* straniera⁵⁰⁶, ad ogni modo, non di un'*autorità giudiziaria*: non solo, infatti, per Niboyet, un divorzio pronunciato conformemente ad una legge straniera, ma anche un matrimonio celebrato conformemente ad una legge straniera, ovvero una società costituita conformemente ad una legge straniera, ovvero un testamento redatto conformemente ad una legge straniera (e senza, sembrerebbe, l'intervento di alcun pubblico ufficiale), se *non* vi è competenza della legge francese, sono ammessi, per Niboyet, a produrre effetti in Francia, il che significa innanzitutto che tali atti o fatti sono riconosciuti in Francia

⁵⁰³ Cfr. il testo dell'articolo 22 del Progetto Niboyet: « tout droit créé en pays étranger, conformément aux dispositions qui y sont en vigueur ». Certo, poiché Niboyet è, come dice lui stesso, « territorialista » (*L'universalité des règles de solution des conflits est-elle réalisable sur la base de la territorialité?*, *Rev. crit.*, 1950, p. 509; sulla territorialità di Niboyet, e i suoi complessi legami con i concetti di effettività e di sovranità, v. GOURDET, *L'effectivité en droit international privé*, p. 14 s.), cioè parteggia per collegamenti di tipo territoriale, « all'estero » significa per lo più, nella sua visione, in virtù di un contatto con il *territorio* di uno Stato straniero. Ma dagli esempi fatti da Niboyet s'arguisce che anche la legge straniera del Paese della cittadinanza può, pur in assenza di contatti della fattispecie con il territorio di quel Paese, far sorgere un diritto, il quale sarà allora *creato* in tale Paese. Se un cittadino di A fa testamento in B conformemente alle prescrizioni formali della legge di A, il diritto pare, per Niboyet, *creato* in A, anche se l'atto che lo ha generato, la redazione del testamento, ha avuto luogo sul territorio di B (*Traité*, III, p. 330; cfr. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi*, p. 199).

⁵⁰⁴ *Travaux*, V, p. 540-541.

⁵⁰⁵ NIBOYET, *L'universalité des règles de solution des conflits est-elle réalisable sur la base de la territorialité?*, p. 513, « fixer les conditions voulues pour qu'un fait se transforme en un fait juridique, ou au contraire pour qu'il demeure un fait pur et simple, sans suite juridique ». Sul rilievo accordato da Niboyet al « fait pur et simple » (*Cours*, n. 449), v. GOURDET, *L'effectivité en droit international privé*, p. 13 s.

⁵⁰⁶ Cfr. del resto FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi*, p. 199, il quale evita di soffermarsi sull'esempio del divorzio, « en raison de l'incidence que l'on devrait y reconnaître de principes de caractère juridictionnel » e che ritiene « topique » l'altro esempio formulato da Niboyet in materia di forma dei testamenti. E' dunque inesatto dire che Niboyet « paraît limiter ses exemples de *droits définitivement constitués* aux droits subjectifs déjà coulés dans une décision judiciaire » (RIGAUX, *Le conflit mobile en droit international privé*, *RCADI*, 1966, t. 117, p. 422, note 10).

come *giuridicamente esistenti*, e *validi* se lo sono in base alla – potremmo dire – « legge di creazione ».

Se è così, l'ambito della *creazione* dei diritti in Francia, appannaggio della bilateralità, sembra circoscriversi alquanto. La quale bilateralità opererebbe con certezza nei *casi* e nel *momento* in cui si chiede ad un'autorità francese di *constituire* una situazione giuridica in Francia: matrimonio, divorzio, adozione, società, e così via. Qui la Francia può decidere autonomamente quale legge – e dunque, anche, eventualmente, quale legge straniera – applicare. Quando invece si chiede al giudice francese una pronuncia *dichiarativa*, si versa per lo più in tema di *efficacia* di diritti (che si affermano *già* creati). Ed allora, delle due l'una: o la legge francese rivendica esclusivamente il regolamento del rapporto, cioè il potere di dire se o meno esso ha fatto sorgere situazioni giuridiche e quale contenuto abbiano, o la legge francese non rivendica per sé tale regolamento, ed allora si apre il campo all'applicazione della legge straniera secondo lo schema tipico dell'unilateralismo.

75. Neanche Niboyet si è soffermato a lungo sui conflitti positivi e negativi. Ma le proposte avanzate segnano un progresso rispetto ai suggerimenti degli unilateralisti tedeschi. E' innanzitutto significativo che il ripiego sulla bilateralizzazione del criterio utilizzato dalla *lex fori* venga proposto dall'autore come semplice « pis-aller »⁵⁰⁷. Una soluzione alternativa consiste nel privilegiare la *legge più effettiva*, come avviene – ed il parallelo è degno d'interesse – in materia di pluricittadinanza. Niboyet ne fornisce un esempio in materia successoria, difendendo la prevalenza in ogni caso, fra le leggi in conflitto, di quella dello Stato in cui sono situati i beni. Né è azzardato affermare che il collegamento del *situs rei*, se può bensì fondare l'applicabilità di una delle leggi in presenza in forza della norma di conflitto ordinaria dello Stato della situazione, può pure trovarsi ad essere *terzo* rispetto ai collegamenti impiegati dalle norme di conflitto come nel caso di concorso fra legge del domicilio e legge della cittadinanza del *de cuius*: sicché, se utilizzato anche in questi casi, il luogo di situazione finisce per essere promosso a criterio per arbitrare il conflitto positivo.

Particolare attenzione merita il *favor validitatis*⁵⁰⁸, importante per intendere l'accoglimento dell'unilateralismo da parte di autori successivi. Senza forse averne lucida consapevolezza, Niboyet finisce per tributare ad esso un campo assai largo d'applicazione. Se il riconoscimento di un diritto (e di un correlativo obbligo) creato all'estero non può essere negato se non quando il foro dichiara applicabile la propria legge, nel caso di conflitto *positivo* fra due leggi straniere, la proposta di Niboyet viene ad assegnare naturalmente prevalenza alla legge che ha fatto sorgere il diritto (e il correlativo

⁵⁰⁷ Secondo MAYER/HEUZÉ, p. 79, Niboyet avrebbe proposto che, « en cas de conflit positif, on applique la loi que désignerait notre règle de conflit si elle était bilatérale ».

⁵⁰⁸ FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi*, p. 199.

obbligo), rispetto a quella che, pur volendosi applicare, non ha fatto sorgere alcunché⁵⁰⁹. E che ne è di quei casi in cui, non solo più leggi straniere *vogliono* simultaneamente applicarsi, ma hanno *ciascuna* creato un fascio di diritti (ed obblighi) diversi e fra loro incompatibili? Un primo rimedio è, per Niboyet, offerto dalla regola *prior in tempore potior in iure*, la quale è però utilizzabile soltanto se può individuarsi una sequenza cronologica nell'applicazione delle leggi in conflitto⁵¹⁰, il che avviene, per lo più, sembrerebbe, per il nostro autore, soltanto quando il diritto controverso prende nascita per il tramite di un'autorità. Negli altri casi, a parte il principio d'*effettività*, e come soluzione residuale, il conflitto andrà risolto secondo la « concezione giuridica francese »⁵¹¹.

76. In tema di conflitti *negativi*, è utile richiamare il rilievo circa la « *relatività* dell'incompetenza » della legge francese, che il meccanismo del rinvio disvela. Possiamo riformulare il concetto in questi termini. Non è vero che, nell'ipotesi classica dell'inglese domiciliato in Francia, la legge francese *non voglia* in assoluto applicarsi, ma è *disposta a non* applicarsi a beneficio di un'altra legge, quando quest'ultima intenda regolare la fattispecie, e ciò proprio al fine di evitare un conflitto di pretese applicative. Quando la legge straniera non pretende per sé l'applicazione, non v'è ragione, per la legge francese, di non reclamare, e ricevere, efficacia.

⁵⁰⁹ C'imbattiamo qui in un'ambiguità implicita in ogni ragionamento che muova dalla volontà d'applicazione e di non applicazione di una legge, e che la dottrina moderna fa fatica ad individuare e dissipare (v. SCHURIG, *Unilateralistische Tendenzen im europäischen Gesellschaftskollisionsrecht, oder: Umgehung als Regelungsprinzip, Liber amicorum G. Kegel*, München, 2002, p. 217, su cui *infra*, para. 288): una legge *vuole* applicarsi internazionalmente anche quando, applicandosi, non fa sorgere alcunché, cioè anche quando le condizioni che le sue norme materiali prevedono perché si produca una *modificazione* nel mondo giuridico, cioè la creazione di un nuovo fascio di diritti ed obblighi, non sono soddisfatte. Solo che il risultato di tale applicazione è identico a quella di una non-applicazione. Se un soggetto intende, e chiede di, sposarsi nello Stato A del suo domicilio, e risulta che le condizioni previste dalla legge di A, resa applicabile dalle norme di d.i.p. di A, non sono riunite, e il matrimonio gli è dunque rifiutato dall'autorità di A cui si è rivolto; e successivamente chiede di sposarsi nello Stato B della sua residenza, e le condizioni previste dalla legge di B, resa applicabile dalle norme di d.i.p. di B, sono questa volta riunite, e il matrimonio è celebrato dalle autorità di B; e se la validità del matrimonio viene subito dopo contestata nello Stato C, il giudice di C, constatando che la propria legge non intendeva applicarsi alle condizioni per contrarre matrimonio, dovrà, nel sistema unilaterale di Niboyet, riconoscere la validità del vincolo, cioè la competenza della legge di B a farlo sorgere, e ciò anche se v'è un'altra legge che voleva pure applicarsi, e si è in effetti pure applicata, negando il matrimonio, quella di A. Il conflitto positivo fra le due leggi, l'una che ha fatto sorgere il vincolo, l'altra che ne ha impedito la costituzione, viene risolto sulla base del *favor validitatis*.

⁵¹⁰ FRANCESCAKIS, nota alla sentenza *Machet*, in *Jurisprudence française*, p. 46; MAKAROV, *Les cas d'application des règles de conflit étrangères*, p. 440; cfr. AUDIT, *D.i.p.*, p. 219.

⁵¹¹ E' curioso rilevare che l'articolo 19, comma 2, della LDIP svizzera, in materia di conflitto fra, da un lato, norme, del foro o straniere, rese applicabili dalla norma di conflitto del foro, e, dall'altro, norme imperative straniere, indichi che lo scopo cui il giudice svizzero deve tendere nel risolvere tale conflitto è di pervenire ad una decisione adeguata « au regard de la *conception suisse du droit* », ciò che sembra codificare l'idea di Niboyet.

Tale spiegazione – che Niboyet attinse dalla teoria, avanzata da Lerebours Pigeonnière, del rinvio quale « regolamento sussidiario » (*règlement subsidiaire*) – reca con sé, nel modo con cui è svolta dal nostro autore, un'incoerenza. Se l'incompetenza della legge francese è *relativa*, cioè, *condizionata* all'esistenza della volontà d'applicazione di una legge straniera, allora sembra naturale che sia o possa essere *relativa pure* l'incompetenza della legge straniera, e che anch'essa sia completata da una competenza *suppletiva*, che ne dichiara l'applicabilità nell'ipotesi di assenza di volontà d'applicazione (tra le altre) della legge francese. Se così è, resta da spiegare perché il foro debba tenere conto della competenza suppletiva (o « volontà suppletiva d'applicazione ») della legge *francese*, e non invece della competenza suppletiva (o « volontà suppletiva d'applicazione ») della legge *straniera*. Lo scopo di scongiurare un *déni de droit* non impone il privilegio della competenza suppletiva della legge *francese*, perché l'applicazione suppletiva della legge *straniera* v'adempirebbe egualmente⁵¹². Che se poi dovesse risultare che la competenza suppletiva straniera sia stata già recata in atto, come nel caso in cui un'autorità straniera sia intervenuta a costituire una situazione giuridica in virtù di essa constatando il rinvio fatto dalla legge francese – cioè constatando che la legge francese aveva rinunciato (primariamente, per dir così, anche se non suppletivamente) alla sua osservanza – non pare coerente con il principio della « massima efficacia internazionale dei diritti » il privilegiare sempre la competenza della legge francese: perché, così facendo, si finisce per negare il riconoscimento ad un diritto regolarmente sorto in virtù di una legge straniera competente (seppure suppletivamente), quando la legge francese non pretendeva per sé la competenza a crearlo (primaria, pur avocando a sé la competenza suppletiva)⁵¹³.

Il che conduce a segnalare un'altra riserva che suscita l'unilateralismo di Niboyet. Nell'elaborare l'avamprogetto di codificazione di cui subito appresso, egli ha attribuito alla legge francese una sfera d'applicazione particolarmente ampia, specie in materia di rapporti di famiglia, perché fondata *alternativamente* sulla cittadinanza francese dell'uno o dell'altro soggetto coinvolto nel rapporto⁵¹⁴, ed in materia di statuto personale

⁵¹² E' pure una debolezza, come vedremo (*infra*, para. 112), del sistema di PILENKO, *Ius gentium*, p. 48, per il quale « le juge peut créer de nouvelles spatialités *fori*, mais il ne peut pas toucher aux spatialités étrangères ».

⁵¹³ Insomma: se si comprende che il conflitto fra la competenza, diciamo così, *primaria* della legge francese e la competenza *primaria* della legge straniera debba risolversi a favore della prima, si comprende meno che il conflitto fra la competenza *suppletiva* della legge francese e la competenza *suppletiva* della legge straniera debba pur risolversi sistematicamente a favore della prima, dal momento che l'interesse della Francia all'applicazione della propria legge, a dire di Niboyet, si estende a quei soli rapporti che rientrano nella sua competenza primaria, al di là di tale cerchia operando il diverso interesse della Francia a non lasciare il rapporto sfornito di una regolamentazione in assoluto, al fine di colmare il vuoto giuridico. Niboyet non ha saputo scorgere, al di sotto di questo conflitto *negativo* fra competenze primarie, un conflitto *positivo* fra competenze suppletive: v. *infra*, para. 305.

⁵¹⁴ V. per esempio l'art. 32: « Les effets du mariage, le divorce et la séparation de corps sont soumis, à l'égard des deux époux, à la loi française, lorsque l'état de l'un des époux est régi par cette loi », ed

in genere, perché determinata, anche qui alternativamente, sulla cittadinanza francese e sul domicilio in Francia dell'interessato⁵¹⁵. Ebbene, un ambito internazionale d'efficacia che riposa su più collegamenti alternativi l'uno all'altro – ciò che solo, come vedremo, il metodo unilaterale può assicurare rimanendo fedele a se stesso –, se *completata* da una norma che *nega* il riconoscimento in Francia di rapporti fondati su una legge diversa da quella francese quando questa rivendica competenza, ha per effetto d'*ostacolare* proprio quell'ampia « interpenetrazione dei diritti » cui pure, secondo il nostro, il d.i.p. dovrebbe aspirare⁵¹⁶.

77. Pare dunque, con Pilenko⁵¹⁷ ma smettendo i toni ingenerosi di questi⁵¹⁸, potersi rimproverare a Niboyet una certa mancanza di coerenza, che altro però non riflette se non l'incompiutezza della meditazione, presso questo giureconsulto dalla tempra « ardente e assetata d'azione »⁵¹⁹, circa il potenziale implicito nel credo unilaterale da lui professato⁵²⁰. V'è in Niboyet una duplice anima, nazionalista ed internazionalista⁵²¹. E' la duplice anima dell'unilateralismo. In nessun autore più che in Niboyet si fanno palpabili queste due inclinazioni naturali ed apparentemente contraddittorie. Di esse Niboyet fece talvolta fatica ad antivederne e a raffrenarne i possibili eccessi, e non riuscì a comporle in un equilibrio ed un'unità superiori.

ancora l'art. 34, comma 1: « la filiation légitime ou naturelle est régie par la loi française dès l'instant où l'état de l'un des auteurs ou de l'enfant est soumis à cette loi » (soluzione che l'art. 35 estende all'adozione e alla legittimazione).

⁵¹⁵ V. in particolare l'art. 28: « L'état et la capacité des Français, même domiciliés en pays étranger, sont soumis aux lois françaises. Sont également régis par les lois françaises les étrangers qui sont domiciliés en France et les apatrides résidant habituellement en France ».

⁵¹⁶ Ci è tuttavia difficile credere che Niboyet intendesse davvero, nel caso ad esempio di rapporti coniugali ovvero di filiazione che coinvolgono un cittadino francese ed un cittadino straniero, entrambi domiciliati all'estero, escludere l'efficacia in Francia di ogni diritto, specie se accertato in una pronuncia giudiziaria, costituito dalla legge straniera del *domicilio comune* ovvero eventualmente della *cittadinanza* dell'altra parte del rapporto. Noi crediamo che, nell'estensione generosa dell'applicazione della legge francese, avesse soprattutto riguardo ai rapporti da *crearsi* in Francia, e che l'applicazione della legge francese fosse più *offerta* alle parti che non *imposta* loro, com'è il caso, sembrerebbe, dell'articolo 310, che presenta, com'è evidente, una grande analogia con quelli elaborati da Niboyet, costruendo l'applicazione della legge francese su più contatti *alternativi* (nel senso di una competenza *concorrente* della legge straniera nazionale comune e della legge francese del domicilio comune, v., implicitamente, Civ. 1^e, 3 novembre 1983, *Rev. crit.*, 1984, p. 325, nota FADLALLAH, e 25 febbraio 1986, *Rev. crit.*, 1987, p. 103, nota MONÉGER).

⁵¹⁷ PILENKO, *Droit spatial et droit international privé dans le projet du nouveau Code Civil français*, *Rev. hell.*, 1953, p. 319 s.

⁵¹⁸ *Op. cit.*, spec. p. 327; v. anche WIETHÖLTER, p. 76.

⁵¹⁹ FRANCESCAKIS, *Permanence de l'œuvre de Niboyet*, p. 228 (cfr. p. 230: « Par tempérament – car tout s'explique chez lui par l'homme – il était davantage jurisconsulte que savant »).

⁵²⁰ PILENKO, *Rev. hell.*, p. 321: « Niboyet lui-même n'avait peut-être pas saisi toute la portée de son initiative ».

⁵²¹ Cfr. GOURDET, *L'effectivité en droit international privé*, p. 230; v. anche MAYER/HEUZÉ, p. 52.

§ III. – Le critiche di Henri Batiffol all'unilateralismo di Niboyet

SOMMARIO: – 78. Le riserve espresse da Henri Batiffol: « eguaglianza dei problemi » meglio rispettata dalla bilateralità e « vocazione universale » della norma bilaterale. – 79. Dubbi sull'attualità di alcune di tali riserve. La non positività dell'unilateralità e la sua difficoltà in caso di conflitto.

78. La proposta unilaterale di Niboyet ha fatto oggetto di un esame critico piuttosto esteso da parte, fra gli altri, di Henri Batiffol, nel suo Corso professato all'Aja nel 1948 sulle « tendenze dottrinali attuali »⁵²². Per l'influenza grande che ebbero le idee e i giudizi sempre misurati e pregnanti, del Maestro francese, specie, ma non solo, sulla dottrina e sulla giurisprudenza di Francia⁵²³, con la quale ultima, come noto, s'avviò presto un rapporto come d'osmosi⁵²⁴, vogliamo esaminarne qui le impressioni.

Logica e per lo più pure praticamente attuabile⁵²⁵, la tesi unilaterale viene nondimeno, per Batiffol, a cozzare contro il diritto positivo⁵²⁶. I giudici hanno naturalmente avvertito

⁵²² BATIFFOL, *Les tendances doctrinales actuelles en droit international privé*, RCADI, 1948-I, p. 5 s.

⁵²³ V. il « verso » della ristampa degli *Aspects philosophiques*, Paris, 2002.

⁵²⁴ FRANCESCAKIS, *Compte rendu de la 4^e édition du Traité de H. Batiffol*, in *La pensée des autres*, p. 240: « Les cas ne se comptent plus, en effet, où les tribunaux, comme la Cour de cassation elle-même, se sont directement inspirés de ce livre, voire lui ont fait des emprunts textuels » (v. anche GOTHOT, *Francescakis et la pensée des autres*, p. 715); di « étroite symbiose » parla LEQUETTE, *L'influence de l'œuvre d'Henri Batiffol sur la jurisprudence française*, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, Années 1991-1993, p. 32.; di « osmose » LOUSSOUARN, *Les vicissitudes de la codification du droit international privé*, *Mélanges G.A.L. Droz*, The Hague (etc.), 1993, p. 202; v. anche WYLER, *Henri Batiffol face aux conceptions classique et moderne du droit*, *Chunet*, 2004, p. 110.

⁵²⁵ BATIFFOL, *Tendances doctrinales*, p. 45-46, riconosce in effetti diversi meriti all'idea di Niboyet, la quale « apparaît certainement, au premier abord, comme plus logique »: in effetti, « le législateur ne dépasse-t-il pas sa compétence en se mêlant de déterminer le champ d'application des lois étrangères? »; il metodo che raccomanda risulta poi « viable dans la plupart des cas, car le rapport de droit que la loi du for ne saisit pas sera généralement revendiqué par une loi étrangère, et il suffira de constater cette saisine pour que la question soit réglée ». Insomma, « pratiquement, cette abstention correcte et logique est sans inconvénients ».

⁵²⁶ Nonostante gli « avantages précieux de la thèse qui veut attacher aux règles de conflit de lois du droit privé un caractère unilatéral » (riferiti alla nota precedente), BATIFFOL, *Tendances doctrinales*, p. 46 s., constata che il diritto positivo non s'è assestato in questo senso. A giustificazione di esso, il Maestro svolge alcuni rilievi. In primo luogo, l'esperienza rivela l'obbligo che incombe al giudice di statuire su materie sottoposte ad una legge straniera. E' possibile disinteressarsi davvero del problema e astenersi dal fornire un criterio di soluzione nei casi numerosi in cui il rapporto si sottrae alla « presa » della legge francese? In secondo luogo, « le droit positif (...) exprime l'idée que le problème du champ d'application de la loi française est, au fond, le même que celui du champ d'application de la loi étrangère » (p. 47-48). Il legislatore può certo non pronunciarsi su quest'ultimo (opzione per lo più scelta dal legislatore francese). Ma « la loi juge a le sentiment de l'identité des deux problèmes et, ayant lu dans le Code civil la règle qui y est écrite, il conclut instinctivement que le statut personnel des étrangers est soumis à leur loi nationale » (p. 48). Agli

l'*eguaglianza* dei problemi e trasformato in norme bilaterali le disposizioni pur letteralmente unilaterali del Codice civile. L'« *eguaglianza dei problemi* » comporta, sembrerebbe, per Batiffol, che le leggi straniere debbano avere una sfera d'efficacia qualitativamente eguale a quella del foro. Ma l'« *eguaglianza dei problemi* » si riscontra altresì sul piano dei soggetti privati: l'*eguaglianza* di questi reclama in certo modo l'identità dei collegamenti. E' dato, d'altra parte, constatare una certa vocazione *universale* della norma di d.i.p., cioè del collegamento da essa impiegato, percepita dalla giurisprudenza; vocazione universale che rinviene la sua fonte in una natura umana comune e prolunga la vocazione universale della norma di diritto privato. Da ultimo, la tesi unilaterale è destinata a scontrarsi con i conflitti positivi e negativi: il criterio dell'*effettività* è troppo incerto, e si risolve in un accertamento *di fatto*; i tribunali mostrano di preferire fare assegnamento su una regola *giuridica* che fornisca loro una direttiva sicura e non arbitraria.

occhi dei giudici, insomma, « la nature des relations privées a une certaine constance, (...) les problèmes de successions ou de contrats tiennent à la nature de l'homme et doivent recevoir, en principe, une solution uniforme, quelle que soit l'origine des intéressés ». E' vero, ammette l'A., che i giudici non ignorano la diversità delle legislazioni. Ma « ils retiennent au moins une communauté dans la nature des problèmes du droit privé en considérant que la règle de rattachement doit être la même partout, quelles que soient les personnes en jeu » (p. 48). In terzo luogo, la tesi unilaterale si scontra con il problema pratico che si pone quando due leggi straniere rivendicano simultaneamente lo stesso rapporto. Come risolvere il conflitto? Niboyet ha proposto che si prosegua il parallelo con le norme in materia di cittadinanza e si ricerchi la maggiore *effettività*. Si tratterebbe allora, commenta Batiffol, « d'une question de fait, et non plus d'une question de droit » (p. 49). Ma, da un lato, viene fatto di rispondere che « il est certainement plus difficile de déterminer un statut personnel effectif qu'une nationalité effective » (p. 49). Questa obbedisce ad un comportamento di fatto che è sufficientemente *chiaro* nella più parte dei casi. Lo statuto personale si manifesta al contrario sotto forma d'atti giuridici che possono essere compiuti senza che ne resti traccia o con modalità comuni alle diverse leggi in presenza. In secondo luogo « les tribunaux ayant à choisir entre deux lois étrangères seront instinctivement portés (...) à exercer ce choix en se conformant à la règle française de conflit ». Il che, « bon gré mal gré », significa ritornare al gioco bilaterale della norma di conflitto (p. 49-50). D'altra parte, « si les tribunaux trouvent préférable de résoudre par des règles de droit une question, il semble qu'il n'y ait pas intérêt à abandonner cette acquisition et à obliger les juges à décider sans directives et avec l'arbitraire relatif que suppose la solution de toute question de fait » (p. 51). Tutto ciò, conclude Batiffol, mostra come le norme di conflitto si prestino più facilmente ad una *generalizzazione*, che le rende applicabili anche alla delimitazione della competenza delle leggi straniere, rispetto alle norme sulla cittadinanza, le quali sono troppo particolari alla situazione demografica e sociale francese per valere indifferentemente per l'attribuzione della cittadinanza francese o straniera. Inoltre, mentre ognuno avverte istintivamente che spetta esclusivamente ad ogni Stato individuare i suoi cittadini, perché la cittadinanza, se interessa in primo luogo il diritto internazionale privato, coinvolge ancora più direttamente il diritto pubblico interno, « les règles de conflits de lois concernant directement et concrètement des intérêts privés » e dunque « elles sont plus proches d'une nature humaine commune ». Viene irresistibilmente fatto di pensare, rimarca l'A., alle idee di Ago sul carattere « virtualmente universale » dell'ordinamento giuridico, almeno per il diritto privato (p. 50).

79. Proviamo ad esaminare tali riserve⁵²⁷. E ricordiamo in primo luogo, ed a proposito dei conflitti, che lo stesso Batiffol, vent'anni dopo, in un nuovo Corso dispensato all'Aja⁵²⁸, dirà di vedere nel rinvio il meccanismo più antico di soluzione dei « conflitti negativi »⁵²⁹, cioè del « coordinamento di sistemi »⁵³⁰, scorgendovi « la realizzazione di un'unità razionale fra due norme di conflitto, certo distinte, ma che possono, combinandosi, formarne una sola »⁵³¹. E sembra intuirsi una nota di gaudio presso il Maestro quando, dopo avere constatato, non senza rammarico, che, per converso, il « conflitto positivo non riceve, nello stadio attuale di evoluzione del diritto, alcuna soluzione », e che dunque « la scelta (della legge applicabile) dipende dalla scelta operata dall'attore del giudice da adirsi », viene nondimeno ad additare, nell'art. 28 dell'EGBGB, quello che egli definisce un caso raro di soluzione legislativa di conflitto positivo, in materia di successione immobiliare, a mezzo del criterio del *situs rei*⁵³².

L'unilateralismo, con Niboyet, è già venuto timidamente a proporre il principio dell'*effettività*. Tale principio, se non lo si specifica, pare recare con sé – come rileva Batiffol – molto di generico. Ma, per intanto, è permesso scorgere nel *favor validitatis* (o *recognitionis*) appunto una sua prima specificazione⁵³³: se, delle due leggi in conflitto, l'una ha fatto sorgere un diritto (ed un correlativo obbligo), e l'altra non ha fatto sorgere alcunché, la prima può in qualche modo dirsi più *effettiva* della seconda. L'accertamento della maggior effettività non avviene qui « in fatto », ma « in diritto ». Altra concretizzazione dell'effettività – che si desume dalle pagine di Niboyet – è il richiamo della legge del luogo di situazione dei beni per dirimere il conflitto fra legge nazionale e legge del domicilio, che è appunto, *mutatis mutandis*, quanto disposto dall'art. 28

⁵²⁷ Non senza provare quella « crainte révérencielle » (cfr. LEQUETTE, nella *Présentation* alla ristampa degli *Aspects philosophiques*, Paris, 2002) che nutre invincibilmente chiunque s'accinge a misurarsi con le pagine del Maestro, delle quali viene fatto di dire ciò che Cambacérès diceva del *Code civil*, cioè che « il ne faut y toucher que d'une main tremblante ».

⁵²⁸ *Principes de droit international privé*, RCADI, 1967-III, p. 435 s.

⁵²⁹ *Principes de droit international privé*, p. 472: « On observera que le renvoi remédie simplement à ce qu'on peut appeler le conflit négatif ».

⁵³⁰ Già nella prima edizione del *Traité*, n. 289 s., secondo cui è necessario tener conto della *relazioni* fra sistemi di conflitti di leggi e preoccuparsi di un coordinamento fra questi, idea di cui FRANCESKAKIS presto disse che è « sans doute encore imprécise mais féconde » (*La jurisprudence française*, p. 75).

⁵³¹ GOTHOT, *La place d'Henri Batiffol dans la doctrine*, p. 30.

⁵³² *Principes de droit international privé*, p. 472: « le conflit positif ne trouve dans l'état actuel du droit aucune solution: le résultat dépendra du choix de la juridiction par le demandeur, juridiction dont on suppose qu'elle se reconnaîtra compétente. Si le juge anglais est saisi, il appliquera la loi anglaise, si c'est le juge français qui statue, il appliquera la loi française ». Subito dopo Batiffol aggiunge: « néanmoins comme il n'est pas de contraste si frappant qui ne trouve quelque atténuation traduisant le fond commun aux situations différentes, on peut observer que certaines législations connaissent des solutions à ce conflit positif dans des cas particuliers » (segue l'esempio dell'articolo 28 EGBGB, sul quale si erano soffermati già MAKAROV, *Les cas d'application des règles de conflit étrangères*, p. 440, e FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi*, p. 62).

⁵³³ Cfr. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 596.

dell'*EGBGB*. Anche qui i timori di un accertamento incerto e potenzialmente arbitrario non hanno molta ragion d'essere.

Muovendo alla fondamentale direttiva dell'*eguaglianza*, se questa significa qui eguale sfera d'applicazione della legge del foro rispetto alla legge straniera, cioè sfera d'applicazione determinata dal *medesimo* criterio di collegamento, il rinvio indietro, di cui Batiffol pone a più riprese in risalto i benefici⁵³⁴, e che il diritto positivo francese pareva già all'epoca per lo più consacrare⁵³⁵, conduce a negare che si tratti di un valore positivamente perseguito. Ché infatti, attraverso il rinvio, nel doppio caso di scuola dell'inglese domiciliato in Francia⁵³⁶ e del francese domiciliato in Inghilterra, la legge francese si applica (dal punto di vista francese) in presenza di *due* criteri di collegamento, alternativi l'uno all'altro, mentre la legge inglese non si applica mai. Che se poi, come pare intendere il Maestro, si riferisce l'eguaglianza all'esigenza che le parti possano fare assegnamento su un medesimo collegamento, i due casi testé citati sembrano smentire che l'eguaglianza così intesa risponda ad un interesse meritevole di protezione: il cittadino francese è sottoposto alla legge della *cittadinanza*, l'inglese alla legge francese del *domicilio*.

Laddove Batiffol accenna ad una « vocazione universale » del collegamento scelto dal foro, tocca, crediamo, il cuore del problema⁵³⁷. Tale « vocazione universale » pare contrastare con la « relatività » di tale criterio di collegamento, già additata da Francescakis⁵³⁸, e su cui insiste la dottrina francese più recente⁵³⁹. L'apparente contrasto fra universalità e relatività del fattore di collegamento acquista forse chiarezza se confrontata con il parallelo, cui si richiama Batiffol, fra norme materiali e norme di conflitto. Anche le norme di diritto privato – come egli c'insegna – possono, in virtù

⁵³⁴ *Aspects philosophiques*, spec. p. 314 s.; *Principes de droit international privé*, p. 467 s.

⁵³⁵ *Traité*, 5^e éd., p. 365.

⁵³⁶ *Principes de droit international privé*, p. 468.

⁵³⁷ Cfr. TRAMMER, *Über die sogenannten « Einseitigen Normen » des internationalen Privatrechts, RabelsZ.*, 1957, p. 407: « (...) ein Richter (...) braucht nicht die einseitige Vorschrift zu einer symmetrischen Rechtsnorm auszubauen. Er wird dies nur dann tun, wenn er zu der Anschauung gelangt, dass die Regel über die Anwendbarkeit des eigenen Rechts einer "universalistischen" Idee des Gesetzgebers entspringt, aus der alle internationalen Kollisionen gelöst werden sollen ».

⁵³⁸ *Jurisprudence française*, p. 76, dove viene richiamata l'esigenza di considerare « sur un *plan d'égalité* la vocation des deux systèmes étrangers à l'égard de la situation litigieuse », e evoca la « constatation d'une *égalité de titre* des droits subjectifs en conflit » (s'avverte qui l'influenza del contributo di SOHN, *New Bases*, che si era espresso in termini analoghi: v. *infra*, para. 141 s.); cfr. anche *La théorie du renvoi*, p. 153.

⁵³⁹ V. ad es. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 613: « Les tendances actuelles en droit international privé positif ne font que souligner la nécessaire relativité que revêt toute localisation exprimée dans une règle de conflit de lois », ed ancora, a p. 615: « il faut admettre, d'une part, la fragilité du critère retenu par l'ordre du for et d'autre part, le légitimité de critères différents choisis par d'autres systèmes »; v. già MAYER, *La distinction entre règles et décisions*, p. 157 e ANCEL, *Le conflit de qualifications*, p. 156.

della loro *razionalità*, dirsi avere una vocazione *universale*, cioè mirare ad apprestare una regolamentazione giusta *in astratto*, dunque *in assoluto*⁵⁴⁰. Soltanto che, di nuovo, l'esistenza di sistemi diversi di diritto privato impone di riguardare ciascuno di essi come *relativo*. Come insomma le norme di diritto privato del foro, pur dotate di una razionalità universale, non possono, senza grave ingiustizia, effettivamente applicarsi sempre ed universalmente, viene fatto di chiedersi se le norme di conflitto del foro, pur dotate di una razionalità e di una vocazione universale, possano con giustizia applicarsi sempre ed universalmente. La razionalità del criterio di collegamento, che pure le rende atte all'universalità, cioè le rende suscettibili di essere accolte dovunque, non pare allora sufficiente per giustificare la loro universale applicabilità, come non è sufficiente a tal fine la razionalità delle norme di diritto privato.

Rimangono, allora, sembrerebbe, la rilevata assenza di positività della tesi di Niboyet e le difficoltà provocate dai conflitti *positivi e negativi*. Riguardo all'una ed alle altre si vogliono qui esaminare, rispettivamente, le vicende del progetto Niboyet, e le proposte di certa dottrina francese successiva, da Francescakis in poi, le quali paiono essere, da un certo punto di vista, semplici applicazioni dell'effettività.

§ IV. – L'unilateralismo nel progetto di codificazione francese del d.i.p.

SOMMARIO: – 80. Introduzione. – 81. Gli articoli 20 e 21 dell'avamprogetto e loro discussione in sottocommissione. – 82. Il sostanziale unilateralismo del testo approvato dalla sottocommissione. – 83. La discussione in seno alla commissione. Discussione sul rinvio. – 84. (segue): Le due proposte di redazione, unilaterale e bilaterale. La prevalenza di quest'ultima. – 85. Le ragioni di tale prevalenza. – 86. L'articolo 22 dell'avamprogetto in materia di efficacia delle situazioni giuridiche create all'estero. – 87. Discussione in seno alla sottocommissione. L'accoglimento di tale disposizione. – 88. Discussione in seno alla commissione. Opposizione di Mazeaud e adesione degli altri commissari. – 89. Discussione in seno al *Comité français*. Proposta di Maury. Interventi di Francescakis e Jeantet. – 90. La prima restrizione alla bilateralità nella proposta di Maury: la totale estraneità al foro. – 91. La seconda restrizione alla bilateralità: la regola della « concordanza » degli Stati interessati.

80. L'unilateralismo di Niboyet non rimase senza influenza sui lavori di codificazione del d.i.p. che ebbero luogo in Francia fra gli anni quaranta e cinquanta, in occasione del-

⁵⁴⁰ *Aspects philosophiques*, p. 110 s.

lo studio di una più generale riforma del codice civile⁵⁴¹. Giova seguire la sorte che subì l'idea unilaterale nel progresso di tali lavori, distinguendo le vicende delle due norme-chiave dirette ad incarnarla: la disposizione, che, nonostante la sua formula generale, sembrerebbe avere riguardo alla sola *creazione* nel foro di situazioni giuridiche nuove (A), il che pare dedursi *a contrario* dalla portata dell'altra disposizione, che attiene invece al *riconoscimento* e all'*efficacia* nel foro di situazioni giuridiche create all'estero (B). Accantonata per la prima, l'unilateralità venne invece mantenuta per la seconda. Chiamato a pronunciarsi sul testo approvato dalla commissione legislativa, il *Comité français* si mostrò nel complesso favorevole alla progettata norma in materia di efficacia dei diritti, anche se alla sua applicazione pratica propone di apportare due importanti restrizioni che affaticheranno la dottrina successiva (C).

A. – Le vicende degli articoli 20 e 21 del Progetto Niboyet

81. Nominato redattore dell'avamprogetto per il d.i.p., Niboyet non mancò di trasporvi le sue idee⁵⁴². Il testo dell'articolo 20 da lui elaborato annuncia che « [l]e norme contenute nel presente capitolo determinano i soli casi di competenza *francese* » (comma 1) dal momento che « [l]a competenza di uno *Stato estero* non può che risultare dalle disposizioni in vigore in tale Stato (comma 2). L'articolo 21 dispone inoltre che, nel caso in cui nessuna legge – né quella francese, né quella straniera – si dichiarino competenti (cioè nel caso di un conflitto negativo), il giudice francese applicherà in via sussidiaria la legge francese⁵⁴³.

⁵⁴¹ Il testo definitivo del progetto di codificazione si rinviene ne *L'Avant-projet du Code civil présenté à M. le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, par la Commission de réforme du Code civil, 1ère partie, livre préliminaire, livre I: Des personnes physiques et de la famille, Publications du Ministère de la Justice*, Paris, 1954. La parte relativa al d.i.p. fu pubblicata in *Rev. crit.*, 1951, p. 111 s. (con un'aggiunta in *Rev. crit.*, 1952, p. 179), nonché in *La Codification du droit international privé*, Paris, 1956, p. 119 s. Sul processo di codificazione del d.i.p., in generale, v. NIBOYET, *Le Code civil en préparation et les règles de solution des conflits de lois*, *Trav. com. fr. dr. int. pr.*, Années 1945-1946, p. 13-31 (e la discussione: p. 31-88); LOUIS-LUCAS, *Les principes directeurs posés par le projet de codification du droit international privé français*, *Rev. crit.*, 1951, p. 393 s. e 597 s., 1952, p. 55 s.; DELAUME, *A Codification of French Private International Law*, *Canadian Bar Rev.*, 1951, p. 721 s. Ai fini che qui interessano, v. soprattutto VIVIER, *Le caractère bilatéral*, p. 87-89, PILENKO, *Droit spatial et droit international privé*, *Rev. hell.*, 1953, p. 317 s., spec. 342 s., MAKAROV, *Der allgemeine Teil des IPR im Entwurfe des neuen französischen Kodifikationswerkes, Festschrift M. Wolff*, Tübingen, 1952, p. 247 s., WIETHÖLTER, p. 18 s.

⁵⁴² MAKAROV, *Der allgemeine Teil*, p. 247-248.

⁵⁴³ « Article 20: Les règles édictées dans le présent chapitre ne déterminent que les cas de compétence française. La compétence d'un pays étranger ne peut résulter que des dispositions qui sont en vigueur dans ce pays. Article 21: Lorsqu'au cours d'un procès qui se déroule en France, ni la France ni aucun pays étranger ne réclament la compétence pour leur pays, le droit français doit néanmoins être appliqué en vue de donner une solution au litige » (*Travaux*, IV, 716). Nulla è previsto invece per il caso in cui più leggi straniere rivendichino per sé la competenza (v. WIETHÖLTER, p. 21; cfr.

Le disposizioni così formulate vennero discusse il 2 dicembre 1948 in seno alla sotto-commissione composta da Niboyet, Houin e Latournerie⁵⁴⁴. Nel verbale si legge innanzitutto che il doppio testo « riveste importanza capitale perché capovolge il sistema classico secondo cui la norma francese di soluzione dei conflitti determina i casi di competenza francese e quelli di competenza straniera, a vantaggio di una concezione moderna secondo cui la norma francese di soluzione dei conflitti non si preoccupa dei casi di competenza straniera »⁵⁴⁵. Intervenendo per primo, Niboyet spiega che le norme sui conflitti di leggi sollevano un « problema di delimitazione della sovranità » e che « non è ammissibile che il giudice francese si sostituisca al legislatore straniero per fissare la sfera d'applicazione della sua legge ». Per Houin « il sistema unilaterale è senza dubbio di una logica rigorosa » ma « disconosce gli interessi dei soggetti, i quali possono versare indefinitamente nell'incertezza qualora il giudice francese constati l'incompetenza della legge francese e nessun Paese straniero reclami competenza per la propria »⁵⁴⁶ e comporta d'altra parte una lacuna nel caso di rivendicazione simultanea da parte di più Paesi⁵⁴⁷: è dunque il problema dei conflitti *positivi* (fra leggi straniere) e *negativi* che preoccupa il commissario. Latournerie esprime dal canto suo un giudizio più favorevole, dichiarando che il modello progettato « presenta, oltre al vantaggio di una grande logica, quello di restare aperto ad una futura organizzazione internazionale cui venga affidato il compito di risolvere i conflitti di leggi nello spazio »⁵⁴⁸. Nel tentativo di promuovere la convergenza, Houin fa osservare che, in definitiva, la sola differenza rispetto al sistema classico si palesa quando il diritto straniero designato da una norma di conflitto bilaterale *non* vuole applicarsi e, constatando che, mentre il sistema classico applica qui il diritto francese a titolo sussidiario, quello unilaterale prescrive

MAKAROV, *Der allgemeine Teil*, p. 252). Nell'ipotesi di conflitto positivo fra la legge francese e una legge straniera, viene fatto di pensare che s'applichi la legge *francese*. Tale soluzione non pare per la verità imposta né dall'articolo 20, il quale, adottando una formulazione neutra e come imparziale, dichiara che tanto la Francia quanto ciascuno Stato straniero delimitano la sfera d'applicazione della propria legge, né sulla base dell'articolo 21, secondo cui la legge francese interviene residualmente se né la legge francese né alcuna legge straniera intendono regolare il rapporto. Il privilegio della legge francese sembra piuttosto dedursi indirettamente dall'articolo 22, secondo cui « ogni diritto creato in un Paese straniero, conformemente alla disposizioni che vi sono in vigore, deve essere riconosciuto in Francia, se nessuna competenza francese esisteva nella fattispecie, salvo il disposto dell'articolo 24 » (cioè l'intervento dell'ordine pubblico: su tale articolo 22, v. *infra*, para. 82 s).

⁵⁴⁴ *Travaux*, IV, p. 758-760.

⁵⁴⁵ *Travaux*, IV, p. 759.

⁵⁴⁶ *Travaux*, IV, *loc. cit.*

⁵⁴⁷ « Il faudra, dans ce cas, de toute façon, que le juge français porte une appréciation sur les lois étrangères, pour choisir empiriquement celle qui lui paraît convenir le mieux à la situation considérée, et, en principe, celle qui se rapproche le plus de la loi française équivalente » (*Travaux*, IV, *loc. cit.*). Non è chiaro se, per Houin, questo *rapprochement* debba valutarsi avendo riguardo al contenuto materiale delle leggi in conflitto ovvero al collegamento sul quale si fonda la loro applicabilità; la redazione da lui successivamente proposta induce a propendere per questa seconda alternativa.

⁵⁴⁸ *Travaux*, IV, *loc. cit.*

di verificare che non vi siano altre leggi straniere che reclamino applicazione, propone la seguente redazione: « Le disposizioni del presente capitolo determinano il campo d'applicazione della legge francese » (articolo 23); « Essi determinano egualmente i casi nei quali una legge straniera è applicabile. Tuttavia, se questa non si riconosce competente, deve applicarsi ogni altra legge che si riconosca competente e, in mancanza, la legge francese » (articolo 24)⁵⁴⁹. La modifica viene accettata.

82. Il testo che esce da questa prima fase dei lavori è dunque il frutto di un compromesso⁵⁵⁰. Occorre però rilevare che non s'è transatto fra unilateralità e bilateralità. Il metodo accolto rimane essenzialmente *unilaterale*⁵⁵¹. La norma di conflitto francese non « attribuisce » la competenza ad una legge straniera da sé liberamente scelta. Si lascia piuttosto che ciascuno Stato fissi per proprio conto l'ambito d'applicazione della propria legge. La sola differenza rispetto all'avamprogetto consiste in ciò che i conflitti *positivi* fra leggi *straniere* sono risolti privilegiando quella fra le due o più leggi straniere (se ve ne è una) che delimita la propria competenza sulla base dello *stesso* collegamento utilizzato dalla norma francese. La « bilateralizzazione » del criterio di collegamento interviene insomma soltanto per risolvere un conflitto *positivo*⁵⁵².

83. Gli artt. 23 e 24 del progetto vennero esaminati l'8 novembre 1949 dalla commissione plenaria in cui sedevano Lyon-Caen (presidente), Mazeaud, Niboyet, Ancel, Jousselin e De Lapanouse. Seguiamo da vicino le movenze del dibattito.

Mazeaud propone *d'emblée* un mutamento radicale dell'impostazione adottata e il ritorno alla *bilateralità assoluta*, cioè senza rinvio, brandendo i seguenti argomenti: « la delimitazione della legge francese significa in ogni caso delimitazione della legge straniera »; « non si può abbandonare al legislatore straniero il compito di regolare in Francia i conflitti di legge »; « il legislatore francese ha il diritto di dire quale legge si applica »; « il principio del carattere nazionale delle soluzioni di conflitto è un principio

⁵⁴⁹ *Travaux*, IV, p. 765: art. 23: « Les dispositions du présent Chapitre déterminent le domaine d'application de la loi française »; art. 24: « Elles déterminent, également, les cas dans lesquels une loi étrangère est applicable. Toutefois, si cette loi ne se reconnaît pas compétente, il doit être fait application de toute autre loi étrangère qui se reconnaît compétente et, à défaut, de la loi française ».

⁵⁵⁰ Cfr. VIVIER, *Le caractère bilatéral*, p. 87: « Ce fut donc une solution de compromis qui sortit des travaux de la sous-commission »; di un « Kompromissvorschlag » parla anche WIETHÖLTER, p. 21; cfr. MAKAROV, *Der allgemeine Teil*, p. 253.

⁵⁵¹ Così anche, in sostanza, PILENKO, *Droit spatial*, p. 343; *contra* MAKAROV, *Der allgemeine Teil*, p. 253, secondo cui « [der] Grundsatz der Einseitigkeit der Kollisionsnormen war somit aufgegeben ».

⁵⁵² E' appena il caso di notare che le preoccupazioni di certezza, per come sono qui messe innanzi e soddisfatte, riguardano ancora una volta il solo punto di vista del *foro*. Si noti anche che il conflitto fra due leggi che delimitano la propria competenza sulla base di collegamenti *diversi*, non solo fra di loro, ma altresì rispetto al collegamento francese, non viene esplicitamente risolto. Non pare che la condizione cui è subordinata l'applicazione sussidiaria della legge francese (« in mancanza etc. »), possa intendersi estesa anche all'ipotesi di pluralità di leggi straniere applicabili. Se così è, il giudice non è allora vincolato da alcuna direttiva.

assoluto, intangibile »⁵⁵³; « il legislatore francese deve ricercare le norme che gli sembrano migliori » anziché « cedere », sul punto, ai legislatori stranieri⁵⁵⁴. Anche De Lapanouse prende posizione in favore della bilateralità senza rinvio, in nome della « razionalità » della scelta del legislatore francese⁵⁵⁵. Niboyet replica che la Francia ritiene bensì « razionale » applicare la legge nazionale, ma « a condizione che questa voglia applicarsi »; « occorre provare – continua – è una sorta di postulato, che, quanto dichiariamo applicabile una legge straniera, vogliamo *ad ogni costo* che questa s'applichi »⁵⁵⁶. Jousselin esprime il suo appoggio per la posizione di Niboyet⁵⁵⁷. Lyon-Caen opina anch'egli che « non è opportuno applicare una legge straniera che non vuole essere applicata », dal momento che la legge straniera « è un blocco che comprende la legge interna e la legge di d.i.p. »⁵⁵⁸. Anche per Ancel, la legge straniera è, agli occhi della norma francese, « un tutto che si accetta o non si accetta, secondo che questa legge voglia essere applicata o non voglia esserlo » e « gli pare anormale applicare una legge straniera che non voglia essere applicata »⁵⁵⁹.

Il principio secondo cui una legge straniera *non* possa essere applicata contro la sua volontà venne dunque accettato dalla maggioranza dei commissari. Si noti che la discussione, che pure aveva preso le mosse dall'alternativa fra unilateralismo e bilateralismo, si è – essenzialmente a seguito dell'intervento di Mazeaud – spostata sul problema del *rinvio*, o meglio sul problema dell'opportunità di applicare una legge straniera che non vuole applicarsi⁵⁶⁰. S'è dato – sembrerebbe – per implicitamente acquisito che tale legge debba pur sempre essere quella dello Stato in cui si realizza il collegamento scelto dalla

⁵⁵³ V. ad es. *Travaux*, V, p. 527: « Il s'agit de savoir si le législateur français de droit international privé peut fixer la compétence de la loi étrangère, s'il a le droit de dire aussi que la loi étrangère s'applique dans tel cas. Je crois que nous ne pouvons pas lui refuser ce droit (...) »; p. 528: « il ne dépend pas du législateur étranger, en renvoyant à la loi française, d'écarter la solution de conflit que le législateur avait déclarée applicable »; p. 529: « ce principe du caractère national des solutions de conflits doit être un principe absolu, intangible »; p. 530 (rivolgendosi a Niboyet): « vous n'admettez pas que nous soyons maîtres de notre solution de conflits ».

⁵⁵⁴ *Travaux*, V, p. 528: « Les Anglais estiment qu'en matière de capacité et d'état la loi du domicile est préférable; nous, nous estimons qu'il vaut mieux appliquer la règle nationale. Nous n'avons pas à céder à la loi anglaise ».

⁵⁵⁵ *Travaux*, V, p. 531: « Il me semble qu'en matière de règlement de conflit de lois, il faut retenir la loi que nous jugeons rationnel d'appliquer, et, par exemple, en matière d'état et de capacité, la loi nationale ».

⁵⁵⁶ *Travaux*, V, *loc. cit.*

⁵⁵⁷ *Travaux*, V, *loc. cit.*

⁵⁵⁸ « Il me semble qu'il ne convient pas d'appliquer une loi étrangère lorsque cette loi ne veut pas être appliquée, car la loi étrangère est un bloc qui comprend aussi bien la loi interne que la loi de droit international privé » (*Travaux*, V, p. 532); cfr. PILENKO, *Droit spatial*, p. 346.

⁵⁵⁹ « La loi étrangère, à l'égard de la loi française et du juge français, est un tout qu'on accepte ou qu'on accepte pas, selon que cette loi veut être appliquée ou ne veut pas l'être. Encore une fois, il me paraît anormal d'appliquer une loi étrangère qui ne veut pas être appliquée » (*Travaux*, V, p. 532)

⁵⁶⁰ Cfr. WIETHÖLTER, p. 22.

norma di conflitto francese. Ciò però non basta – si è visto – per concludere che si sia implicitamente accettata la *bilateralità* (pur con rinvio), perché a questa può assegnarsi – come ha inteso fare la sottocommissione – il più modesto ruolo di risolvere un conflitto positivo fra due leggi straniere dichiarate applicabili dai rispettivi Stati, sicché la « partita » fra unilateralismo e bilateralismo non è ancora chiusa. Il prosieguo della discussione si fa più concitato e confuso⁵⁶¹.

84. Niboyet esordisce esponendo il problema: bisogna ripiegare subito sulla legge francese ovvero ammettere che si faccia applicazione di ogni altra legge straniera (che si dichiara competente)?⁵⁶² Dopo qualche animato scambio di vedute⁵⁶³, vengono proposte due redazioni. La prima proviene da De Lapanouse e recita: « se la legge straniera non si riconosce competente, deve applicarsi ogni altra legge straniera ch'essa riconosca come competente ». Tale testo, come si vede, consacra la *bilateralità* con rinvio oltre (senza specificare se si deve trattare di rinvio accettato o meno). La seconda redazione, di Ancel, ha il seguente tenore: « se la legge straniera non si riconosce competente, deve applicarsi la legge francese, in assenza di ogni altra legge straniera che si riconosce o che è riconosciuta competente ». Tale formula sembra accogliere l'*unilateralità* nella misura in cui pare sufficiente che una legge straniera si riconosca competente perché a questa venga data efficacia nel foro⁵⁶⁴.

⁵⁶¹ Cfr. PILENKO, *Droit spatial*, p. 342: « La solution adoptée par la Commission est le résultat de débats très compliqués et, souvent, confus ».

⁵⁶² « Ici, il faut discuter. Faut-il revenir tout de suite à la loi française, ou faut-il admettre qu'il doit être fait application de toute autre loi étrangère » (*Travaux*, V, p. 533)

⁵⁶³ ANCEL, esaminando il testo proposto dalla sottocommissione, s'interroga sul significato del passaggio « ogni altra legge straniera » e chiede a Niboyet se « non si tratti della legge cui fa rinvio la prima legge straniera » (*Travaux*, V, p. 533). « Non necessariamente », fa osservare NIBOYET; « nello spirito della sottocommissione, non è necessariamente la legge straniera alla quale la prima rinvia ». L'idea è che « se l'Inghilterra si dichiara semplicemente incompetente, ed un altro Paese si dichiara competente, la legge di quest'altro deve ricevere applicazione ». ANCEL dichiara d'intendere il senso ed il sicuro vantaggio pratico (*Travaux*, V, p. 534-535) del rinvio dalla prima legge straniera ad un'altra legge straniera (cioè il rinvio oltre); ma l'applicazione di una legge straniera che pur si dichiara competente, ma a cui la prima legge straniera non rinvia gli pare « un po' teorica ». DE LAPANOUSE denuncia altresì l'« inconveniente pratico » d'accollare « al giudice francese l'onere di ricercare tra tutte le leggi straniere se una non reclami per sé la competenza ». NIBOYET replica a quest'ultimo che spetterebbe in ogni alle parti invocare la legge straniera e giustificarne l'applicazione; e si dichiara infine pronto a rinunciare alla ricerca di una terza legge competente. E' a questo punto ANCEL che s'opponne a tale « desistenza ». MAZEAUD coglie l'occasione per « stuzzicare » ancora una volta Niboyet: « Accettate il rinvio solo se si tratta di rinvio alla legge francese? ». NIBOYET replica d'essere semplicemente restio ad accettare « il rinvio da una legge straniera ad un'altra legge straniera », e di ritenere che si dovrebbe cercare una formula che, ove possibile, tralasci la parola « rinvio » (*Travaux*, V, p. 534).

⁵⁶⁴ Il seguito del dibattito sembra confermarlo. MAZEAUD obietta a tale seconda redazione che non è chiaro se la legge straniera debba essere « riconosciuta » competente « da noi o dal primo Paese straniero ». ANCEL risponde, invero in modo un po' sibillino: « da noi, accettando il rinvio ».

Per il primo testo parteggia Jousselin in quanto esso « ha il merito di dichiarare subito il rapporto fra le leggi straniere ». Niboyet opta invece – com'è naturale – per il secondo, sottolineando che « è il più internazionale, perché accetta largamente la competenza delle leggi straniere »⁵⁶⁵ e fornendone un esempio in materia societaria: se una società ha ricevuto la personalità giuridica da un Paese diverso da quello in cui ha la sua sede, con la formulazione di Ancel (unilaterale), la società è riconosciuta in Francia, mentre con il testo di De Lapanouse (bilaterale), essa non avrebbe alcun diritto nel foro, perché tale testo « obbliga una società a ricevere la personalità giuridica dal Paese della sua sede »⁵⁶⁶. « Dobbiamo noi – invita a considerare Niboyet – limitare il riconoscimento della personalità giuridica nel mondo intero alle società che l'hanno ricevuta nel Paese della loro sede? Questo è il problema »⁵⁶⁷. Mazeaud protesta che non si tratta di un problema di conflitto di leggi ma di condizione degli stranieri. Lyon-Caen lo zittisce e propone la redazione bilaterale con accettazione del rinvio indietro ed oltre accettato, e con competenza residuale della legge francese nel caso di rinvio oltre non accettato⁵⁶⁸. Tale proposta non viene più discussa. Gli articoli in questione recitano dunque: « Le

MAZEAUD ha allora buon gioco di replicare: « noi non abbiamo mai detto che in materia di stato e capacità delle persone deve applicarsi la legge del domicilio ». NIBOYET dà il suo appoggio al testo di ANCEL. Quest'ultimo, anche forse alla luce dello scambio verbale con MAZEAUD, lo riformula: « (...) in assenza di ogni legge straniera competente s'applica la legge francese ». L'unilateralità del testo sembra chiarirsi meglio, e ci pare emergere limpidamente quando, all'interrogazione di MAZEAUD (« Competente in virtù di che cosa? Non ha terminato il testo »), ANCEL risponde « di non averlo fatto volontariamente » (cfr. PILENKO, *Droit spatial*, p. 346 s.).

⁵⁶⁵ *Travaux*, V p. 537: ANCEL: « Je me demande si, finalement, le texte primitivement proposé n'était pas encore le meilleur ». NIBOYET: « C'est le texte le plus international; il accepte largement la compétence des lois étrangères ». E' leggendo questo scambio di battute che PILENKO (*Droit spatial*, p. 346) dichiara che l'idea unilaterale « a failli triompher » (p. 346). Ma MAZEAUD insiste: « il faut un système logique ».

⁵⁶⁶ « Prenons un exemple concernant la personnalité morale d'une société. Cette société n'a pas son siège en France. Nous décidons que le pays qui peut lui donner la personnalité morale est le pays de son siège social. Elle semble avoir son siège en Angleterre, mais, d'après le droit anglais selon lequel le siège social détermine la personne morale, elle n'a pas son siège social en Angleterre. La loi anglaise ne renvoie à aucune loi. Un autre pays, cependant, lui donne la personnalité morale. Cette société n'est pas reconnue en France. *C'est une solution qui, au point de vue international, est moins bonne*. Elle oblige, en somme, une société à avoir reçu la personnalité morale du pays de son siège. Mais si un autre pays veut lui donner la personnalité morale pour une autre raison, cette société n'aurait aucun droit en France. Avec le texte primitif, elle pourrait s'en prévaloir » (corsivo nostro: *Travaux*, V, p. 538).

⁵⁶⁷ *Travaux*, V, p. 538: « Allons-nous limiter la reconnaissance de la personnalité morale dans le monde entier aux sociétés qui l'ont reçue du pays de leur siège? Tel est le problème ». E' significativo che, in materia societaria, il d.i.p. della più parte dei Paesi europei (Francia inclusa) si sia da tempo orientato nel senso della proposta di Niboyet, e per le medesime ragioni da questi avanzate (v. *infra*, para. 290 s.).

⁵⁶⁸ MAZEAUD: « Je persiste à dire que c'est une question de condition des étrangers et que c'est la loi française qui régit la condition des étrangers ». LE PRÉSIDENT: « Peu importe: c'est un exemple que donnait M. Niboyet » (*Travaux*, V, p. 539).

disposizioni del presente capitolo determinano i campi d'applicazione rispettivi della legge francese e della legge straniera ». « Tuttavia, se la legge straniera normalmente applicabile giusta le norme francesi di conflitto non si riconosce competente, deve applicarsi la legge straniera che questa designa e che si riconosce competente o, in mancanza, la legge francese ».

85. Anche questa formulazione sa di compromesso, il quale ha questa volta ad oggetto proprio l'alternativa fra unilateralismo e bilateralismo, ed è stato raggiunto sul rinvio. Respinta la bilateralità *assoluta* caldeggiata da Mazeaud e De Lapanouse – giustificata da ragioni dichiaratamente nazionalistiche⁵⁶⁹ – si è ripiegati sulla bilateralità con rinvio oltre accettato, mettendo da parte la più internazionalistica redazione unilaterale. Quali ragioni hanno favorito questo risultato e il conseguente abbandono dell'unilateralità implicita nella primitiva redazione? Diverse e per lo più accidentali: l'insistenza di Mazeaud sulla necessità tecnica di specificare in virtù di che cosa una legge straniera diviene competente agli occhi del foro e di escogitare un sistema « logico e coerente », una certa difficoltà di alcuni dei presenti nell'afferrare il nodo profondo della questione, infine, la circostanza che, dopo una discussione estenuante, l'autorevolezza del Presidente Lyon-Caen, mosso da spirito manifestamente conciliativo (Mazeaud era stato già « battuto » sul rinvio) si sia orientata verso il testo bilaterale. Si comprende dunque lo stupore espresso dagli osservatori più attenti di questa parte dei lavori nel constatare come non sia stata fornita una reale motivazione del rigetto della redazione unilaterale avanzata da Niboyet e Ancel, probabilmente i due maggiori esperti fra i presenti, che era sembrata ad un certo punto destinata a prevalere⁵⁷⁰.

Come che sia, il sistema, da unilaterale (con bilateralità per risolvere i conflitti positivi) che era, è stato trasformato – per dirla con Niboyet – in « misto »: *bilaterale* nella misura in cui viene conservata la designazione della legge straniera da parte della norma di conflitto francese; *unilaterale* nella misura in cui vengono rispettate, da un lato, la volontà *negativa* d'applicazione della legge straniera – di quella designata dalla norma

⁵⁶⁹ Cfr. PILENKO, *Ius gentium*, p. 18, che così commenta gli argomenti avanzati da Mazeaud in difesa del rifiuto del rinvio: « Selon le prof. Mazeaud et ceux qui suivent son exemple, l'Italie a établi un système de solution de conflits; elle estime que ce système est le meilleur possible; elle l'applique, quelles que soient les dispositions du droit anglais (...). Nous sommes en présence d'une survivance de l'esprit territorial qui doit disparaître avec le développement de l'idée internationaliste ».

⁵⁷⁰ PILENKO, *Droit spatial*, p. 346: « Au moment où on s'était mis à établir le texte définitif de l'art. 20, M. Ancel était encore en train de dire (p. 537): "Je me demande si, finalement, le texte primitivement proposé n'était pas encore le meilleur". Et Niboyet lui faisait écho: "C'est le texte le plus international". Mais vingt lignes de texte après ces déclarations (tendant à introduire dans le DIP un grand principe tout à fait nouveau), nous constatons avec étonnement que la Commission a adopté à unanimité la formule [de De Lapanouse] qui nous ramène aux errements polyvalents doublés et triplés. Comment expliquer – si chiede Pilenko – *cette contradiction entre les opinions exprimées par le Président et les deux experts principaux, et la décision finale de la Commission?* » (corsivo nostro).

di conflitto francese e di quella eventualmente designata dalla norma dello Stato designato dalla norma di conflitto francese – e, dall'altro, la volontà *positiva* della legge straniera: anche qui, di quella designata dalla norma di conflitto francese o di quella designata dalla norma di conflitto dello Stato designato dalla norma del foro⁵⁷¹.

V'è ancora da ricordare che il *Comité français*, chiamato a sua volta ad emettere un parere sul progetto, discusse tali articoli – divenuti nel frattempo il 51 e il 52 – nella seduta del 20 maggio 1955 che si svolse sotto la presidenza di Henri Batiffol. A proposito dell'articolo 51, che consacra il principio della bilateralità⁵⁷², Maury, relatore, esordisce dichiarando che è inutile addentrarsi in una disamina teorica, l'esperienza mostrando in effetti che, in presenza di norme unilaterali, tutte le giurisprudenze sono spinte come naturalmente a « bilateralizzare »; che anche i fautori dell'unilateralismo ritengono che, da un punto di vista pratico, questa sia la soluzione più opportuna⁵⁷³; che, facendo un codice civile, è il punto di vista *pratico* che deve risolvere la questione, e non quello *dottrinale*; che dunque la bilateralità s'impone⁵⁷⁴. Il testo viene considerato ambiguo e inutile e se ne vota ed approva lo stralcio⁵⁷⁵.

B. – Le vicende dell'articolo 22 del progetto Niboyet

86. Potrebbe sembrare che dell'unilateralismo del progetto Niboyet sia sopravvissuto il solo principio del rispetto della volontà *negativa* d'applicazione della legge straniera a mezzo del rinvio⁵⁷⁶. Si tratterebbe nondimeno di conclusione affrettata ed anzi non fedele alla storia. E' tempo infatti di rivolgere l'attenzione alla parallela vicenda dell'*altra* disposizione proposta dal redattore, quella che sancisce l'unilateralismo in materia di *efficacia* dei diritti creati conformemente ad una legge straniera. La quale disposizione, come stiamo per vedere, ha riscosso il favore sia della sottocommissione che della

⁵⁷¹ V'è dunque sempre un *legame*, un « filo rosso » – il « filo d'Arianna » di cui parlerà PILENKO (*Droit spatial*, p. 345) – che unisce la legge in definitiva applicabile e la norma di conflitto bilaterale del foro: la volontà d'applicazione di una legge non giustifica *da sé* la sua applicazione nel foro, come vuole l'unilateralismo, ma si cumula con l'« offerta » che proviene dalla norma di conflitto del foro, la quale dunque tiene le fila di tutto il ragionamento, da cui insomma tutto deve procedere e cui, inversamente, tutto deve ricondursi.

⁵⁷² Il testo dell'art. 51 è il seguente: « Les dispositions du présent chapitre déterminent les domaines respectifs d'application de la loi française et de la loi étrangère ».

⁵⁷³ Il riferimento è allo studio di VIVIER, *Le caractère bilatéral*, apparso in effetti fra il 1953 e il 1954 (v. *infra*, para. 92).

⁵⁷⁴ *La Codification*, p. 104 s.

⁵⁷⁵ *La Codification*, p. 118-119 e p. 290. Quanto all'articolo 52, esso si propone, sotto l'impulso del relatore, una duplice modificazione, per tenere conto del rinvio di grado superiore al terzo e per dichiarare applicabili le norme materiali della legge straniera richiamata dalla norma del foro nel caso di non accettazione del rinvio: v. *La Codification*, p. 120 s., p. 290.

⁵⁷⁶ WIETHÖLTER, p. 23: « Vom Kern der einseitigen Lehre Niboyets ist nur geblieben, dass ein Recht nicht gegen seinen Willen anzuwenden ist ».

commissione plenaria. Tale successo – e il suo rilievo ai fini dell'avanzata dell'idea unilaterale – è stato trascurato da alcuni osservatori⁵⁷⁷. Altri vi hanno invece rivolto l'attenzione che merita⁵⁷⁸, ed uno scrittore dell'autorità di Wilhelm Wengler sembra lasciare addirittura intendere che la norma in questione è in grado da sola di incarnare l'idea generale del rispetto della volontà d'applicazione delle leggi ch'egli scorge a fondamento dell'unilateralismo⁵⁷⁹.

87. L'articolo 22 del progetto Niboyet, nella sua versione originaria, recitava: « Ogni diritto creato in Paese straniero, conformemente alla disposizioni che vi sono in vigore, deve essere riconosciuto in Francia, se non v'è alcuna competenza francese e eccezion fatta dell'ordine pubblico »⁵⁸⁰. In sottocommissione, Houin, che pure aveva combattuto l'unilateralità in generale, s'è dichiarato pronto ad accoglierla sul terreno dell'efficacia dei diritti⁵⁸¹. Il testo da lui proposto reca « diritto » anziché « situazione giuridica », ed in luogo di « creato in Paese straniero », « creata in virtù di una legge straniera che si riconosceva competente », nonché l'aggiunta « perché possa produrre i suoi effetti in

⁵⁷⁷ Segnatamente a Pilenko e Wiethölter.

⁵⁷⁸ VIVIER, *Le caractère bilatéral*, p. 89; MAKAROV, *Der allgemeine Teil*, p. 247, spec. p. 260 s.; v. ora AUDIT, *Cours général*, p. 238, nota 767.

⁵⁷⁹ WENGLER, *General Principles*, p. 380. Dopo avere trattato dell'unilateralismo, di cui ascrive la paternità a Pilenko « and some other writers », avere precisato che « such a system would need at least one important correction », cioè la necessità, da parte del foro, « if the laws of two or more states want to be applied in the same matter and would lead to contradictory or inconsistent results », di prevedere dei criteri di soluzione, avere immaginato alcuni di questi criteri, fondati vuoi sul « material result of the conflicting laws » (quale la « validità » del contratto), vuoi su una sorta di gerarchia dei criteri di collegamento (« scale of preferences »), ed avere constatato che « a general system of respecting the unilateral allocation rules of all states pointing to their own local law and of preferring the one or the other in case of conflict has not yet been found in positive law », l'illustre autore viene a dire: « But it seems that it lies behind an interesting provision of the French project for the codification of the French conflict rules ». Nonostante alcuni difetti e lacune di redazione, secondo Wengler, « the provision of art. 21 is interesting as an indirect recognition of the general idea that, in principle, every forum should try to apply every law which wants itself to be applied » (corsivo nostro). Cfr. anche MAKAROV, *Les cas d'application des règles de conflit étrangères*, p. 440, secondo cui « l'article 21 du projet correspond, à proprement parler, au principe de l'unilatéralité des règles de conflit, sur lequel Niboyet avait édifié l'avant-projet ».

⁵⁸⁰ *Travaux*, IV, p. 716: « Tout droit créé en pays étranger, conformément aux dispositions qui y sont en vigueur, doit être reconnu en France, dès l'instant où aucune compétence française n'existait en l'espèce, et sous réserve de l'article 24 ».

⁵⁸¹ HOUIN: « (...) sur le terrain des droits acquis, on pourrait admettre que les effets des droits acquis à l'étranger en vertu d'une loi qui se reconnaît compétente, peuvent être invoqués en France même si la loi appliquée n'est pas celle désignée par le système français de solution de conflits de lois » (*Travaux*, IV, p. 760).

Francia »⁵⁸². Tali modifiche, lungi dall'alterare l'unilateralità del testo, l'hanno piuttosto meglio esplicitata.

Eguale successo la proposta di Niboyet trovò presso la Commissione plenaria. Ancora una volta il grande rivale di Niboyet è Mazeaud. Il quale, con la consueta combattività, obietta che il testo sancisce la « teoria dei diritti quesiti di Pillet », la quale è « complessa e non serve a nulla »; che « se si ammette che si possa invocare una situazione regolarmente acquisita all'estero, sarà impossibile sapere se si discute di una questione di conflitto di leggi ovvero di una questione che attiene a questa nuova teoria », la quale « rende ancora più complicate le cose, che lo sono già abbastanza in materia di conflitti di leggi »⁵⁸³. Niboyet precisa a due riprese che « non si tratta di diritti quesiti (all'estero), ma di diritti *nati* (o *costituiti* all'estero) »⁵⁸⁴; che tale teoria ha penetrato la giurisprudenza della Corte di cassazione – il che è confermato da Ancel⁵⁸⁵; e

⁵⁸² Il testo suggerito da Houin, ed accettato dalla sottocommissione (Niboyet incluso), è il seguente: « Article 25 – Toute situation juridique créée à l'étranger conformément aux dispositions de la loi déclarée compétente par le présent chapitre produit ses effets en France sous réserve qu'ils ne soient contraires à l'ordre public. Toutefois, sous la même réserve, si la loi française n'était pas applicable, il suffit que cette situation juridique ait été créée en vertu d'une loi étrangère qui se reconnaissait compétente pour qu'elle puisse produire ses effets en France ». Tale testo è stato poi « alleggerito » da Niboyet nella formulazione seguente: « A moins que la loi française ne fût compétente, toute situation juridique créée à l'étranger, en vertu d'une loi étrangère qui se reconnaissait compétente, produit ses effets en France » (Travaux, V, p. 539). Le modifiche proposte da Houin confermano quanto si è detto circa il significato di « creazione di un diritto all'estero »: perché un diritto sia creato all'estero sembra sufficiente che il diritto nasca conformemente ad una legge straniera che vuole applicarsi, che questa gli abbia dato vita, e ciò anche se, all'atto della sua creazione, non vi sono elementi della fattispecie direttamente riconducibili al territorio del relativo Stato: si pensi ad esempio alla capacità speciale del cittadino di uno Stato, domiciliato all'estero, che conclude all'estero un atto da eseguirsi pure all'estero. S'è autorevolmente rimproverato a tale disposizione di non precisare se, per « situazione giuridica », debba intendersi anche quella situazione – quale quella risultante dal divorzio – in cui le parti cessano di essere vincolate da comandi e prescrizioni (WENGLER, *General Principles*, p. 379-380). E' lecito pensare che si abbia *creazione* di una situazione giuridica sulla base di una legge straniera quando, per dirla con Niboyet, tale legge abbia « trasformato un fatto in un fatto giuridico », cioè quando essa abbia apportato una *modificazione* nella sfera giuridica dei soggetti coinvolti, questa modificazione potendo consistere sia nella creazione di un *nuovo vincolo*, sia, in effetti, nello *scioglimento* di un vincolo *precedente* e nel conseguente recupero di una situazione « libera da comandi e prescrizioni » (per dirla con WENGLER, *op. cit.*, p. 380: « free[dom] of legal orders or prohibitions »).

⁵⁸³ Travaux, V, p. 539.

⁵⁸⁴ NIBOYET: « Ce ne sont pas des droits acquis, ce sont des droits nés » (Travaux, V, p. 540); « Il ne s'agit pas de droit acquis, mais de droit établi » (*op. cit.*, p. 541).

⁵⁸⁵ NIBOYET replica che la teoria in questione « è estremamente utile », perché « il diritto nato in un Paese deve potere essere invocato in un altro senza che la nozione d'ordine pubblico abbia ad intervenire » e che si tratta di una teoria « che ha proiettato molta luce in diritto internazionale privato », tanto che la Corte di cassazione l'ha di recente fatta propria in due decisioni (Travaux, V, p. 541). MAZEAUD incalza rilevando che la giurisprudenza non si è ancora fissata al riguardo. ANCEL inter-

che « dal punto di vista internazionale, essa assicura un riconoscimento dei diritti molto più largo ». E interroga ancora una volta: « Dal momento che la nostra legge non era competente, in cosa può interessarci che un diritto sia nato secondo la legge che dichiariamo competente » o secondo un'altra legge. Ed ancora: « se un Paese straniero ha fatto nascere, per il tramite delle sue leggi, un certo diritto, perché non riconoscerlo in Francia? ». « E' eccessivo » – conclude – « limitarsi a riconoscere i diritti sorti sulla base della legge che la Francia ha designato come applicabile »⁵⁸⁶. Il presidente Lyon-Caen invita gli altri commissari a prendere posizione. De Lapanouse dichiara di non vedere inconvenienti a che la disposizione del progetto sia accolta. Ancel è dello stesso parere e così pure Lyon-Caen⁵⁸⁷. Il testo dell'articolo 22, che recita: « A meno che la legge francese non fosse competente, ogni situazione giuridica creata all'estero in virtù di una legge straniera che si riconosceva competente produce i suoi effetti in Francia », è dunque approvato.

E' probabile che le ragioni addotte da Niboyet circa l'esigenza di – o piuttosto l'assenza di ragioni che, ordine pubblico a parte, militano contro – un più generoso *riconoscimento* dei diritti creati all'estero siano state decisive e abbiano valso al redattore l'adesione dei commissari⁵⁸⁸.

loquisce e conferma che « [c]ette doctrines a pénétré à coup sûr dans la jurisprudence il y a quelques années »: *Travaux*, V, p. 541).

⁵⁸⁶ Si tratta, riteniamo, dell'intervento-chiave di NIBOYET (*Travaux*, V, p. 541): « Au point de vue international, *cette théorie assure une reconnaissance des droits beaucoup plus large*. Du moment que notre loi n'était pas compétente, en quoi peut-il nous importer qu'un droit soit né d'après la loi que nous déclarons compétente. Si un pays étranger a donné naissance par ses lois à un certain droit, pourquoi ne reconnaitrions-nous pas ce droit en France? Ce texte de l'article 25 est nécessaire, sans quoi on pourrait raisonner ainsi: Un droit ne peut être valablement acquis à l'étranger que d'après la loi que la loi française aurait reconnue compétente, ce qui est *excessif* » (corsivo nostro).

⁵⁸⁷ LE PRESIDENT: « Les membres de la Commission approuvent-ils l'article 25 tel qu'il est rédigé? ». DE LAPANOUSE: « Je n'y vois pas d'inconvénients ». ANCEL: « Moi non plus ». LE PRESIDENT: « Moi non plus » (*Travaux*, V p. 541). Anche LOUIS-LUCAS, *Les principes directeurs posés par le projet de codification du droit international privé français*, *Rev. crit.*, 1951, p. 414-415 e VIVIER, *Le caractère bilatéral*, p. 89, approveranno una tale soluzione.

⁵⁸⁸ La disposizione ha suscitato qualche riserva perché non precisa sulla base di quale criterio è necessario risolvere l'eventuale *conflitto positivo* fra più situazioni giuridiche incompatibili create conformemente alla legge di più Paesi (WENGLER, *General Principles*, p. 380: « The provision is incomplete also insofar as it does not contain a rule as to what shall happen if two or more foreign states create legal situations which are inconsistent among themselves »). Se v'è modo di accertare l'antiorità dell'applicazione dell'una rispetto all'altra, vien fatto di pensare al criterio del *prior in tempore potior in iure*, proposto da Niboyet. Che se poi una delle leggi, pur volendosi applicare, non ha fatto sorgere alcuna situazione giuridica nuova, perché, dal suo punto di vista, non si sono riunite le condizioni perché abbia luogo la modificazione giuridica da essa prevista, mentre l'altra legge, volendosi applicare, ha creato questa situazione giuridica, sembra sicuro che dovrebbe applicarsi quest'ultima, la sola che, ai sensi della disposizione, abbia appunto « creato una situazione

C. – Il dibattito in seno al *Comité français*

88. Verifichiamo quali reazioni abbia suscitato la proposta in questione in seno al *Comité français*, che la discusse sempre nella seduta del 20 maggio 1955.

Maury dichiara che la soluzione, di cui rileva la novità rispetto alla giurisprudenza *Rivière*⁵⁸⁹ e l'origine nella fede unilaterale di Niboyet, è « buona nel suo proposito »⁵⁹⁰. Il testo così com'è redatto provoca tuttavia difficoltà d'applicazione quando più leggi straniere si riconoscono competenti e danno soluzioni contraddittorie (cioè nei casi di conflitti *positivi*), l'una che ammette la creazione della situazione giuridica, l'altra che vi s'oppone. E' qui necessario trovare un criterio di scelta ed è difficile trovarne uno. Si prenda – invita il relatore – un divorzio pronunciato fra due italiani in Germania sulla base della legge tedesca del domicilio. La disposizione progettata ne consentirebbe il riconoscimento in Francia. Perché, si chiede Maury, riconoscere la competenza della legge tedesca del domicilio quando la legge italiana della cittadinanza comune, che pure si afferma competente, non ammette il divorzio e, inoltre, la norma di conflitto francese designa la legge italiana? Non v'è ragione di scegliere la legge che *permette* il divorzio, anziché quella che lo *vieta*, quando entrambe si riconoscono competenti⁵⁹¹. Meglio dunque rinunciare a scegliere e riconoscere la situazione giuridica soltanto se è stata creata « conformemente a tutte le leggi che si riconoscono competenti », come dispone l'articolo 25, comma 2, del Progetto Benelux⁵⁹². Si tratta pur sempre di un'*estensione* del riconoscimento delle situazioni giuridiche create all'estero rispetto a quanto previsto dalla norma di conflitto ordinaria. Batiffol afferma dal canto suo parergli effettivamente che il progetto « vada un po' troppo lontano », perché il principio secondo cui il riconoscimento di una situazione giuridica creata da una legge straniera debba farsi soltanto nella misura in cui tale legge è competente in virtù delle norme di conflitto francesi deve essere tenuto per « rigoroso ». Ciò detto, aderisce alla proposta conciliati-

giuridica ». Le spiegazioni fornite da Niboyet nel *Traité* paiono in ogni caso andare in questo senso: il che ci porta al principio del *favor validitatis* (v. *supra*, para. 75).

⁵⁸⁹ Civ., 17 aprile 1953, *Rev. crit.*, 1953, p. 412, dove si parla di « effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français ». Si tratta, come noto, di una decisione che « segna una tappa capitale nell'opera costruttiva della giurisprudenza francese » (ANCEL/LEQUETTE, p. 204).

⁵⁹⁰ Si legge nel resoconto: « La solution de l'article 53, qui est nouvelle, est, selon M. Maury, bonne dans son principe » (*La Codification*, p. 143).

⁵⁹¹ *La Codification*, p. 144.

⁵⁹² Il cui testo era il seguente: « Lorsqu'un rapport juridique est né ou s'est éteint hors des Pays-Bas, de Belgique, de Luxembourg, conformément à la loi applicable suivant le droit international privé des pays que ce rapport juridique concernait essentiellement au moment de sa naissance ou de son extinction, cette naissance et cette extinction sont également reconnues aux Pays-Bas, en Belgique, au Luxembourg même par dérogation à la loi applicable en vertu des dispositions de la présente loi ».

va di Maury, che gli sembra una « felice concessione » all'idea che anima il progetto⁵⁹³. Verso di essa paiono orientarsi anche altri partecipanti alla seduta⁵⁹⁴.

Due gli interventi che s'orientano in una direzione diversa. Il primo è di Jeantet. Se l'obiettivo è di trovare un rimedio pragmatico ad un problema difficile, sembra preferibile, opina, adottare una soluzione che sancisca l'idea della *validità* della situazione giuridica straniera piuttosto che quella dell'*invalidità*. Se si esige, per riconoscere la situazione, l'accordo di tutte le « leggi internazionali competenti », il rischio è che non la si riconosca mai. Perché – chiede – non seguire piuttosto la regola della *validità*, cioè riconoscere che la situazione è in principio valida se lo è sulla base di una legge straniera qualsiasi, purché la legge francese *non* vi contravvenga?⁵⁹⁵ Il secondo intervento è di Francescakis. La « questione – ammonisce – è nuova » e « non si sa cosa possa nascondere ». Meglio formulare il principio sotto forma negativa prevedendo una semplice « disapplicazione » della norma di conflitto francese nei casi in cui « la situazione giuridica è nata fuori Francia in un momento in cui non presentava alcuna connessione con la Francia ». Così facendo, si lascerebbe ai tribunali la possibilità di regolarsi secondo che paia loro più opportuno, cioè « o secondo il principio della concordanza, o secondo altri principi »⁵⁹⁶.

La maggioranza opina che sia più giudizioso non prendere posizione al riguardo ed affidare al libero corso della giurisprudenza l'evoluzione delle idee correnti⁵⁹⁷. Nel caso in

⁵⁹³ *La Codification*, p. 145.

⁵⁹⁴ V. l'intervento di MEZGER, *La Codification*, p. 146.

⁵⁹⁵ JEANTET, *La Codification*, p. 145: « Il me semblerait préférable de prendre une solution qui consacre l'idée de la validité de la situation juridique qui s'est créée à l'étranger plutôt que son invalidité. Si l'on exige la conjonction de toutes les lois internationales compétentes pour reconnaître cette situation, le risque est que l'on ne la reconnaisse jamais ». E poi ancora: « A titre de règle auxiliaire, ne vaut-il pas mieux prendre une règle qui valide? Pourquoi ne pas admettre que, dès l'instant qu'une législation compétente reconnaît la validité de ce rapport, ce rapport sera aussi reconnu en France si la loi française n'y contredit pas? ». Il principio del *favor validitatis* viene dunque proposto *ex professo* quale criterio di soluzione dei conflitti positivi fra due leggi straniere.

⁵⁹⁶ La giurisprudenza *Rivière* – precisa FRANCESCAKIS poco dopo – parla al riguardo di un « diritto acquisito in conformità ai *principi* del diritto internazionale privato francese » e non già alle « *norme* di conflitto francesi », sicché non pare « escludere il riconoscimento di un diritto acquisito all'estero, anche in *difformità* dalla norma di conflitto francese » (*La Codification*, p. 147). E LENOAN gli fa eco: « La formule n'exclut pas, en effet, pour plus tard, une possible évolution ». Nel suo commento alla sentenza *Patiño*, FRANCESCAKIS aveva sostenuto che « sans jouer sur les mots, on peut affirmer que le terme *droit international privé* n'est pas équivalent à *règles de conflit de lois*. Il est plus large que celui-ci, en ce sens qu'il comprend notamment les *principes de conciliation des systèmes de conflit de lois* et en tout état de cause le principe de l'admissibilité du renvoi » (*Jurisprudence française*, p. 77).

⁵⁹⁷ AUDINET: « Quels sont ceux qui sont d'avis de ne rien dire et de laisser la jurisprudence travailler toute seule? Le comité est de cet avis » (*La Codification*, p. 147).

cui si debba legiferare sul punto, il testo di Maury è preferito a quello di Francescakis a 8 voti contro ⁵⁹⁸.

89. Giova attardarsi su tale dibattito. La lettera e lo spirito dell'articolo 53 hanno, nei lavori del *Comité*, subito due restrizioni. L'una e l'altra si sarebbero rivelate capitali per lo svolgimento dell'idea unilaterale nella dottrina francese. La prima è stata discussa e voluta, anche se forse non meditata in tutte le sue conseguenze. La seconda non ha invece, curiosamente, fatto oggetto di vera spiegazione, e sembra si sia inavvertitamente infiltrata nella discussione per il tramite dell'articolo 25 del progetto Benelux.

Convertendo i termini della questione in « gergo » unilateralista, il problema sorge quando la legge francese non è *competente* e v'è una legge straniera (dal suo punto di vista) *competente*, che, sulla base appunto di tale autoproclamata competenza, ha dato vita ad una situazione giuridica. Se questa legge è la *sola* competente, cioè se nessuna altra legge straniera viene a contendergli tale competenza, allora tale legge s'applica anche nel foro, qualunque essa sia, e si riconosce nel foro la situazione giuridica ch'essa ha fatto sorgere. Sia l'articolo 53, sia il testo alternativo di Maury (esplicitamente), sia la proposta di Francescakis (implicitamente) concordano su questo punto⁵⁹⁹.

Veniamo alla *prima* restrizione. Se, accanto alla prima legge competente, ve n'è un'altra che rivendica la competenza, e se v'è incompatibilità fra le due leggi, dunque conflitto *positivo*, la proposta di Maury, e fatta propria dalla maggioranza del *Comité*, è che l'articolo 53 non intervenga. Ci si soffermi sul significato e sulle conseguenze di tale proposta. Se la competenza di questa seconda legge viene affermata in forza dello stesso criterio sulla base del quale si riconosce competente la legge francese, il conflitto positivo è risolto privilegiando il collegamento scelto dalla Francia: ciò comporta, per ipotesi, il *rifiuto del riconoscimento* della situazione che la legge terza ha fatto sorgere. Se le due leggi in conflitto si riconoscono competenti in virtù di un diverso fattore di collegamento, il testo... impedisce *egualmente* il riconoscimento in Francia della situazione giuridica sorta in virtù di una di esse. Insomma: il conflitto positivo fra due leggi straniere finisce per essere risolto sempre privilegiando la legge che *non riconosce* come

⁵⁹⁸ *La Codification*, p. 290-291.

⁵⁹⁹ Sul quale peraltro si registra pure una certa convergenza della dottrina successiva: v. fra gli altri VON OVERBECK, *Cours général, RCADI*, 1982-III, p. 173, DROZ, *Regards*, p. 365, AUDIT, *D.i.p.*, p. 220-221. Occorre rilevare che, perché vi sia concordanza dei sistemi di d.i.p., cui è condizionata l'applicazione della legge che vuole applicarsi, non pare necessario che tutti gli Stati coinvolti adottino lo stesso collegamento, ma pare sufficiente che solo uno di essi dichiari *competente*, nel caso di specie, la propria legge. Le norme di conflitto dei Paesi in questione vengono in considerazione, ai fini di verificare l'esistenza dell'accordo, nella sola porzione *introversa*. La soluzione pare dunque ben spiegabile con la teoria unilaterale. Cfr. il riassunto della proposta di MAURY: « La reconnaissance des situations acquises même contrairement aux règles de conflit françaises devrait se limiter aux cas où elles l'ont été conformément à toutes les lois qui s'affirmaient compétentes » (*La Codification*, p. 143).

valida la situazione giuridica – « legge invalidante » – rispetto a quella conformemente alla quale la situazione giuridica è validamente sorta – « legge validante ». Se questa soluzione si comprende forse ancora quando la legge invalidante è quella competente in virtù dello stesso collegamento prescelto dal foro, si comprende meno quando la legge invalidante è un'altra, quando cioè, agli occhi del foro, le due leggi, validante e invalidante, hanno in principio eguale titolo d'applicazione.

La proposta di Francescakis è invece nel senso che si lasci decidere la giurisprudenza se o meno applicare la regola della concordanza, cioè in sostanza dell'*invalidità*, ovvero altra regola, cioè, per esempio, della *validità*. Vedremo tra breve che, nella sua successiva opera sul rinvio, Francescakis propenderà per questa seconda opzione, la quale, in seno al *Comité*, è stata già, come si è visto, avanzata da Jeantet.

90. Il che porta alla *seconda* restrizione. L'ambito di operatività dell'articolo 53 risulta nelle proposte di Maury (implicitamente) e di Francescakis (esplicitamente) limitato a quelle fattispecie in cui, nel momento della loro costituzione, *tutti* gli elementi erano estranei alla Francia, in cui cioè, rispetto a quest'ultima, si trattava, in quel momento, di una situazione *totalmente straniera*. Il che è però contrario alla lettera ed allo spirito dell'articolo 53, così come concepito da Niboyet ed approvato dalla sottocommissione prima e dalla commissione poi, l'idea-forza essendo che una fattispecie possa considerarsi estranea al foro già dal momento in cui non si realizza nel foro il fattore di collegamento che assicura la competenza della sua legge⁶⁰⁰.

Di questa modifica non si diede in seno al *Comité* alcuna motivazione. Una possibile spiegazione di tale silenziosa ma, ai fini che qui interessano, radicale « riscrittura », è che l'articolo 25 del Progetto Benelux, proposto da Meijers, faceva propria, sembrerebbe, la limitazione in questione⁶⁰¹; che Francescakis, che conosceva bene le proposte di Meijers, s'era già imbattuto in due sentenze rese effettivamente in fattispecie *totalmente estranee* al sistema del foro al momento della loro creazione, ed aveva suggerito, nei commenti ad esse relativi, che di questa totale estraneità si facesse il criterio di disattivazione del sistema di conflitto del foro⁶⁰²; che il relatore Maury, che aveva letto le note di Francescakis, assunse l'art. 25 del Progetto Benelux a modello, anche se

⁶⁰⁰ NIBOYET, *Travaux*, V, p. 541. Cfr. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi*, p. 198, il quale spiega che l'articolo 53 « subordonne son efficacité en France à la seule condition qu'une loi étrangère se reconnaissait à son égard compétente ».

⁶⁰¹ Tale limitazione non è esplicita nell'art. 25 del Progetto Benelux ma si può nondimeno probabilmente intuire nel passaggio « lorsqu'un rapport juridique est né hors des Pays-Bas, de Belgique, de Luxembourg ». In effetti, MEIJERS, *La question du renvoi*, p. 225-226, aveva proposto che « lorsqu'au moment où s'accomplit un fait ou un acte juridique, les règles de conflit de lois de tous les pays pratiquement en compétition déclarent applicable une même loi, cette loi devra alors être également appliquée par tout juge dans tout autre pays quelconque, amené fortuitement par quelque événement ultérieur, à déterminer les effets légaux du susdit fait ou acte ».

⁶⁰² Si tratta delle decisioni *Machet* e *Patiño*: v. *infra*, note 638 e 639.

essenzialmente perché poneva il principio della « concordanza ». In una con tale limitazione, Maury importava, forse non del tutto deliberatamente⁶⁰³, anche la seconda limitazione, consistente nell'esigenza della *totale estraneità*, idea con cui quanto meno alcuni membri del *Comité* avevano verosimilmente già una certa familiarità per il tramite dei commenti di Francescakis⁶⁰⁴.

91. Sia come sia, la disposizione sulla validità delle situazioni giuridiche create conformemente ad una legge straniera non figura nei successivi progetti di codificazione del d.i.p. francese. Una delle ragioni che hanno suggerito tale espunzione pare attenersi alla difficoltà di definire con esattezza proprio quell'assenza di ogni legame con la Francia che non rientrava fra i requisiti prescritti dal progetto originario e che vi era stata un po' fortunosamente sovrapposta dal *Comité français*⁶⁰⁵; un'altra ragione pare essere stata la convinzione che il problema è in definitiva assimilabile a quello del riconoscimento delle *decisioni straniere*⁶⁰⁶: né Niboyet, né, come diremo, Francescakis, hanno inteso circoscrivere l'efficacia della proposta in questione al solo caso di situazioni giuridiche sancite da una sentenza estera. Non pare ad ogni modo potersi scorgere alla radice dello stralcio un'opposizione sostanziale dei redattori dei progetti successivi alla sostanza di essa, ma piuttosto la considerazione che si sarebbero dovute prevedere, accanto alla regola, « sfumature » ed « eccezioni » che mal si prestavano ad essere iscritte in una codificazione⁶⁰⁷.

Si è ad ogni modo dovuto riconoscere che il progetto Niboyet, da questo punto di vista, sarebbe stato ben più liberale del sistema classico, perché avrebbe consentito un « riconoscimento più largo dei diritti »⁶⁰⁸. Il che « attesta dello spirito internazionalista

⁶⁰³ Cfr. l'intervento di MAURY, *La Codification*, p. 147, in risposta a Motulsky: « Je n'ai recommandé la formule de Meijers qu'à titre d'indication ».

⁶⁰⁴ V. ad es. l'intervento di MEZGER, il quale così definisce l'art. 53: « c'est une règle auxiliaire pour valider certaines opérations qui ne seraient pas valables d'après la règle de conflit française mais qu'on veut maintenir parce que, au moment de leur établissement, de leur création, il n'y avait aucune attache avec la France » (corsivo nostro) (*La Codification*, p. 147). Questa fraseologia non è dell'articolo 53 del progetto, né figura nel rapporto di Maury. Essa fu introdotta, a quanto sembra, da FRANCESCAKIS, il quale aveva ragionato sulle « situations acquises en vertu d'une règle étrangère de conflit de lois alors qu'elles ne présentaient aucune attache juridique avec la France » (nota alla sentenza *Patiño*, *Jurisprudence française*, p. 77).

⁶⁰⁵ FOYER, *Le nouvel avant-projet de réforme du Droit international privé français*, *Clunet*, 1971, p. 34, nota 12: « Les rédacteurs ont reculé devant la définition de l'absence de tout lien avec le for ».

⁶⁰⁶ FOYER, *op. cit.*, p. 34: « Les raisons avancées en faveur de l'exclusion de ces différentes questions sont diverses (...) Ainsi, par exemple, la question du respect des droits internationalement acquis a été considérée comme relevant de l'effet des jugements étrangers » (nota 15).

⁶⁰⁷ FOYER, *op. cit.*, *loc. cit.*: « il aurait certainement été possible de prévoir des dispositions de principe, ainsi le respect en France du droit acquis à l'étranger conformément à la règle de conflit étrangère », ma che ciò avrebbe comportato delle « nuances » e degli « assouplissements » i quali « trouveraient mal leur place dans une œuvre législative ».

⁶⁰⁸ FOYER, *op. cit.*, p. 37.

così spesso mal compreso » dello stesso Niboyet, padre di quest'idea, e del suo unilateralismo⁶⁰⁹. La quale idea era comunque destinata, come stiamo per vedere, ad un cauto, graduale accoglimento da parte di certa dottrina francese successiva.

§ V. – L'unilateralismo in materia di efficacia dei diritti: Gérard Vivier

SOMMARIO: – 92. Introduzione. – 93. Dubbi sulla positività della bilateralità pura. – 94. La difficoltà di giustificare teoricamente la bilateralità e la sua maggior praticità. – 95. I vantaggi dell'unilateralità in materia di efficacia dei diritti. – 96. Le due spiegazioni circa gli obiettivi del d.i.p. – 97. La nozione di efficacia dei diritti in Vivier.

92. Per Gérard Vivier, meno logica dell'unilateralità pura, qualunque sia l'obiettivo che le si assegni, la bilateralità, intessuta – com'è positivamente – di elementi unilaterali, si giustifica essenzialmente per le esigenze di comodità pratica cui viene incontro. Ma ciò vale solo per la *creazione* dei diritti in Francia. In materia di *efficacia* di diritti creati all'estero, invece, l'opportunità di abbracciare senz'altro il metodo unilaterale è, sulle orme di Niboyet, affermata con energia. Esporremo dapprima le linee essenziali della meditazione dell'autore (A), per formulare in seguito qualche rilievo critico (B).

A. – Bilateralità ed unilateralità a confronto

93. L'unilateralismo è – secondo Vivier – già ed innanzitutto una *teoria*: cioè un insieme di principi in grado di spiegare una parte importante del diritto positivo francese⁶¹⁰. In effetti, se anche dottrina e giurisprudenza professano la bilateralità delle norme di conflitto francesi esistenti, l'applicazione che ne è fatta nella pratica viene ad attenuare in misura notevole tale bilateralità, e ad approdare a risultati per lo più coincidenti con quelli direttamente preconizzati dall'unilateralismo.

Muovendo dalla constatazione dei due « rami » (*branches*) o porzioni in cui si articola la norma bilaterale⁶¹¹, Vivier osserva infatti che la bilateralità assoluta imporrebbe di riconoscere la stessa « portata » ad entrambe le porzioni, cioè eguale « imperatività »,

⁶⁰⁹ FRANCESCAKIS, *Jurisprudence française*, p. 76, note 2, dove si legge che questa soluzione « témoigne de son [di Niboyet] esprit internationaliste souvent si mal compris ».

⁶¹⁰ Avvocato alla Corte d'Appello di Nancy, e mai entrato nell'accademia, VIVIER ha contribuito al dibattito circa l'alternativa fra unilateralismo e bilateralismo in un solo articolo, denso e penetrante, e presto definito « classico » (GOTHOT, *Le renouveau*, p. 4), dal titolo *Le caractère bilatéral de la règle de conflit*, *Rev. crit.*, 1953, p. 655 s., e 1954, p. 73 s., stimolato dalle discussioni che s'erano venute svolgendo in seno al *Comité français* ed alla Commissione di riforma per il codice civile (cfr. *op. cit.*, 1953, p. 636 e 1954, p. 79).

⁶¹¹ *Op. cit.*, p. 655-656.

« definitività » e « generalità ». Ora, la realtà positiva, almeno quella francese, rivela che, mentre la designazione della legge del foro presenta effettivamente i tre caratteri citati, altrettanto non può dirsi del richiamo alla legge straniera, nel quale essi non si riscontrano se non alquanto imperfettamente e comunque in misura solo parziale. In primo luogo, il giudice ha l'obbligo di applicare d'ufficio la legge francese, se questa è designata dalla norma di conflitto mentre, se designata è una legge straniera, la sua efficacia è subordinata alla richiesta dei litiganti⁶¹². In secondo luogo, mentre la designazione della legge del foro è definitiva, cioè non condizionata alla verifica della norma di conflitto dei sistemi stranieri, la designazione della legge straniera, se si accetta il rinvio, subisce tale condizionamento⁶¹³. In terzo luogo, e sul terreno della generalità della designazione, si tratta essenzialmente – osserva Vivier –, sul versante della legge straniera, del problema dell'*efficacia* in Francia dei diritti creati all'estero. La bilateralità – rileva l'autore – pare qui bensì prevalere in Francia – sotto forma, se si tratta di diritti accertati in una decisione giudiziaria, di « controllo della legge applicata » – ma le incertezze che hanno circondato l'affermarsi di tale controllo lasciano presagire che un giorno potrebbe abbandonarsi⁶¹⁴. E' insomma – conclude Vivier – lo stesso diritto

⁶¹² Solo che ciò si concilia male con l'idea che alla radice dell'applicazione nel foro di una legge straniera vi sia l'esigenza di assicurare al rapporto internazionale un « regolamento confacente » (v., per questa spiegazione, *infra*, para. 96), mentre è più conforme all'idea, che Vivier – sulla falsariga di Niboyet –, considera propria dell'unilateralismo, secondo cui sono piuttosto le parti a dovere provare al giudice che vi è una legge straniera che reclama tale competenza (*op. cit.*, p. 656).

⁶¹³ Vivier osserva che un sistema bilaterale con accettazione del rinvio indietro (o di primo grado) raggiunge in molti casi gli stessi risultati del metodo unilaterale, trattandosi di un conflitto *negativo* risolto con la competenza *sussidiaria* della legge del foro. Per quanto riguarda il conflitto *positivo*, è possibile innanzitutto che il *criterio* di applicazione di una delle due leggi sia talmente « artificiale » (cioè che il *collegamento* sia nella specie così « peu étroit ») che l'ordine pubblico del foro rifiuterebbe di darvi corso. In questo caso, di nuovo, il risultato raggiunto dai due metodi è identico. Al di là di questo caso, è verosimile che il giudice ritenga più logica l'applicazione di quella delle leggi che sarebbe stata designata da una norma bilaterale, facendo il ragionamento dei primi interpreti dell'art. 3 del *Code civil*: si ricade allora in una bilateralizzazione. Possono, si chiede l'A., darsi principi *più razionali* per regolare i conflitti positivi? Vivier purtroppo non entra nel merito della questione, e si accontenta di concludere che, nella maggioranza dei casi, grazie al rinvio, il metodo bilaterale approda ai medesimi esiti del metodo unilaterale (*op. cit.*, p. 672: « Il faudrait pour qu'il en soit autrement qu'on puisse imaginer un procédé plus rationnel pour régler les conflits positifs. Contentons-nous de relever, pour l'instant, que dans la majorité des cas, grâce au renvoi, le système bilatéral rejoint dans ses résultats le système unilatéral »). Resta che il rinvio sembra a Vivier difficilmente conciliabile con l'idea che la designazione di una legge straniera aspiri a fornire un « regolamento confacente » al rapporto internazionale, mentre pare venire naturalmente incontro all'idea secondo cui una norma materiale non si applica al di fuori del campo che le è assegnato dal legislatore che l'ha posta.

⁶¹⁴ Vivier viene al riguardo a svolgere un interessante parallelo con l'ordine pubblico, il quale – ricorda – gioca con maggiore intensità quando si tratta piuttosto di creare un diritto in Francia che non di riconoscere un diritto creato all'estero, il che invita ad estendere questa distinzione anche alla designazione della legge straniera, nel senso di esigere – seppure con le forti attenuazioni di cui si è

positivo e, in materia di efficacia dei diritti, la sua probabile evoluzione, che conduce a dubitare del carattere pienamente bilaterale della norma di conflitto. Resta da vedere perché ciò avvenga. L'autore muove allora ad una prospettiva *de lege ferenda*⁶¹⁵.

94. La scelta tra bilateralità ed unilateralità deve innanzitutto valutarsi sul terreno dell'*obiettivo* della norma di d.i.p. Qual è questo l'obiettivo? L'autore considera ciascuna delle *due* spiegazioni correnti: la prima, più tradizionale, attiene ai rapporti fra gli Stati, la seconda, di elaborazione più recente, attiene ai rapporti fra gli individui.

Se, aderendo alla prima concezione, si conclude che il d.i.p. mira a delimitare le competenze legislative, la norma di conflitto non può ignorare sistematicamente il punto di vista del legislatore straniero circa la delimitazione della propria legge, dunque della propria sfera di sovranità legislativa: « l'incongruità logica è evidente ». Il metodo bilaterale insomma non può giustificarsi entro questa cornice teorica⁶¹⁶. Per legittimarsi, deve allora fornirsi una spiegazione « del tutto diversa » della ragion d'essere del d.i.p.⁶¹⁷ E' del resto la spiegazione verso la quale – constata Vivier – la dottrina più recente ha finito per orientarsi. In base ad essa, più modestamente, il d.i.p. mira a regolare le fattispecie internazionali creando un « diritto speciale » adatto alla loro specificità, che risiede nella loro internazionalità. Solo che tale spiegazione è a ben guardare affetta da una « contraddizione interna »⁶¹⁸. Per quale motivo ci si riferisce, infatti, a tale fine, alle leggi *straniere*? Perché, per esempio, non elaborare direttamente una normativa materiale? Si replica: perché è « più semplice, più logico, più conveniente ». Ma – insiste Vivier – perché? Se è per venire incontro alle esigenze dell'internazionalità del rapporto, viene fatto di pensare che si tratti delle *esigenze del commercio internazionale*. Senonché sono *proprio* tali esigenze che richiedono un « largo riconoscimento internazionale dei diritti ». Il quale riconoscimento impedisce che si abbia a « prorogare » la sfera di efficacia delle leggi straniere al di là dei limiti che fissano gli Stati da cui emanano. Il prescindere dalla « reazione », dal punto di vista, dell'ordinamento straniero

detto: facoltatività e rinvio – il rispetto della bilateralità quando si tratta di *creare* un diritto in Francia, ma di non esigerlo più quando si tratta di *riconoscere* diritti all'estero sorti sulla base di una legge straniera diversa da quella designata dalla norma bilaterale. Se poi si pone mente che l'ordine pubblico, che è per definizione imperativo, cede, almeno in qualche misura (appunto quando si tratta di riconoscere diritti creati all'estero), la designazione bilaterale della norma bilaterale del foro, la quale non è, come si è visto, imperativa, dovrebbe cedere *a fortiori* (*op. cit.*, p. 78).

⁶¹⁵ *Op. cit.*, p. 79 s.

⁶¹⁶ *Op. cit.*, p. 80: « il est certain que, si l'on part de l'idée du conflit de souverainetés, la bilatéralité paraît peu logique », ed ancora, a p. 81: « La bilatéralité conçue de façon absolue, paraît en définitive inconciliable avec l'idée de répartition des compétences ».

⁶¹⁷ *Op. cit.*, p. 81: « La méthode bilatérale, ne se justifie alors, en pure logique, que si l'on reconnaît, avec M. Ago, au droit international privé une toute autre nature » (l'A. ha in mente la teoria del « regolamento speciale »: AGO, *Règles générales*, p. 269 s.).

⁶¹⁸ *Op. cit.*, p. 82: « Mais cette prise de position théorique nous paraît contenir une sorte de contradiction interne ».

circa la sfera di efficacia della propria legge non significa dare al rapporto internazionale il regolamento più « confacente »⁶¹⁹. Il principio dell'applicazione della legge che rivendica la competenza invece, dal punto di vista teorico, si giustifica pienamente perché coerente con il fine così messo in luce⁶²⁰.

Dal punto di vista *pratico*, però, ammette Vivier, l'unilateralità incontra serie difficoltà quando due leggi straniere rivendicano per sé la competenza. Mentre la bilateralità fornisce una soluzione precisa e chiara di tale conflitto, l'unilateralità minaccia di lasciare il giudice nell'incertezza. La tendenza naturale di questi è di estendersi il criterio d'applicazione della legge del foro. Vi è – riconosce l'autore – chi ha cercato di « sistematizzare » le soluzioni da dare ai conflitti positivi, attraverso un'applicazione « cumulativa » dei criteri di collegamento⁶²¹. Metodo certo seducente ma dall'incerta praticabilità, perché impone al giudice un'analisi, anche di d.i.p. comparato, che pare troppo laboriosa. La bilateralità ha insomma il pregio della *semplicità*. « Scardinata sul piano *teorico*, la bilateralità – seppur ridotta nel modo che si è visto – presenta vantaggi sul piano *pratico* ». Ed è per questo, secondo Vivier, che permane quale modello di riferimento⁶²².

95. Anche se – s'affretta a precisare Vivier – ciò vale, e si giustifica, soltanto nei limiti in cui si tratta di *creare* dei diritti in Francia. Qualora le parti intendano esercitare un diritto nato all'estero, invece, gli inconvenienti della bilateralità si fanno sentire in tutta la loro acuità. Se i soggetti coinvolti hanno creato un diritto all'estero conformemente all'ordinamento straniero, la bilateralità condurrebbe, in un grande numero di casi, a negarne l'efficacia in Francia. Già discutibile *de lege lata*, l'estensione della bilateralità a tali ipotesi lo è maggiore ragione *de lege ferenda*: il *clima di insicurezza* che verrebbe a crearsi non favorirebbe il commercio internazionale⁶²³.

Il riconoscimento in Francia di diritti nati all'estero sarebbe al contrario più largo qualora si adottasse il metodo unilaterale⁶²⁴. *Quid*, in questi casi, dell'incertezza derivante dai conflitti *positivi*? Se il rimprovero essenziale rivolto all'unilateralismo – e che Vivier

⁶¹⁹ *Op. cit., loc. cit.*: « Ce n'est pas donner aux rapports présentant des éléments internationaux le règlement le plus convenable que de faire abstraction des réactions du milieu juridique étranger, ce qui ne veut pas dire d'ailleurs qu'il convienne de voir dans le conflit de lois un conflit de souverainetés ».

⁶²⁰ *Op. cit.*, p. 83: « Le mieux serait alors d'appliquer la loi qui revendique la compétence. La règle unilatérale se justifie donc parfaitement, du point de vue théorique ».

⁶²¹ Si tratta di SOHN, *New Bases*, delle cui proposte Vivier dà un resoconto (*op. cit.*, p. 86-87).

⁶²² *Op. cit.*, p. 79: « Ebranlée sur le plan théorique la méthode bilatérale reprend alors l'avantage sur le plan pratique ».

⁶²³ *Op. cit.*, p. 88: « On peut donc se demander si le climat d'insécurité juridique auquel conduit cette solution est favorable au commerce international ».

⁶²⁴ *Op. cit.*, p. 89: « La reconnaissance en France des droits nés à l'étranger serait au contraire plus large dans un système unilatéral ».

ritiene, lo si è visto, non senza fondamento – è che la sua messa in opera è troppo incerta ed aleatoria, tale rimprovero – per l'autore – perde la sua forza sul terreno dell'*efficacia* dei diritti. Il rapporto giuridico di cui il giudice francese ha a conoscere è *già nato sulla base di una legge per lo più perfettamente individuata*⁶²⁵. Se il diritto in questione risulta da una decisione resa all'estero, gli è che una legge straniera è già stata applicata giudizialmente, e il metodo unilaterale, che conduce al semplice riconoscimento di tale diritto, può allora ammettersi senza difficoltà. Se invece il diritto in questione non risulta da alcuna decisione, l'individuazione della « legge applicata » potrebbe essere meno immediata ma il conflitto positivo rimane poco verosimile. Come che sia, il metodo unilaterale costituirebbe in definitiva in questo campo – conclude Vivier – « un progresso nella collaborazione internazionale ».

B. – Alcuni rilievi critici

96. Né gli unilateralisti tedeschi né Niboyet avevano avvertito la necessità di sdoppiare i due piani, interstatale ed interindividuale. Vivier è dunque il primo autore ad avere esaminato l'alternativa fra unilateralità e bilateralità alla luce delle due spiegazioni correnti – una tradizionale ed in declino, almeno in Europa, specie sotto l'impulso della dottrina italiana, in particolare di Roberto Ago⁶²⁶, l'altra ancora relativamente nuova ed in progressione – circa il compito immediato e diretto del d.i.p.: la tesi che gli assegna la funzione « ripartitrice delle competenze (legislative) » (*fonction répartitrice des compétences*) e quella – spesso detta « regolatrice » – che lo incarica di apprestare un regolamento « soddisfacente », « confacente », « appropriato » al rapporto internazionale dal punto di vista degli interessi *privati* (*fonction régulatrice des intérêts privés*)⁶²⁷.

Dal punto di vista *logico* – e si rilevi che si tratta qui della « logica del *telos* », la logica del fine, cioè la logica coerenza della struttura della norma con l'obiettivo cui è preordinata – se il d.i.p. ha per missione di compiere il riparto fra le competenze legislative degli Stati, la bilateralità perde fondamento. Quest'affermazione netta di Vivier – che del resto, come si è visto, rispondeva già ad un'impressione velata di Batiffol – pare per lo più condivisa dalla dottrina francese moderna. Per la quale la bilateralità, per continuare a fornire il paradigma di spiegazione scientifica del d.i.p., ha in effetti dovuto andare oltre la visione « ripartitrice » e cercare altrove il suo *ubi consistam*, cioè nella

⁶²⁵ *Op. cit., loc. cit.*: « Le juge français risque beaucoup moins de se trouver en présence d'un conflit positif difficile à résoudre. La situation juridique dont il connaît est déjà née, et cela, selon une loi parfaitement individualisée ».

⁶²⁶ AGO, *Règles générales*, p. 243 s.: la convizione dell'esclusività dell'ordinamento giuridico, e della conseguente vocazione universale delle sue norme, hanno, come noto, condotto l'illustre internazionalista a negare la possibilità che la norma di d.i.p. abbia per compito il riparto delle competenze legislative fra gli Stati.

⁶²⁷ MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 164 s.; AUDIT, *D.i.p.*, p. 84.

« visione regolatrice »⁶²⁸. Solo che per Vivier la struttura *bilaterale* della norma di conflitto non è (teleo)logicamente conciliabile *neppure* con questa nuova missione assegnata al d.i.p.: il modo più « soddisfacente » per regolare un rapporto *internazionale* pare quello di garantirne la *stabilità* – appunto – attraverso le frontiere, procurando che esso venga regolato in modo uniforme e senza contraddizioni. Al che può arriversi soltanto se il foro sia disposto a rispettare e dare efficacia presso di sé, laddove possibile, alla sfera d'applicazione che gli altri Stati attribuiscono alle loro leggi.

La ragione della sopravvivenza della bilateralità risiede semplicemente nella maggior praticità, cioè, per l'autore, *semplicità*, di questa, ciò su cui aveva insistito – si ricordi – anche Batiffol. Si noti ancora che l'atteggiamento di Vivier pare qui oscillante: in un primo momento, egli sembra riconoscere che quello dei conflitti positivi e negativi in cui s'imbatte l'unilateralismo, è problema « per quanto difficile, non (...) insormontabile, e che si sono proposti strumenti per risolverlo in *condizioni soddisfacenti* »⁶²⁹; in un secondo tempo, dichiara di non intendere entrare nel merito di tali proposte⁶³⁰; in un terzo, esprime il suo dubbio circa la realizzabilità, per il giudice, di esse⁶³¹.

97. Ma se è la semplicità di messa in opera che ne spiega il permanere, la bilateralità deve accantonarsi quando il beneficio della semplicità non si dà più. E' quanto si riscontra sul terreno dell'*efficacia* dei diritti. L'unilateralismo qui, secondo Vivier, presenta il vantaggio di un più diretto coordinamento fra i sistemi di d.i.p., e dunque di una più grande agevolazione del commercio internazionale, mentre non si espone agli inconvenienti rimproveratigli sul terreno della creazione, perché il giudice non deve, di sua iniziativa, ricercare, fra le leggi straniere, quella che vuole applicarsi: tale legge s'affaccia per lo più alla sua attenzione già individuata, dal momento che si è in qualche modo *già applicata*. Nelle ipotesi in cui un diritto è sorto all'estero conformemente ad una legge straniera, non importa quale, non paiono esservi ragioni per *non* riconoscerlo nel foro, quanto meno se la legge del foro non è competente. La spiegazione di Vivier allude qui ad una sorta di *interests analysis*⁶³²: se la norma di conflitto designa la legge del foro,

⁶²⁸ MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 177: « De fait, la justification positive du bilatéralisme demeurait malaisée tant que la règle de conflit était conçue comme délimitant les compétences législatives dans l'espace. La méthode conflictuelle ne pouvait par conséquent trouver ses assises propres qu'une fois cette conception abandonnée ».

⁶²⁹ « C'est la principale difficulté du système. Elle n'est pas insurmontable et on a d'ailleurs proposé différents moyens pour résoudre ce conflit dans des conditions satisfaisantes » (*op. cit.*, p. 656).

⁶³⁰ *Op. cit.*, p. 672.

⁶³¹ « Le système est évidemment séduisant mais sa praticabilité est douteuse. Peut-on véritablement demander au juge de se livrer à pareilles recherches? » (*op. cit.*, p. 86). D'altra parte, sembra di potere dire che la maggiore comodità della bilateralità non può rappresentare una ragione bastante per giustificare se non in quanto gli argomenti pro e contro di essa in punto a « migliore amministrazione della giustizia » abbiano suppergiù lo stesso peso. Cfr. MEIJERS, *La question du renvoi*, p. 221.

⁶³² *Op. cit.*, p. 83: « L'intérêt de la règle de conflit à régir les situations privées internationales n'a plus la même intensité que lorsqu'une relation tombe sous le coup de la compétence interne, en dépit des

l'interesse socio-economico del foro all'applicazione di quest'ultima è indubbio, ch  evidentemente risponde ai « bisogni economici e sociali » di ogni Stato; ma nel caso in cui la legge del foro non reclaims applicazione,   perch  tali bisogni economici e sociali non sussistono, e il giudice dovrebbe limitarsi a scegliere la legge pi  « conveniente » dal punto di vista del traffico giuridico internazionale, cio  quella legge che rende pi  sicuro e spedito tale traffico, che   appunto quella che rivendica la sua competenza e conformemente alla quale una situazione giuridica   sorta⁶³³.

Quando un diritto possa affermarsi creato all'estero, Vivier non dice perch  con precisione. Senz'altro quando una sentenza straniera l'ha sanzionato; ma anche – lascia intendere – in forza di atti d'autorit  diversi da una sentenza⁶³⁴: viene fatto di pensare – con Niboyet – alla celebrazione di un matrimonio ovvero ad un atto notarile di trasferimento. E' comunque soprattutto riflettendo sul riconoscimento dei diritti quali dichiarati e « consacrati » da una decisione giudiziaria straniera che Vivier intuisce elementi di positivit  dell'unilateralismo e, con molta lucidit , ne profetizza, in una con la rimozione del *controllo della legge applicata* dal giudice straniero – cio  della verifica che la legge in base alla quale il diritto   stato dichiarato esistente   *bel et bien* quella designata dalla norma di conflitto bilaterale del foro –, una progressiva estensione futura.

Conclusivamente, la riflessione di Vivier pare pregevole in quanto consolida il fondamento teorico e teleologico dell'unilateralismo quale proposto da Niboyet e si dispone alla verifica della sua positivit , senza perch  – e qui se ne tocca il limite – andare oltre nella precisazione di ci  in cui, sulla falsariga anche qui di Niboyet, egli vede i rispettivi ambiti di dominio del bilateralismo e dell'unilateralismo: creazione dei diritti ed efficacia degli stessi.

 l ments d'extran it  qu'elle peut comporter. L'application de la loi du for est au contraire en liaison avec les besoins sociaux et économiques de chaque Etat, alors que ces mêmes besoins ne sont plus en cause lorsqu'est appliquée la loi étrangère que désigne la règle de conflit en cas d'incompétence de la loi interne » (frase pure citata da MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 167, e la cui verità   data per «  vidente »). E' qui alquanto visibile l'influenza di SOHN, *New Bases* (v. *infra*, para. 142). L'interesse del foro all'applicazione della propria legge, al fine di soddisfare quei bisogni economico-sociali che l'hanno ispirata, sar  oggetto di grande attenzione da parte dell'unilateralismo americano.

⁶³³ *Op. cit.*, p. 83.

⁶³⁴ Cfr. *op. cit.*, p. 89: « Lorsque la situation n e   l'étranger ne résulte pas d'une décision judiciaire, le système de conflit d'o  résulte la compétence peut n'apparaître que plus difficilement ».

§ VI. – Le proposte di Phocion Francescakis e Horatia Muir Watt in materia di situazioni giuridiche acquisite all'estero

SOMMARIO: – 98. La restrizione « spaziale » apportata da Francescakis all'unilateralità: la totale estraneità al foro. Sue proposte di soluzione dei conflitti positivi: *favor validitatis* e *prior in tempore*. – 99. Le due ragioni della restrizione. La protezione della « sfera degli interessi » del foro. – 100. Dubbi sull'attualità della fondatezza di tali ragioni. – 101. (segue): Dubbi sull'utilità della prevedibilità per spiegare tale restrizione. – 102. Conclusioni sull'unilateralismo di Francescakis. – 103. L'abbandono da parte di Muir Watt della restrizione « spaziale » e la sua sostituzione con il rispetto delle previsioni delle parti. – 104. Conflitti positivi in cui è coinvolto il foro. Dubbi sull'opportunità dell'applicazione automatica della *lex fori*. – 105. La giustificazione di tale abbandono: la salvaguardia della stabilità dei rapporti internazionali. – 106. Proposte di Francescakis e Muir Watt a confronto: « applicazione autoritativa » ed « effettività ».

98. La tesi di Niboyet – e cui, come si è visto, essenzialmente s'allineò Vivier rafforzandone il caposaldo teorico – circa l'opportunità di abbracciare l'unilateralismo in materia di efficacia delle situazioni giuridiche create conformemente ad una legge straniera, e l'articolo 53 del progetto che tale tesi incarna, sono stati autorevolmente ritenuti « corrispondere alle esigenze del commercio internazionale »⁶³⁵ da Francescakis. Il quale vi si è infatti imbattuto nel corso della sua meditazione sul rinvio, e vi ha sostanzialmente aderito, pur apportandovi un'importante restrizione, cui si è già accennato⁶³⁶: mentre per Niboyet, nel caso d'incompetenza della legge francese, ogni situazione giuridica, creata conformemente ad una legge straniera qualsiasi che voleva applicarsi, è riconosciuta in Francia sulla semplice constatazione di questa volontà – o, per dirla con Francescakis, del *fait accompli*, del « fatto internazionale »⁶³⁷ della creazione di tale diritto, frutto di tale volontà –, Francescakis propone di esigere, più rigorosamente, che, ai fini del riconoscimento in Francia, la fattispecie *non presentasse, nel momento della creazione della situazione giuridica, alcun contatto con la Francia*⁶³⁸. E' appena il caso

⁶³⁵ *La théorie du renvoi*, p. 198 e 203 (« la thèse de Niboyet sur la reconnaissance préférentielle des situations effectivement acquises selon un système étranger paraît, en l'état actuel de la doctrine, correspondre aux besoins du commerce international »).

⁶³⁶ Cfr. GOTHOT, *Le renouveau*, p. 429: « Sur ce point, M. Francescakis a, de son aveu même, voulu reprendre les idées de Niboyet, telles qu'elles avaient été exprimées, notamment dans l'avant-projet de la Commission de réforme du Code civil ».

⁶³⁷ *La théorie du renvoi*, p. 201 e 203.

⁶³⁸ *Op. cit.*, p. 200. Già nel suo commento alla sentenza *Patiño* della Corte d'Appello di Parigi del 7 luglio 1954 (in *Rev. crit.*, 1954, p. 552 s. e *Jurisprudence française*, p. 56 s.; v. ANCEL/LEQUETTE, p. 187-188), Francescakis non si nascondeva le difficoltà di stabilire quali contatti siano sufficienti per attivare l'applicazione della norma di conflitto del foro (*Jurisprudence française*, p. 77, in nota), scorgendo nella proposta di BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, 1^a ed., Milano,

di rilevare che, nonostante Francescakis parli di *disapplicazione*, in questi casi, della norma di conflitto del foro, ciò che egli propone di « disapplicare » è la sola porzione « estroversa ». La porzione « introversa » viene tenuta ferma. Il Maestro greco è limpido sul punto, sin dalle sue prime meditazioni: « come quella di Niboyet... la nostra tesi interviene per mettere da parte la norma di conflitto del foro *soltanto* quando quest'ultima rende competente un diritto *straniero* »⁶³⁹. Pare dunque anche qui opportuno parlare, anziché di disapplicazione della norma di conflitto, di una sua « debilateralizzazione »⁶⁴⁰. La quale debilateralizzazione conduce il nostro autore a trattare del conflitto *positivo* fra leggi straniere di cui essa appunto rivela al foro l'esistenza⁶⁴¹. Quali le proposte di

1946, consistente nel ritenere adeguato quel legame che avrebbe garantito, già al tempo della costituzione del rapporto, la competenza delle autorità del foro, una « direzione da seguire » (cfr. anche ANCEL/LEQUETTE, p. 187).

⁶³⁹ FRANCESCAKIS, nota alla sentenza *Machet c. Revelu* della Corte d'Appello di Rabat del 24 ottobre 1950, *Rev. crit.*, 1952, p. 89 s., e in *Jurisprudence française*, p. 41 s., p. 47, dove, riguardo alla teoria che egli farà sostanzialmente propria – i cui spunti rinvenne in Meijers, Wengler, Sohn e Ballardore Pallieri – scriveva: « Comme celle de Niboyet, elle sauvegarderait également l'application de la loi interne », e poi ancora: « Notre thèse n'aurait donc à intervenir pour écarter la règle de conflit du for que lorsque celle-ci rend compétent un droit étranger » (corsivo nostro). Cfr. ANCEL/LEQUETTE, p. 188.

⁶⁴⁰ Il termine è di TILQUIN, *L'incorporation comme facteur de rattachement de la lex societatis*, *Rev. pratique des sociétés*, 1998, p. 52. Si potrebbe altresì parlare di « unilateralizzazione ».

⁶⁴¹ E' soltanto « amputando » (per questa terminologia, seppure con riguardo al rinvio, BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, p. 317) la norma bilaterale della sua porzione estroversa che è possibile, per il foro, scorgere tale conflitto positivo e provare a risolverlo. La bilateralità, qualsiasi concezione s'adotti di essa – e poiché il rinvio si limita a considerare il conflitto negativo – esclude dal campo d'osservazione e dunque d'indagine i conflitti positivi: v. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi*, p. 61, il quale cita sul punto LEWALD, *La théorie du renvoi*, *RCADI*, 1925-IV, t. 9: « Le conflit positif, de par sa nature même, est insoluble. Il ne peut être supprimé que par l'unification des règles de conflit »; v. più recentemente JACQUET, *La fonction supranationale de la règle de conflit*, p. 238: « (...) le mécanisme du renvoi ne permet pas de résoudre les conflits positifs incluant la *lex fori* puisque cette hypothèse est située en dehors de son champ de perception ». Francescakis parla, come noto, di conflitto di *sistemi* (di conflitto), il quale sarebbe, secondo l'A., *positivo*, quando ciascuno di essi attribuisce la competenza alle proprie norme materiali, *negativo* quando ciascuno di essi attribuisce la competenza alle norme materiali dell'altro. Giova soffermarvisi brevemente per far risaltare, da un lato, che la denominazione « conflitto *positivo* o *negativo* di sistemi », pur fortunata (v. recentemente BARNICH, *Les actes juridiques*, passim) pare peccare di una certa incoerenza logica, sicché pare più corretto e chiarificante parlare semplicemente di conflitto *positivo* o *negativo* di *leggi* (o meglio ancora di norme); dall'altro che gli attributi *positivo* e *negativo* meglio si spieghino, e si giustificano, in una concezione unilaterale della norma di conflitto. 1) Ciò che produce il conflitto *positivo* è, sembrerebbe, la comune e concorrente *volontà*, e il conflitto *negativo*, sembrerebbe, la comune e concorrente *assenza di volontà*, d'applicazione di una o più (serie o insiemi o « sistemi » di) norme. Se è così, è chiaro che, nelle fattispecie riguardo alle quali la questione si pone (cioè nelle fattispecie sottoposte al giudice francese: è questa « hypothèse contentieuse » entro cui, seppure un po' a malincuore e come trascinatovi dalla tradizione, si muove l'illustre autore: *op. cit.*, p. 117-118, nota 2), le norme di conflitto francesi (o il *sistema* di conflitto francese) si *applicano* comunque (vogliono *positivamente* applicarsi), anche, cioè, laddove dichiarano inapplicabile la legge francese,

ed applicabile la legge straniera (qualunque sia il significato da attribuire al termine « legge »). Né si dica che ciò che forma oggetto di discussione è proprio la possibilità che, almeno in certi casi, le norme di conflitto francesi *non* si applichino. Non lo si dica, primo, perché ciò significa che ci si è spostati dal piano dell'*accertamento* dell'esistenza e della natura (appunto: *positiva* o *negativa*) del conflitto, a quello della *soluzione* di esso; secondo, e soprattutto, perché, se una norma di conflitto francese viene « disapplicata », è sempre in virtù dell'applicabilità di un'altra norma essa pure appartenente al sistema di conflitto francese, quale ad es. l'art. 53 del progetto di codificazione francese. Da ciò risulta che il sistema di conflitto francese non può mai essere partecipe di un conflitto *negativo*, perché sempre (se, s'intende, è stata adita un'autorità francese) *vuole* applicarsi e mai *ricusa* di farlo. E tanto basta per escludere la correttezza dell'attributo « negativo ». Ma v'è di più. Per quanto riguarda le norme del sistema straniero in conflitto, delle due l'una: o si dice che, poiché (e fintantoché) la questione non viene portata innanzi ai giudici del relativo Stato straniero, le norme di conflitto di quello Stato *non* sono applicabili, perché manca una condizione essenziale per la loro applicabilità, appunto che sia stata effettivamente proposta innanzi ai giudici stranieri una domanda giudiziale, ed allora tale Stato *non* può ragionevolmente dirsi partecipe di un conflitto *positivo*: ed allora non v'è proprio alcun *conflitto* (di qualunque natura sia) fra il sistema francese del foro ed il sistema straniero, perché soltanto il sistema francese del foro vuole applicarsi. O si dice che è sufficiente, per l'*applicabilità* del sistema di conflitto straniero, ch'esso *possa* essere chiamato ad applicarsi, il che ha luogo quando sussiste la giurisdizione delle autorità straniere, ed allora, supponendo appunto che giurisdizione vi sia, il sistema di conflitto straniero s'applica *sempre*, ed il conflitto fra il sistema francese del foro ed il sistema straniero è sempre *positivo*. In conclusione, *se per conflitto « negativo » s'intende la comune assenza di volontà d'applicazione, non v'è mai conflitto negativo di sistemi di d.i.p.* 2) Gli attributi « positivo » e « negativo » acquistano invece maggior chiarezza se riferiti all'applicabilità di due (serie di) norme *materiali* appartenenti a due Stati diversi (ed infatti è in questa accezione che Francescakis li intende: v. nota alla sentenza *Patiño, Jurisprudence française*, p. 76, dove parla del « conflit de deux ou plusieurs systèmes qui veulent, selon la terminologie de Niboyet, s'appliquer » – il corsivo è dell'A. – dove è chiaro che questa volontà è riferita alle *leggi*, nella specie boliviana e newyorchese, che effettivamente volevano applicarsi). Precisiamo: solo se si muove da una concezione unilaterale della norma di conflitto. Infatti, se si abbraccia la concezione bilaterale, secondo cui la norma di conflitto può richiamare, cioè dichiarare o rendere *applicabili*, sia le norme *interne* sia le norme *straniere*, il conflitto è, anche qui, sempre *positivo*: le norme materiali di A *vogliono* applicarsi, non importa che siano rese applicabili dalle norme di conflitto di A o di B, perché sia le une che le altre hanno la capacità ed anzi propriamente l'ufficio di rendere *applicabili* le norme materiali interne di uno Stato; le norme materiali di B *vogliono* applicarsi, non importa, per la medesima ragione, che siano rese applicabili dalla norme di conflitto di B o di A. Entrambe le (serie di) norme materiali, di A e di B, sono assortite da un « ordine » imperativo perfettamente legittimo che le rende applicabili, che ne esprime la « volontà d'applicazione ». Non v'è dunque mai *assenza* di norme *applicabili*, cioè assenza di norme che *vogliono* applicarsi: o v'è solo una norma o serie di norme che vuole applicarsi, ed allora non si dà conflitto alcuno, o ve ne è più d'una, ed allora si dà conflitto *positivo*. Né si dica che il rinvio indietro mostra proprio che lo Stato A che rinvia alla legge di B non intende dichiarare *applicabili* le norme *materiali* di B, perché il rinvio indietro, nella concezione di Francescakis, laddove è ammissibile, è appunto un *mezzo* per risolvere il conflitto, dal quale mezzo dunque, versandosi nel preliminare stadio dell'accertamento dell'esistenza e della natura del conflitto, può e deve prescindere. La distinzione fra conflitto *positivo* e conflitto *negativo* è invece perfettamente legittima, se la concezione della norma di conflitto è *unilaterale*, cioè se si attribuisce ad essa la sola funzione di delimitare la sfera d'applicazione delle norme interne: si ha conflitto *positivo* quando una fattispecie rientra nella sfera d'applicazione di più norme materiali, *negativo* quando non rientra in quella di alcuna. Ciò che

soluzione? Anche qui Francescakis si riscopre vicino a Niboyet. Non è consigliabile risolvere il conflitto privilegiando la legge dello Stato che adotta lo stesso criterio di collegamento del foro, ma è miglior partito propendere in favore della legge che si è « *effettivamente applicata* »⁶⁴². Per Francescakis, infatti, l'opportunità di « considerare su un piede di eguaglianza la *vocazione* delle due leggi straniere rispetto al rapporto in questione »⁶⁴³ invita a ricercare la composizione del conflitto « nel nucleo recondito delle fonti razionali del diritto », dal quale si sprigiona « l'idea dell'*anteriorità dell'effettivo funzionamento* di una di esse »⁶⁴⁴. Il che comporta in sostanza che, fra una legge che, dichiarandosi competente, non ha fatto sorgere alcun diritto, cioè per la quale non si è prodotta alcuna modificazione nel mondo giuridico, ed un'altra legge che, dichiarandosi competente, ha fatto sorgere un diritto, cioè per la quale si è prodotta una tale modificazione, il conflitto deve risolversi a favore di quest'ultima. Se insomma si discute del riconoscimento e della validità, agli occhi della Francia, di una data situazione giuridica creata da una legge straniera, occorre applicare, al conflitto *positivo* fra due leggi straniere che vogliono entrambe imporsi – l'una per invalidare la situazione giuridica, l'altra per validarla – la regola dell'*ut magis valeat quam pereat*⁶⁴⁵, cioè una sorta di *favor validitatis* o *recognitionis*⁶⁴⁶. Che se poi più leggi straniere, dichiarandosi simultaneamente competenti, hanno fatto sorgere alcunché, allora dovrà per Francescakis, dove possibile, ricorrersi alla direttiva – già intuita da Niboyet – secondo cui *prior in tempore potior in iure*⁶⁴⁷.

Se – per riprendere un caso famoso su cui molto meditò il nostro autore⁶⁴⁸ – due soggetti hanno concluso un accordo in materia di stato personale, il quale è considerato valido

rende positivo e negativo un conflitto è sempre e soltanto l'applicazione simultanea delle porzioni *unilaterali* delle due norme di conflitto. L'applicazione simultanea di due norme di conflitto bilaterali, nella loro interezza, cioè nelle loro due porzioni costitutive, non può, laddove la designazione non è coincidente, che provocare un conflitto *positivo*, perché è precisamente la *positiva* missione della norma bilaterale di rendere *positivamente* applicabile una norma.

⁶⁴² *Op. cit.*, p. 202: « le système français devrait, en pareil cas, préférer le système qui s'est effectivement appliqué à celui dont la règle de conflit est identique au sien ».

⁶⁴³ Nota alla sentenza *Patiño*, *Jurisprudence française*, p. 76.

⁶⁴⁴ Nota alla sentenza *Patiño*, *op. cit.*, p. 76-77: « Dès qu'on veut considérer sur un *plan d'égalité* la vocation des deux systèmes étrangers à l'égard de la situation litigieuse, l'idée de l'*anteriorité* de l'opération réelle de l'un d'entre eux s'impose (...). Niboyet l'avait bien vu qui, bien que parti de prémisses différentes, préconisait dans ce cas l'application de la maxime *prior tempore, potior iure*. (...) Car même transposé sur le terrain d'un droit international privé qui n'aurait d'autre souci que la tutelle d'intérêts privés, le conflit de systèmes devrait partir de la constatation d'une *égalité de titre* des droits subjectifs en conflit pour donner la préférence au titre *antérieur* » (corsivo nostro). Cfr. MAKAROV, *Les cas d'application des règles de conflit étrangères*, p. 445.

⁶⁴⁵ *La théorie du renvoi*, p. 154.

⁶⁴⁶ Cfr. *op. cit.*, p. 154-155 e p. 201.

⁶⁴⁷ Nota alla sentenza *Patiño*, *Jurisprudence française*, p. 76-77.

⁶⁴⁸ Si tratta del caso dei coniugi *Patiño*. V. per un esempio simile, recentemente, JACQUET, *La fonction supranationale de la règle de conflit*, p. 240.

dalla legge del domicilio comune degli stipulanti e nullo (per illiceità della causa) dalla legge della loro cittadinanza comune, e se l'una e l'altra legge vogliono applicarsi ad esso, l'accordo, specie se già in tutto od in parte eseguito, deve, secondo Francescakis, dal punto di vista del foro quale Stato terzo (nell'esempio la Francia), ritenersi *valido*, dunque efficace, e ciò anche quando il criterio di collegamento scelto dal foro sia la cittadinanza comune. Trattandosi di conflitto positivo fra due leggi straniere, dovrebbe dunque darsi preponderanza alla legge che lo ritiene *valido e produttivo d'effetti* e mettersi da parte la legge che lo ritiene *invalido e improduttivo d'effetti*, a nulla rilevando che quest'ultima è proprio quella designata dalla norma di conflitto del foro⁶⁴⁹.

E' appena il caso di rilevare – l'esempio lo prova – che, per Francescakis, la « legge che si è effettivamente applicata » non è soltanto quella la cui messa in opera sia stata sancita da una pronuncia *giudiziaria*, di carattere dichiarativo o costitutivo. Il nostro autore rinuncia anzi programmaticamente a ragionare sull'esempio del divorzio – fra i tanti proposti da Niboyet – proprio per l'interferenza dei principi processuali⁶⁵⁰. Per Francescakis, dunque, anche un matrimonio celebrato conformemente ad una legge straniera, benché invalido conformemente alla legge designata dalla norma di conflitto del foro, può essere riconosciuto e considerato *valido*⁶⁵¹. Se è vero dunque che l'autore ebbe per lo più a mente casi di applicazione *autoritativa* della legge, quest'ultima non si limita dunque, nella sua visione, ad un'applicazione *giudiziale*⁶⁵².

Riassumendo, dunque, vi sono, per Francescakis, « due serie » o « due varietà » di fattispecie internazionali: le fattispecie totalmente estranee al foro al momento della loro costituzione, per le quali la legge applicabile viene designata secondo lo schema *unilaterale*, il principio del *favor validitatis* o del *prior in tempore* intervenendo per risolvere un eventuale conflitto, necessariamente *positivo* e fra due o più leggi *straniere*; le fattispecie parzialmente estranee al foro al momento della loro costituzione, per le quali la legge applicabile rimane designata dalla norma di conflitto bilaterale del foro. L'unilateralismo di Francescakis è dunque – come è stato rilevato – soltanto *parziale*⁶⁵³.

99. Viene allora, e naturalmente, fatto d'interessarsi al *fondamento* della restrizione apposta dall'autore al gioco dell'unilateralismo. Perché insomma la debilateralizzazione

⁶⁴⁹ *La théorie du renvoi*, p. 199.

⁶⁵⁰ *Op. cit.*, p. 201.

⁶⁵¹ *Op. cit.*, p. 152.

⁶⁵² Francescakis dichiarò il suo interesse per l'esempio, che considerò « topico », del testamento, formulato esso pure da Niboyet (*op. cit.*, p. 199; *supra*, nota 503): nel conflitto positivo fra legge nazionale del testatore e legge del luogo di redazione del testamento, più liberale, se il testatore non ha osservato la forma prescritta dalla sua legge nazionale, il suo testamento deve aversi nondimeno per valido se considerato tale dalla legge del luogo di compimento, che vuole per ipotesi applicarsi.

⁶⁵³ GOTHOT, *Le renouveau*, p. 426 s.; v. anche ANCEL/LEQUETTE, p. 190, AUDIT, *D.i.p.*, p. 220, JACQUET, *La fonction supranationale de la règle de conflit*, p. 241, BUCHER, *L'attente légitime des parties*, *Festschrift A. Heini*, Zürich, 1995, p. 99.

è legittima soltanto quando, al momento della nascita della situazione giuridica, non v'era alcuna connessione con il foro, e non invece *già* quando – ed in tutti i casi in cui – non si concretizza nel foro il fattore d'integrazione che, agli occhi del foro, giustifica l'intervento della sua legge? Il *Comité français*, come si è visto, non ha realmente fornito ragioni. Francescakis ne tratta, anche se piuttosto fuggevolmente, e ne indica due, di diseguale importanza, le quali attengono entrambe – come egli dichiara – alla *protezione dell'ordinamento giuridico francese*⁶⁵⁴, alla *sfera degli interessi* della Francia⁶⁵⁵, non sufficientemente assicurata, a suo dire, dalla tesi unilaterale di Niboyet e dalla redazione dell'articolo 53⁶⁵⁶. Per scolpire il concetto, Francescakis convoca la teoria tedesca dell'*Inlandsbeziehung* in materia d'ordine pubblico⁶⁵⁷.

La prima ragione è che la formula di Niboyet non pare permettere il riconoscimento di diritti sorti all'estero in forza della legge *francese* quando quest'ultima non dovesse essere designata dalle norme di conflitto *francesi*. Si pensi – esemplifica l'autore – alla successione di un francese domiciliato in Italia: la formula di Niboyet non consentirebbe di riconoscere l'efficacia in Francia dei diritti acquistati dagli eredi in forza della legge francese della cittadinanza, resa applicabile dalla norma di conflitto italiana. Ebbene – osserviamo noi – pare possibile superare questa difficoltà notando che il riconoscimento dei diritti in questione, sorti in forza della legge materiale francese, può ben fondarsi direttamente sulla competenza, seppure *suppletiva*, della legge francese della cittadinanza attivatasi a seguito della rinuncia ad applicarsi della legge italiana del domicilio, competenza che deriva pur sempre, come rilevò in altra sede Francescakis, dal d.i.p. francese, in particolare dal meccanismo del rinvio⁶⁵⁸. Se è vero che il risultato giustamente caro al nostro autore non si raggiunge a mezzo dell'articolo 53, è perché risulta già garantito dall'operare congiunto della porzione introversa della norma di conflitto, che fissa la competenza primaria della legge francese – la quale non è colpita dalla

⁶⁵⁴ *Op. cit.*, p. 200.

⁶⁵⁵ V. nota alla sentenza *Patiño*, *Jurisprudence française*, p. 77, in nota: « (...) la méthode préconisée ici de prise en considération *cumulative* des attaches de chaque situation concrète avec l'ordre juridique du for se traduit, sur le plan des principes, par cette idée que le droit international privé de chaque pays ne se reconnaît pouvoir de se prononcer que sur les situations juridiques *qui ont affecté sa sphère d'intérêts* » (corsivo dell'autore). Questa espressione si ritrova nella sentenza *Banque ottomane* della Corte d'appello di Parigi del 19 marzo 1965, *Rev. crit.*, 1967, p. 85, nota LAGARDE, e *Clunet*, 1966, p. 118, nota GOLDMAN (nella quale si legge in effetti: « le droit international privé de chaque pays n'a pouvoir de se prononcer que sur les situations juridiques qui ont affecté sa sphère d'intérêts »).

⁶⁵⁶ *La théorie du renvoi*, p. 200: « Cette observation met sur le chemin de la découverte du caractère *insuffisant* de la protection de l'ordre juridique français au point du vue du conflit de lois que l'article 53 prévoit » (corsivo dell'A.).

⁶⁵⁷ Nota alla sentenza *Patiño*, *Jurisprudence française*, p. 77, in nota: « cf. la théorie allemande sur l'*Inlandsbeziehung* en matière d'ordre public ».

⁶⁵⁸ *Op. cit.*, *loc. cit.*

debilateralizzazione – e della competenza suppletiva della legge francese, assicurata dal gioco del rinvio.

Ai nostri fini più rilevante, la seconda ragione riposa sull'osservazione che l'unilateralità piena della norma di conflitto non tiene adeguato conto dell'« interesse francese a controllare le situazioni che, quand'anche non siano legate alla Francia per il tramite del contatto promosso a fattore di collegamento, ne presentano nondimeno altri », i quali, per quanto non i più significativi, « non sono nondimeno trascurabili »⁶⁵⁹. Trattandosi, ad esempio, di due stranieri domiciliati in Francia che hanno richiesto ed ottenuto il divorzio nel Paese di cui sono cittadini, è davvero giustificato – chiede Francescakis – che questo divorzio *sia sottratto al controllo delle norme di conflitto francesi anche se gli interessati si trovano, in forza del loro domicilio, effettivamente integrati nella vita giuridica francese?*⁶⁶⁰.

100. Con tale spiegazione si tocca, crediamo, il cuore del problema circa l'alternativa fra unilateralità e bilateralità⁶⁶¹: si tratta niente meno che della giustificazione della porzione *estroversa* della norma classica. Le ragioni fornite al riguardo da Francescakis stimolano due rilievi. Il primo dei quali è che, all'interrogativo da lui posto, il diritto positivo di numerosi Paesi impone, oggi ma per alcuni Paesi anche ieri, di rispondere affermativamente, attesa l'assenza di controllo della legge applicabile in sede di riconoscimento dei

⁶⁵⁹ *La théorie du renvoi*, p. 135: « lorsque le système français soumet de manière générale le statut personnel à la loi nationale cela ne devrait pas signifier qu'il se refuse à accorder toute portée juridique aux autres rattachements qu'une situation concrète, justiciable du statut personnel, présenterait: ainsi et avant tout, au domicile de l'intéressé ou à sa résidence, au lieu de la situation des biens éventuellement en cause, etc. ».

⁶⁶⁰ *Op. cit.*, p. 200: « Que l'on suppose, dans cet ordre d'idées, que des étrangers domiciliés en France soient allés divorcer dans leur pays national. Ce divorce devrait-il échapper au contrôle du système français des conflits de lois alors que les intéressés se trouvent, par leur domicile, effectivement intégrés dans la vie juridique française? ». Riformula MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 160: « Le lien que constitue le domicile, pour ne pas être le plus significatif, n'en est pas pour autant négligeable ». Il rilievo di Francescakis coglie – *ruse de l'histoire* – il fondamento dell'estensione della legge (materiale) francese in materia di divorzio alle coppie di stranieri domiciliati in Francia, operata dalla legge del 1975, il cui obiettivo essenziale fu quello di far beneficiare del divorzio francese tanto i cittadini francesi quanto gli stranieri domiciliati in Francia, essendo anche questi sufficientemente integrati nella « vita giuridica francese » per poterne usufruire (v. FOYER, *Tournant et retour aux sources en droit international privé? J.C.P.*, 1976 I 2762 s., e MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 618; su tale disposizione, v. *infra*, para. 263 s.). Ironia della sorte, abbiám detto, perché tale legge sarebbe stata metodologicamente criticata dal nostro, e con parole di riprovazione da lui solo assai di rado (*Le surprenant article 310 nouveau du Code civil sur le divorce international*, *Rev. crit.*, 1975, p. 553 s.).

⁶⁶¹ Cfr. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 160: « La question est alors de savoir ce qui fonde l'intérêt du for à organiser le règlement du rapport alors même que sa loi interne serait inapplicable » (v. anche p. 613, seppure in materia di riconoscimento di decisioni: « La question essentielle est alors de savoir en quoi l'ordre du for serait atteint par la reconnaissance d'une décision étrangère rendue conformément à une loi non désignée par la règle de conflit française »).

divorzi⁶⁶². Per dirla con Francescakis, la norma di conflitto bilaterale del foro si trova dunque ad essere effettivamente « disapplicata » nonostante gli interessati presentassero – e presentino – con il foro un fattore d'integrazione diverso da quello adottato dalla norma di conflitto del foro.

Il secondo rilievo è legato al, ed è anzi, forse, una spiegazione del, primo. La constatazione di Francescakis secondo cui, accanto al legame eretto a collegamento, vi sono altri contatti forti, e non trascurabili, è senz'altro condivisibile, e di grande momento, ma, a ben guardare, non prescrive necessariamente di trarne le conseguenze da lui derivate. Si potrebbero anzi desumerne di opposte: *proprio* perché il contatto scelto dalla norma di conflitto è in qualche modo *relativo*, non pare esservi, per la Francia, una ragione bastante per privilegiare in maniera sistematica, ad esempio, la legge della cittadinanza comune piuttosto che la legge del domicilio comune, poiché anche quest'ultimo contatto vale ad integrare significativamente la situazione nella « vita giuridica » del Paese in cui si concretizza, che sia la Francia stessa od un Paese straniero. Se così è, si dura fatica a scorgere le ragioni che spingono il foro a riconoscere le situazioni giuridiche sorte soltanto in forza della legge nazionale comune e non anche quelle sorte in forza della legge del domicilio comune. E' – confessiamo – quest'allusione al « controllo », da parte dello Stato francese, della fattispecie ad esso non totalmente estranea, e soprattutto al *mezzo* con cui si pretende esercitare questo controllo, che desta perplessità. Proviamo, ragionando sul concetto di « controllo », a fare un passo indietro.

Per il tramite della norma di conflitto, il foro ha, pur con la riserva dell'ordine pubblico, già rinunciato a « controllare » la fattispecie, che pur presenta un forte contatto con sé, a mezzo delle sue norme *materiali*, cioè ad imporre, ed assicurare, ad essa la sua visione della giustizia *materiale*, per aprirsi verso l'esterno. Ciò ha fatto nell'interesse, diciamo generalmente, di una *migliore giustizia*, qualunque essa sia. La migliore giustizia, qualunque essa sia, è dunque garantita da una prima *rinuncia* al controllo della fattispecie, o meglio, dalla rinuncia ad un *primo* tipo di controllo di essa, quello, diciamo così, materiale, rimanendo peraltro attivo un altro tipo di controllo pure materiale, ma più tenue – controllo di compatibilità e non d'identità –, appunto mediante l'ordine pubblico. Ciò che mette ora conto verificare è se, e perché, non possa dirsi che questa stessa miglior giustizia, qualunque essa sia, esiga che il foro rinunci anche ad un secondo tipo di « controllo », quello di d.i.p., cioè che rinunci ad applicare il criterio di collegamento che ritiene in astratto più forte; specie, si noti, se la rinuncia finisce per avere luogo proprio a favore di quell'altro collegamento, o di uno di quegli altri collegamenti, che erano parsi al foro, per dirla con Francescakis, seppure non i più forti,

⁶⁶² V. ad es., per l'Italia, BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, 2004, p. 4.

pure loro significativi e in ogni caso « non trascurabili »⁶⁶³. Perché non si può accettare – aveva chiesto Niboyet a più riprese ai suoi interlocutori – che, al di là della sfera d'applicazione della legge del foro, la direttiva di favorire la circolazione dei diritti sorti sulla base delle leggi straniere sia, fatto salvo l'ordine pubblico, l'unico criterio cui ispirarsi? Dire, con Francescakis, che il foro avverte l'esigenza di un « controllo », non basta: bisogna spiegare perché, per il foro, questo controllo, a differenza del controllo a mezzo delle sue norme materiali, cui deve, anche nelle fattispecie in questione, rinunciarsi, proprio ai fini di una migliore giustizia, è invece conforme a tale migliore giustizia, o comunque non l'intralcia. Qual è insomma questa migliore giustizia?

Viene fatto di scorgerne uno spiraglio nella spiegazione data da Francescakis circa l'opportunità della debilateralizzazione della norma di conflitto riguardo alle situazioni giuridiche che, nel momento in cui sono sorte, non erano integrate nella « vita giuridica francese ». La norma di conflitto bilaterale, rileva in sostanza Francescakis, restringerebbe deprecabilmente il riconoscimento delle situazioni giuridiche sorte conformemente alle leggi straniere. La sua debilateralizzazione, al contrario, garantirebbe un riconoscimento più ampio e, per questa via, « assicurerebbe una maggiore stabilità dei rapporti internazionali »⁶⁶⁴, essendo in particolare idonea a rimediare alla difficoltà, riscontrata dai soggetti dei rapporti da regolare, « di conformarsi alle esigenze di tutti i sistemi che avranno a conoscere della validità del loro comportamento », e, in questo modo, a venire incontro all'esigenza di « continuità delle relazioni giuridiche interindividuali »⁶⁶⁵. Ragione per la quale, opina Francescakis, ci si può spingere ad affermare che « il fatto che uno solo dei sistemi del mondo consideri legittimo tale loro comportamento assume allora la fisionomia di un *fatto internazionale*, che il sistema del foro è tenuto ad

⁶⁶³ Si noti che ciò non implicherebbe necessariamente il rinunciare a *qualsiasi* controllo, ma soltanto a quel controllo particolarmente *rigoroso* che consista nell'esigere puramente e semplicemente l'*identità* fra le scelte degli Stati stranieri coinvolti nella fattispecie e quelle del foro. Come l'ordine pubblico interviene per impedire l'ingresso di una visione straniera della giustizia *materiale* troppo diversa rispetto a quella fatta propria dal foro, qui potrebbe intervenire per impedire l'ingresso di una visione della giustizia di *d.i.p.*, cioè del *contatto* sufficientemente stretto per fondare l'applicabilità di una legge troppo diversa rispetto a quella del foro, cioè per impedire l'accoglimento di leggi straniere che fondano la propria applicabilità su un legame considerato dal foro come troppo tenue. Già VIVIER, *Le caractère bilatéral*, p. 672, nel caso di conflitto *positivo*, aveva escluso l'applicazione nel foro di quella legge straniera la cui applicabilità si fonda su un contatto troppo « artificiale » o « arbitrario », negando per altro che si sia, in questo caso, in presenza di un « *authentique conflit positif* » (*supra*, nota 613).

⁶⁶⁴ *La théorie du renvoi*, p. 201: « Or, on peut se demander si, dans l'état actuel de son développement, le droit international privé ne trouverait pas profit à consacrer cette solution parce qu'elle assurerait une plus grande stabilité des relations internationales ».

⁶⁶⁵ V. nota alla sentenza *Machet*, *Jurisprudence française*, p. 47, dove Francescakis già menzionava il « *souci de continuité des relations juridiques des parties* ».

accogliere come tale, tanto più che non s'è trovato implicato al tempo della creazione della situazione giuridica »⁶⁶⁶.

Si mediti su quest'ultima frase. Se la Francia s'è trovata bensì « implicata » nella fattispecie al momento della sua costituzione, ma a mezzo di un contatto che ritiene *secondario*, tanto che essa Francia ha rinunciato ad esercitare il controllo tramite le sue norme materiali, rimane da spiegare in nome di quale altro *interesse* è consigliabile smettere di perseguire l'interesse alla *stabilità* dei rapporti internazionali. Già si è visto che, in un sistema che accoglie il rinvio, pare contraddittorio appellarsi all'*eguaglianza*, sia intesa come eguaglianza fra le sfere d'applicazione delle leggi, sia intesa come eguaglianza fra gli interessati. Non solo: come si è lasciato intendere, è lo stesso Francescakis che, forse fra i primi in Europa⁶⁶⁷, ha invitato a prendere atto della « *eguale vocazione* » delle leggi straniere che partecipano ad un conflitto positivo, cioè ad assumere di fronte a tale conflitto un atteggiamento *neutro*, e a rimettersi non già al collegamento scelto dal *foro*, bensì ad un criterio imparziale, attinto, come disse, alle scaturigini razionali del diritto, quello dell'*effettiva applicazione*⁶⁶⁸. E' vero che ciò ha proposto di fare quando la Francia non fosse coinvolta nella fattispecie all'atto della sua costituzione. Ma è lecito chiedersi perché la « *eguale vocazione* » delle leggi straniere rispetto alla fattispecie, dunque l'atteggiamento neutro della Francia, la cui legge non ha per ipotesi vocazione ad applicarsi, rispetto ad esse, dunque la preferenza per il criterio oggettivo ed imparziale dell'*effettiva applicazione*, dunque la preoccupazione di assicurare stabilità al rapporto internazionale, devono cessare qui di essere valori da perseguire. Perché, in questi casi, che si toccano l'ordine francese, ma non tanto che questi voglia applicare la sua legge, e che dunque sono per ipotesi più vivamente integrati nella vita giuridica di altri Paesi, e più blandamente in quella di Francia, dovrebbe la Francia abdicare alla predicata neutralità, rinunciare a perseguire la stabilità delle relazioni internazionali, che costituisce, a dire dell'autore, una delle sue più « importanti missioni » in materia di d.i.p.⁶⁶⁹, e cercare a tutti i costi d'imporre la sua visione del collegamento più forte⁶⁷⁰, una visione di cui Francescakis stesso aveva peraltro additato la congenita

⁶⁶⁶ *La théorie du renvoi*, p. 201.

⁶⁶⁷ Sohn, che Francescakis conosceva bene, lo aveva già fatto in termini chiari: v. *infra*, para. 141 s.

⁶⁶⁸ Nota alla sentenza *Patiño*, *Jurisprudence française*, p. 76: « Bien plus, devant l'opposition entre les systèmes étrangers une attitude neutre du juge français de droit international est d'autant plus souhaitable qu'elle aboutit au respect de celui parmi les systèmes étrangers qui non seulement "voulait" s'appliquer mais a *effectivement opéré* ».

⁶⁶⁹ Nota alla sentenza *Patiño*, *Jurisprudence française* p. 74: « Que le droit international privé de chaque pays doive tenir compte des incidences internationales de son application et que, à moins d'intérêts contraires suffisamment puissants pour l'en écarter, il vise directement l'harmonie des relations internationales, cela devrait être tenu pour une de ses consignes majeures ».

⁶⁷⁰ Ancora nella nota alla sentenza *Patiño*, *Jurisprudence française* p. 76, scriveva appunto di non credere che, tra il principio della cittadinanza e quello del domicilio in materia di statuto personale, « le droit international privé du for soit tenu de projeter hors de sa sphère d'intérêts immédiats sa préférence pour le premier ».

relatività, anzi, per dirla con una dottrina successiva, la fragilità⁶⁷¹? Francescakis è, sul punto, alquanto parco di spiegazioni⁶⁷².

101. Si può pensare, prolungandone il pensiero, che una possibile ragione si rinvenga sul piano della *prevedibilità*. Per giustificare la disapplicazione della norma di conflitto, Francescakis argomenta in effetti, tra l'altro, che le parti *non* potevano, nel momento in cui la fattispecie si è costituita, *prevedere* l'applicazione della norma di conflitto francese⁶⁷³. Se invece la fattispecie era, già all'epoca della sua costituzione, in qualche

⁶⁷¹ MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 615.

⁶⁷² Anche ANCEL, *Le conflit de qualifications*, p. 165 s., si è occupato della questione, nella sua critica a Quadri. Secondo l'illustre A., « que l'intérêt du for dépasse la seule application de ses dispositions internes, c'est une constatation qui s'impose, dès lors qu'avec M. Francescakis [sono citati *La théorie du renvoi*, p. 26 e *Droit naturel et droit international privé*, p. 150] il est rappelé que les relations internationales de droit privé n'ont pas d'existence indépendante, qu'elles se manifestent normalement dans le cadre de la vie interne, qu'elles procèdent de relations internes antérieures et qu'elles doivent s'intégrer à des relations ultérieures ». V'è anche per Ancel un interesse del foro a sorvegliare l'« integrazione armoniosa » della fattispecie nel sistema del foro, sulla sola constatazione « che sono stati aditi i suoi tribunali », dal momento che « la relazione occuperà un posto nella trama della vita giuridica interna », sicché il rapporto dovrà avere « una posizione definitiva, uno statuto, in mancanza del quale provocherebbe una soluzione di continuità, un punto d'arresto »; donde il bisogno per il foro « di organizzare la relazione secondo una sua visione ». Pur suggestiva, questa spiegazione, che, come quella di Francescakis, si noterà, fa leva sulla protezione della saldezza della trama giuridica *interna*, suscita alcune riserve. Da un lato, ai fini che qui interessano, sembra provare troppo: se il giudice del foro, avendo competenza giurisdizionale, è stato chiamato a pronunciarsi, è segno che sempre il rapporto litigioso è destinato ad inserirsi nella trama della « vita giuridica interna » del foro. Ciò dovrebbe condurre a non debilateralizzare mai la norma di conflitto del foro, neppure quando, al momento della sua costituzione, il rapporto non interessava la trama della vita giuridica interna (le ragioni della « debilateralizzazione » in tali fattispecie sembrano invece condivise da ANCEL/LEQUETTE, p. 189 s.). Rimarrebbe inoltre da spiegare perché l'inserimento armonioso della relazione viene assicurato dalla sola applicazione della legge straniera avvinta alla fattispecie da quello stesso collegamento scelto dalla Francia, e non già anche dall'applicazione di un'altra legge straniera, collegata con la fattispecie a mezzo di un altro contatto, forte anche nella visione francese, legge che in ipotesi può pure essere *materialmente* più simile a quella francese, dunque, per esprimerci con il linguaggio dell'A., di « assimilazione » (*op. cit.*, p. 166) più agevole nella trama della vita giuridica del foro. Sembra, d'altra parte, piuttosto, appunto il « règlement substantiel » apprestato dalla legge straniera applicata, che non il suo criterio di *collegamento*, che può provocare la paventata disarmonia e soluzione di continuità (cfr. la seguente frase dell'A.: « Cette soumission aux rattachements étrangers... exposerait l'ordre du for, qui y consentirait, à prêter la main à un règlement substantiel par trop hétérogène pour s'insérer dans l'enchaînement des relations internes autrement que comme un accident dans le cours de son histoire »). Per rimediare all'una ed all'altra non pare allora né necessario, né bastare, ricorrere al collegamento del foro, ma piuttosto all'ordine pubblico. Verrebbe inoltre fatto di chiedersi perché, se si accetta il rinvio oltre, ma anche, a ben guardare, il semplice rinvio indietro, la « soumission aux rattachements étrangers », che tale accettazione comporta, garantisca (o comune non osti a) il ricercato inserimento armonioso nella trama giuridica interna.

⁶⁷³ *La théorie du renvoi*, p. 189; v. ANCEL/LEQUETTE, p. 187, i quali così riassumono il pensiero dell'A.: « Employer le système de conflit du for c'était donc, en l'espèce, user de règles auxquelles

misura collegata con la Francia, la possibilità di prevedere l'intervento della norma di conflitto francese sussisteva, e dunque la sua disapplicazione non si giustifica più.

Ora, se la prevedibilità *in astratto* dell'applicazione della norma di conflitto francese certo si dà in questi casi, viene fatto però di rilevare, innanzitutto, che la *concreta previsione* dell'applicazione della norma di conflitto francese è tanto più fondata e naturale quanto più forte è il contatto con la Francia, mentre lo è tanto meno quanto più debole è il contatto con essa. Nell'ipotesi in cui versiamo, la Francia non intende applicare la sua legge, quindi il contatto non è – almeno dal suo punto di vista – *il più forte*, e può pure essere oggettivamente *tenue*. Se dunque, come rileva Francescakis, « le parti hanno difficoltà a conformarsi alle esigenze di tutti i sistemi di conflitto », è ragionevole che queste *prevedano* (e facciano assegnamento su), innanzitutto, l'applicazione dei sistemi di conflitto degli Stati che si considerano *più vicini* alla fattispecie, tanto vicini che *vogliono* applicare la propria legge, e soltanto in seconda battuta quella dei sistemi di conflitto degli Stati che si considerano *meno vicini*, tanto poco vicini che *non* vogliono applicare la loro legge. Soprattutto, nel caso di vera e propria *impossibilità* di soddisfare le esigenze di tutti, nel caso quindi che le parti debbano rinunciare a soddisfare le esigenze di qualcuno di essi, sembra ragionevole, di nuovo, consentire loro di prevedere (e fare assegnamento su) l'applicazione della norma di conflitto degli Stati più vicini, il metro di tale vicinanza essendo anche qui la volontà d'applicazione della loro legge, ed accettare dunque che rinuncino a rispettare la norma di conflitto degli Stati meno vicini, quelli che non vogliono applicare la loro legge (fra cui, per ipotesi, la Francia). Ora, se una situazione giuridica nasce in queste condizioni, cioè conformemente ad una legge che voleva applicarsi (e che sia obiettivamente prossima) alla fattispecie, deve la Francia – che figura per ipotesi fra degli Stati meno vicini – fare intervenire egualmente la porzione bilaterale della propria norma di conflitto, e rifiutarsi eventualmente di riconoscere tale situazione giuridica?

102. Confessiamo l'invincibile impressione, leggendo oggi le pagine di Francescakis, ch'egli abbia inteso soprattutto contenere la portata di un'idea già comunque, anche se circoscritta nei limiti in cui s'è detto, altamente rivoluzionaria⁶⁷⁴. Il fuoco della sua

les parties n'avaient pu se fier »; v. anche BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, p. 310-311 e, più recentemente, AUDIT, *D.i.p.*, p. 220, e JACQUET, *La fonction supranationale de la règle de conflit*, p. 240.

⁶⁷⁴ V. nota alla sentenza *Machet*, *Jurisprudence française*, p. 45: « Cette position est, si l'on nous permet le mot, révolutionnaire »; l'« atteinte à l'orthodoxie » (in una prospettiva storica), è sottolineata da ANCEL/LEQUETTE, p. 187; di « démarche d'extrême gravité » parlò BATIFFOL, *Le respect international des droits acquis*, *Cours I.H.E.I.*, 1968-1969, p. 22. D'altra parte, il linguaggio impiegato da Francescakis è, nei momenti decisivi dell'argomentazione, assai sfumato: la soluzione, che abbiamo definito « debilateralizzatrice » è per lui (semplicemente) « preferibile » (p. 200) rispetto a quella di Niboyet (della quale l'A. sembra riconoscere i meriti); come abbiamo visto, inoltre, il foro è tenuto a debilateralizzare « d'autant plus qu'il ne s'est pas trouvé impliqué lors de la création de la

attenzione è tutto incentrato sulla giustificazione di questo primo grave strappo alla bilateralità. Sarebbe dunque antistorico esigere oggi che ci lasciasse una spiegazione coerente del perché l'unilateralità va accolta per metà, quando già fece fatica a convincere che non è da rigettarsi in tronco⁶⁷⁵. Francescakis non poteva darci di più.

103. La via intrapresa con slancio impetuoso da Niboyet, che l'istinto gli indicava come buona, e sulla quale pure, con la misura e l'equilibrio che gli erano consueti, s'era avviato Francescakis, arrestandosi dove s'è detto, pare avere attratto trent'anni dopo Muir Watt, che, con rinnovata circospezione ma eguale coraggio, s'è attentata di percorrerne ancora un pezzo. Nella sua indagine sulla « funzione della norma di conflitto », Muir Watt s'è interrogata sulla possibilità di estendere le ipotesi di disapplicazione della norma bilaterale, chiedendosi innanzitutto se, perché possano rispettarsi le situazioni acquisite conformemente ad una legge straniera diversa da quella resa applicabile dalla norma di conflitto del foro, si dia davvero sistematicamente la necessità di esigere l'*inesistenza* di un legame *oggettivo*, cioè spaziale, con il foro al momento della creazione della situazione stessa⁶⁷⁶.

La risposta negativa pare, per l'autrice, imporsi⁶⁷⁷. La condizione cui è opportuno subordinare la debilateralizzazione in discorso non deve in effetti, per Muir Watt, avere natura tanto *spaziale* bensì *funzionale*⁶⁷⁸. E può ben consistere in ciò che, essendo una situazione venuta ad esistenza giuridica conformemente ad una certa legge straniera diversa da quella designata dalla norma di conflitto, le *legittime previsioni delle parti* si sono

situation en cause », il che non esclude che la debilateralizzazione sia talvolta opportuna quando pur si è data questa « implicazione » del foro, eventualmente debole.

⁶⁷⁵ V. lo stesso BATIFFOL, *Principes de droit international privé*, p. 471, il quale profetizzò, a proposito dell'idea di Francescakis del riparto dei campi d'applicazione rispettivi delle norme di conflitto, del foro e straniera, che « il s'agit sûrement d'une vue d'avenir ».

⁶⁷⁶ Cfr. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 529: « On est donc conduit à s'interroger sur la possibilité d'étendre cette idée [cioè quella di "écarter la règle de conflit du for dans l'hypothèse où la situation s'est constituée sans lien significatif avec l'ordre juridique du for"] aux hypothèses où la situation créée en contrariété avec la règle de conflit du for comporte néanmoins des liens avec l'ordre du juge saisi ». Il « Chapitre II » del « Titre II » del suo lavoro è, del resto, intitolato significativamente: « Le respect des prévisions légitimes des parties et l'accueil des situations acquises en présence d'un lien avec l'ordre du for ».

⁶⁷⁷ Basti, per convincersene, anticipare che Muir Watt propone, in certi casi, addirittura una « disapplicazione » della legge del *foro* pur designata dalla norma di conflitto in virtù di un contatto esistente al momento della costituzione della situazione. Tra le diverse fonti d'ispirazione dell'A., vanno segnalati alcuni scritti di WENGLER (specie *Nouvelles réflexions sur les questions préalables*, *Rev. crit.*, 1966, p. 165 s.) e la tesi sull'« apparenza » nel d.i.p. di JOBARD BACHELIER, *L'apparence en droit international privé: essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, Paris, 1984.

⁶⁷⁸ Cfr. *op. cit.*, p. 649: « la situation acquise, critère de la limitation fonctionnelle du domaine de la règle de conflit » (corsivo nostro); il « Titre II » è del resto dedicato a « la limitation fonctionnelle du domaine de la règle de conflit ».

orientate verso la validità e l'efficacia di tale situazione giuridica, cioè verso l'applicabilità della legge straniera che le ha dato nascita⁶⁷⁹. Un matrimonio – esemplifica Muir Watt – celebrato conformemente alla legge del domicilio dei coniugi, ma considerato nullo dalla loro legge nazionale, competente ai sensi dell'articolo 3 del *Code civil*, potrebbe considerarsi nondimeno valido in Francia, anche cioè laddove il rinvio non possa operare, ed anche qualora gli interessati abbiano, già al momento della celebrazione all'estero, un legame con la Francia⁶⁸⁰.

Il requisito della volontà d'applicazione della legge straniera pare per lo più necessario: la situazione giuridica – afferma l'autrice – deve trovarsi « consacrata » da tale legge, cioè essere stata creata conformemente ad essa⁶⁸¹. Reciprocamente, il fatto che una legge straniera abbia fatto sorgere una situazione giuridica, e ciò in virtù di un legame, pur diverso da quello elevato a criterio di collegamento dal foro – il quale è comunque, sottolinea Muir Watt, *relativo* – ma nondimeno oggettivamente forte⁶⁸², pare essere riprova sufficiente del carattere « obiettivamente legittimo » dell'affidamento che le parti abbiano fatto sulla giuridica esistenza e validità della situazione⁶⁸³. Sussiste allora quel « motivo ragionevole » che vale da sé a fondare l'applicazione nel foro di tale legge straniera e la conseguente debilateralizzazione della norma di conflitto⁶⁸⁴.

⁶⁷⁹ *Op. cit.*, p. 637, laddove si menziona la generalizzazione della « restriction apportée au domaine de la règle de conflit du for par référence au principe du respect des légitimes prévisions des parties ».

⁶⁸⁰ La giurisprudenza risolve la questione applicando il rinvio. Ma – s'interroga l'A. – « [d]ans les hypothèses où les conditions du renvoi ne sont pas réunies (désignation de la lex fori, par exemple), la relativité du rattachement du for ne doit-elle pas conduire à faire application de la même idée? ».

⁶⁸¹ Cfr. *op. cit.*, p. 644: « il (...) s'agit de prendre parti en faveur de la validité de rapports internationaux même non conformes à la règle de conflit du for, dès lors qu'ils sont *consacrés* par une loi qui, tout en n'ayant pas au regard du for le titre a priori le plus significatif, comporte avec le litige un lien tel que les parties pouvaient raisonnablement le prendre pour déterminant »; v. anche *op. cit.*, p. 643, dove parla di « situations *constituées* conformément à une loi non désignée par la règle de conflit du for » (corsivo nostro). E' vero che l'A. viene successivamente (*op. cit.*, p. 650) ad avanzare l'idea secondo cui è « suffisant le fait que les parties aient compté de façon objectivement légitime sur la validité de leur situation », senza dunque « qu'il soit utile d'exiger que leur croyance se fonde sur la prise en considération d'une règle de conflit (et donc d'un for) déterminé ». Ma pare certo che la condizione del « caractère objectivement légitime » su cui insiste l'A. (*op. cit.*, *loc. cit.*, nota 2) sia soddisfatta se la legge conformemente alla quale la situazione giuridica in questione è sorta viene dichiarata applicabile dallo Stato da cui emana, il che comporta di regola l'esistenza di uno stretto legame della fattispecie con questo Stato.

⁶⁸² *Op. cit.*, p. 644 (v. nota precedente).

⁶⁸³ *Op. cit.*, p. 650.

⁶⁸⁴ Sulla scia di AUDIT, *La fraude à la loi*, p. 35 s., Muir Watt ritiene bensì che il passaggio del tempo giochi un certo ruolo; ma s'affretta a precisare, con JOBARD-BACHELIER, *L'apparence*, p. 58, che « ce n'est pas le délai qui importe dans sa durée, mais le fait que la croyance des parties se soit cristallisée avec certitude dans le passé » (*op. cit.*, *loc. cit.*).

La condizione dell'inesistenza di qualsiasi legame *spaziale* con il foro al momento della creazione è dunque superata⁶⁸⁵.

104. Ma le premesse da cui muove Muir Watt, circa la generale « relatività » e « fragilità » del criterio di collegamento scelto dal foro⁶⁸⁶, sia che operi verso l'interno sia che operi verso l'esterno, da un lato, e l'esigenza di non contrariare le previsioni delle parti circa la validità della situazione giuridica costituitasi conformemente ad una legge straniera, dall'altro, l'hanno condotta a fare un passo oltre, più rilevante ancora. Ché nei casi in cui l'esistenza di una situazione giuridica risulta accertata da una pronuncia giudiziaria straniera – com'è avviene per il divorzio⁶⁸⁷ – ma anche, sembrerebbe, nei casi in cui la situazione giuridica è stata creata mediante atto di un'autorità amministrativa – come nel caso di un matrimonio⁶⁸⁸ – pare plausibile, secondo l'autrice, che non solo la legge straniera dichiarata applicabile dalla norma di conflitto *ceda* di fronte ad una legge straniera non designata, ma che sia la stessa *legge francese del foro*, dichiarata applicabile dalla norma di conflitto, a potere essere accantonata. Muir Watt viene in questo modo ad oltrepassare d'un balzo quel limite che era istintivamente parso a Niboyet e Francescakis come invalicabile: *l'esigenza che, per la disapplicazione della norma di conflitto, questa renda applicabile una legge straniera, e non la legge del foro*⁶⁸⁹. Nell'esempio formulato più sopra, la validità del matrimonio celebrato conformemente alla legge del domicilio potrebbe, per Muir Watt, ammettersi anche se uno od entrambi gli sposi fossero cittadini francesi⁶⁹⁰.

Potrebbe allora sembrare che qui di « debilateralizzazione » non possa più parlarsi, poiché sono *entrambe* le porzioni costitutive della norma di conflitto, introversa ed

⁶⁸⁵ Del resto, v. già MAYER, *La distinction entre règles et décisions*, p. 163: « Il est illogique et inutile d'exiger que la situation n'ait eu à l'origine (ni, a fortiori, par la suite) aucun rapport avec le pays du for ».

⁶⁸⁶ *Op. cit.*, p. 615: « Il faut admettre, d'une part, la fragilité du critère retenu par l'ordre du for et d'autre part, la légitimité de critères différents choisis par d'autres systèmes. Cette relativité existe aussi bien lorsque la règle de conflit désigne la loi du for que lorsque le rattachement conduit à une loi étrangère »; v. anche p. 645 (« les raisons qui conduisent à préférer une solution de faveur pour la validité des situations acquises, à l'idée d'un correctif d'ordre objectif à la règle de conflit du for, soulignent à nouveau la relativité de toute désignation opérée par cette règle ») e p. 648 (ove si menziona la « nécessaire relativité de la conception du règlement international véhiculé par la règle de conflit du for »).

⁶⁸⁷ Cfr. *op. cit.*, p. 615-616: « Aussi faut-il rejeter les propositions tendant à maintenir le contrôle de la loi appliquée lorsque la loi française est compétente au regard de la règle de conflit », citando HOLLEAUX, nota a Civ. I, 8 gennaio 1963, *Lambrino, Rev. crit.*, 1963, p. 116.

⁶⁸⁸ *Op. cit.*, p. 643-644.

⁶⁸⁹ *Op. cit.*, p. 615-616.

⁶⁹⁰ Ciò s'argomenta, a p. 644, dal fatto che, per l'A., un matrimonio celebrato conformemente alla legge del domicilio dovrebbe essere riconosciuto anche laddove « les conditions du renvoi ne sont pas réunies », perché la norma di conflitto francese opera una « désignation de la lex fori », anche quindi se v'è implicato un cittadino francese e la legge francese non lo ritiene valido.

estroversa, ad essere, in questi casi, scardinate. In realtà, se si ha riguardo a ciò che la situazione giuridica straniera che si accoglie nel foro è, per ipotesi, sorta conformemente ad una legge straniera che per lo più voleva applicarsi, la disapplicazione della legge del foro, pur dichiarata applicabile dalla porzione introversa della norma di conflitto, avviene in definitiva, in un'ipotesi di *conflitto positivo* fra la legge del foro e la legge straniera. La soluzione pare allora spiegabile secondo il modello unilaterale: nel conflitto positivo fra la legge del foro e la legge straniera prevale, dal punto di vista del foro, quella che s'è *effettivamente applicata*, cioè per lo più quella che ha fatto sorgere una situazione giuridica e dato luogo ad un corrispondente affidamento nei soggetti interessati, specie se rivelato o confermato da un loro comportamento esteriore. Il quale criterio sembra fare tutt'uno e confondersi presso l'autrice con il principio del *favor validitatis* o *recognitionis* della situazione giuridica costituita sulla base di una delle leggi in conflitto⁶⁹¹, cioè con il « principio dell'effettività »⁶⁹² che già Niboyet e Francescakis avevano indicato come possibile criterio solutore dei conflitti positivi⁶⁹³.

105. V'è ancora da precisare che, per Muir Watt, l'accoglimento nel foro delle situazioni create da una legge straniera diversa da quella resa applicabile dalla norma di conflitto del foro opera bensì innanzitutto quando la situazione giuridica si trovi cristallizzata in una decisione giudiziaria, in virtù dell'« autorità normativa propria » che questa riveste⁶⁹⁴. Ma « non v'è ragione di non tenere conto delle previsioni delle parti circa

⁶⁹¹ *Op. cit.*, p. 645, dove l'A. sostiene essere preferibile « une solution de faveur pour la validité des situations acquises ».

⁶⁹² *Cfr. op. cit.*, p. 596 dove, richiamandosi a Wengler, Muir Watt dichiara che accogliere la situazione giuridica nel foro « c'est poser de façon générale le principe d'effectivité d'une situation (...) [il quale] plaide en faveur de sa validité, du moins lorsque cette effectivité est acquise sur la foi d'une loi ayant un titre raisonnable à être prise en considération par les parties ». Studiato da Wengler con riguardo alla questione preliminare, l'A. muove a domandarsi « si ce principe n'a pas vocation à s'appliquer quel que soit le contexte (demande principale ou incidente) dans lequel la validité du rapport doit être appréciée ».

⁶⁹³ V. del resto *op. cit.*, p. 596, dove si legge che il « principe d'effectivité d'une situation » implica « avant tout que les parties l'ont tenues pour acquise ».

⁶⁹⁴ MAYER, *La distinction entre règles et décisions*, p. 164 s. Proprio in nome del rispetto delle situazioni acquisite e delle legittime previsioni delle parti, Muir Watt, p. 607 s., viene a suggerire – come d'altra parte diversi autori, ed innanzitutto D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Paris, 1970, prima di lei – l'abbandono del controllo della legge applicabile in materia di riconoscimento delle sentenze. E' del resto riflettendo su questa messa da parte, in materia di riconoscimento delle decisioni, della norma di conflitto del foro e sui motivi profondi su cui poggia – identificati nel rispetto dei *diritti acquisiti* risultanti dalla decisione e delle *previsioni dei litiganti* circa la stabilità del loro rapporto – che l'A. è tratta ad interrogarsi sulla possibilità di generalizzare l'abbandono della norma di conflitto quando sussistano le medesime ragioni, anche non versandosi in materia di riconoscimento, cioè quando vi sia una situazione giuridica costituita e si diano corrispondenti – ed obiettivamente accertabili – previsioni delle parti (v. p. 636: « on est donc amené à se demander si le principe du respect des légitimes prévisions des

l'applicabilità di una *norma astratta* nei casi in cui tali previsioni sono ragionevoli e obiettivamente verificabili »⁶⁹⁵. Se dunque v'è « ragionevolezza » e « obiettiva verificabilità », di cui si può dire che sono in genere assicurate dalla volontà d'applicazione della legge straniera e dall'esistenza di un collegamento obiettivamente significativo della fattispecie con questa, e se le parti hanno fatto reale assegnamento sulla validità della situazione giuridica creata da tale legge, tanto basta, sembrerebbe, perché si possa procedere alla disapplicazione della norma bilaterale del foro. Con il che Muir Watt pare, anche in materia di effettività, essere andata più in là di Francescakis, e avere fatto cadere un altro limite, un altro indice di parzialità, che si scorge nell'unilateralismo del Maestro greco⁶⁹⁶. Se in Francescakis sembra per lo più necessaria una « procedura di realizzazione del diritto »⁶⁹⁷, che obiettivizzi l'applicazione della legge straniera, attesti dunque della sua effettività, e ponga le premesse per il funzionamento eventuale del principio di *prior in tempore* nel caso di un conflitto positivo⁶⁹⁸, tale procedura è dispensabile ad avviso di Muir Watt, per la quale anche una *norma astratta*, non ancora cioè messa in opera da un'autorità, può risultare *sufficientemente effettiva* per

parties ne pourrait pas conduire à généraliser l'idée que la règle de conflit du for n'a pas pour fonction de définir les situations de reconnaissance des situations acquises »).

⁶⁹⁵ Si tratta del passaggio forse più importante ai nostri fini (*op. cit.*, p. 649): « En présence d'un jugement, même rendu selon une loi autre que celle désignée par la règle de conflit du for, il est légitime, on l'a vu, de tenir compte de ce que ce jugement est de nature à rendre certain, dans l'esprit des parties, le choix de la norme commandant leur comportement futur. S'agissant de règles abstraites, cette certitude n'existe pas en principe; il est donc naturel que l'ordre du for choisisse la norme que les parties auraient dû prévoir pour régler leur comportement, sans référence directe à leur conviction pratiquement défailante. Toutefois, il n'y a aucune raison de ne pas tenir compte des prévisions des parties quant à l'applicabilité d'une norme abstraite dans les cas où les prévisions des parties sont raisonnables et objectivement vérifiables » (corsivo nostro). V. anche *op. cit.*, p. 650, nota 2, dove l'A. osserva che la fondatezza del rimprovero rivolto da MAYER, *La distinction entre règles et décisions*, p. 162-163, a Francescakis, di avere trascurato il « facteur juridictionnel », « n'empêche pas cependant de penser que les parties peuvent aussi bien fonder leurs prévisions directement sur une loi déterminée » (corsivo nostro).

⁶⁹⁶ V. recentemente anche JACQUET, *La fonction supranationale de la règle de conflit*, p. 241, per il quale si potrebbe sostenere che « la seule source de l'extranéité de la relation par rapport à la règle de conflit du for provienne du fait qu'une autre règle de conflit s'est déjà appliquée », non parendogli dunque necessario postulare una « quelque limitation intrinsèque du champ d'application du système ». Insomma, perché la norma di conflitto del foro sia disapplicata « il suffit de savoir qu'un système de droit international privé a déjà marqué du sceau de son empreinte la situation juridique en cause ».

⁶⁹⁷ V. anche GOTHOT, *Le renouveau*, p. 440, dove si legge che « celle-ci [cette procédure de réalisation du droit] peut très bien ne pas être judiciaire et ne faire intervenir qu'une autorité administrative, officier d'état civil ou notaire par exemple. Judiciaire ou extra-judiciaire, cette procédure attestera quel système s'est appliqué et, sauf erreur de l'autorité instrumentante, que ce système voulait s'appliquer »; cfr. ANCEL/LEQUETTE, p. 190.

⁶⁹⁸ V. già la nota alla sentenza *Patiño*, *Jurisprudence française*, p. 77: « Niboyet avait bien vu qui (...) préconisait dans ce cas l'application de la maxime *prior tempore potior iure*. Celle-ci explique, en effet, de manière très juridique, la solution de la présente affaire ».

giustificare la disapplicazione della norma di conflitto del foro. La *prova* dell'effettività, possiamo dire, muta natura: non è più soltanto o per lo più un'applicazione *oggettiva*, nel senso precisato, che la fornisce, ma anche un'applicabilità astratta unita alla convinzione *soggettiva* delle parti, seppure obiettivamente verificabile, cioè riflessa in un loro comportamento esteriore, della sua efficacia e vincolatività rispetto al loro rapporto. Detto altrimenti, se Francescakis, per affermare il « funzionamento effettivo » di una legge, sembra avere avuto per lo più presente un'applicazione non solo oggettiva ma in certo modo *autoritativa* ed *ufficiale* di essa⁶⁹⁹, e non senti dunque il bisogno di far svolgere alla previsioni soggettive delle parti alcun ruolo attivo, limitandosi a rilevare l'imprevedibilità oggettiva per esse dell'applicazione della legge designata dalla norma di conflitto del foro nei casi di totale estraneità, Muir Watt, provando per un istante a prescindere da quest'applicazione autoritativa ed ufficiale, viene naturalmente a dare risalto alle previsioni soggettive delle parti, pur esigendo da queste una certa obiettività di comportamento esteriore.

V'è dunque, possiamo dire conclusivamente, in Muir Watt, un'altra oggettività d'applicazione della legge: lo spontaneo conformarsi delle parti ad una legge che vuole loro applicarsi e la loro fiducia nella sua autorità su di loro. L'autorità della legge viene qui – potremmo dire – a manifestarsi direttamente nei confronti delle parti, senza il diaframma dell'intervento ufficiale delle autorità intermedie deputate a farla osservare.

106. E' da ultimo degno di nota lo sforzo compiuto dall'autrice per giustificare la disapplicazione della norma di conflitto appellandosi alla sua *funzione*. E' conforme a quel « regolamento soddisfacente degli interessi privati »⁷⁰⁰ coinvolti in un rapporto internazionale cui mira la norma di conflitto, che questa venga accantonata per permettere al foro di conformarsi senz'altro a quella legge straniera che ha dato vita ad una situazione giuridica specie se già in qualche modo vissuta dalle parti⁷⁰¹. Se è così, si chiarisce e precisa in che cosa consistano questi « interessi privati » che è « funzione » della norma di conflitto « regolare »: certezza, prevedibilità⁷⁰², stabilità nei rapporti internazionali⁷⁰³.

⁶⁹⁹ Cfr. GOTHOT, *Le renouveau*, p. 441, il quale rileva che, quando « elles ont fait procéder à la *consé-
cration officielle* de leurs relations, les parties ont plus de raison de penser qu'elles sont
inébranlables ».

⁷⁰⁰ *Op. cit.*, p. 651: « Le rétrécissement du domaine de la règle de conflit apparaît ainsi comme étant
une conséquence naturelle de sa fonction régulatrice d'intérêts privés ».

⁷⁰¹ Poiché ci pare un po' paradossale sostenere che alcunché adempia meglio la sua funzione se... sopprime sé stesso, ci permettiamo di precisare che è la funzione del *sistema d.i.p. complessivo* del foro che può esigere, nei casi indicati, la dismissione della singola norma di conflitto bilaterale. Cfr. *op. cit.*, p. 647, dove si rileva che la decisione del *Tribunal de grande instance* di Parigi del 23 aprile 1979 (*Rev. crit.*, 1980, nota LAGARDE) « permet de souligner qu'il n'est pas nécessairement conforme aux objectifs poursuivis par le *système de conflit de lois* d'imposer à tout prix, en présence de prévisions contraires des parties, le respect de sa propre conception du règlement international ».

⁷⁰² *Op. cit.*, p. 646.

⁷⁰³ *Op. cit.*, p. 617.

La norma di conflitto sembra allora smettere di essere un valore venerabile di per sé e palesare piuttosto la sua natura di *strumento* asservito a tali fini; ed è costretta a farsi da parte se e nella misura in cui è d'ostacolo al perseguimento di questi⁷⁰⁴.

⁷⁰⁴ E' significativo che Muir Watt paia a più riprese riconoscere che il metodo unilaterale, il quale « assure la directive traditionnelle du respect des droits acquis jusque dans sa racine psychologique la plus profonde, à savoir le désir de laisser vivre aux individus les relations qu'ils ont nouées, sans venir contre toute attente en modifier la substance » (GOTHOT, *Le renouveau*, p. 441, passaggio riprodotto a p. 608), sia meglio in grado di spiegare quanto meno la soluzione da lei suggerita in materia di riconoscimento delle sentenze, cioè l'assenza di controllo della legge applicabile, che l'A. giustifica, sulla scia di HOLLEAUX, *Compétence de juge étranger*, e di MAYER, *La distinction entre règles et décisions*, proprio in forza dell'esigenza del « respect du droit acquis » (*op. cit.*, p. 612) che costituirebbe ogni decisione straniera, e del desiderio di « éviter de déjouer les prévisions des plaideurs et de provoquer des situations où ceux-ci se trouvent l'objet de décisions contradictoires » (*op. cit.*, p. 611, citando Mayer). A p. 607, in particolare, Muir Watt riferisce la necessità di mostrare che « la suppression de la condition de conformité de la loi appliquée à la règle de conflit du for n'entraîne pas inéluctablement l'adoption de la méthode unilatéraliste de la détermination de la loi applicable à la *création des droits* » (corsivo nostro), il che fa pensare che, *a contrario*, in materia appunto di « reconnaissance des droits », l'A. riconosca implicitamente che il metodo unilaterale sia effettivamente operante. Per una conferma, v. del resto, p. 606, dove l'A. si chiede se « l'adoption d'une directive unilatéraliste sur le plan de la reconnaissance des jugements, n'oblige pas à adopter la même méthode de désignation de la loi applicable pour la *création des droits* », ed ancora a p. 612: « il est possible d'adopter, comme principe de solution, le respect du droit acquis en matière d'effets de jugements, sans pour autant se voir contraint sur un plan logique, comme le voudrait Quadri, de résoudre selon la même directive le conflit de lois ». Se si ammette che, in materia di riconoscimento, il principio del « rispetto dei diritti creati all'estero » e delle « legittime previsioni delle parti », e il conseguente abbandono della norma di conflitto del foro (sotto forma di assenza di controllo della legge applicabile), risponde alla « directive unilatéraliste », rimane da spiegare perché il « respect des situations acquises » anche in assenza di una decisione e sul fondamento di una semplice « norme abstraite », verso la cui applicabilità si sono orientate le « prévisions des parties », e la conseguente evizione della norma di conflitto del foro (per ragioni dunque in pratica *identiche* a quelle su cui poggia l'avversione al controllo della legge applicabile), non risponda essa pure all'unilateralismo. Troviamo d'altra parte assai eloquente che, nell'ultimo paragrafo della sua tesi, e come a suggello di essa, l'A. citi la seguente frase di GOTHOT, *Le renouveau*, p. 35: « entre la fonction de la règle de droit international privé et sa structure existe évidemment un lien si étroit qu'on ne peut garder la structure si la fonction vient à changer ». Insomma, se la *funzione* della norma di conflitto è la « stabilità del rapporto internazionale », non si può conservarne la *struttura* quando questa ostacola tale stabilità anziché favorirla. Ora, fra il fine della « stabilità dei rapporti internazionali » e la « continuità nella vita giuridica degli individui » che costituisce la cifra dell'unilateralismo più maturo (GOTHOT, *Le renouveau*, p. 21), la differenza sembra essere soltanto verbale (v. d'altra parte *op. cit.*, p. 610 dove viene evocato il « souci d'assurer aux particuliers la continuité et la stabilité des relations privées »). Vero è, probabilmente, che una delle ragioni che hanno impedito all'A. di abbracciare il metodo unilaterale pare essere stata la sua convinzione, ribadita a più riprese (*op. cit.*, p. 101, 609 e soprattutto 618), che « il est de l'essence même de la méthode unilatéraliste de refuser tout effet aux droits acquis en vertu d'une loi étrangère lorsque la loi du for se veut elle-même applicable ». Ora, l'automatica prevalenza della legge del foro era già stata esplicitamente rigettata da Schnell (v. *supra*, para. 21) nonché, come vedremo, da Sohn (v. *infra*, para. 143), per poi esserlo apertamente da certo unilateralismo americano moderno (v. *infra*, para. 158 s.).

Sezione II

Pilenko e la « bidimensionalità » del diritto internazionale privato

107. Tra i più ardenti propugnatori dell'idea unilaterale fu Alexander Pilenko⁷⁰⁵. Le sue tesi sono tuttavia rimaste, nel complesso, poco note, forse, meglio, poco comprese: il che è dovuto probabilmente alla scarsa accessibilità della sua dottrina, elaborata con concetti e formulata con linguaggio tutti propri, senza un diretto confronto con gli autori dell'epoca⁷⁰⁶. Sotto alcuni riguardi, Pilenko può dirsi appartenere all'unilateralismo francese: visse per anni a Parigi⁷⁰⁷, i suoi richiami più frequenti furono alla dottrina e alla giurisprudenza francese, seguì inoltre da vicino i lavori della codificazione del d.i.p. di quel Paese attingendo da essa materia per le sue riflessioni. Ma a parte questi legami tutto sommato esteriori, il sistema di Pilenko, esposto del resto nelle sue linee essenziali già nel secondo decennio del Novecento⁷⁰⁸, non sembra innestarsi sul tronco di alcuna corrente dottrinale continentale. In alcuni passaggi-chiave, le sue idee paiono piuttosto precorrere il successivo pensiero unilaterale americano.

⁷⁰⁵ Pilenko ha esposto il suo pensiero in due densi articoli, già più volte citati: *Droit spatial et droit international privé, Jus gentium*, 1953, p. 34-59, e *Le Droit spatial et le Droit international privé dans le projet du nouveau Code Civil français, Etude méthodologique, Rev. hell.*, 1954, p. 319-355. Nel primo, l'A. riassume il sistema che era già stato da lui tratteggiato in un libro ponderoso (di più di 400 pagine), dal titolo *Saggio sulla sistemazione del diritto internazionale privato*, pubblicato nel 1911 in lingua russa, che conobbe anche una seconda edizione, del 1916. Tale opera è rimasta sconosciuta alla dottrina occidentale, se si eccettuano la recensione di JITTA, *Rechtsg. Mag.* 1913, p. 135 (Jitta vi si riferisce due volte nel suo *Internationaal Privaatrecht*, Haarlem, 1916, p. 8, nota 1, p. 65 nota 1), di cui, a quanto pare, lo stesso Pilenko fu all'oscuro, ed alcune citazioni in RUNDSTEIN, *La structure du droit international privé et ses rapports avec le droit des gens, Revue Gand*, 1936, p. 314 s. (precisamente a p. 330, 333 e 336: Rundstein parla a questo proposito di « étude approfondie d'un savant russe », nella quale si è formulata la « théorie de l'étendue des normes », cui anche Rundstein si richiama più volte). Nell'articolo apparso su *Revue hellénique*, Pilenko rivolge alcune risentite critiche al modo con cui il metodo unilaterale è stato trattato in sede di discussione del progetto di codificazione del d.i.p. francese di cui seguì da vicino le vicende. Prima della sua scomparsa, alla fine di marzo del 1956, Pilenko lasciò a Wiethölter un manoscritto (non pubblicato) in cui rivedeva alcune soluzioni date nei suoi precedenti lavori, in particolare al problema dei c.d. « conflitti positivi »: lo raccontò lo stesso WIETHÖLTER (*Die einseitigen Kollisionsnormen*, p. 103, nota 1), la cui analisi sui meriti e demeriti del sistema unilaterale è per gran parte una sorta di dialogo postumo con il compianto professore di San Pietroburgo.

⁷⁰⁶ Anche FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi*, p. 14, nota 1, parla di un « langage personnel » e di un « contexte théorique parfois déroutant »; WIETHÖLTER, p. 43, osserva, riguardo alla terminologia proposta da Pilenko che « wer dem System von Pilenko folgt, wird sie zweifellos begrüßen ».

⁷⁰⁷ Dove si rifugiò prima dello scoppio della rivoluzione d'ottobre: v. DE NOVA, *Historical Introduction*, p. 586.

⁷⁰⁸ V. *supra*, nota 707; cfr. VERPLAETSE, *Colpo d'occhio sul diritto internazionale privato russo, Dir. int.*, 1962, p. 172 s.

Esporremo innanzitutto per sommi capi la dottrina di Pilenko (I). Muoveremo indi a formulare alcuni rilievi critici (II) per infine mettere infine in luce alcuni aspetti della sua modernità (III).

§ I. – Il sistema di Pilenko

SOMMARIO: – 108. Distinzione fra norme unilaterali o spaziali e norme bilaterali o di conflitto. – 109. Conflitti fra norme spaziali e norme di conflitto: la prevalenza delle norme spaziali. – 110. Il ruolo ridotto delle norme di conflitto.

108. Capitale è per Pilenko la distinzione fra norme *spaziali o unilaterali o monovalenti*, da un lato, e norme *di conflitto o bilaterali o polivalenti*, dall'altro. Le prime sono norme di delimitazione del campo di applicazione spaziale delle norme materiali di una sola legge, quella dello Stato che le ha poste⁷⁰⁹. L'insieme di esse forma ciò che l'autore denomina il « diritto spaziale » di tale Stato. Le norme bilaterali sono invece norme propriamente « di conflitto », nel senso ch'esse mirano a risolvere un conflitto fra norme spaziali di *più Stati*, e non sono dunque atte – almeno non direttamente – a fissare l'area di operatività né della *lex fori* né di altra legge⁷¹⁰. Non vi è dunque, per Pilenko, un « aut aut » fra le une e le altre norme. Norme spaziali (seguiteremo, in omaggio all'autore, a denominarle così) e norme di conflitto hanno natura e ruoli diversi. Le norme spaziali sono un *prius* rispetto alle norme di conflitto. Preliminare allo studio di queste non può non essere quello delle norme spaziali, che pure – rileva Pilenko con disappunto – sono trascurate dalla quasi totalità degli specialisti, molti dei quali ne ignorano addirittura l'esistenza⁷¹¹.

Per mostrare tale priorità, Pilenko si sofferma sulla nozione di *conflitto*. Questo si dà quando uno stesso rapporto umano entra nella sfera d'applicazione spaziale delle leggi di due (o più) Stati, quando cioè due (o più) leggi vogliono « dominarlo », assoggettandolo alla loro « autorità »⁷¹². Il conflitto è dunque fenomeno posteriore alla delimitazione

⁷⁰⁹ *Ius gentium*, p. 34: « La norme monovalente est une norme qui détermine l'application, dans l'espace, d'une seule loi, la sienne ». Cfr. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi*, p. 14, il quale disse delle norme unilaterali che « il est (...) douteux qu'une règle de cette sorte puisse encore justifier l'appellation de règle de conflit, alors que sa formulation ne suppose aucune sorte de comparaison de la loi interne avec les législations étrangères ».

⁷¹⁰ *Ius gentium*, p. 34.

⁷¹¹ *Rev. hell.*, p. 326.

⁷¹² *Ius gentium*, p. 35: « En somme, qu'est-ce qu'un conflit? Nous avons devant nous un rapport humain. Notre loi dit que ce rapport humain entre dans sa compétence, dans sa sphère d'influence, dans l'espace qu'elle entend dominer. Notre loi recouvre de son autorité le rapport humain en question. Mais il apparaît, soudainement, qu'une autre loi étrangère émet exactement les mêmes prétentions. Elle aussi, elle recouvre le *même* rapport humain de son autorité; elle le fait entrer dans

della sfera d'efficacia delle norme materiali, e presuppone che i due Stati abbiano già, ciascuno per sé, delimitato la propria competenza legislativa nello spazio⁷¹³. La norma di conflitto ha conseguentemente funzione soltanto *secondaria*. Gran parte del lavoro è svolto dalle norme spaziali. Le quali, determinando l'area di operatività delle norme materiali, non possono, è vero, *risolvere* i conflitti, ma la loro utilità è spesso ancora maggiore, perché tali conflitti vengono da esse *prevenuti*.

Il legislatore di uno Stato ha senz'altro il potere di definire il campo d'applicazione delle sue norme materiali, di dettare cioè norme spaziali. La norma spaziale fa parte del suo *diritto interno*⁷¹⁴. L'elemento *spaziale* rappresenta un elemento *essenziale e nativo*, e nient'affatto secondario ed accessorio, di ogni norma giuridica, non meno dell'elemento *materiale* e dell'elemento *temporale*. Le tre componenti sono, per il nostro, *ebenbürtig*, cioè eguali per nascita e prerogative⁷¹⁵. Da ciò deriva un'importante conseguenza: aderendo l'elemento spaziale all'elemento materiale, e formando con esso una « monade inscindibile »⁷¹⁶, la sua portata non può essere né dettata né modificata da un legislatore straniero, proprio come questi non intende né determinarne né modificarne l'elemento *materiale*⁷¹⁷. Di qui il postulato-base: il giudice non può mai applicare una legge che si riconosca spazialmente incompetente; se l'applica contro il suo elemento spaziale, la *viola*⁷¹⁸.

l'espace qu'elle entend dominer. Le conflit? – on le résout en donnant préférence à l'une des lois concurrentes ».

⁷¹³ *Op. cit.*, p. 34: « On doit reconnaître aussitôt que le conflit est un phénomène postérieur. Il ne se produit que si, au préalable, les deux lois ont délimité les espaces qu'elles entendent dominer (le phénomène antérieur – celui qui doit précéder l'apparition du conflit – est constitué par la détermination des compétences spatiales de deux lois au moins »).

⁷¹⁴ L'esercizio di tale potere è anche, sembra dire l'autore, un dovere per lo Stato: i suoi giudici devono infatti, per adempiere al loro ufficio di far rispettare le leggi, sapere innanzitutto se e quando devono applicarle. Del resto, constata Pilenko, sempre più, nelle legislazioni moderne, si dettano norme spaziali (*op. cit.*, p. 40).

⁷¹⁵ Cfr. WIETHÖLTER, p. 26. Non esiste, secondo Pilenko, alcuna norma giuridica della quale non sia stato fissato l'« elemento spaziale ». Ogni norma giuridica, qualunque ne sia la natura, pubblica o privata, necessita di tale indicazione. Se essa è fornita da una disposizione « visivamente » (così SCHURIG, p. 290) distinta da quella in cui si trova la norma materiale, si tratta di una semplice « estrapolazione », opportuna a scanso di fastidiose ripetizioni. Laddove l'elemento spaziale non è posto direttamente dal legislatore, esso si deve ricavare dall'« elemento materiale » per via d'*interpretazione* (*Ius gentium*, p. 37-38).

⁷¹⁶ L'espressione è di DE NOVA, *Dir. int.*, p. 199.

⁷¹⁷ Cfr. RUNDSTEIN, *La structure du droit international privé*, p. 331: « les règles d'ordre matériel restent inconcevables sans la délimitation de leur étendue », ed ancora, a p. 332: « on ne peut point concevoir les normes sur le contenu (normes matérielles) sans penser à leur étendue spatiale (ou autre). Les règles sur l'application sont organiquement liées à un contenu donné ».

⁷¹⁸ *Ius gentium*, p. 41: « On ne peut pas appliquer une loi étrangère qui se déclare incompétente (en substance; dans l'espace; dans le temps). Le juge qui "appliquerait" une loi contrairement à ses dispositions spatiales n'appliquera pas cette loi, il la violera » (cfr. WIETHÖLTER, p. 26).

109. L'interazione fra norme di conflitto e le norme spaziali può dar luogo a conflitti. Ve ne sono di *due* tipi: fra le norme di *conflitto* del foro e le norme *spaziali* del foro; fra le norme di conflitto del *foro* e le norme spaziali *straniere*. Ciascuno di essi pone acuti problemi per la « scuola classica », mentre – constata con fiera Pilenko – trova soluzione immediata e coerente nel suo sistema.

(a) Il conflitto fra norme di conflitto del foro e norme spaziali del foro può assumere *due* forme: la norma di conflitto può rifiutare alla *lex fori* una competenza che le sue norme spaziali rivendicano; la norma di conflitto può attribuire alla *lex fori* una competenza che le sue norme spaziali rifiutano. Nel primo caso, l'applicazione della *lex fori* si spiega con la prevalenza della norma spaziale sulla norma di conflitto. La scuola classica giustifica il ricorso alla *lex fori* richiamandosi all'ordine pubblico⁷¹⁹. Ma tale spiegazione, secondo Pilenko, tiene dell'arbitrario. Nel suo modello, esiste invece una *norma spaziale implicita* che esige l'applicazione delle norme del foro⁷²⁰. L'ordine pubblico non è dunque altro che « un invito rivolto al giudice a completare le lacune del diritto spaziale (espresso) del foro », e rientra pertanto, per Pilenko, nell'alveo *normale* di quest'ultimo⁷²¹.

⁷¹⁹ Cfr. WIETHÖLTER, p. 32.

⁷²⁰ L'esempio proposto dall'A. è quello dell'indiano che intende sposarsi a Parigi pur essendo legato da precedente matrimonio (*Ius gentium*, p. 43-44). L'articolo 3.3 del *Code civil*, interpretato bilateralmente, designa la legge indù, che gli permette di sposarsi. Ma un insieme di « considérations vagues, imprécises et ne reposant sur aucun texte de la loi française concernant le mariage » alle quali viene dato il nome *passe-partout* d'ordine pubblico, impongono al giudice il rifiuto del matrimonio. « Tout ceci – commenta l'A. – n'est pas très éloigné de l'arbitraire pur et simple ». La spiegazione fornita dal diritto spaziale è molto più semplice. L'art. 147 del *Code civil* s'applica: (a) a tutti i matrimoni contratti dai francesi, anche all'estero; (b) a tutti i matrimoni contratti in Francia, anche dagli stranieri. Per applicare l'art. 147, ed impedire il secondo matrimonio, non è necessario il ricorso ad alcun *ordine pubblico*, ma piuttosto alla *spazialità* dell'art. 147. Quando – pronostica l'A. – la tecnica legislativa si sarà evoluta nel senso reclamato dalla dottrina spaziale, la « spazialità » dell'art. 147 sarà *espressa*. Per il momento dovrà ricavarci per *interpretazione*, il giudice dovendo cercare di « deviner (...) quelle aurait été l'attitude du législateur s'il avait pensé à un mariage polygame ». Così, « [e]n se basant sur son droit d'interprétation et en mettant en mouvement la politique du droit (...) le juge crée une *spatialité supplétive* (...) Ayant établi cette *spatialité supplétive*, le juge n'aura plus que l'appliquer à l'Hindou. Le résultat sera le même: le problème aura été résolu par l'application de la *spatialité française* ». Non v'è dunque necessità di ricorrere ad alcuna eccezione: « L'opération restera absolument *normale*: une fois de plus, le juge se sera incliné devant la *spatialité française* » (corsivo dell'A.). Sulla sostanziale applicazione della legge francese alla capacità di contrarre un matrimonio da celebrarsi in Francia nel diritto vigente, v. in effetti *infra*, para. 272.

⁷²¹ D'altra parte, osserva Pilenko, se si esamina il progetto di codificazione francese, è dato chiaramente individuare, per ogni norma spaziale, l'antecedente in una decisione della Corte di cassazione che fissa il campo di applicazione delle relative norme del diritto francese basandosi sull'ordine pubblico (*Ius gentium*, p. 46). Per l'A., il quale si richiama sul punto a Kahn, l'ordine pubblico è

La seconda ipotesi di conflitto è l'inversa della prima. Ne fornisce un'illustrazione la capacità di un cittadino britannico domiciliato in Francia. Se – con una parte della dottrina classica – si accetta il *rinvio*, si viene ad attribuire alla legge francese una competenza che il suo diritto spaziale rifiuta, le norme materiali francesi non essendo state fatte per regolare la capacità dei cittadini britannici. Il diritto del foro s'applica, nella spiegazione fornita da tale dottrina, perché così *vuole* la norma di conflitto britannica. Gli avversari del rinvio rigettano tale spiegazione, e dunque il rinvio stesso, non essendo per loro concepibile che il diritto francese venga designato dalla norma di d.i.p. britannica. Il che – conviene Pilenko – è effettivamente « raccapricciante »: non è possibile – nella sua terminologia – che il diritto spaziale francese si trovi retto dalle norme di conflitto di un altro Stato⁷²². Se il risultato del rinvio è senz'altro buono, la giustificazione convenzionale è nondimeno difettosa: la capacità del cittadino britannico domiciliato in Francia è bensì regolata dalla legge *francese*, ma non in virtù della norma di d.i.p. straniera, ma di una « competenza spaziale suppletiva » francese.

(b) Due sono pure i tipi di collisione fra norme di conflitto del foro e norme spaziali straniere: la norma bilaterale del foro *attribuisce* ad una legge straniera una competenza spaziale che quest'ultima, sulla base delle sue norme spaziali, *rifiuta*; la norma bilaterale del foro *sottrae* alla legge straniera quella competenza che le sue norme spaziali *rivendicano*. Il primo conflitto si dà qualora, con un'altra parte della dottrina classica, si rigetti il rinvio. Tale rigetto viene, da tale dottrina, per lo più legittimato con il monito: « non dobbiamo cedere alle legge inglese ». Ma si tratta – rimprovera Pilenko – di una « mera sopravvivenza del principio di stretta territorialità delle leggi »: il ragionamento è identico a quello consistente nel volere applicare sempre la legge del foro, solo ch'esso ragionamento viene qui riferito alle norme di d.i.p. del foro. Nel suo sistema, invece, applicare la legge straniera *contro* le sue norme spaziali non significa applicare la legge inglese, ma mutirla. Il rinvio non fa altro che segnalare un *vuoto giuridico*, al quale non può rimediarsi se non creando, come si è visto, una « competenza spaziale suppletiva » a beneficio della legge del foro. Il giudice può creare una spazialità suppletiva per la *propria* legge, non già per quella *straniera*⁷²³.

dunque una « source de jouvence qui ne cesse de produire de nouvelles précisions spatiales », e, come tale, « une des idées les plus fécondes que le droit ait jamais produites ».

⁷²² *Ius gentium*, p. 46-47: « La situation est effectivement scabreuse », e ciò perché « le spatial français se trouve finalement régi par la loi britannique, ce qui est impossible, comme nous l'avons démontré ci-dessus ».

⁷²³ *Op. cit.*, p. 48: « On se rappellera que, selon la doctrine spatiale, le juge peut créer de nouvelles spatialités *fori*, mais il ne peut pas toucher aux spatialités étrangères ». L'idea di una « competenza suppletiva » della *lex fori* come conseguenza della rinuncia ad applicarsi da parte della legge straniera designata coincide in pratica con l'idea del « règlement subsidiaire » avanzata da LEREBOURS-PIGEONNIÈRE nelle sue *Observations sur la question du renvoi*, apparse in *Clunet* nel 1924 (p. 877 s.). Se, come probabile, Pilenko già vi era pervenuto nel suo *Saggio* del 1911, il merito

Il secondo caso di conflitto è più raro e di esso la dottrina non si è ancora occupata⁷²⁴. Tale caso si verifica, per esempio, quando la norma di d.i.p. riconosce competenza alla legge danese, che non la reclama, e non la riconosce alla legge britannica, che la pretende. Ragionare in termini classici, cioè applicare la legge danese e non la legge britannica, creerebbe un « imbroglio giuridico », a tutto danno degli interessi reali delle parti coinvolte, e ciò al solo e deprecabile fine di rimanere fedeli ad una teoria arbitrariamente costruita.

110. Insomma – conclude Pilenko – ogni volta che fra le norme di conflitto e le norme spaziali abbia a sorgere un'inconciliabilità, sono le prime che cedono alle seconde. Le norme di conflitto funzionano se, e soltanto se, non sono in contrasto con le norme spaziali. La dottrina classica, che pure pretende fondarsi sulle norme di conflitto, è in realtà guidata dalle norme spaziali, con le quali è bene dunque che inizi a familiarizzarsi, dal momento che – vaticina il nostro⁷²⁵ – « l'avvenire di tutto il diritto internazionale privato si edificherà proprio su di esse ».

Ma qual è allora il ruolo delle norme di conflitto? Esso è in definitiva, per Pilenko, alquanto *ridotto*, perché i conflitti che queste norme sono chiamate a risolvere sono rari. Trattandosi di un cittadino francese che vuole prendere per moglie in Francia una cittadina italiana, l'insegnamento corrente ritiene che si sia in presenza di un esempio tipico di « conflitto di leggi ». Nel suo sistema, la capacità non potrà che essere retta dalla legge francese, perché la norma spaziale francese è la *sola* a dichiarare competente la legge, francese appunto, cui aderisce, con cui fa tutt'uno. Dov'è, allora – interroga Pilenko – il conflitto?⁷²⁶ Un conflitto è « uno scontro fra due pretese opposte »⁷²⁷. Come si può essere in conflitto con... nessuno? Le norme spaziali hanno *prevenuto* il conflitto⁷²⁸. Lo stesso è a dirsi del caso della capacità della nubenda italiana, che sarà regolata dalla legge italiana⁷²⁹. Per ciò che attiene ai c.d. « conflitti negativi », che per esempio colpiscono

dell'antioriorità della « scoperta » andrebbe ascrivito al nostro autore (anche se VON BAR aveva per vero già avuto un'intuizione analoga: *supra*, nota 300).

⁷²⁴ Pilenko sembra qui trascurare il « rinvio oltre », che era già venuto all'attenzione della dottrina europea (v. del resto le discussioni in seno alla Commissione per la riforma del Codice civile, *supra*, para. 85 s.).

⁷²⁵ *Rev. hell.*, p. 319 e 346; cfr. anche *Ius gentium*, p. 40.

⁷²⁶ *Ius gentium*, p. 52.

⁷²⁷ *Op. cit.*, p. 50: « Tout conflit est un choc entre deux prétentions opposées » (v. passaggio citato *supra*, note 712-713).

⁷²⁸ Parlare di conflitto – secondo l'A. – era possibile tutt'al più nel XVII secolo, in un'epoca in cui si muoveva ancora dall'assunto che la legge del foro fosse applicabile a tutti i processi celebrati nel foro: ma tale presunzione pare ormai essere sparita dall'inconscio stesso dei giudici (*op. cit.*, p. 52).

⁷²⁹ Chi ragioni in termini classici – dice l'A., aprendo « une très grande parenthèse » – obietterà: certo, ma se si arriva alla legge italiana, non è perché questa *voglia* applicarsi, ma perché lo vuole la norma di conflitto del foro. Vi è insomma sempre un « filo d'Arianna » che conduce alla norma straniera. Ora, replica Pilenko, tale obiezione è valida finché il diritto spaziale si troverà ad uno stadio embrionale di sviluppo. Se e quando opererà la massima *iura novit curia* anche rispetto al diritto straniero,

la capacità di un britannico domiciliato a Parigi, vi è, si è detto, un vuoto giuridico, da colmarsi costruendo una spazialità suppletiva del diritto del foro. Neppure qui si può, per l'autore, parlare di conflitto: sarebbe come sostenere – ironizza l'autore – che esiste una « guerra negativa fra due Paesi perché si trovano in pace »⁷³⁰.

Se il nubendo è cittadino francese domiciliato in Scozia, il conflitto *esiste* in effetti: ma il diritto spaziale francese evita che ce se ne debba occupare, cioè insomma prevale la *lex fori*⁷³¹. Vi è però da riconoscere – ammette l'autore – che il metodo spaziale è impotente nel caso di *conflitto positivo fra due legislazioni straniere*. Ecco isolato, e circoscritto, il compito delle norme di conflitto. Il che non significa – ammonisce l'autore – che, per rimediare a questo solo tipo di conflitto, occorra disfarsi del metodo spaziale, che, come si è visto, aiuta a scongiurare tanti altri. Come operare, allora, in questo caso di « conflitto positivo »⁷³²? Pilenko è per vero alquanto vago sul punto, accontentandosi di accennare ad una « generalizzazione » eventuale delle norme spaziali⁷³³. Non si nasconde la grande complessità del problema, osserva che la scuola classica conosce anch'essa tali conflitti positivi e dichiara di non possederne ancora la soluzione⁷³⁴: gli è che le « vere norme di conflitto non sono ancora state costruite fino in

il giudice, dovendo conoscere la legislazione di tutti i Paesi del mondo, arriverà al diritto italiano perché sarà in grado di procurarsi la conoscenza, come della norma *materiale* italiana, così anche della norma *spaziale* italiana, che rivendica l'applicazione della legge italiana. Di fronte a giudici meno evoluti, il diritto italiano sarà invocato dall'*interessato*, il quale gli dirà: « ecco qui la legge che si dichiara competente per accordarmi il diritto che rivendico ». Nell'uno e nell'altro caso, alla legge straniera si giunge per il tramite delle relative norme *spaziali*. Non v'è bisogno – conclude – di alcuna norma di conflitto, di nessun « filo d'Arianna ». Certo, « la tâche du juge, ainsi comprise, ne sera pas facile: mais rien de ce qui comporte l'application des lois étrangères ne peut être simple » (*op. cit.*, p. 52).

⁷³⁰ *Op. cit.*, p. 53: « Une fois de plus – incalza l'A. – où est le conflit? Quelles sont les lois qui s'opposent l'une à l'autre? Comment peut-il se produire un conflit, c'est-à-dire un choc pour un cas d'espèce que personne ne cherche à s'approprier? ».

⁷³¹ *Op. cit.*, p. 53: « Cette fois-ci le conflit existe réellement, mais l'application du spatial français prévient la nécessité de s'en occuper »; cfr. WIETHÖLTER, p. 29.

⁷³² Pilenko parla di « doubles conflits positifs des lois étrangères » (*op. cit.*, p. 54: ci sfugge – lo confessiamo – perché il « conflit positif » sia « double »).

⁷³³ Vedi anche WIETHÖLTER, p. 25, nota 6, dove si legge che « Pilenko darauf verzichtet, den logischen Hergang zu erläutern »; ed ancora a p. 34: dove parla di « von Pilenko nicht näher erläutertes Verfahren ». Il punto critico è in *Ius gentium*, p. 55, laddove l'A. parla del « legame logico » che esiste fra i due metodi, il quale permette di passare dall'uno all'altro e viceversa. Tale passaggio si opera attraverso una « concretizzazione » delle norme di conflitto ed una « generalizzazione » delle norme spaziali. L'autore ha – ci sembra – voluto dire questo: è più facile *generalizzare* una norma concreta, che non *concretizzare* una norma generale. Cioè, se ben interpretiamo: è più facile muovere da una norma unilaterale per arrivare ad una norma di conflitto anziché muovere da una norma di conflitto per arrivare ad una norma spaziale.

⁷³⁴ *Op. cit.*, p. 54, nota 13: « L'école classique, elle aussi, connaît les doubles conflits de législations étrangères et ne craint pas d'avouer qu'elle ne possède pas encore des solutions définitives pour ces situations particulièrement compliquées ». Pilenko riproduce la seguente affermazione di NIBOYET,

fondo »⁷³⁵. Né forse se ne può volere al nostro, il cui intendimento primo era dimostrare che i due metodi, unilaterale e bilaterale, hanno compiti diversi e che sono l'uno e l'altro necessari in un sistema evoluto di diritto internazionale privato⁷³⁶.

§ II. – Alcuni rilievi critici

SOMMARIO: – 111. Le perplessità suscitate dal sistema di Pilenko. La bilateralizzazione per risolvere i conflitti positivi. – 112. (segue): L'inscindibilità delle componenti della norma; la presunta violazione di essa. – 113. (segue): Volontà d'applicazione *primaria* e *suppletiva*. – 114. Replica ad alcune critiche rivolte all'unilateralismo di Pilenko.

111. Il sistema di Pilenko rappresenta, si è icasticamente detto, « una miniera di idee stimolanti »⁷³⁷. Eppure sono pochi gli autori che si sono cimentati in un'analisi puntuale di esso, due soli, possiamo dire: Wiethölter e De Nova⁷³⁸. Proviamo ad esaminare, con loro, le riserve che il sistema di Pilenko suscita.

Travaux, IV, p. 775, circa la legge applicabile agli effetti del matrimonio fra due coniugi aventi nazionalità straniera diversa: « Cette question est d'une complexité telle, qu'elle ne peut être résolue législativement; il convient de laisser au juge le soin de trancher dans chaque espèce ».

⁷³⁵ *Op. cit.*, p. 59: « les vraies polyvalences n'ont pas encore été construites jusqu'au bout ».

⁷³⁶ « Chacune d'elles (= méthodes) a son propre domaine d'application. Elles ne sont pas identiques. L'une ne peut pas remplacer l'autre. Une règle monovalente n'est pas applicable aux conflits; une règle de conflit ne donne pas de réponse immédiate à une question d'application de la loi *fori* » (*op. cit.*, p. 55). Perché allora ridurre il campo d'applicazione del metodo classico, che l'autore sarcasticamente denomina « del filo d'Arianna » (*op. cit.*, p. 53), a profitto di quello « spaziale », se le soluzioni cui si perviene sono, in definitiva, le stesse? Per – risponde l'autore – diverse ragioni (enumerate alle p. 56-58: seguiremo un ordine di nostra scelta; cfr. WIETHÖLTER, p. 32-33). (i) In primo luogo, ogni decisione circa l'applicazione della *lex fori* o della legge straniera è sempre basata su una *norma spaziale*. Spesso – ma meno spesso – interviene anche una *norma di conflitto*. Utilizzando la norma spaziale, si previene una serie di conflitti che la dottrina classica è costretta a risolvere appunto come conflitti, con tutte le difficoltà che ciò comporta. (ii) In secondo luogo, il metodo unilaterale non conosce, come si è visto, né il problema dell'*ordine pubblico*, né il problema del *rinvio*, né la questione dei *conflitti di qualificazione* o dei *criteri di collegamento*. Riguardo a questi ultimi conflitti, infatti, applicando tale metodo, il giudice, quando dà efficacia al diritto del foro, può impregnarsi nell'atmosfera di quest'ultimo – comprensivo delle sue norme spaziali e delle sue qualificazioni –, e non deve porsi ed affrontare alcun problema di diritto straniero; quando si trasporta sul campo del diritto straniero, si troverà allora nell'atmosfera di quest'altro diritto e di questo soltanto, anche qui, con le sue norme spaziali e le sue qualificazioni, e non dovrà occuparsi più della qualificazione *lege fori*. (iii) Infine, la competenza dello Stato a porre norme spaziali non è dubbia, mentre è contestata per le norme di conflitto. Se anche la si ammette, si tratterebbe di un « sostituto », di un *Ersatz*, che come tale è passeggero, fragile e scientificamente non corretto.

⁷³⁷ WIETHÖLTER, p. 120.

⁷³⁸ WIETHÖLTER, in particolare p. 43-77; quanto a DE NOVA, l'illustre A. scrisse a Pilenko due lettere, datate rispettivamente 30 maggio 1954 e 9 giugno 1954, pubblicate su *Diritto Internazionale*, 1959,

Non è chiaro – per De Nova – se Pilenko stia offrendo una chiave di lettura del diritto positivo ovvero una proposta *de lege ferenda*. Il rilievo pare condivisibile, anche se in alcuni momenti, come si dirà, specie a proposito dell'ordine pubblico e del rinvio, sembra che Pilenko desideri rendere ragione innanzitutto del diritto vigente⁷³⁹. Questa ambiguità di fondo è responsabile del mancato chiarimento di un punto essenziale: le norme di d.i.p. *attuali* che cosa sono: norme di conflitto o norme spaziali? Gli esempi formulati da Pilenko inducono a ritenere ch'esse debbano intendersi innanzitutto quali norme *spaziali*, seppure imperfette. Ma se è così, le norme di conflitto, *come* devono essere? Su tale questione – si tratta della soluzione dei conflitti *positivi* fra leggi *straniere*, il solo compito che Pilenko assegna alle norme di conflitto – il nostro è, si è visto, alquanto evasivo. Wiethölter riferisce che, in un manoscritto non pubblicato, e consegnatogli da Pilenko stesso poco prima della sua scomparsa, questi avrebbe ribadito la sua preferenza appunto per « la legge di quello Stato le cui norme spaziali sono più simili a quelle del foro »⁷⁴⁰. La quale soluzione si risolve per lo più, come osserva Wiethölter, in una « bilateralizzazione » del criterio di collegamento scelto dal foro⁷⁴¹. Se è così, si comprende lo scetticismo dell'autore tedesco circa il preteso progresso pratico garantito dal sistema di Pilenko: se la norma di conflitto è *identica* alla norma spaziale del foro – se cioè il criterio di delimitazione funge anche da criterio di soluzione del conflitto –, allora, per risolvere i problemi cui l'unilateralità dà luogo si ripara nella bilateralità⁷⁴². La mente corre al paradosso di Burckhart⁷⁴³: dove l'unilateralismo è

p. 199 s. All'origine di esse vi fu l'invio, da parte di Pilenko a De Nova, del suo studio pubblicato in *Ius gentium*. Nella lettera di accompagnamento del 14 maggio 1954, pubblicata anch'essa in *Dir. int.*, 1959, p. 198, si leggono fra l'altro queste parole (la traduzione è di De Nova stesso): « Mi rivolgo ad un certo numero di rinomati cultori italiani del d.i.p.: ci sarà fra di essi qualche studioso di buona volontà che mi voglia spiegare dove, in che senso e come mai io mi sia sbagliato? ». De Nova confessò a Pilenko avergli provocato la lettura del suo studio « molto interesse ed altrettante perplessità », e formulò alcune osservazioni critiche. Pilenko ringraziò De Nova, i cui commenti, fra tutti quelli ricevuti, dichiarò essere stati per lui i « più istruttivi ». V. anche di DE NOVA, *Historical Introduction*, p. 586-587. Una recensione dell'articolo di Pilenko si rinviene in *RabelsZ.*, 1955, p. 597-600, ad opera di NEUHAUS.

⁷³⁹ DE NOVA, *Dir. int.*, p. 200; è vero che PILENKO, *Dir. int.*, p. 201, rispose: « non deve esserci il minimo dubbio: il mio saggio è strettamente *de lege ferenda* », ma tale spiegazione ci pare ben riduttiva, dal momento che non mancano momenti in cui egli mostra orgoglioso l'attitudine del suo sistema a spiegare aspetti del diritto vigente (v. *infra*, para. 114).

⁷⁴⁰ WIETHÖLTER, p. 30 (« dont les spatialités sont basées sur des principes les plus proches de ceux qui régissent les spatialités fori »).

⁷⁴¹ WIETHÖLTER, p. 58 (« Flucht zur h.L. von den allseitigen Kollisionsnormen »). Insomma, grosso modo, la stessa norma, lo stesso criterio di collegamento, avrebbe in pratica una *duplice* funzione: quella di delimitare la sfera d'applicazione delle norme interne, e quella di risolvere un conflitto fra due leggi straniere, per le quali le rispettive norme spaziali rivendicano competenza. Nella medesima disposizione troverebbero dunque posto *due* distinte norme: una norma unilaterale e una norma di conflitto.

⁷⁴² WIETHÖLTER, p. 67-68: riguardo a quella che l'A. definisce la *Grundnorm 2* del sistema di Pilenko, secondo cui, laddove una sola legge vuole applicarsi, questa è applicata da ogni e qualsiasi giudice

in grado di operare da sé, i risultati sono in definitiva largamente coincidenti con quelli assicurati dal bilateralismo (pur se corretto dal rinvio, indietro ed oltre), e dunque non se ne vede bene il merito pratico; dove invece il bilateralismo incontra difficoltà, cioè appunto nei casi di conflitti positivi, l'unilateralismo non riesce a trarlo d'impaccio, ché anzi cerca rifugio proprio in esso⁷⁴⁴.

112. De Nova non riesce neppure persuaso dalla presunta *inscindibilità*, per lo Stato del foro, delle tre componenti (spaziale, materiale, temporale) della norma giuridica di un altro Stato, non vedendo perché un legislatore non possa utilizzare a propri fini, cioè estendendoli a fattispecie non ricomprese dalla norma spaziale d'origine, i « materiali normativi » elaborati da un altro legislatore⁷⁴⁵. Si tratta di nodo assai delicato. Pilenko, in effetti, dà per postulata questa inscindibilità, contentandosi di rilevare che applicare una norma straniera dov'essa *non vuole* applicarsi sarebbe una *violazione* di tale norma. Così com'è formulata, l'affermazione desta perplessità. Come il legislatore di uno Stato, quando adotta una nuova legge, può ben ispirarsi alla legge di un altro Stato, « importandone » il contenuto, e rendendola applicabile a fattispecie da lui autonomamente scelte, senza per ciò « violare » la norma straniera, una « violazione » non può neppure

degli Stati interessati, Wiethölter scrive: « Für diese Fälle (...) ist Pilenko zuzugeben, dass seine Lösung rechtspolitisch vernünftiger erscheint »; e coglie l'occasione per dimostrare che la conclusione di NEUHAUS, *Besprechung*, p. 599, secondo cui Pilenko « den Entscheidungseinklang verfehlt oder nur auf Kosten einer sachgerechten Entscheidung erzielt » non è, nella sua generalità, corretta (« trifft in dieser krassen Formulierung nicht zu »); anzi, per Wiethölter, « gebührt dann dem möglichen Entscheidungseinklang der Vorzug, d.h. das Ergebnis, zu dem Pilenko gelangt, müsste auch allgemein von einem System allseitiger Kollisionsnormen angestrebt werden » (p. 69).

⁷⁴³ BURCKHARDT, *Über die Allgemeingültigkeit des internationalen Privatrechts*, p. 279, nota 18.

⁷⁴⁴ Cfr. WIETHÖLTER, p. 75-76. Ad un risultato praticamente più soddisfacente il sistema unilaterale di Pilenko sembra approdare almeno in un caso, raro ma possibile, quello in cui due Stati A e B si rinviavano mutualmente la competenza, e lo Stato C la pretende per sé. L'unilateralismo impone qui ai giudici di tutti e tre gli Stati di ritenere applicabile la legge di C, esito che pare francamente migliore (così, sembrerebbe, anche WIETHÖLTER, p. 69) rispetto a quello cui si perviene mediante la bilateralità con rinvio (in una delle sue forme, ma la medesima per tutti e tre gli Stati) che condurrebbe i giudici dei tre Stati a ritenere ciascuno applicabile una legge *diversa*. Si tratta, spiega Pilenko, di un vantaggio innanzitutto per le *parti* (*Ius gentium*, p. 48), la cui natura non specifica: viene fatto di pensare alla certezza che deriva loro.

⁷⁴⁵ DE NOVA, *Dir. int.*, p. 199-200: « L'assioma da cui Lei parte, che cioè la norma è una monade *inscindibile*, composta di contenuto, limite temporale e limite spaziale (...) non mi persuade (...). Non vedo perché (giuridicamente) una norma non possa essere *costruita* da un sistema giuridico anche mediante elementi tratti da altri sistemi giuridici. La *lex fori* costruisce la propria norma-monade per conto proprio e come le pare, anche attingendo al "materiale normativo" presente in altri diritti e manipolandolo, se occorre ». Così anche NEUHAUS, *Besprechung*, p. 599: « Grundsätzlich ist die Meinung, dass der räumliche Anwendungsbereich jedes Gesetzes nur von seinem eigenen Gesetzgeber bestimmt werden könne, ebenso einseitig und daher falsch ». Secondo Neuhaus vi sarebbero infatti norme « international disponible », cioè norme « die von einem ausländischen Gesetzgeber oder Richter ebensogut wie von den beteiligten Privatpersonen im Wege der Rechtswahl angezogen oder ausgeschlossen werden können » (*op. cit.*, *loc. cit.*).

sussistere se tale importazione avviene a mezzo delle norme di d.i.p.⁷⁴⁶ Anzi, dare efficacia ad una norma straniera al di fuori del suo campo d'applicazione, del suo ambito di *imperatività*, ed in virtù della sola *razionalità* del suo contenuto normativo⁷⁴⁷, lungi dall'essere una *violazione* di tale norma, parrebbe piuttosto un riconoscere appunto l'opportunità e la saggezza delle scelte legislative che la ispirano⁷⁴⁸.

Il concetto di *violazione* pare allora inappropriato? Non è forse escluso che si possa attribuire ad esso, per via traversa, un certo significato. Wiethölter chiede provocatoriamente perché il *non* applicare una norma giuridica quando questa *vuole* essere applicata *non* rappresenti invece alcuna violazione di essa⁷⁴⁹. Uno Stato, lascia intendere Wiethölter, tiene più all'*applicazione* della sua norma ai casi in cui *vuole* essere applicata, piuttosto che alla *non-applicazione* della sua norma ai casi in cui *non vuole* essere applicata. Se si può parlare di una violazione laddove la sua volontà *negativa* non viene rispettata, si deve *a fortiori* parlare di violazione laddove non lo è la sua volontà *positiva*. Il rilievo non ci pare senza fondamento. Ad esso si può tuttavia rispondere – con certa autorevole dottrina⁷⁵⁰ – che non applicare una norma quando vuole applicarsi costituisce *effettivamente*, in certa misura, una « violazione » di tale norma. Solo che, se tale non applicazione avviene a beneficio dell'applicazione di un'altra norma che pure vuole applicarsi, e segnatamente quella del foro, si tratta di una violazione *necessitata*⁷⁵¹, e quindi in qualche modo *scusabile*, perché una delle due norme deve sacrificarsi, ed è legittimo che il giudice, ottemperando al comando del suo legislatore, salvi la propria. Se è così, si comprende meglio il senso del concetto di « violazione »: applicare una norma che *non* vuole essere applicata non ne costituisce di per sé una violazione ma

⁷⁴⁶ Cfr. DE NOVA, *Dir. int.*, p. 200.

⁷⁴⁷ La distinzione fra « élément impératif » e « élément rationnel » è mutuata da BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, p. 110 s., il cui anno di pubblicazione, il 1956, è quello stesso della pubblicazione del saggio di Wiethölter.

⁷⁴⁸ Cfr. WIETHÖLTER, p. 93: « Eine Anwendung ausländisches Rechts in Fällen, in denen dies in dem betreffenden Ausland nicht angewandt worden wäre, ist nicht nur kein Eingriff in die Souveränität, sondern sie vergrößert noch den Anwendungsbereich dieses Rechts in einem Masse, das zwar nicht vorgesehen, das aber auch nicht missbilligt werden kann. Denn welcher Staat würde es nicht begrüßen, wenn auf der ganzen Erde nur sein materielles Recht Geltung hätte » (corsivo nostro).

⁷⁴⁹ WIETHÖLTER, p. 90.

⁷⁵⁰ AUDIT, *La fraude à la loi*, p. 32: « L'application d'une loi déterminée à une situation qui comporte également des liens avec d'autres Etats constituerait dans une certaine mesure une violation des lois de ceux-ci »; ora, tale violazione ci pare tanto più forte e tanto meno tollerabile quanto più gli Stati le cui norme vengono messe da canto hanno dichiarato di volerle applicare alla fattispecie.

⁷⁵¹ AUDIT, *op. cit.*, p. 29: « Le conflit est ici un *vrai conflit*, avec cette conséquence que, l'une et l'autre loi ayant un intérêt à s'appliquer, la violation de l'une par application de l'autre est *inévitabile* » (corsivo dell'A.).

impedisce che si dia efficacia ad un'altra norma che, da parte sua, voglia essere applicata, il che ne costituirebbe sì una violazione⁷⁵².

113. Il sistema di Pilenko presenta – crediamo – un più grave difetto. Ché egli non riesce a spiegare perché non possa nel foro darsi efficacia ad una norma straniera applicabile in virtù di quella che chiama la *competenza suppletiva*. L'autore insiste su ciò che non è possibile *costruire* una competenza suppletiva per le leggi straniere. Ma qui non si tratterebbe di costruire tale competenza, ma semplicemente di *rispettarla*, qual essa proviene dall'ordinamento straniero. Applicare, ad una data fattispecie, la norma di uno Stato straniero quando il giudice straniero di tale Stato l'avrebbe pure applicata, seppure in virtù di una competenza suppletiva, non può ragionevolmente dirsi costituire – se ne converrà – una *violazione* della norma straniera, ché questa viene anzi, dal giudice straniero, rigorosamente osservata nella *pienezza* della sua competenza spaziale, « primaria »⁷⁵³ – per dir così – e « suppletiva ». Si comprende dunque come Wiethölter, dopo averla volta e rivolta per esaminarne tutte le sfaccettature, concluda che la « formula » postulata da Pilenko secondo cui « non si deve applicare la legge che non vuole applicarsi » è inaccettabile. Non si può – secondo il critico tedesco – parlare di una vera e propria « volontà di non applicazione » della legge di uno Stato. Quando l'applicazione di una legge a certe fattispecie *non* è espressamente prevista, non è possibile dedurne per ciò stesso un *rifiuto* della legge d'applicarsi ad esse⁷⁵⁴. V'è, come contiamo di illustrare⁷⁵⁵, una gran parte di verità in questa conclusione. Il che è del resto dimostrato esemplarmente dal *rinvio*, cioè da quella « competenza suppletiva » che Pilenko avverte il bisogno di costruire. La quale avrebbe però dovuto condurlo a rivedere il suo postulato di base: se il giudice del foro applica una sua norma ad una fattispecie internazionale, seppure in virtù di una « competenza suppletiva » della sua legge, è perché questa *vuole* applicarsi, seppure suppletivamente, altrimenti il giudice *violerebbe* davvero la sua norma. Ma se è così, il fondamento del sistema di Pilenko risulta scardinato. E Wiethölter ha buon gioco a dire che tale « competenza suppletiva » è un corpo estraneo, cioè incoerente con il postulato di fondo, oltre che arbitraria, perché favorisce la legge del foro⁷⁵⁶.

⁷⁵² Simile è, del resto, la spiegazione avanzata da HOLLEAUX, FOYER, DE LA PRADELLE, p. 332, contro la « bilateralizzazione » del criterio di collegamento delle *lois de police*: v. *infra*, para. 220 s.

⁷⁵³ Di « volonté primaire d'application » parla efficacemente AUDIT, *Cours général*, p. 240.

⁷⁵⁴ WIETHÖLTER, p. 93: « Hier erweist sich, dass die Formel *Recht, das nicht angewandt sein will, darf nicht angewandt werden*, sogar schief ist. Von einem Willen des Rechts, überhaupt nicht angewandt zu werden, kann keine Rede sein. Das Recht sieht lediglich selbst die Anwendung unter bestimmten Umständen eines Falles vor. Darin ist aber ein Wille, unter anderen als den bestimmten Umständen dieses Falles ebenfalls nicht angewandt zu werden, nicht enthalten ».

⁷⁵⁵ V. *infra*, para. 301-307.

⁷⁵⁶ WIETHÖLTER, p. 61, per il quale la costruzione di una « compétence supplétive » è systemfremd, willkürlich, starr und ermöglicht Entscheidungen, die von der Zufälligkeit der Wahl des Prozessortes abhängen ». Inesatto è però affermare, a proposito del rinvio indietro, ch'esso sia

114. Altre riserve evocate dai contraddittori di Pilenko paiono meno plausibili. Si è rilevata la complessità della determinazione dell'efficacia spaziale delle norme del foro da parte del legislatore⁷⁵⁷. Si è però tentati di rispondere che, per Pilenko, le norme di diritto internazionale privato attuali *già* determinano l'efficacia spaziale rivendicata dal diritto del foro, seppure in modo spesso soltanto imperfetto (sicché si deve talvolta ricorrere all'ordine pubblico per correggere, maggiorandola, tale sfera d'efficacia): l'invito ch'egli rivolge al legislatore è semmai di riflettere appositamente sul campo d'applicazione internazionale delle sue norme, anziché lasciare che lo faccia il giudice, a mezzo dell'ordine pubblico. Si è inoltre additato il pericolo della « deriva nazionalistica » cui un sistema unilaterale condurrebbe⁷⁵⁸. Il consentire ad ogni Stato di scegliere da sé la propria sfera d'applicazione senza preoccuparsi di quella che esso viene per questa via a riservare agli altri Stati rischia di legittimare eccessi d'ogni sorta. Anche qui si tratta di questione delicatissima, il rischio di « legefiorismo » essendo senz'altro, almeno in parte, responsabile della diffusa ostilità che l'unilateralismo suscita ancor oggi. Ma anche qui Pilenko pare volere fornire piuttosto una chiave interpretativa del d.i.p. attuale che non suggerirne una modifica radicale: ogni Stato, seppure a mezzo di norme cui affida anche la funzione di risolvere il conflitto di leggi, *già* delimita la sfera d'applicazione della propria legge, e liberamente, seppure, e, in diversi settori, almeno apparentemente – e tocchiamo qui il punto veramente fondamentale, su cui torneremo nella Parte Terza – a mezzo di un solo fattore di collegamento, non più d'uno. Se si conviene che è opportuno che la norma spaziale utilizzi un solo criterio d'applicazione, la paventata deriva risulta esorcizzata⁷⁵⁹.

Si è infine rimproverato al sistema di Pilenko d'essere tributario della « giurisprudenza dei concetti » (*als ganzes begriffsjuristisch*) », di svolgere in sostanza la sua dottrina da

« systemadäquat... und kann Entscheidungen erzielen, die nicht von der Zufälligkeit der Wahl des Prozessortes abhängen »: risolvere il caso di un « conflit négatif de systèmes » con il rinvio indietro significa arrivare esattamente allo stesso risultato cui conduce la « compétence supplétive » di Pilenko, tanto è vero, del resto, che diversi autori spiegano il *risultato* del rinvio proprio come effetto di « règlement subsidiaire ». Se poi ciascuno Stato accetta il rinvio indietro, la legge applicabile dipende dalla scelta del giudice.

⁷⁵⁷ DE NOVA, *Dir. int.*, p. 199.

⁷⁵⁸ DE NOVA, *op. cit.*, p. 200: « Allo stato delle cose, la Sua tesi, che parte ed insiste sulla determinazione della sfera d'efficacia spaziale del diritto nazionale, può rafforzare la tendenza nazionalista nel diritto, nel senso che le norme sostanziali nazionali si assicureranno... un "grande spazio" ».

⁷⁵⁹ Inoltre, il rischio in oggetto è dovuto a ciò che la legge del foro, secondo Pilenko, non « partecipa » mai al conflitto, ciò che costituisce, a dire di Wiethölter, un'incoerenza, e per tanti altri critici quanto meno una debolezza dell'unilateralismo. Se e nella misura in cui si ammette invece tale partecipazione, come già avevano fatto Schnell (*supra*, para. 21) e Sohn (*infra*, para. 143), la critica perde di valore, perché ciascuno Stato è naturalmente portato a non « esorbitare », una sfera d'applicazione troppo ampia rischiando di divenire inefficace, in quanto sottoposta ad una « riduzione » nel contesto della soluzione del conflitto positivo che essa inevitabilmente provoca. Torneremo su questo punto nodale, rilevato e studiato dall'unilateralismo americano (*infra*, para. 150 s.).

un assioma indimostrato circa la *struttura* della norma giuridica, intesa come tutt'uno inscindibile, senza preoccupazioni di politica legislativa⁷⁶⁰. Si tratterebbe insomma di un sistema formalista, ormai in ritardo rispetto a quella « ricerca degli interessi » (*interessenjuristische Methode*) che aveva contagiato il d.i.p. a partire dagli anni quaranta, con contributi già noti all'inizio degli anni cinquanta. Ebbene, se anche Pilenko non s'è soffermato a spiegare qual è l'interesse di « politica giuridica » dell'unilateralismo, se ne vede un embrione nell'invito rivolto al giudice a ricavare il campo d'applicazione delle norme dal contenuto materiale di esse, e in quello, rivolto al legislatore, a calibrare la norma spaziale il più possibile sulle reali esigenze applicative del diritto interno, al fine di evitare il ricorso all'ordine pubblico⁷⁶¹. E' comunque da rigettare l'estensione di tale critica ad *ogni* unilateralismo, come fa Wiethölter e, sulla sua scia, Schurig trent'anni dopo⁷⁶². Già i primi unilateralisti, lo si è visto, avevano additato nella maggiore attitudine a facilitare il commercio internazionale il pregio dell'unilateralismo, mentre, come taluno ha messo precocemente in luce, i loro critici non hanno saputo giustificare la

⁷⁶⁰ WIETHÖLTER, p. 120 « Der entscheidende Nachteil aber des unilateralistischen Systems ist seine Formelhaftigkeit, Starrheit und Wertungsblindheit »; ed ancora « bringt man diese Feststellung auf eine knappe Formel, dann ist das System einseitiger Normen als ganzes begriffsjuristisch. Ihm fehlt die interessenjuristische Methode ».

⁷⁶¹ Pure l'osservazione conclusiva di WIETHÖLTER (p. 122), secondo cui la bilateralità è da preferire perché « favorisce l'avvicinamento e l'armonizzazione dei sistemi, dal momento che i suoi effetti quotidiani illuminano più chiaramente le difficoltà centrali del d.i.p. » (« wohl lässt sich sagen, dass ein System allseitiger Normen eher als ein System einseitiger Normen den Staaten zur Annäherung und Vereinheitlichung ihrer Systeme Anlass geben könnte, weil seine täglichen Auswirkungen deutlicher in die zentralen Schwierigkeiten des IPR hineinleuchten ») va respinta. L'« applicazione quotidiana » dell'unilateralismo obbliga ad isolare i casi di sovrapposizione di più leggi applicabili, cioè quelle disarmonie che è la « missione principale » del d.i.p. eliminare. Ed è assai significativo che, cinque anni dopo la pubblicazione del saggio di Wiethölter, WENGLER, *General Principles*, p. 385, dopo avere trattato dell'unilateralismo (p. 377 s.: aveva sotto gli occhi in particolare proprio il sistema di Pilenko, il solo unilateralista da lui citato *nominatim*), venga a suggerire (p. 385), nel contesto dello studio della Convenzione dell'Aja per armonizzare i sistemi che seguono il *domicilio* con quelli che seguono la *cittadinanza*, di elaborare un testo « under which each state should declare by *unilateral conflict rules* whether it wishes its own law to be applied, and that a *conventional scale of preferences* for the allocation factors would oblige each signatory state to prefer the claim of the one or the other law if they cannot be applied *simultaneoulsy without contradictions* » (corsivo nostro). Le « unilateral conflict rules » sono le *norme spaziali* di Pilenko, mentre le norme che contengono la « scale of preferences » sono (o dovrebbero essere) le *norme di conflitto* del sistema del professore russo. In epoca recente, seppure con molta prudenza, si è in diversi ordinamenti aperta la via all'applicazione nel foro delle norme d'applicazione necessaria straniera, che sono rese tali da una « norma spaziale », e ciò proprio, si è detto (v. per tutti BONOMI, *Norme imperative*, p. 320 s.: v. *infra*, para. 220 s.), per garantire quell'*armonizzazione* che la bilateralità non garantisce; d'altra parte, si è ormai più volte riconosciuto che l'unilateralismo fa del « coordinamento » il suo obiettivo immediato (v. PICONE, *Cours général*, p. 25 s.), e in ciò si distingue dalla bilateralità « secca » (senza rinvio), che se ne disinteressa. La critica di Wiethölter è, da questo punto di vista, oggi largamente superata.

⁷⁶² SCHURIG, p. 292.

bilateralità se non a mezzo di un vago riferimento alla « natura della cosa » senza richiamarsi ad alcuno dei concreti *interessi* cui Wiethölter accenna⁷⁶³. Vivier – come si è visto – aveva già sviluppato ulteriormente questo punto, in un passaggio breve, ma chiave. Soprattutto, l'unilateralismo americano nasce programmaticamente per rimediare al « formalismo » di certa bilateralità, ed è condizionato dalla preoccupazione di soddisfare nel maggiore grado possibile gli « interessi » statuali e, da svariati decenni, gli « interessi » interindividuali, la cui nozione non cessa d'essere affinata⁷⁶⁴.

§ III. – Elementi di modernità del pensiero di Pilenko

SOMMARIO: – 115. La contiguità con l'unilateralismo americano: nozione di conflitto e distinzione fra « rules of scope » e « conflicts rules ». – 116. G. Jahr e la critica all'assenza di « pluridimensionalità » nella visione bilaterale. – 117. La modernità delle spiegazioni in materia di ordine pubblico e di rinvio.

115. Pur con le sue incoerenze, il sistema di Pilenko non è senza interesse nel quadro dell'evoluzione dell'idea unilaterale. La nozione stessa di conflitto da cui Pilenko ha preso le mosse, cioè quella di uno « scontro fra due pretese contrarie »⁷⁶⁵, è in pratica quella stessa fatta propria da tanta parte della dottrina americana, per la quale si ha conflitto quando due Stati avanzano la pretesa di dare efficacia alle loro leggi riguardo ad un medesimo rapporto (« true conflict »). Se tale situazione non si dà – perché, tipicamente, un solo Stato avanza simile pretesa – non v'è, per Pilenko, come si è visto, né per gli unilateralisti americani, come vedremo, alcun reale conflitto (« false conflict »).

Ma vi è di più. La distinzione fra *norme spaziali* e *norme di conflitto*, del diverso ambito di applicazione e delle diverse funzioni ch'esse sono chiamate a svolgere in un sistema di d.i.p., si ritrova in termini pressoché identici presso alcuni autori statunitensi contemporanei. Distinguendo le *rules of scope* dalle *conflicts rules*⁷⁶⁶, tali autori da un lato, sottolineano l'indubbio « interesse » vantato da ogni Stato alla delimitazione della sfera d'applicazione internazionale delle proprie norme – il sempre maggior numero di

⁷⁶³ AGO, *Teoria*, p. 121.

⁷⁶⁴ E' assai curioso che, per confermare l'inettitudine dell'unilateralismo « als Arbeitssystem für die Bewältigung der neuen Aufgaben [cioè il perseguimento degli « Interessen » che gli sono propri] zu dienen », WIETHÖLTER, p. 121, si richiami qui a Rheinsteins, secondo il quale « auch in den USA (...) sich die Methode der rechtspolitischen Interessenforschung durchgesetzt habe »; curioso perché, per reagire contro il formalismo della bilateralità, e per ricercare ed attuare gli obiettivi profondi del d.i.p., gli studiosi americani ricorreranno proprio all'unilateralismo, e da principio proprio nella versione di esso che è lo *Spatialrecht* proposto da Pilenko, cioè mettendo in luce le « Rules of Scope »: v. *infra*, para. 149 s. e 158 s.

⁷⁶⁵ *Op. cit.*, p. 50: « Choc entre deux prétentions opposées ».

⁷⁶⁶ V. *infra*, para. 149.

norme unilaterali (« spaziali ») nella legislazione statale, profetizzato da Pilenko, viene da essi addotto come prova⁷⁶⁷ –; ed invocano, dall'altro, l'esigenza d'apprestare una soluzione internazionalizzabile ai « veri conflitti ». Se è vero che Pilenko non ha approfondito la nozione di *norma di conflitto*, né l'interazione fra le norme di conflitto del foro con quelle degli altri Stati in conflitto, il suo contributo circa l'individuazione dei due ordini di problemi, nel quadro dell'evoluzione delle dottrine unilaterali, rimane significativo⁷⁶⁸.

116. L'assenza di consapevolezza, nella visione tradizionale del d.i.p., della duplicità della funzione delle norme di d.i.p., è stata rilevata e deplorata di recente da un autore tedesco, Günther Jahr⁷⁶⁹. Il quale constata che il problema della sfera di efficacia internazionale delle norme interne è stato trascurato dalla dottrina, cui obietta che il d.i.p. è provvisto di una *Mehrdimensionalität*, cioè « che ha due compiti diversi, la cui diversità risulta nascosta se i due compiti vengono assolti da un'unica disposizione, la c.d. norma

⁷⁶⁷ Si confronti la seguente constatazione di PILENKO, *Ius gentium*, p. 39-40: « Ce n'est que dans le courant du XX^e siècle que le législateur, assailli par l'intensification des rapports internationaux, commence à introduire, de plus en plus souvent, des dispositions spatiales dans les lois qu'il promulgue. Cette tendance est normale, elle est saine et naturelle; elle doit être encouragée par ceux qui estiment que tout droit mérite une technique législative parfaite. L'évolution du droit spatial ne pourra plus être arrêtée » (corsivo nostro), con quest'altro rilievo di SYMEONIDES, *The American Choice-of-Law Revolution*, p. 366, secondo cui vi sarebbero al giorno d'oggi negli Stati Uniti letteralmente centinaia (« literally hundreds ») di *statutes*, in costante aumento (p. 374), i quali « proclaim that the law of the enacting state shall apply to transactions or events that have certain enumerated connections with the enacting state », cioè « veritable choice of law rules of the unilateral, inward-looking type » (*op. cit.*, p. 369). Ed, ancora, si accostino i seguenti rilievi di PILENKO, *op. cit.*, p. 58: « l'application de la méthode monovalente prévient la formation d'un grand nombre de "conflits" que l'école classique cherche à résoudre comme conflits et qui, en réalité, ne contiennent aucune collision de lois différentes », con quest'altra affermazione di SYMEONIDES, *op. cit.*, p. 369, secondo cui le citate « unilateral rules » sono importanti, oltre che, dal punto di vista teorico, perché « they illustrate unilateralism's intuitive appeal to legislators », dal punto di vista pratico, perché « they expeditiously dispose of hundreds of cases without the need for a laborious judicial choice-of-law analysis ».

⁷⁶⁸ Che poi Pilenko non sia rimasto coerente fino in fondo, perché non seppe, nell'elaborare i principi di soluzione del conflitto, allontanarsi da quelli stessi utilizzati per delimitare la sfera d'applicazione delle norme del foro, è altra questione. Si ha senz'altro ragione quando si dice che un tale ripiego è un « corpo estraneo », come il far prevalere, nei conflitti positivi di cui è parte il foro, ed in ogni caso di conflitto negativo, la legge del foro (WIETHÖLTER, p. 56 s., vi insiste a più riprese). Ma tale critica non vale a far rigettare l'unilateralismo ma è piuttosto un invito a svolgerne con coerenza il potenziale. Approdi più recenti, che ci provengono ancora una volta dagli Stati Uniti, mostrano che l'unilateralismo non solo riesce a superare tale riserva, ma, facendolo, si perfeziona. Con ciò si conferma che l'utilità della critica globale rivolta da Wiethölter all'unilateralismo risiede nell'esortazione rivolta ad esso a sviluppare soluzioni dei conflitti positivi e negativi non solo più soddisfacenti dal punto di vista della politica del diritto (« rechtspolitisch »), bensì anche più coerenti con il postulato di base.

⁷⁶⁹ JAHR, *Internationale Geltung nationalen Rechts, Zur Relevanz internationalrechtlicher Fragestellungen für Praxis und Theorie des Rechts*, RabelsZ, 1990, p. 481 s.

bilaterale »⁷⁷⁰. Il primo ufficio consiste nel precisare la sfera di applicazione nello spazio delle norme dello Stato che le pone⁷⁷¹, il secondo nello stabilire quale diritto straniero ha corso nello spazio lasciato dalle prime. Per Jahr, dunque, come per Pilenko, *due norme distinte* sono necessarie: la prima è una norma che Jahr chiama appunto « unilaterale », che non è una norma autonoma, ma una semplice integrazione della norma materiale (la *Ebenbürtigkeit* di cui parla Pilenko); la seconda è invece una « norma di conflitto ». La visione dominante circa il problema del d.i.p., secondo cui ogni questione può risolversi mediante una norma di conflitto, è, per Jahr, una visione *unidimensionale*, che perde di vista l'altra « dimensione » del d.i.p., la prima, che trascura cioè « il problema dell'estensione internazionale dell'efficacia del diritto nazionale » (cioè, nelle parole di Pilenko, che trascura il « diritto spaziale »), e con essa l'altro compito del d.i.p.⁷⁷². Ne risulta presso Günther Jahr, come presso Pilenko, una rimessa in discussione della concezione dominante, la quale starebbe muovendosi « nella direzione sbagliata »⁷⁷³.

117. Venendo alle concezioni dell'ordine pubblico e del rinvio, Pilenko ha voluto mettere in luce l'apporto dell'unilateralità alla spiegazione del diritto vigente. Mentre la bilateralità è costretta a motivare il ricorso all'ordine pubblico – pur utilizzato di frequenza dai tribunali francesi, le cui decisioni l'autore aveva sotto gli occhi – come *eccezione* alla norma di conflitto, l'unilateralità arriva, almeno talvolta, a giustificarlo senza uscire dal sistema: esiste una « norma spaziale » implicita che reclama l'applicazione della legge del foro. Tale intuizione è stata ripresa da autori recenti, e ne vedremo più oltre la fecondità⁷⁷⁴. Quanto al *rinvio*, Pilenko, come già invero alcuni unilateralisti

⁷⁷⁰ *Op. cit.*, p. 491 s. Secondo Jahr la « Vernachlässigung der Problematik der internationalen Geltung nationalen Rechts » è dovuta al fatto che « wir ein mehrdimensionales Problem lösen wollen, weil wir die Mehrdimensionalität der Aufgaben des IPR mit einem eindimensionalen Begriff von IPR zu erfassen suchen. *Mehrdimensionalität der Aufgaben*, dass heisst, dass IPR *zwei verschiedene Aufgaben* hat, deren Verschiedenheit verdeckt wird, wenn beide Aufgaben in einem einzigen, einer sog. allseitigen Kollisionsnorm, gelöst werden ».

⁷⁷¹ *Op. cit.*, p. 493.

⁷⁷² *Op. cit.*, p. 505: « Solche Eindimensionalität prägt aber auch das heute vorherrschende Verständnis, das einseitige Kollisionsnormen als überholt ansieht und glaubt, alles sei getan, wenn die von Savigny aufgeworfene Frage nach dem Sitz des Rechtsverhältnisses in allseitigen Kollisionsnormen beantwortet sei. Ein Denken, das IPR derart als reines Verweisungsrecht versteht, muss in der anderen Dimension, in umgekehrter Richtung fehlgehen, weil es die Besonderheit der *einen Seite* der allseitigen Kollisionsnormen erkennt, den Geltungsbereich (...) des eigenen materiellen Rechts zu bestimmen und damit für das eigene Recht *Sachnormergänzung* zu leisten ».

⁷⁷³ *Op. cit.*, p. 493, dove inizia la sezione III del citato studio, intitolata « Der Grund der Vernachlässigung der Problematik: ein fehlgehendes Verständnis von IPR ».

⁷⁷⁴ L'idea che, alla radice di numerose applicazioni dell'ordine pubblico fatte dalla giurisprudenza vi sia una diversa norma di conflitto del foro (seppure unilaterale), o comunque un embrione di essa, non è – come Pilenko riconosce – affatto nuova (Kahn l'aveva già messa innanzi), ed è ciclicamente ripresa, ed ancora assai di recente: v. per es. PULJAK, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Aix-Marseille, 2003, p. 309 s., la quale, dopo avere esaminato alcune recenti decisioni francesi (v. *infra*, para. 215), conclude:

tedeschi⁷⁷⁵, mostra che la giustificazione data dal bilateralismo sia al suo *accoglimento* sia al suo *rifiuto* è egualmente difettosa. L'idea che la legge del foro sia competente perché lo « vuole » la norma di conflitto straniera viene indicata da diversi autori come ormai insoddisfacente⁷⁷⁶. Altrettanto poco plausibile è la spiegazione del rifiuto del rinvio: l'invito a « non cedere alla visione straniera del d.i.p. », definito da Pilenko residuo di territorialismo, è venuto in effetti poco a poco abbandonandosi. L'unilateralità aiuta a far giustizia sia dell'una e dell'altra spiegazione, anche se la costruzione della « spazialità suppletiva » va affinata, perché così com'è sa molto di *deus ex machina*, e s'espone a sua volta alle critiche di cui si è detto.

« [d]ans ces hypothèses (...) l'exception d'ordre public international se transforme en une *nouvelle règle de conflit de lois* ayant vocation à se superposer à la règle ordinaire pour en corriger le facteur de rattachement. L'on observe ainsi que la positivité de la règle ordinaire de conflit de lois est mise en cause, *non dans ses effets, mais dans ses éléments constitutifs* » (corsivo nostro). E' – direbbe Pilenko – lo « spatial » che reclama ciò che gli è dovuto: il giudice non ha fatto altro che inclinarsi alla « spatialité française (...) établie par le juge, suppléant aux carences du législateur » (*Ius gentium*, p. 44).

⁷⁷⁵ Specie Keidel, ma anche von Bar e Niedner: v. *supra*, para. 57.

⁷⁷⁶ AUDIT, *D.i.p.*, p. 194.

Sezione III

La dottrina unilaterale di Rolando Quadri

118. Precisatosi lungo l'arco di circa trent'anni⁷⁷⁷, il pensiero di Rolando Quadri ha gradatamente assunto, per coerenza e compattezza, la fisionomia di un vero e proprio sistema⁷⁷⁸. Consegnato alle sue *Lezioni* a partire dalla metà degli anni cinquanta⁷⁷⁹ ma anticipato in diversi scritti anteriori⁷⁸⁰, tale sistema ci appare organizzato attorno ad

⁷⁷⁷ Il primo scritto di Quadri sul « problema centrale » del diritto internazionale privato, denso studio giovanile a lui rimasto singolarmente caro, fu *Funzione del diritto internazionale privato*, apparso in *Archivio di diritto pubblico*, vol. I, Fasc. 2, 1936 (e riprodotto sia nella raccolta curata dallo stesso Quadri, dal titolo *Studi critici di diritto internazionale, Diritto internazionale privato*, vol. I, Milano, 1958, p. 3 s., cui si riferiscono le citazioni qui di seguito, sia nel vol. II, *Diritto internazionale privato e processuale*, dei postumi *Scritti giuridici*, Milano, 1988, p. 4 s.). Il « cammino faticosamente percorso » dall'autore è invece sostanzialmente perfetto con la pubblicazione della quarta edizione delle sue *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1967 (cfr. *infra*, nota 779). In *Funzione*, pur già fortemente polemico nei confronti del pensiero corrente, Quadri difese energicamente la tesi della *duplice funzione* delle norme di d.i.p., opponendola all'« unilateralismo invertito » allora in voga (v. *infra*, nota 783). La parabola scientifica del nostro pare dunque, nel 1936, essere soltanto agli albori. A ben guardare, tuttavia, delle *due* funzioni esplicate dalla norma di d.i.p., quella di delimitazione delle norme interne e quella di richiamo di diritti stranieri, l'A. s'interessò, nel citato lavoro, pressoché esclusivamente alla prima (v. spec. p. 31 s.), negata dai seguaci di tale forma « rovesciata » di unilateralismo.

⁷⁷⁸ Cfr. DE NOVA, *New Trends*, p. 814: « Quadri's system – it is indeed a full-fledged system of thought – is both the most recent and the most original contribution to Italian conflicts theory, and deserves careful examination »; nonché GOTHOT, *Le renouveau*, p. 5, il quale parla di un « système unilatéraliste fort complet et vigoureux », la cui « présentation » è « égale en qualité et en profondeur à celle faite à maintes reprises du système antagoniste »; cfr. anche BALLARINO (*D.i.p.*, 1^a ed., p. 272), il quale ricorda avergli Ehrenzweig rivelato l'impressione che il libro di Quadri rappresentasse « l'unica vera opera di dottrina generale del d.i.p. ».

⁷⁷⁹ La prima edizione delle *Lezioni di diritto internazionale* è del 1955; la seconda, sostanziale riproduzione della prima, è del 1958; la terza, che contiene invece alcune importanti aggiunte (quali l'intero capitolo sull'« ordine pubblico ») è del 1961; la quarta, anch'essa con sostanziali innesti e molti ritocchi, è del 1967; la quinta, ed ultima, che è essenzialmente una riproduzione della quarta, è del 1969. I riferimenti testuali, citati nel prosieguo, devono – quando non diversamente indicato – intendersi fatti all'ultima edizione.

⁷⁸⁰ Decisivi per la « conversione » di Quadri all'unilateralismo, che fu laboriosa e sofferta, furono gli anni compresi fra il 1953 e il 1955. Il 1953 fu l'anno di *Analyse critique du problème des qualifications*, lungo articolo apparso nella rivista egiziana *Al Qanoun wal Iqtisad*, che Quadri – ci piace pensarlo – sentì il bisogno di stendere innanzitutto per sé (non lo ripubblicò in *Studi critici* e lo cita assai di rado, e come con ritrosia, nelle sue *Lezioni*: v. ad es. p. 287), e del quale dunque, più che di ogni altro, deve farsi a nostro avviso una lettura storica. Si tratta infatti, ci sembra di una serie frammentaria ed inorganica di note, dal valore per lo più propedeutico: in esse, ad affermazioni ancora incompatibili con il « credo » unilaterale si accompagnano sia riflessioni in cui già circola una luce nuova, sia alcune intuizioni, mai adeguatamente sviluppate neppure da lui stesso: frutto di quella chiaroveggenza che è data a chi vive una profonda ed intensa inquietudine, intellettuale ed

un'idea-forza, che si irraggia in tutte le sue parti, dando loro senso e consistenza, collegandole e sorreggendole, come un robusto tronco su cui saldamente si innestano le varie ramificazioni⁷⁸¹. Tale idea-forza è che le norme di d.i.p., al di là della particolare redazione letterale che possono storicamente e accidentalmente assumere, spiegano la sola funzione, ed anche questa in modo spesso soltanto imperfetto, di delimitare la sfera di efficacia, anzi di *effettività*⁷⁸², del diritto interno⁷⁸³. Il richiamo dei diritti stranieri è invece compito distinto, per nulla omogeneo rispetto al primo, assolto non già da quelle norme, ma da un principio per lo più non scritto, ma non per questo men positivo, che prescrive l'adattamento dell'ordinamento interno agli ordinamenti stranieri, nel rispetto dunque dell'« autocollegamento » delle situazioni internazionali, quanto meno nella misura in cui tale auto-collegamento sia anch'esso « effettivo ». Il quale principio è del resto coerente con la ragion d'essere delle norme di d.i.p., cioè d'inserire la comunità da cui esse emanano nei circuiti del commercio giuridico trasfrontaliero, garantendo,

emotiva. Nel 1955 Quadri, invece, diede alle stampe la prima edizione delle *Lezioni*, in cui la conversione all'unilateralismo si è già prodotta. Per un rapidissimo, autobiografico schizzo dell'itinerario compiuto da Quadri, v. *Lezioni*, p. 243.

⁷⁸¹ Per penetrare il pensiero dell'A. e seguirlo nel suo svolgimento storico, pare utile la lettura dei suoi tre scritti in tema di teoria generale del diritto: *Diritti acquisiti* (1957), *Introduzione al diritto internazionale* (1965), *Natura del diritto* (1965), raccolti in *Scritti giuridici*, III, p. 569 s.; tutti e tre funzionali alle sue riflessioni sul d.i.p. e i cui approdi arricchiscono le successive edizioni delle *Lezioni*, mediante innesti per vero non sempre del tutto aderenti all'impostazione originaria.

⁷⁸² ANCEL, *Le conflit de qualifications*, p. 144, parla al riguardo di « critères d'efficacité ».

⁷⁸³ Funzione « unilaterale » dall'A. definita « tradizionale » od ancora – con terminologia mutuata dal De Nova (*Lezioni*, p. 67) – « introversa », per distinguerla da quella « rovesciata » od « invertita » od « estroversa », sostenuta con particolare energia da AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934 p. 26 s., e su cui si allineò in sostanza gran parte della dottrina italiana: v. GIULIANO, *Le norme di d.i.p. in tema di navigazione*, RN, 1942, VIII, p. 9 s.; CANSACCHI, *Scelta e adattamento delle norme straniere richiamate*, *Memorie dell'Istituto giuridico della Regia Università di Torino*, XLII, S. II, Torino, 1939, p. 135; BOSCO, *Corso*, 2ª ed., 1937; DE NOVA, *Il richiamo di ordinamenti plurilegislativi*, Pavia, 1940, p. 10; PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, II, *Introduzione al diritto internazionale privato*, 3ª rist., Padova, 1957, p. 63; MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, 12ª ed., Napoli, 1986, p. 19 s. e p. 86; MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio*, Torino, 1964, p. 28 s. La *Teoria* di Ago è bersaglio, talvolta implicito ma non perciò men diretto, di numerosi strali polemici da parte di Quadri tanto che ci pare proprio l'internazionalista lombardo il suo « contraddittore » più costante: v. esemplarmente *Quelques considérations sur la contribution du professeur Wengler au progrès du droit international privé*, *Multitudo Legum Ius Unum, Festschrift W. Wengler*, vol. II, Berlin, 1973, ripubblicato in *Scritti giuridici*, vol. II, p. 748 s. (uno degli ultimi scritti di Quadri in materia di d.i.p., e che sa molto di « testamento spirituale »), in cui Ago è additato come colui che si è sforzato di « réduire en un système cohérent et logique les choses les plus désastreuses qu'avait inspiré un nationalisme juridique faisant totale abstraction des réalités » (p. 753).

secondo l'espressione di cui Quadri orgogliosamente rivendica la paternità⁷⁸⁴, « l'uniformità e la continuità nella vita giuridica internazionale dei soggetti »⁷⁸⁵.

Ciò non significa tuttavia che tale idea-forza, per quanto elaborata in esito ad un percorso indipendente e pressoché solitario⁷⁸⁶, sia per ciò stesso in tutto originale. Ché

⁷⁸⁴ *Lezioni*, p. 301.

⁷⁸⁵ *Lezioni*, p. 244; v. anche GOTHOT, *Le renouveau*, p. 21.

⁷⁸⁶ Cfr. DE NOVA, *New Trends*, p. 814, e GOTHOT, *Le renouveau*, p. 5. Tale indipendenza di percorso scientifico Quadri non manca del resto di rivendicare in luoghi numerosi, con accenti orgogliosi e spesso polemitici (nota è la « scaramuccia » con SPERDUTI, da Quadri – *Lezioni*, p. 301, e prefazione alla 5ª ed. – velatamente accusato di « plagio »; v. per una vigorosa protesta di originalità anche *Natura del diritto*, p. 683). Si comprende l'acuta soddisfazione dell'A. quando può citare « simpatizzanti » della sua idea, o addirittura veri e propri « proseliti »: fra i primi egli annovera CONFORTI, *L'esecuzione delle obbligazioni nel diritto internazionale privato*, Napoli, 1962; BARILE, *Collegamento (criteri di)*, *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, p. 353; CURTI GALDINO, *Il valore della volontà delle parti nel diritto internazionale privato*, Milano, 1964, p. 11, nota 60; fra i secondi BISCOTTINI, *Prospettive del diritto internazionale privato*, Milano, 1968, p. 279 s.; e RUINI, *ibidem*, p. 429, s., i cui contributi al progetto di riforma della codificazione italiana Quadri dichiara di avere letto con « commozione », perché « preannunciano un'era migliore »; nonché CARUSO, *Le società nella comunità economica europea*, Napoli, 1969, p. 158 s. Difficile è invece individuare un autore, fra tutti – e sono numerosissimi – quelli passati in rassegna da Quadri, il cui pensiero abbia in qualche modo fecondato il suo, o per il quale quanto meno egli manifesti la sua ammirazione. Gli è che l'unilateralismo di Quadri si è essenzialmente « auto-sviluppato », generato da un minuto e mai pago sforzo critico compiuto a partire dalle tendenze dottrinali, specie ma non soltanto quelle a lui coeve. Segneremmo comunque GABBA, del quale Quadri bene conosceva, oltre all'*Introduzione al diritto civile internazionale*, 1906, la monumentale *Teoria della retroattività delle leggi*, Torino, 1884-1889 (v. *Lezioni*, p. 152, ma soprattutto *Introduzione al diritto intertemporale*, *Scritti giuridici*, III, p. 595 s.), da lui definito « uno dei più profondi giuristi di tutti i tempi » (*Lezioni*, p. 142), e del quale egli cita, fra l'altro, il seguente passo (che potrebbe avere scritto egli stesso): « applicandosi le norme di d.i.p. delle preleggi del 1865 [leggi: quando le norme straniere designate *non* vogliono applicarsi] non è dubbio che il gius civile internazionale italiano, invece di rispondere al finale scopo del diritto civile internazionale in generale, che è quello di dirimere conflitti di legge nei casi civili internazionali, non farà che suscitargli (...) andando così contro lo scopo che certamente egli si è proposto ». Desta curiosità pure l'elogio che Quadri fece del VAREILLES-SOMMIÈRES, dai più ritenuto « statutario » reativo, per l'A., invece, artefice del « grande ed interessantissimo tentativo » (*La synthèse du d.i.p.*, Paris, 1897, nonché in *Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois*, *Revue critique de lég. et de jurisprudence*, 1893, p. 444 s. e 492 s.) di spiegare il fondamento del d.i.p. sulla base del principio di irretroattività (poiché applicare una legge diversa rispetto a quella sulla base della quale un diritto è stato acquisito all'estero significherebbe darvi efficacia appunto « retroattiva »), spiegazione che esercitò sul nostro una certa suggestione (sulla sostanziale adesione dell'A. alla teoria dei diritti quesiti, v. *infra*, para. 122). Sulle affinità di Quadri con WENGLER, a parte il generico rilievo che si tratta di due pensatori « anti-conformisti » (FRANCESCAKIS, *La pensée des autres*, p. 342) e quello di una « identità » di vedute circa gli scopi del d.i.p. (MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 151), Quadri stesso si compiace di rilevare come anche l'internazionalista tedesco suggerisca al giudice di passare talvolta oltre le « deviazioni » del legislatore e di procedere ad una ricerca libera del diritto applicabile (v. *Lezioni*, p. 67); e, più ancora, come questi abbia mostrato interesse per la dottrina unilaterale (in *The General Principles of Private International Law*, RCADI,

essa è, in ciò che vi è di più genuino e più profondo, assai simile alla convinzione che ha animato il primo unilateralismo, che Quadri denomina « tradizionale »⁷⁸⁷. Il che però nulla toglie all'importanza e alla novità degli apporti dell'opera sua, i quali si ravvisano a nostro parere in particolare in tre momenti del suo percorso intellettuale. Innanzitutto in alcune intuizioni circa le ragioni storiche del nascere, dell'affermarsi e del permanere fino all'epoca contemporanea di un modello di norma di d.i.p. avvertita come essenzialmente difettosa, ed anzi propriamente antipositiva. In secondo luogo, nella messa a fuoco e nell'esplicitazione di alcuni importanti svolgimenti della tesi unilaterale ancora rimasti in ombra presso i primi unilateralisti, ciò che – come vedemmo – valse a questi ultimi diverse censure; svolgimenti che Quadri poté sistemare ed organizzare ragionando, in una sorta di costante contrappunto, sugli orientamenti scientifici correnti, pur ritenuti in vario modo inaccettabili⁷⁸⁸: lo « spirito, si sa, trae alimento dalla contraddizione che, come una sorta di farmaco, lo aiuta a vivere meglio »⁷⁸⁹. Infine, nello sforzo di dimostrazione della positività del metodo unilaterale nei sistemi pur dichiaratamente bilaterali moderni: sforzo che fu ad un tempo stimolato ed agevolato dall'intensa evoluzione vissuta da tali sistemi nel periodo che l'autore ebbe sotto gli occhi, compreso fra gli anni trenta e gli anni settanta del Novecento. Pur provvisto del vigore di una *dottrina*, il sistema di Quadri vuole essere insomma anche una *teoria*, capace di spiegare, almeno in gran parte, il d.i.p. vivente. Dopo averne esposto le linee essenziali⁷⁹⁰ (§ I) ci proveremo in un'analisi critica (§ II).

1964-III, p. 279 s., ma anche, aggiungiamo, in *Internationales Privatrecht*, Berlin, 1981, p. 35 s.) non già rifiutandola nella sua ispirazione, bensì semplicemente suggerendone un perfezionamento (cfr. *Quelques considérations*, p. 747, spec. p. 755 s.). V. *supra*, note 579, 582, 588, 677, 692 e 761.

⁷⁸⁷ Del resto è Quadri stesso a parlare di situazione di semplice « sous-développement » dell'idea unilaterale, quale essa fu elaborata dagli unilateralisti tedeschi (*Quelques considérations*, p. 762). Il che mostra come egli si sia reso conto che l'ispirazione di fondo di questi, nonché i principali e più visibili svolgimenti di tale ispirazione, sono in realtà alquanto simili alla propria. Se dai primi unilateralisti Quadri cerca talvolta di prendere le distanze, è perché egli ebbe del loro pensiero una conoscenza frammentaria e di seconda mano, seppellita dunque da tutti i pregiudizi « tralatizi » che abbiamo mostrato nella prima parte di questo lavoro.

⁷⁸⁸ GOTHOT, *Le renouveau*, p. 5.

⁷⁸⁹ L'immagine è di GOTHOT, *Le renouveau*, p. 6.

⁷⁹⁰ Nella presentazione del pensiero di Quadri, che pure è già stata fatta da diversi autori (oltre a GOTHOT, *Le renouveau*, p. 12 s., in ordine cronologico, KEGEL, p. 229 s.; DE NOVA, *New Trends in Italian Private International Law*, p. 817 s. nonché in *Historical Introduction*, p. 571 s.; ANCEL, *Le conflit de qualifications*, p. 144 s.; GOURDET, *L'effectivité en droit international privé*, p. 25 s.; BALLARINO, *D.i.p.*, 1^a ed., p. 180 s.; SCHURIG, *Kollisionsnorm und Sachrecht*, p. 282 s.; MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 136 s.; PICONE, *Cours général*, p. 5 s.; AUDIT, *Cours général*, p. 235 s.), seguiremo un ordine espositivo di nostra scelta, laddove quello adottato dall'A. pare lasciare talvolta in ombra i nessi fra alcuni momenti importanti del sistema complessivo.

§ I. – Esposizione del pensiero unilaterale di Quadri

SOMMARIO: – 119. L'intuizione circa le origini storiche dell'impostazione bilaterale moderna. – 120. Analisi delle dottrine *internazionalistiche* e critica delle stesse. – 121. Dottrine *nazionalistiche*. La spiegazione « materiale » del richiamo al diritto straniero. – 122. La spiegazione « formale » fornita dalla dottrina dei diritti quesiti e la sua sostanziale correttezza. – 123. La tesi di Quadri sul fondamento del d.i.p.: sua natura « psicologica » e la « teoria dell'aspettativa ». – 124. La teoria unilaterale. La limitata sfera di « effettività » di ogni ordinamento. Le norme di d.i.p. come frammenti di *norma agendi*. – 125. Il richiamo del diritto straniero tramite il « principio dell'adattamento ». – 126. Le ragioni vere della resistenza della dottrina rispetto all'unilateralismo: conflitti positivi e negativi. – 127. Proposte di soluzione di tali conflitti.

119. Quadri muove dalla convinzione che l'« applicazione del diritto straniero oltre la sfera di applicabilità del diritto nazionale »⁷⁹¹ rappresenti un « fenomeno universale ed

⁷⁹¹ L'A. esclude programmaticamente dal d.i.p., e dunque dal campo di indagine tracciato dalle sue *Lezioni*, il c.d. « diritto processuale civile internazionale », e ciò in nome della « natura del tutto diversa » dei problemi di « competenza giurisdizionale internazionale » rispetto a quelli di « competenza legislativa » (*Lezioni*, p. 34). Curioso è rilevare che Quadri, il quale ai conflitti di giurisdizione e al riconoscimento delle decisioni pur dedicò numerosi scritti (fra i tanti, *Giurisdizione nazionale e giurisdizioni straniere*, 1941, *Scritti giuridici*, p. 291; *La giurisdizione sul cittadino nel nuovo codice di procedura civile*, 1941, *ibidem*, p. 307; *Ancora sulla competenza internazionale dei giudici italiani*, 1942, *ibidem*, p. 321), non soltanto definisca le norme sul riconoscimento come « completamento ed integrazione » delle norme sulla legge applicabile (*Lezioni*, p. 34; ed ancora p. 194), ma si sia avveduto del fatto che « il riconoscimento delle sentenze straniere, specie in Italia ove è inibito, in linea di principio, il riesame dell'azione originaria, viene a costituire un limite all'attuazione del sistema di d.i.p. della *lex fori*, realizzato mediante l'immissione nell'ordinamento giuridico del foro di singoli atti di produzione giuridica conformi nel loro contenuto alla sentenze straniere in attuazione dei sistemi di d.i.p. straniere » (*ibidem*; corsivo nostro; v. anche *Lezioni*, p. 263); e che « d'altro lato, non si può e non si deve ritenere » che i sistemi delle norme di conflitto e di quelle sul riconoscimento « siano autonomi nella loro *ratio* e non rispondano ad un qualche concetto unitario e coordinatore » (*Lezioni*, p. 194). Di lì a poco CONDORELLI, *La funzione del riconoscimento di sentenze straniere*, Milano, 1967, spec. p. 7-105, insisterà sull'« unicità di funzione » delle due branche della nostra disciplina. D'altra parte, l'assenza di controllo della legge applicabile, che caratterizza i sistemi di riconoscimento di pressoché tutti gli stati moderni, eccetto in pratica il solo sistema francese (dove tale controllo è per altro contestato da numerosi autori: v. i lavori di ANCEL, *Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères*, *Trav. com. fr. dr. int. pr.*, 1986-1988, e *Les règles de droit international privé et la reconnaissance des décisions étrangères*, *RDIPP*, 1992; v. da ultimo JACQUET, *La fonction supranationale de la règle de conflit*, p. 313), consente dunque l'inserimento nel foro di norme straniere potenzialmente diverse da quelle designate dal foro a mezzo della regola bilaterale. Che questa discrasia rispetto al sistema della legge applicabile possa interpretarsi come concessione all'unilateralismo era già stato prospettato con chiarezza dagli autori francesi, particolarmente da VIVIER, p. 233 (v. anche GOTHOT, *Le renouveau*, p. 432 s.).

insostituibile »⁷⁹², perché universalmente sentita, nel tempo e nello spazio, e dunque insopprimibile, ne è l'esigenza⁷⁹³. Se il d.i.p. è sempre esistito, le *norme* di d.i.p. moderno, nominalmente bilaterali, nonché « tutta l'impalcatura di concetti » che su di esse è stata elevata, sono al contrario il frutto di una deformazione razionalistica del « problema centrale » ad esso relativo, le cui radici affondano in epoca ottocentesca⁷⁹⁴. Gli è che – dice in sostanza Quadri – l'impostazione che ancora oggi si dà al problema fu essenzialmente elaborata dal pensiero c.d. internazionalista, cioè « nel clima creato da Savigny », ancora impregnato di forte universalismo. Questa impostazione si accontentò bensì in origine di spiegare e sistemare il fenomeno del d.i.p.; ma essa è stata presto acriticamente travasata nel successivo pensiero « nazionalistico-codificatorio ». E qui si è inconsapevolmente passati dalla legittima spiegazione del fenomeno ad una vera e propria illegittima (seppure inavvertita) *alterazione* di esso: i tratti fondamentali della disciplina furono sconvolti⁷⁹⁵, si creò una problematica tutta apparente e fuorviante, la quale non mancò di condizionare la legislazione, spezzando la fondamentale armonia delle epoche anteriori⁷⁹⁶.

⁷⁹² *Lezioni*, p. 43-44, dove il d.i.p. è definito « insostituibile » come lo è un diritto civile o penale; il d.i.p. fa parte insomma dello *ius*, necessario *ubi societas*.

⁷⁹³ La storia del d.i.p. – pronostica l'A., con una notazione « piquante » (GOTHOT, *Le renouveau*, p. 26, nota 2) – di cui mancano ancora numerosi elementi, dimostrerà, una volta che se ne possiedano le fila, che all'applicazione del diritto straniero si è in effetti, a dispetto di quanto per lo più si crede, sempre fatto ricorso, forse anzi più in passato che non nell'epoca moderna: *Lezioni*, p. 63.

⁷⁹⁴ *Lezioni*, p. 54.

⁷⁹⁵ L'A. si ispira qui a ZICCARDI, *Il valore del diritto straniero nell'ordinamento nazionale*, Milano, 1946, ripubblicato in *Vita giuridica internazionale, Scritti scelti a cura degli allievi*, Milano, 1992, p. 43.

⁷⁹⁶ *Lezioni*, p. 64 s. Quadri identifica nella giurisprudenza da lui definita « analogistica » (che cioè operò di propria iniziativa la « bilateralizzazione » di un criterio di collegamento in origine unilaterale) relativa alle norme di d.i.p. contenute nel codice civile francese (essenzialmente l'art. 3), l'inaugurazione della « nuova metodologia » e della « nuova problematica » « senza che il diritto positivo ne sia veramente responsabile ». L'A. (spec. *Natura del diritto*, p. 680 s.) fece propria, in teoria generale del diritto, una nozione particolare di « positivismo », di cui è necessario tenere conto al fine di comprendere la genesi e la logica del suo pensiero. Tale « positivismo » egli preferì – data l'equivocità di quest'ultimo appellativo, ormai troppo abusato per indicare una specifica tendenza del pensiero – chiamare « realismo », per distinguerlo dal « normativismo puro », « accolto e diffuso trionfalmente in Italia dal secondo decennio » del Novecento (*op. cit.*, p. 682), che pure è « positivismo », ma degenerato, e contro il quale egli si ribellò. Il programma del « realismo » inaugurato da Quadri è quello di « sviscerare la realtà del fenomeno giuridico qual è (...) e fare giustizia delle astrazioni e dei falsi metodi che hanno impedito alla scienza del diritto di superare la fase primitiva della *magia* che altre scienze hanno da lungo tempo superato », di « sgombrare il campo dalle confusioni che non possono essere più giustificate nel momento attuale » (*ibidem*). Il realismo, insomma, reagendo contro l'appiattimento « feticista » sulle formule legislative, comunque insufficienti e lacunose (tendenza da Quadri spregiativamente designata con il termine di « letteralismo »), e ciò specie nel d.i.p., dove appunto « l'implicite l'emporte de loin sur l'explicite » (*Quelques considérations*, p. 759), ed invitando alla ricerca del diritto più ancora *vivente* che *vigente*

120. Nella comprensione del d.i.p., l'alternativa preliminare, che si presenta quale vera scelta di campo ineludibile, consiste nel determinare se gli interessi in gioco appartengano alla sfera della vita *interstatale* ovvero *interindividuale*⁷⁹⁷. Quadri compie al riguardo una prima classificazione dei vari orientamenti correnti, definendo le dottrine del primo tipo « internazionalistiche », « nazionalistiche » quelle del secondo⁷⁹⁸.

Le prime attribuiscono al d.i.p. la funzione di delimitare le sfere di esercizio delle sovranità statuali, delle quali la potestà legislativa costituisce la più importante

(v. *Lezioni*, p. 171), rende particolari servizi nel campo del d.i.p., in cui, per la « circolarità » tra dottrina e legislazione, quest'ultima, in ossequio alle costruzioni astratte della prima, compie non di rado « veri e propri errori legislativi » (*Lezioni*, p. 172), allontanandosi con ciò dal diritto appunto vivente, il quale deve in questi casi essere ricostruito per interpretazione, muovendo oltre la vuota lettera legislativa alla ricerca dello spirito del sistema e della sua logica profonda (per analoghe considerazioni in tema di competenza giurisdizionale, v. *La giurisdizione sul cittadino nel nuovo codice di procedura civile*, *Studi critici*, 309 s., spec. p. 313, nonché *Ancora sulla competenza internazionale dei giudici italiani*, *ibidem*, p. 323 s., spec. p. 326, e *Diritto intertemporale*, p. 632 s.). Ed è proprio nell'adesione a questa nozione particolare di positivismo che egli si scopre e proclama vicino a Wilhelm Wengler (v. *Quelques considérations*, p. 761-762), nella cui « apologia » si intuisce una chiara apologia di sé: « Une considération superficielle de l'œuvre de Wilhelm Wengler pourra laisser subsister des doutes en ce qui concerne le caractère strictement positif (de iure condito) de ses développements. Si l'on se place sous un angle visuel très limité et que l'on considère suffisantes, dans le domaine des conflits de lois, les techniques usuelles des autres branches du droit, on pourra même conclure que ces doutes sont justifiés. Si au contraire on tente d'avoir une vue d'ensemble, ces doutes disparaîtront dans la mesure où l'application aux systèmes positifs d'une méthode appropriée nous permettra de constater que ces principes ou directives formulés en théorie comme de iure condendo, appartiennent en réalité déjà au domaine du droit positif, car ils ne font qu'exprimer la logique profonde de tout système de droit international privé » (corsivo nostro).

⁷⁹⁷ V. risolutamente *Lezioni*, p. 112. L'A. insiste a più riprese sulla necessaria esistenza di « unità del fondamento e della funzione del d.i.p. » (*Lezioni*, p. 141), che rende illegittimo il frequente accomodarsi degli autori su semplicistiche posizioni « eclettiche » od « anfibe », produttive di « confusione ed anarchia concettuale » (*Lezioni*, p. 112).

⁷⁹⁸ Tale classificazione, pur non conducendo sempre ai risultati « consacrati » in dottrina – la teoria della « *comitas gentium* » è ad esempio considerata dall'A. come internazionalistica, perché « viene in essa in considerazione un'idea che è essenzialmente interstatale » (*Lezioni*, p. 104), laddove essa è dai più (sul punto egli cita MEIJERS, *Histoire*, p. 667, WALKER, *IPR*, p. 4 s., NIBOYET, *Traité*, III, p. 87 s.) considerata nazionalistica – ha a nostro avviso il pregio della chiarezza. La denominazione « nazionalistica » deve evidentemente intendersi qui in un senso tutto particolare (forse la sua sostituzione con « interindividualistica » sarebbe opportuna): non già cioè come tendenza di uno Stato a riguardare il proprio diritto (norme materiali o di d.i.p.) come il migliore e il più giusto, il che porterebbe ad estenderne l'applicazione oltre misura, cioè ad un istinto di « *legeforismo* », all'*Heimwärtsstreben*; quanto piuttosto, su un piano tutto diverso, la convinzione che il problema del d.i.p. sia un problema di *giustizia interindividuale* e non di *giustizia interstatale*; che tale problema non rinvienga dunque una soluzione già bell'e pronta nel diritto internazionale o delle genti, cui non resta agli Stati che uniformarsi; ma che esso possa ed anzi debba risolversi liberamente da parte di ogni singolo ordinamento statale, in una prospettiva cioè *nazionale* e non *internazionale* (né è in contraddizione con ciò il fatto che, per risolvere al meglio tale problema, ciascun Stato senta poi l'esigenza di predisporre soluzioni « concertate » con gli altri).

manifestazione. A queste l'autore ascrive anche l'unilateralismo tedesco⁷⁹⁹ e la dottrina di Niboyet⁸⁰⁰. Il difetto di tali concezioni appare chiaro, secondo Quadri, solo che ci si liberi dalla nozione – ch'egli considera inutile e fuorviante – della sovranità⁸⁰¹. Se si vuole parlare di « sovranità » di una legge – ragiona Quadri – bisogna riconoscere ch'essa non può manifestarsi se non nella sua possibilità di applicazione coattiva, sicché una legge può dirsi *sovrana* soltanto nei limiti del territorio dello Stato che le garantisce, all'occorrenza, una *coercizione materiale effettiva*. Insomma, la delimitazione della sovranità di una legge coincide con la delimitazione territoriale della sovranità dello Stato che la applica, il che impedisce *a priori* ogni possibilità di conflitto⁸⁰². Anche quando viene applicato il diritto straniero, ciò ha luogo dunque nei limiti della sovranità dello Stato del foro⁸⁰³: il diritto straniero è del resto nazionalizzato, anche se rimane un corpo « autonomo » rispetto al diritto interno⁸⁰⁴. Frangia « estrema » del pensiero internazionalista è costituita dalle dottrine « universalistiche », che ritengono che il d.i.p. sia un diritto universalmente valido ed obbligatorio. Ancora più agevole smascherare queste costruzioni poiché, da un lato, è fin troppo evidente che il regolamento dei rapporti

⁷⁹⁹ Questa concezione ebbe, secondo Quadri, un'influenza decisiva sull'*EGGB*, poiché « si ritenne fondamentalmente che non potessero essere disciplinati da una legge tedesca i rapporti sociali non collegati con il *Reich*, data l'incapacità di una legge straniera di delimitare la sfera di esercizio delle sovranità straniere » (*Lezioni*, p. 155): spiegazione storica che, come si è visto diffusamente nel capitolo primo, è inadeguata. Né trattasi dell'unica inesattezza commessa da Quadri circa il processo codificatorio germanico: non ci consta, ad esempio, che Niedner abbia influito su di esso (*Lezioni*, p. 90), ma che ne abbia approvato *a posteriori* l'esito; ma, soprattutto, non è conforme a verità il dire che alle concezioni di Niedner e Schnell si ispirò il *primo* progetto Gebhard (*Lezioni*, p. 90), il quale era al contrario costruito su norme pressoché perfettamente bilaterali (v. *supra*, para. 13 s.).

⁸⁰⁰ *Lezioni*, p. 276-277.

⁸⁰¹ Già in *Funzione*, p. 56: « Ma che il rispetto della sovranità degli Stati esteri non abbia nulla a che vedere con quanto vien realizzato dalle norme interne di diritto internazionale privato, è facilmente dimostrabile ».

⁸⁰² Cfr. GOTHOT, *Le renouveau*, p. 18, GOURDET, *L'effectivité en droit international privé*, p. 25, MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 139. Del resto, osserva l'A., se si trattasse davvero di risolvere un conflitto di sovranità, ogni Stato non avrebbe il potere di decidere per gli altri (*Lezioni*, p. 96), il che vale da sé a confutare la teoria del « *dédoublement fonctionnel* » e quella dello Stato come « *negotiorum gestor* ». Inoltre, il rispetto della sovranità degli Stati esteri sarebbe assicurato in maniera sufficiente mediante l'« astensione » dalla designazione della legge straniera. Insomma: la tesi del conflitto di sovranità dovrebbe far propendere per l'adozione di norme « unilaterali » (così anche, lo si è visto, VIVIER, *supra*, para. 94 s., e MUIR WATT, *supra*, para. 105 s.), la quale conclusione non è invece coerentemente tratta dai sostenitori di tali dottrine (*Lezioni*, p. 87).

⁸⁰³ *Lezioni*, p. 94; v. anche p. 99.

⁸⁰⁴ V. già *Lezioni*, p. 25. L'A. spiega infatti il richiamo al diritto straniero – operato, come si dirà tra breve, non già dalla norma di d.i.p. ma dal « principio di adattamento » agli ordinamenti giuridici stranieri – come la « produzione di una norma (interna) conforme ad una norma estranea », ovvero ancora, che è lo stesso, la produzione di « una situazione giuridica interna conforme ad una situazione giuridica estranea » (*Lezioni*, p. 342-343). Per la sostanziale fungibilità terminologica, secondo l'A., tra norma e diritto soggettivo che tale norma fa sorgere: v. *Lezioni*, p. 137, in critica alla teoria dei diritti quesiti, ed *infra*, nel testo.

intersoggettivi internazionali non è da imputarsi ad un « ordinamento mondiale » ma statale⁸⁰⁵, ed anzi tale regolamento è spesso significativamente diverso da Stato a Stato, dal che originano del resto le difficoltà; e, dall'altro, gli « artifici più differenti » ai quali si è fatto ricorso per conciliare la natura interna delle norme con quella internazionale della disciplina sono in vario modo inaccettabili.

121. Quadri muove a considerare le dottrine ch'egli chiama « nazionalistiche », cioè quelle che scorgono alla base del d.i.p. il bisogno di soddisfare « interessi interindividuali ». Sebbene tale spiegazione, nella sua generalità, sia quella più corretta⁸⁰⁶, lo sviluppo particolare che le viene impresso dagli scrittori che pur la professano è, secondo Quadri, ancora alquanto insoddisfacente, e ciò essenzialmente per *due* ragioni. Innanzitutto, frequenti sono le teorie « eclettiche », le quali illegittimamente ripropongono preoccupazioni interstatuali, e vanno per ciò stesso respinte⁸⁰⁷. In secondo luogo, le poche voci che cercano di rimanere coerenti con l'impostazione di fondo rimangono ancora singolarmente incerte quando si tratta di identificare i veri « interessi interindividuali » che il d.i.p. mira a soddisfare. Per lo più ci si accontenta di allegare ragioni di « giustizia », di « opportunità », di « necessità » attinenti appunto alla vita interindividuale, ma si tratta di espressioni vaghe e tautologiche⁸⁰⁸. I pochissimi autori che si sono attentati di darvi sostanza sono approdati a spiegazioni divergenti. Due di esse, per lo sforzo di coerenza e di approfondimento che vi è implicito, trattengono l'attenzione di Quadri.

La prima, fatta propria in particolare dalla dottrina italiana, è che le fattispecie con elementi di estraneità abbisognano di una *speciale disciplina*, conforme alla loro particolare natura, come avveniva con il *ius gentium* romano⁸⁰⁹. Quadri definisce « contentutistica » tale teoria. In base ad essa il legislatore del foro farebbe assegnamento sulla maggiore competenza del legislatore straniero, quale « tecnico » od « esperto », per il regolamento delle fattispecie con elementi di estraneità. E' il *contenuto* della norma straniera che è visto come intrinsecamente buono od idoneo, sicché il diritto straniero viene applicato per ragioni *non formali* ma *materiali*. « *Non interessa – insomma – se il legislatore condivida o meno il punto di vista del legislatore* » del foro circa l'applicazione alla fattispecie della norma straniera, ma « *interessa invece e soltanto che, secondo lo Stato territoriale, quel legislatore sia il più idoneo a capire le esigenze del*

⁸⁰⁵ Già in *Funzione*, p. 60 s.

⁸⁰⁶ *Lezioni*, già a p. 94, nonché esplicitamente a p. 116.

⁸⁰⁷ *Lezioni*, p. 111 s. Tra i molti « eclettici » citati da Quadri, ci piace ricordare l'espressione di scetticismo di WOLFF, *Private international law*, p. 2, secondo cui le ragioni che giustificano l'applicazione della legge straniera « are too manifold and complex to be included in a simple formula ».

⁸⁰⁸ *Lezioni*, p. 128.

⁸⁰⁹ L'A. si riferisce alla *Teoria* di AGO, spec. p. 96 s. (v. *supra*, nota 783).

rapporto ed è tutto »⁸¹⁰. La critica rivolta da Quadri è ferma ed inesorabile. Da un lato, pur facendo mostra di reagire nei confronti delle teorie « universalistiche », tale insegnamento finisce per sostituire un altro universalismo o piuttosto « una parodia dello stesso »⁸¹¹, perché il legislatore nazionale, elevandosi al rango di legislatore universale, relega al ruolo di « esperti » i legislatori stranieri. In secondo luogo, a parte che l'analogia con lo *ius gentium* è storicamente inesatta⁸¹², tale teoria dovrebbe dimostrare che il richiamo del diritto straniero ha luogo in ragione del suo solo *contenuto*, per cui non è la *norma agendi* straniera (comprensiva dunque della sua sfera di efficacia nello spazio⁸¹³), ma il solo *contenuto logico di essa* che interessa il d.i.p.⁸¹⁴ Ora – lascia intendere Quadri – simile dimostrazione non viene fornita da tale teoria, né tanto meno può fornirsi. Perché, se è vero che la scelta del diritto applicabile è operata sulla base del collegamento del rapporto con questa o con quella comunità statale, è chiaro che « non è al *contenuto* dell'ordinamento straniero che si ha riguardo a titolo primario e fondamentale », né alla « natura reale del rapporto »⁸¹⁵, perché la circostanza che esprime tale collegamento « non dice assolutamente nulla » né dal punto di vista di tale contenuto né da quello di tale natura. E' piuttosto la *situazione* del rapporto rispetto a questo o quell'ordinamento che la circostanza di collegamento intende esprimere⁸¹⁶; ovvero, che è lo stesso, è sulla *posizione* di questo o quell'ordinamento rispetto al rapporto che tale circostanza « dice tutto ». Il grave errore di tale spiegazione è quello di non vedere che

⁸¹⁰ Il che comporta dunque la tendenziale esclusione del « rinvio », teorizzata infatti da AGO (*Teoria*, p. 240, nonché p. 247, alla cui influenza, per il tramite del Perassi, si deve probabilmente l'innesto dell'art. 30 delle « preleggi », finalmente abrogato con la legge di riforma del d.i.p. del 1995), il quale affermò appunto che tale soluzione « è la sola che sia *logicamente* dettata dal modo di vedere che si è accolto nei riguardi delle norme di diritto internazionale privato » (*loc. ult. cit.*: corsivo nostro): non già dunque perché resa necessaria da ragioni di giustizia o conforme agli obiettivi del d.i.p. ma per ragioni tutte logiche e formalistiche.

⁸¹¹ L'espressione è ripresa da PICONE, *La riforma*, p. 23.

⁸¹² Inesatta – sostiene in sostanza l'A. – perché lo *ius gentium* non servì mai da pieno sostituto del d.i.p. Il rilievo di Quadri non ci pare del tutto pertinente, poiché Ago non pretese dire, se lo intendiamo bene, che lo « *ius gentium* » escluse *sempre* l'applicazione del diritto straniero, ma semplicemente che esso, se e nei limiti in cui rendeva superfluo tale ricorso, costituì un *procedimento* bensì *diverso* rispetto a quello seguito all'epoca moderna (norme del d.i.p.), ma mirante a risolvere il *medesimo problema*, cioè il regolamento dei rapporti aventi carattere di estraneità. Per un'analogia considerazione, v. del resto lo stesso QUADRI, *Diritto intertemporale*, p. 667.

⁸¹³ Per la definizione di *norma agendi* o « norma giuridica in senso proprio », contrapposta « a norma giuridica in senso improprio » o « disposizione legislativa » o « frammento di disciplina », v. *Diritto intertemporale*, p. 606 (e, succintamente, *Diritti acquisiti*, p. 575). In adesione, con alcune precisazioni che ci paiono importanti, v. PICONE, in *Norme di d.i.p. e norme materiali del foro*, p. 14, nonché *Cours général*, p. 30; cfr. JAHR, *Internationale Geltung nationalen Rechts*, p. 481 s.

⁸¹⁴ *Lezioni*, p. 132 (corsivo dell'A.).

⁸¹⁵ *Ibidem*. Il che del resto è dimostrato dal fatto che « la norma di d.i.p. privato permette l'applicazione di norme il cui contenuto, come tale, spesso ripugnerebbe per la sua stranezza ed originalità » (*Lezioni*, p. 133).

⁸¹⁶ *Lezioni*, p. 133 (corsivo nostro).

l'equità e la giustizia sono soddisfatte, nel d.i.p., « su un piano che è *formale e non materiale* »⁸¹⁷.

Alla base del d.i.p. risiedono – Quadri lo esplicita finalmente – le esigenze della *continuità e della uniformità della vita interindividuale*, e dunque dell'armonia del regolamento giuridico⁸¹⁸, con le quali esigenze la spiegazione « contenutistica » non è affatto coerente⁸¹⁹.

122. Senza dubbio più vicina « agli scopi ed ai caratteri delle norme del d.i.p. » pare a Quadri la seconda spiegazione, la quale pone a fondamento del d.i.p. l'esigenza di rispettare i *diritti acquisiti*, mettendo correttamente in luce il momento *formale* che sta alla base del richiamo del diritto straniero: cioè appunto quella *continuità ed uniformità* del regolamento di una situazione giuridica attraverso le frontiere di cui si è detto⁸²⁰.

⁸¹⁷ Cfr. GOURDET, *L'effectivité en droit international privé*, p. 25. BALLARINO, 1^a ed., p. 59, sembra convenirne: « [l']imposizione di un collegamento fisso ostacola la ricerca della soluzione più adatta al caso: sia nell'ambito dei criteri di collegamento noti al d.i.p. del foro, sia anche al di fuori di essi (vedremo subito che la ricerca della « giustizia nel caso concreto » porta facilmente all'applicazione della *lex fori* e quindi alle negazione pura e semplice del d.i.p.). Se realmente pensasse alla giustizia materiale, il legislatore non si servirebbe delle norme di conflitto consuete (*omnis determinatio fit negatio*) ».

⁸¹⁸ V. GOTHOT, *Le renouveau*, p. 21, ANCEL, *Le conflit de qualifications*, p. 160-161, BALLARINO, 1^a ed., p. 271, MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 140. In modo particolarmente chiaro sul punto, *Lezioni*, p. 175: « (...) esigenza inderogabile del quale il sistema del d.i.p. è lo strumento: quella di assicurare l'uniformità del regolamento giuridico »; nonché *Lezioni*, p. 195: « Lo Stato disciplina come crede le varie materie, ma riconosce che gli altri Stati sono altrettanto liberi e che quando le persone o i loro interessi sono impegnati nel quadro di un ordinamento straniero non si può prescindere dal tenere conto della natura delle istituzioni straniere, *senza con ciò rendere impossibile la vita internazionale degli individui* » (corsivo nostro); cfr. anche *Analyse critique du problème des qualifications*, p. 519, dove l'« uniformité dans la discipline juridique », l'« uniformité législative », sono additati come la « fonction essentielle », come il « but » o l'« esprit » della disciplina e ciò anche se la diversità delle circostanze di collegamento non permette di raggiungere questo scopo « in modo universale ». A motivo di un probabile rifiuto – « (...) ne permet pas d'attribuer [anziché *atteindre*] ce but d'une façon universelle » – si potrebbe credere che lo scopo dell'« uniformità di regolamento » non abbia per Quadri valore assoluto, ma che sia soltanto uno degli obiettivi perseguiti dal d.i.p.; mentre l'A. ha voluto – crediamo – significare che, non per il fatto che tale scopo non sia ancora raggiunto in modo perfetto, bisogna cessare di aspirare a perseguirlo (per una considerazione identica, v. JAYME, *Identité culturelle et intégration*, p. 40).

⁸¹⁹ L'A. ricorda in questa sede i noti contributi di WENGLER (*Die allgemeinen Rechtsgrundsätze des IPR und ihre Kollisionen*, *ZöR*, 1943-1944, p. 473-509 – in francese, con alcune modificazioni, in *Rev. crit.*, 1952, p. 595-622 – in parte « anticipato » in *RabelsZ*, 1934, p. 196 s.) e di ZWEIGERT (*Die dritte Schule im IPR*, *Festschrift Raape*, p. 473; poco prima, a p. 69, aveva, nello stesso contesto, citato anche quello, egualmente importante, di BEITZKE, *Betrachtungen zur Methodik im Internationalprivatrecht*, *Festschrift R. Smend*, Göttingen, 1952, p. 19 s.), con i quali instaura un dialogo « a tre » di grande interesse.

⁸²⁰ Ai « diritti acquisiti » Quadri dedicò, a partire dagli anni cinquanta, una grande attenzione. Egli affrontò il problema innanzitutto in uno dei suoi tre scritti di teoria generale del diritto, pubblicato

L'autore constata, tuttavia, che a quest'idea soltanto pochi autori, che pur se ne dichiarano sostenitori, riescono a rimanere davvero fedeli. Non vi riescono ad esempio coloro che respingono il rinvio, in questo modo accettando che si considerino acquisiti all'estero diritti che in realtà... *non esistono*⁸²¹; né, soprattutto, coloro che, affermando che è la norma di d.i.p. *del foro* a dovere decidere se un diritto è regolarmente acquisito, manifestamente ricadono nel circolo dal quale pur volevano divincolarsi⁸²². Ma neppure nella sua formulazione più coerente la teoria dei diritti quesiti va del tutto esente da

nel 1957 (*Studi critici*, III, p. 573 s.), nel quale, premesse alcune importanti considerazioni storiche e terminologiche, si sforzò di distinguere tale principio da quello dell'« irretroattività della legge » e di cercarne il fondamento. Quest'ultimo l'A. rinvenne sostanzialmente nell'esigenza « di non scardinare le basi della vita individuale e sociale » nonché nel consentire agli individui di « impostare la propria esistenza » sulla previsione di « stabilità della legge », assumendo « come necessario punto di riferimento la *lex temporis* » (e ciò sia nel campo dei diritti economico-privati, sia in altri campi). Tale principio, così come egli è venuto « isolandolo » e formulandolo, può considerarsi, a suo avviso, quale principio « positivo » nell'ordinamento italiano. Come si vede, il fondamento di tale principio e il fondamento di quello che l'A. individua alla base del d.i.p., cioè l'esigenza di rispettare le « aspettative delle parti », sono, anche nella formulazione, pressoché identici. Per quanto riguarda l'applicazione del principio dei diritti quesiti al campo del d.i.p., Quadri si limita a rilevare, nel citato scritto, che la teoria che pretende spiegare sulla base di esso il d.i.p., malgrado alcune imperfezioni (fra le quali tuttavia *non* annovera l'argomento del « circolo vizioso », argomento stancamente ripetuto contro tale teoria, e la cui paternità si attribuisce per lo più a Savigny – si ha presente *System*, VIII, p. 132 – anche se essa spetta probabilmente a WÄCHTER, *Über di Kollision* p. 35: ulteriore riprova di ciò che – come finemente osservò STURM, *Savigny und das internationale Privatrecht seiner Zeit, Ius commune*, VIII, 1979, *Vortrage zum 200. Geburtstag von F.C. von Savigny*, Frankfurt a.M., 1979, p. 92-109 – « nisi Wächter wächteriasset, Savigny non savigniasset ») « merita particolari attenzioni », perché « ha il merito di sostenere che lo scopo del diritto internazionale privato è quello di adattare l'ordinamento dello Stato al reale ed effettivo modo di essere degli ordinamenti stranieri, in contrasto con le tendenze prevalenti che fanno di esso uno strumento di complicazione della vita internazionale degli individui » (p. 586), pensiero da lui sviluppato in *Lezioni*. Rileviamo che PICONE, dedicando largo spazio al riconoscimento delle « situazioni giuridiche straniere » (*Ordinamento competente*, p. 16 e s.; *Cours général*, p. 130 s.), ci pare anche qui essere vicino a Quadri, poichè da un lato « situazioni giuridiche » è un altro appellativo, meno imperfetto, per designare i « diritti acquisiti » (anche Quadri lo predilesse – *op. cit.*, p. 575 – convinto dagli argomenti di BONNECASE, *Suppl. au traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, Paris, 1925, II, anche se, in omaggio alla tradizione, non ne fece poi uso sistematico); dall'altro, l'aggettivo « straniero » non può che significare « acquisito all'estero ». Del resto, come Picone stesso riconosce, il « metodo di riferimento all'ordinamento competente » è uno dei meccanismi più frequentemente utilizzati proprio per « proteggere i diritti acquisiti all'estero » (*Cours général*, p. 230-231).

⁸²¹ L'A. si riferisce soprattutto a BEALE, *The Conflict of Laws. A Treatise*, 3 voll., New York, 1935, I, p. 66 s., III, p. 1967 s., la cui teoria dei « vested rights » Quadri criticò (già in *Diritti acquisiti*, p. 585), come un semplice « espediente » per ridurre l'applicazione di una legge straniera a semplice riconoscimento degli effetti da questa prodotti, considerati quali « meri fatti », e che dunque non ha, come ben osservò NUSSBAUM, *PIL*, p. 79, alcun valore dogmatico vero e proprio.

⁸²² V. ad es. PILLET, *La théorie générale des droits acquis en droit international privé*, RCADI, 1925-III.

critica. Gli errori che Quadri le rimprovera sono sostanzialmente due. Il primo è quello di pretendere di dovere distinguere il « diritto soggettivo » dalla « norma » che lo crea, mentre è chiaro che, « tutelando un interesse tutelato anche all'estero, non solo si dà vita ad un diritto subbiiettivo corrispondente a quello esistente all'estero, ma pure si dà vita a *norme* corrispondenti a quelle straniere »⁸²³. Il secondo consisterebbe in ciò che tale teoria non sarebbe in grado di giustificare il fenomeno del d.i.p. nel suo complesso, poiché essa avrebbe riguardo ai soli fatti del *passato*, trascurando quelli del *presente* e dell'*avvenire*. A ben guardare invece – rileva Quadri – « la situazione delle persone rispetto ad un ordinamento è indipendente dal fatto che si siano già realizzati o meno i presupposti per la produzione in concreto di determinate conseguenze giuridiche ». Dunque la distinzione fra diritti *già acquisiti* e diritti *da acquisire*, che è alla base della costruzione, perde di valore.

A parte le precisazioni, anzi *con* le precisazioni di cui si è detto, la teoria dei diritti quesiti è, per Quadri, quella che meglio « indica la direzione per l'individuazione del problema centrale del d.i.p. »⁸²⁴. Per elaborare la propria tesi sul « fondamento » del d.i.p., egli muove proprio da tale teoria⁸²⁵.

123. La natura del « problema centrale » del d.i.p. è, per il nostro, essenzialmente *psicologica*. Ogni esperienza giuridica è istintivamente riferita ad un contesto spazio-temporale e non può essere negata in tale contesto senza che con ciò si provochi un « turbamento nell'equilibrio morale, individuale e collettivo », e ciò perché « ogni esperienza giuridica costituisce un punto di riferimento decisivo per ogni esperienza successiva ». L'« equilibrio morale » dei soggetti e delle collettività si fonda sull'armonia ed è da essa garantito. La quale armonia è a sua volta « *condicio sine qua non* degli scambi nell'ambito della società universale »⁸²⁶. Ogni esperienza giuridica produce dunque una « aspettativa », « nel senso sia individuale che collettivo »: la quale ha per oggetto – lascia intendere in sostanza Quadri – la conservazione della situazione creatasi in virtù di tale esperienza e il suo svolgimento secondo le direttrici da essa segnate. Rispettare un « diritto quesito » significa appunto riconoscere tale aspettativa. Il problema centrale del d.i.p. « consiste dunque nel rispetto delle naturali aspettative, esattamente come nel diritto intertemporale »⁸²⁷.

⁸²³ *Diritti acquisiti*, p. 585; *Lezioni*, p. 136.

⁸²⁴ Già in *Diritti acquisiti*, p. 586.

⁸²⁵ *Lezioni*, p. 149-150.

⁸²⁶ V. *Lezioni*, p. 169. Cfr. GOURDET, *L'effectivité en droit international privé*, p. 27 e MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 140.

⁸²⁷ Cfr. DE NOVA, *New Trends*, p. 817. Al « diritto temporale » Quadri dedicò un lavoro (*Introduzione al diritto temporale*, *Scritti giuridici*, III, p. 589 s.) le cui principali conclusioni sono le seguenti: che (i) la norma è essenzialmente « norma-comando », cioè « norma agendi » e non già « norma-valutazione », perché la valutazione (dei fatti) non è funzione « normativa » autonoma ma rappresenta il mezzo per rendere operante il « comando » (su quest'aspetto, fondamentale nella

La quale constatazione spinge Quadri ad enunciare il compito del legislatore nel campo del d.i.p., che è « quello di affidare la valutazione delle varie situazioni all'ordinamento nel quale, *presuntivamente* ed *a suo avviso*, le parti ed i terzi sono istintivamente portati a rappresentarsi il rapporto »; cioè ancora « l'ordinamento la cui autorità incide maggiormente od esclusivamente sulla configurazione del rapporto, e sul quale si plasmano le situazioni reali, la cui impronta è decisiva per esse »; detto ancora altrimenti « l'ordinamento che presumibilmente è psicologicamente presente alle parti ed al quale esse si considerano sottoposte »⁸²⁸. La « localizzazione » di un rapporto, se ancora si vuole impiegare tale termine, non è una dunque « localizzazione spaziale », ma una localizzazione « psicologica »: « è il luogo in cui una persona si situa mentalmente, nei termini della quale essa pensa, in base al quale essa si regola ». Non già una localizzazione « obiettiva », che è, secondo Quadri, un portato della concezione del d.i.p. come mirante a risolvere conflitti di sovranità, la quale è – come si è detto – da respingere⁸²⁹.

concezione di Quadri, insistono con ragione GOTHOT, *Le renouveau*, p. 19 e MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 138); dal che discende che le nozioni di « vigore » e di « applicabilità », che si è invano cercato di separare, sono in realtà equivalenti (l'A. critica soprattutto lo ZITELMANN, *Geltungsbereich und Anwendungsbereich der Gesetze, Festgabe K. Bergbohm*, Bonn, 1919, p. 207 s., il quale ha trascurato di indicare quando leggi abrogate sono *applicabili* senza essere anche ultrattivamente *in vigore*); che (ii) le norme di diritto intertemporale devono spesso, e comunque nell'ordinamento italiano, essere ricavate *per interpretazione*, non coincidendo esse con le sole norme scritte; che (iii) quanto alla loro natura, le norme di diritto intertemporale, ben lungi dall'essere un *Recht über Recht*, sono invece « elemento costitutivo inscindibile ed indissociabile » della « norma agendi », e si trovano dunque « unite e fuse » con le c.d. disposizioni materiali o sostanziali, sicché non possono non condividerne la natura (di diritto privato se accedono a norme privatistiche, di diritto pubblico se accedono a norme pubblicistiche).

⁸²⁸ Cfr. BALLARINO, 1^a ed., p. 271, GOURDET, *L'effectivité en droit international privé*, p. 28.

⁸²⁹ La negligenza dell'aspetto « psicologico » – lamenta l'A. (*Lezioni*, p. 160 s.) in pagine che molto piacquero a GOTHOT, *Le renouveau*, p. 31, nota 1 – ha prodotto conseguenze aberranti anche sul terreno della spiegazione internazionalprivatistica dell'« autonomia della volontà », considerata dai più quale « criterio di collegamento », mentre essa costituisce semplice indicatore appunto di quella « localizzazione psicologica » che, per l'A., è a fondamento del d.i.p. La consapevolezza della insufficienza della localizzazione « spaziale » a risolvere il problema del d.i.p. quanto meno nel campo contrattuale (insufficienza palesata dalla « pluralità di valutazioni » cui dà luogo la pluralità dei criteri di collegamento obiettivi stabiliti dai legislatori) diede luogo – dice in sostanza il nostro autore – all'emersione, passandosi da un estremo all'altro, dell'opposta teoria « subiettivistica », cioè appunto alla teoria della « *lex voluntatis* »: teoria anch'essa gravemente manchevole perché è « cosa ripugnante » l'attribuire alle parti un « potere di disporre in ordine alla legge applicabile ». In realtà, osserva l'A., il rilievo dato alla volontà non è che « il travisamento di un fenomeno del quale non si è compresa la vera essenza »: « il fenomeno psicologico al quale dovrebbe aversi riguardo non è la *volontà* né l'*intenzione* ma il *giudizio* ». Ciò che rileva insomma, secondo Quadri, non è la *scelta* della legge, ma la « localizzazione psicologica » della fattispecie, per ricostruire la quale si potrà bensì avere riguardo al *giudizio* espresso al riguardo dalle parti « in quanto nessuno meglio delle parti può esprimere tale giudizio », sempreché, e nei limiti in cui, precisiamo, l'eventuale *optio legis* esprima appunto un *giudizio*, una valutazione *su dati obiettivi*, e non già una *scelta libera*, illimitata, tutta soggettiva, che come tale deve rimanere irrilevante.

124. Pronunciatosi sul fondamento del fenomeno del d.i.p., Quadri muove a considerare la dibattuta questione della *funzione* adempiuta dalle norme di d.i.p. in vigore. Ogni esperienza giuridica, ed anzi ogni singola norma, ha – sottolinea a più riprese – una sfera di efficacia limitata nello spazio e nel tempo⁸³⁰. Una norma giuridica, per essere tale, non può allora disgiungersi dal suo campo di azione e dalla « sua sfera (spaziale) di regolamento ». Senza di essi la norma non è appunto vera norma, cioè *norma agendi* ma semplice « proposizione logica ». Le norme di d.i.p., che contengono tali criteri spaziali e personali di efficacia, sono insomma semplici *frammenti* della *norma agendi*, i quali, combinandosi con il contenuto logico di essa, formano la *norma agendi* perfetta⁸³¹. La norma di d.i.p. spiega innanzitutto tale funzione di *integrazione o completamento rispetto al contenuto logico della norma agendi*.

Ma non basta. Se Quadri aveva in un primo momento constatato che questi criteri di efficacia personali e spaziali, con cui l'ordinamento designa appunto la cerchia dei fatti sociali che esso intende direttamente disciplinare, vengono poi « riflessi all'estero », mediante la designazione del corrispondente ordinamento straniero, *ora è convinto che tale « riflesso », cioè tale « bilateralizzazione », è in realtà soltanto apparente*; che essa è, come si è detto, il portato inconsapevole, e non voluto, dell'avvicinarsi tardo-ottocentesco del « nazionalismo » all'« universalismo »; che essa non è coerente con l'obiettivo proprio del d.i.p., con la « logica profonda », con lo « spirito » che alimenta il sistema tutto e circola in esso, ed è per ciò non « positiva ». Della norma bilaterale, dunque, rimane la *sola funzione di integrazione della disposizione legislativa*.

Gli indizi che Quadri porta al riguardo sono numerosi. Innanzitutto, è evidente che le circostanze di collegamento sono pensate con riferimento soltanto all'ordinamento interno, spesso avuto riguardo alla disciplina materiale della *lex fori* e comunque sempre

⁸³⁰ *Lezioni*, p. 267 (« Ogni e qualsiasi norma giuridica, in quanto frutto di determinate esperienze, porta almeno implicitamente i propri limiti di efficacia, i quali potranno essere più o meno facili ad individuare, ma che non cesseranno per questo di essere tali »). V. già *Ancora sulla competenza internazionale dei giudici italiani*, p. 325: « La dottrina della c.d. universalità dell'ordinamento giuridico statale, pur avendo messo esattamente in rilievo l'eccessiva ristrettezza della tradizionale presentazione del potere statale come sovranità personale e territoriale, ha tuttavia peccato per eccesso quanto ha preteso affermare la capacità dell'ordinamento statale di regolare ogni rapporto dell'universo ».

⁸³¹ V. già *Funzione*, p. 25: « Nessun principio fu dimostrato dalla dottrina moderna con maggiore successo di quello che le categorie dello spazio e del tempo costituiscono il contenuto essenziale di ogni norma giuridica » (citando, fra gli altri, KELSEN, in particolare *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, p. 137). Muovendo da questa visione, il c.d. problema della « qualificazione » ai fini dell'individuazione della norma di d.i.p. è, secondo l'A., da impostare in modo diverso: (i) le norme che contengono i criteri di efficacia devono di necessità *indicare* con quali disposizioni si integrano; (ii) la determinazione delle istituzioni giuridiche cui la norma di d.i.p. si riferisce non è un'operazione *giuridica* bensì appartiene al dominio della *conoscenza e rappresentazione*; (iii) l'idea che per « qualificare » si debba applicare una qualche norma, o un qualche sistema di norme, è dunque da scartare; (iv) la divergenza di qualificazione è una divergenza di opinioni.

per motivi di carattere nazionale ed « unilaterale », talvolta propriamente politici e comunque « intransitivi », cioè non applicabili anche agli altri ordinamenti⁸³². In secondo luogo, è « mera finzione » il presumere che le categorie delle norme di collegamento coprano ed esprimano la varietà infinita dell'esperienza giuridica e che dunque possano accogliere in sé istituzioni straniere⁸³³: tale finzione è evidente con riguardo agli istituti sconosciuti al foro, ma lo è altresì per quelli che, pur noti al foro, sono però regolati all'estero in modo diverso. Sono insomma « soltanto i caratteri *concreti* che l'istituzione presenta nella *lex fori* quelli che soli possono giustificare e spiegare il collegamento adottato »⁸³⁴. Gli è infatti che esiste una relazione innegabile fra d.i.p. e diritto materiale interno, sicché il primo riflette le esigenze di quest'ultimo⁸³⁵.

⁸³² *Lezioni*, p. 246. Poiché gli « status » giuridici, quali la cittadinanza, sono diversi da Stato a Stato, la pretesa, implicita in ogni regola bilaterale che faccia uso di tale criterio, di considerare *equivalente* alla *propria* le cittadinanze *straniere*, non è accettabile. Che se poi si dice che qui si ha riguardo alla cittadinanza come « status », si cade – ribatte Quadri – in un circolo vizioso, perché il modo migliore per rispettare tale « status » è applicare al portatore di esso la stessa legge che sarebbe appunto applicata dal Paese nazionale.

⁸³³ Quadri ha sul punto mutato opinione rispetto a quella sostenuta in *Analyse critique du problème des qualifications*, dove obiettò, alle critiche mosse, specialmente da GRAVESON, *The Conflict of Laws*, London, 1948, p. 40 e WOLFF, *P.I.L.*, p. 154, alla teoria « comparatistica » promossa dalla *Dritte Schule*, che « les catégories employées par les règles de droit international privé sont beaucoup plus larges et compréhensives que l'ensemble des phénomènes réels qu'on peut dégager de la *lex fori* » (*op. cit.*, p. 529), sicché « il est presque impossible de citer une institution juridique qui ne puisse rentrer dans l'une ou l'autre des conceptions employées par les règles de droit international privé » (*op. cit.*, p. 545). L'ulteriore « travaglio », che lo portò di lì a poco alla « conversione » all'unilateralismo, indusse Quadri a mettere da parte tale idea e ad abbracciare quell'altra, secondo cui le categorie impiegate dalla regola di conflitto non possono appunto designare altro che le istituzioni della *lex fori*. L'A. viene per questa via a criticare oltre, come già in precedenza, le teorie che risolvono il problema delle qualificazioni applicandovi la *lex fori*, perché fra l'altro contrarie agli obiettivi delle norme di d.i.p., anche quelle che contano di risolverlo sulla base del c.d. « metodo comparatistico » (*Lezioni*, p. 256), l'inquadramento delle istituzioni straniere nelle categorie del foro essendo stato possibile soltanto nelle epoche, ormai trascorse, della « comunità cristiana e del diritto comune ».

⁸³⁴ *Lezioni*, p. 256. Cfr. BALLARINO, 1^a ed., p. 270.

⁸³⁵ « La sfera di efficacia di una norma è indissolubilmente legata al tipo di disciplina materiale » (*Lezioni*, p. 259). Ma non basta. Escluso che le norme « codificate » possano spiegare la funzione di richiamo degli ordinamenti stranieri, Quadri si avvede per giunta che esse non adempiono che in « minima parte » la stessa loro « unica » e, per dir così, « naturale » funzione, quella, come si è detto, di delimitare la sfera di applicazione del diritto interno (*Lezioni*, p. 258). Si tratta in sostanza di semplici *direttive generali*, la cui conformità all'« effettività » della singola disciplina materiale va comunque saggiata nel caso concreto. Da un lato – dice in sostanza l'A. – tali norme codificate possono, specie a seguito di mutamenti della disciplina materiale, determinare uno « sfasamento » rispetto alla reale « effettività » della *norma agendi*, la quale (effettività) sola determina il « campo di applicazione » della stessa, dunque il suo « vigore » (cfr. DE NOVA, *New Trends*, p. 818-819; GOURDET, *L'effectivité en droit international privé*, p. 31). Dall'altro, molte norme materiali del foro non dispongono di una norma di collegamento precisa ed è alquanto pericoloso cercare di

125. Ma se la norma di conflitto svolge a ben guardare una semplice funzione di delimitazione del diritto interno, e anche tale funzione in modo, come si è detto, non sempre perfetto, come si spiega allora, tecnicamente, l'applicazione del diritto straniero? Quest'ultima deriva dal prendere atto che un ordinamento straniero *vige*, è *effettivo*, nei confronti del fatto sociale da regolare⁸³⁶. Dunque è chiaro che la norma bilaterale non può aiutare al riguardo, perché essa non può da sé dire quale diritto è *effettivo*. « L'ordinamento riconosce insomma la dipendenza delle diverse situazioni sociali dai diversi ordinamenti e ne attrae il contenuto, imponendone l'osservanza »⁸³⁷. Di qui la conseguenza: gli ordinamenti si presentano dunque quali essi sono, « in virtù delle loro norme di applicazione nel tempo e nello spazio, del loro contenuto, delle loro istituzioni, anche se non note al foro ». Donde la necessità di ricercare innanzitutto la sfera di efficacia degli ordinamenti stranieri, così come essa risulta dal criterio di applicazione scelto dai rispettivi legislatori, che Quadri condensa nella formula dell'« auto-collegamento »⁸³⁸.

Com'è che si è autorizzati a procedere in questo modo? Gli è che è possibile individuare in ogni ordinamento un principio generale, « corollario della funzione unilaterale »⁸³⁹, bensì non scritto ma, in quanto in accordo con il fondamento del d.i.p. senz'altro

forzare gli schemi di una di essa per farvele rientrare. Un esempio che verrebbe a confermare l'idea dell'A. è costituito dalle norme « autolimitate », per le quali – è lo stesso autore a rilevarlo – comincia a constatarsi che la delimitazione derivante dalla norma di d.i.p. non è soddisfacente e alle quali dunque si tende ormai a riconoscere un'orbita di azione autonoma. Ed è proprio rispetto ad esse che, dopo un periodo di iniziale incertezza, non si è esitato a « porre il problema nei suoi giusti termini », anche se per quanto riguarda la sola *lex fori*. Riguardo invece alle norme « autolimitate » straniere – ricorda l'A. – si afferma bensì correttamente che gli autonomi criteri di delimitazione sono « intransitivi » e che dunque *non* potrebbero essere completati per analogia, ma se ne trae poi l'illegittima (perché non necessitata) ed assurda (perché non congrua rispetto allo scopo perseguito) conseguenza che tale limitazione deve considerarsi come non scritta (*Lezioni*, p. 262). Altro esempio significativo è fornito dall'ordine pubblico, il quale deve cominciare ad essere costruito ed inteso con portata « positiva », non già quale limite od ostacolo all'inserzione del diritto straniero, ma, al contrario, quale « stessa sfera di eccezionalmente ampio vigore di taluni principi della *lex fori* » (*Lezioni*, p. 403); per applicare i quali occorre pur sempre che la situazione e il foro siano collegati in modo tale che l'ordinamento di questo sia *effettivo* riguardo a quella, per i quali dunque occorre elaborare criteri di applicazione personali e spaziali diversi rispetto a quelli, insufficienti, posti a livello generale dalla norma di d.i.p.

⁸³⁶ L'A. sgombra subito il campo da una possibile fonte di equivoco. Il diritto straniero non è applicabile *proprio vigore* bensì in quanto *richiamato* dall'ordinamento del foro: in ciò, riconosce, i bilateralisti hanno perfettamente ragione. Laddove essi si sviano è nel credere che sia la norma di d.i.p., nella sua formulazione bilaterale, ad operare tale richiamo. Non è infatti in virtù di questa che il diritto straniero « entra » nell'ordinamento interno. « Fra i due problemi », delimitazione dell'ambito del diritto interno e richiamo del diritto straniero, « non vi è alcuna analogia ».

⁸³⁷ Cfr. GOTHOT, *Le renouveau*, p. 21, GOURDET, *L'effectivité en droit international privé*, p. 25, MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 141.

⁸³⁸ Cfr. ANCEL, *Le conflit de qualifications*, p. 147, il quale efficacemente parla di « règles d'autorattachement ».

⁸³⁹ V. *Lezioni*, p. 262.

positivo, consistente nell'adattamento del sistema giuridico dello Stato a quello degli ordinamenti stranieri⁸⁴⁰. Al principio che consente l'ingresso del diritto straniero nell'ordinamento, Quadri dà il nome di principio appunto dell'« adattamento » agli ordinamenti stranieri, o del « coordinamento » con questi⁸⁴¹. Si tratta – si badi – di un principio di diritto interno e non già imposto dal diritto delle genti, analogo nel suo funzionamento a quello, appunto anch'esso di diritto interno, che assicura l'adattamento dell'ordinamento nazionale a quello internazionale; principio, quest'ultimo, che può bensì essere trascritto nella legislazione di un Paese, ma che ben può rimanere tacito senza per questo cessare di essere di diritto interno e positivo.

Fatta giustizia della bilateralità, eliminato cioè l'elemento di confusione e di equivoco rappresentato dalla designazione presuntamente « analogistica » della legge straniera, i problemi c.d. di « parte generale del d.i.p. » si trovano posti sotto una luce tutta nuova, la quale ne indica naturalmente e pianamente la soluzione più equilibrata e, ciò che è più, più congrua rispetto all'obiettivo perseguito mediante il richiamo di una legge straniera, cioè essenzialmente, come si è più volte detto, la continuità della vita giuridica degli individui. Il che mostra per contrasto che tali problemi sono stati complicati inutilmente, quando non addirittura propriamente creati, dall'impalcatura concettualistica elevata sulla regola classica, avuto riguardo, in particolare, alla designazione « analogistica »⁸⁴². L'accoglimento di una « teoria unilaterale in senso tradizionale » consente insomma, confida Quadri, di superare d'*emblée* tutta « questa falsa problematica »⁸⁴³.

⁸⁴⁰ Cfr. DE NOVA, *New Trends*, p. 819, e *Historical Introduction*, p. 579, GOTHOT, *Le renouveau*, p. 21, ANCEL, *Le conflit de qualifications*, p. 145 s., BALLARINO, 1^a ed., p. 271. Né si confonda, ammonisce ancora una volta l'A., tra diritto *positivo* e diritto *scritto*. Vi sono principi i quali, sia per la « posizione gerarchica che occupano sia per la funzione che esplicano », non sono suscettibili di *specificazione scritta*, talvolta neppure di *formulazione scritta*. Del resto – rileva l'A. (*Lezioni*, p. 275) – a (facile) dimostrazione dell'incommensurabilità della norma scritta con la norma positiva, del « letteralismo » con la « positività », basterebbe ricordare che molti ordinamenti giuridici dell'epoca moderna non possiedono norme scritte e che nessuno, in passato, ne possedeva, pur non potendosi dubitare della loro « positività ». Gli è piuttosto che « i loro principi emergono dall'esperienza senza un tramite organico legislativo ». Il bisogno di « appoggiarsi a qualche testo scritto », bisogno talmente radicato da dar luogo ormai ad « un vero e proprio istinto dialettico », talvolta degenerato in un insulso « feticismo » per le formule, è parte di un *habitus* mentale che il giurista continentale deriva, secondo l'A., dalla scolastica medievale. Il che è ben illustrato dal metodo seguito dai post-glossatori, i quali pretesero ricavare dal decreto *Cunctos populos* un vero e proprio sistema di d.i.p. (cfr. *Lezioni*, p. 273-274; nonché p. 278; cfr. anche p. 169).

⁸⁴¹ Qualche cenno all'esigenza dell'« adattamento », in particolare alla « necessità di *adattare* il regolamento specifico dei rapporti alle caratteristiche reali di questi », è già contenuto in *Funzione*, p. 64.

⁸⁴² Il principio di adattamento, infatti, spiega l'A., conduce naturalmente ad accogliere, come criterio interpretativo ed applicativo generale, quello della « conformità »: il quale criterio, precisiamo, non è, a ben guardare, che lo strumento, per dir così, « giudiziale » dell'uniformità del regolamento giuridico interindividuale. Il giudice del foro deve insomma applicare il diritto straniero esattamente quale questo sarebbe applicato dal giudice di tale ordinamento, se fosse chiamato a decidere sul punto. E, si badi, egli dovrà avere riguardo alla legge non solo vigente, ma altresì vivente, tenendo

126. Ma se il richiamo al diritto straniero non è operato dalla norma di conflitto, ma da quest'altro principio, come è allora che la norma bilaterale è nata e si è sviluppata nei sistemi nazionali moderni di d.i.p., la quale norma appunto *sembra* dispiegare anche questa seconda funzione? E, soprattutto, come è che tale norma, pur difettosa, si è mantenuta per così lungo tempo?⁸⁴⁴

La ragione per cui la bilateralità, almeno come cornice metodologica e concettuale, malgrado ne siano tramontati i presupposti storico-ideologici, si è mantenuta fino all'epoca contemporanea, risiede in ciò che, accogliendosi l'unilateralità, si pone comunque la necessità di risolvere i conflitti *positivi* e *negativi* fra più ordinamenti. Questa è – secondo Quadri – la vera ragione della resistenza della dottrina moderna all'unilateralità, e di qui, per quel circolo di cui si diceva, nella legislazione. Ma si tratta, protesta in sostanza Quadri, di una ragione irrimediabilmente viziata. E ciò essenzialmente per due motivi: da un lato, perché è illogico e dannoso applicare una soluzione elaborata per risolvere i veri conflitti – i quali sono « rari » – anche alle situazioni di « conflitto immaginario » riguardo alle quali gli ordinamenti coinvolti vivono in perfetta armonia fra di loro⁸⁴⁵; dall'altro, e soprattutto, perché il ricavare la soluzione per i veri conflitti

ad esempio conto della sua giurisprudenza. Se d'altra parte ci si pone di fronte alle questioni classiche del rinvio, delle qualificazioni, del richiamo ad ordinamenti « plurilegislativi », dell'applicazione del diritto pubblico straniero, delle questioni preliminari, dell'applicazione del diritto intertemporale straniero, ci si accorgerà – avverte l'A. – che il criterio della « conformità » è in grado di fornire una soluzione immediata, impedendo anzi l'insorgenza stessa del « problema ». V. per quanto riguarda il *rinvio*, particolarmente *Lezioni*, p. 177: « A che pro infatti esigere che l'ordinamento straniero del quale si applicano le norme materiali sia effettivo, se poi non si esige che le norme materiali applicabili siano effettivamente applicabili, siano cioè le effettive norme regolatrici della giudicanda questione nell'ambito dell'ordinamento della *lex causae*? ».

⁸⁴³ *Lezioni*, p. 176. Cfr. DE NOVA, *New Trends*, p. 819.

⁸⁴⁴ Al riguardo, occorre distinguere – così almeno crediamo di potere interpretare – a seconda che si intenda appunto spiegare l'*origine storica* di tale norma ovvero la sua *sopravvivenza* fino all'epoca moderna. Per quanto riguarda la prima, già si è detto dell'« incauto travaso » cui accenna l'A. (*supra*, para. 119). Né si dica – protesta Quadri – che la bilateralità, giusta o sbagliata che sia, debba comunque sempre rispettarsi, perché corrispondente alla volontà legislativa. Ché Quadri ha pronta la replica: nella stessa codificazione *manciniana* del 1865 si davano alcune norme bensì *letteralmente* bilaterali, ma *positivamente* – e vi è concordia pressoché assoluta nella scienza e nella giurisprudenza – unilaterali; e, d'altra parte, aggiunge l'A., nelle stesse codificazioni moderne, le norme bilaterali senza senso, e dunque senza valore positivo, non si contano più (già *Funzione*, p. 34-35).

⁸⁴⁵ *Lezioni*, p. 281: « Dettando la soluzione anche quando non c'è conflitto *reale*, si esce di tema e l'obiezione non ha più senso ». Gli esempi, notissimi (v. DE NOVA, *Historical Introduction*, p. 580, GOTHOT, *Le renouveau*, p. 18), portati dall'A. a dimostrazione di come la bilateralità possa condurre a disfare la ricercata uniformità anziché assicurarla, sono: (i) quello dell'inglese domiciliato negli Stati Uniti, la cui capacità è regolata, nell'uno e nell'altro Stato, dalla legge statunitense del *domicilio*, mentre in Italia sarebbe regolata dalla legge inglese della *cittadinanza* (art. 30 disp. prel. cod. civ., esclusivo del rinvio, ora abrogato); (ii) quello dell'anglo-americano (doppia cittadinanza) domiciliato in Argentina, la cui capacità sarebbe in Inghilterra, negli Stati Uniti ed in Argentina regolata dalla legge argentina, mentre in Italia, anziché conformarsi *tout court* a quanto farebbero sul

dal criterio di delimitazione della legge del foro significa « operare autoritativamente scelte arbitrarie »⁸⁴⁶. Se non si sofferma esaustivamente sull'argomento, Quadri propone nondimeno al riguardo alcune direttive di soluzione⁸⁴⁷.

127. I conflitti negativi sono liquidati come per lo più inesistenti. Si dia, infatti, il caso di un argentino domiciliato in Francia. La legge argentina, legge nazionale, non si occupa del caso, seguendo il criterio del domicilio, né se ne occupa la legge francese, che opta per la cittadinanza. Se la questione si pone in Francia, il giudice francese dovrà semplicemente constatare che non vi è alcuna legge *nazionale* che regoli il caso. La situazione è dunque paragonabile a quella dell'apolide, per il quale, nella maggior parte degli ordinamenti, si ripiega sul criterio del *domicilio*⁸⁴⁸. Quadri propone di seguire anche qui tale soluzione, il che condurrebbe bensì all'applicazione della legge francese: ma, si noti, non su « rinvio » della legge dello stato nazionale, ma perché l'ordinamento francese risulta « originariamente » competente in virtù del criterio del domicilio, il quale è appunto stabilito, seppure soltanto sussidiariamente, dall'ordinamento francese. E si badi – ammonisce l'autore – questa conclusione non è tratta dall'uso di criteri aprioristici, bensì dall'analisi della giurisprudenza.

Un po' più elaborato è il pensiero di Quadri circa i conflitti *positivi*. Egli fa osservare innanzitutto che si tratta di un problema con cui deve fare i conti anche la dottrina « bilateralista », perché tali conflitti riaffiorano attraverso il riferimento plurimo del criterio di collegamento (ad es. la pluralità di cittadinanze), la pluralità di criteri collegamento, i conflitti di qualificazione. Senonché il criterio di soluzione di tali difficoltà per lo più preconizzato da tale dottrina, cioè essenzialmente la « bilateralizzazione » del criterio proposto dalla *lex fori*, è, rileva Quadri, affatto illegittimo. Così procedere significa infatti « falsare e deformare i termini del problema »⁸⁴⁹. Se insomma fra i due problemi non vi è analogia, la meccanica estensione della soluzione prevista per l'uno di essi all'altro continua a non giustificarsi. E' consigliabile piuttosto rifarsi « alla concretezza di ogni caso di specie, ed applicare, fra le leggi in conflitto, la *proper law*, quella che ha dato l'impronta alla situazione litigiosa »: insomma, « la legge più

punto gli ordinamenti interessati, si dovrebbe scegliere fra le due leggi nazionali. In questi casi, insomma, si avrebbe la vera e propria creazione di una *difformità di regolamento*, ed « è difficile dire – conclude l'A. – quale interesse avrebbe spinto il legislatore italiano a creare tale difformità »; eppure – insiste – « bisogna che la dottrina, scendendo dal piedistallo delle sue astrazioni dogmatiche, cerchi di rispondere » (*Lezioni*, p. 282). Questi esempi, si noterà, sono simili a quelli su cui avevano ragionato gli unilateralisti tedeschi: v. in particolare SCHNELL, *supra*, note 162, 168, 174, 178.

⁸⁴⁶ *Lezioni*, p. 285. Cfr. ANCEL, *Le conflit de qualifications*, p. 146-147.

⁸⁴⁷ V. in particolare *Lezioni*, p. 284, dove l'A. rileva « la resistenza della giurisprudenza pratica » rispetto alle « astrazioni dottrinarie ».

⁸⁴⁸ E' l'idea già messa innanzi nella *Critica al problema del rinvio*, *Giur. comp.*, 1944, p. 153-157 (in *Studi critici*, p. 357 s., ed in *Scritti giuridici*, II, p. 355 s.), dove l'A. diede « a broad hint of what he had in store » (DE NOVA, *Historical Introduction*, p. 577).

⁸⁴⁹ *Lezioni*, p. 289.

effettiva »⁸⁵⁰. A chi rileva l'imprecisione di tale criterio, Quadri risponde trattarsi di un nient'affatto criterio nuovo, bensì « di un modo quasi istintivo di procedere », che anche i seguaci del bilateralismo invocano in molte occasioni (ad esempio in materia contrattuale, e, come detto, in tema di pluralità di cittadinanze, etc.).

Ma altri criteri – osserva invero un po' fuggevolmente Quadri – potrebbero essere impiegati, anch'essi, ribadisce, non originali, i quali consentono, pur nella possibile complessità della ricerca, il raggiungimento del fine della continuità e dell'uniformità di regolamento⁸⁵¹. All'« effettività »⁸⁵² sono infatti – dichiara, senza però attardarsi – sostanzialmente riconducibili i seguenti fenomeni propri del d.i.p. moderno⁸⁵³: la facoltatività dei criteri di collegamento in materia di forma ed in generale il ricorso a criteri di collegamento alternativi; l'autonomia dei contraenti nel campo contrattuale; la soluzione apprestata per lo più, come si è detto, al conflitto positivo di cittadinanze; l'adeguamento dello Stato più forte all'unità della successione; le norme straniere di diritto pubblico; le soluzioni concretamente date in giurisprudenza e dottrina, pur con varie spiegazioni, ai c.d. conflitti di qualificazione; l'impiego di criteri di collegamento cumulativi; il riferimento alla « giustizia materiale ».

Riassumendo la fiera « rivendicazione » della *positività* della sua teoria unilaterale, questa renderebbe ragione, in modo consapevole, diretto ed immediato, e rimanendo fedele a sé stessa, di quelle stesse soluzioni verso cui, con molte incertezze e come a forza d'inciampi, dottrina e legislazione si stanno progressivamente orientando, in modo istintivo ed imperfetto e senza avere chiara coscienza che, così facendo, tanto piegano la bilateralità da vuotarla, in gran parte, del suo contenuto, storico e logico, originario.

⁸⁵⁰ *Lezioni*, p. 185.

⁸⁵¹ *Lezioni*, p. 294.

⁸⁵² « Effettività » significa, spiega l'A., che se, in astratto, più ordinamenti vogliono regolare la fattispecie, « conviene sempre domandarsi se l'astratta valutazione corrisponde all'effettivo estendersi degli ordinamenti presuntivamente in concorso alla fattispecie di cui è questione », e ciò perché « ogni situazione ha il suo centro di gravità che non può essere individuato per finzione, in linea astratta ed indiscriminata » (*Lezioni*, p. 291). Dal che si desume che la stessa sfera di efficacia delle norme materiali straniere quale risulta in astratto dalle norme di d.i.p. poste dall'ordinamento straniero resta condizionata al criterio dell'« effettività », alla sua capacità di dare appunto una « impronta alla situazione litigiosa ». Se dunque vi sono più ordinamenti che vogliono applicarsi, nessuno di tali ordinamenti lo sarà se non nei limiti della sua « effettività », poiché anche « la sfera di efficacia astrattamente determinata del diritto nazionale resta condizionata al criterio della effettività » (*Lezioni*, p. 293). Ciò facendo, « ecco che i casi di concorso reale si riducono ulteriormente e che in tale sfera limitata sarà ad un criterio di *intensità* che occorrerà riferirsi » (*ibidem*).

⁸⁵³ *Lezioni*, p. 293.

§ II. – Analisi critica della dottrina di Quadri

SOMMARIO: – 128. La constatazione dell'assenza di una replica completa ed esaustiva alla dottrina di Quadri. – 129. Riserve sul fondamento psicologico e sulla teoria dell'aspettativa. – 130. Soluzione dei conflitti negativi. L'ermeticità delle soluzioni proposte da Quadri. Soluzione di Gothot. – 131. I conflitti positivi. Le aspettative delle parti. Critiche di Balladore Pallieri e di Ancel. Dubbi sull'attualità di esse. – 132. (segue). Il principio di effettività o criterio dell'ordinamento più forte. La presunta vaghezza e il ritorno alla bilateralità. – 133. Altri criteri di soluzione proposti da Quadri. Il criterio del *favor*. – 134. La critica alla nozione di *norma agendi* e la sua inconsistenza. – 135. Ulteriori debolezze dell'unilateralismo di Quadri: prevalenza della *lex fori* nei conflitti positivi e la negligenza degli interessi interstatuali.

128. Pur essendo stata esposta più volte, la dottrina di Quadri non pare avere fatto oggetto di un'analisi critica esaustiva⁸⁵⁴. Numerosi i momenti del suo sistema, formulati in opposizione rispetto alla dottrina dominante⁸⁵⁵, cui questa ha trascurato di replicare⁸⁵⁶. In particolare, non sembra che si sia contestato lo scopo assegnato da Quadri al diritto internazionale privato, la « continuità della vita giuridica degli individui », il quale anzi è stato autorevolmente condiviso, in Italia⁸⁵⁷ ed all'estero⁸⁵⁸. Gli esiti praticamente negativi cui conduce una bilateralità rigorosa – additati dal nostro – sono stati pure apertamente denunciati⁸⁵⁹.

⁸⁵⁴ V. gli autori citati *supra*, nota 790.

⁸⁵⁵ DE NOVA, *New Trends*, p. 817 (« Almost on all counts, Quadri differs »).

⁸⁵⁶ Paradigmatico è l'atteggiamento di DE NOVA, *New Trends*, p. 821, il quale, dopo avere esposto il pensiero di Quadri (p. 817-821), dichiara « Unfortunately, I have no solution of my own to offer (not yet)! ».

⁸⁵⁷ V. per es. BALLADORE PALLIERI, *D.i.p.*, 1974, p. 10 (che cita l'« uniformità » e la preservazione della « continuità » dei rapporti).

⁸⁵⁸ MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 634 s., la quale rileva inoltre (p. 151) che il fondamento del d.i.p. individuato da Quadri è « identico » a quello scorto da WENGLER (*General Principles*, p. 387). La formula di Quadri sembra essere entrata nella fraseologia corrente: v. per es. JACQUET, *La fonction supranationale de la règle de conflit*, p. 240 (« ...rupture dans la continuité de la vie juridique de ces personnes »); cfr. AUDIT, *D.i.p.*, p. 221.

⁸⁵⁹ DE NOVA, *Historical Introduction*, p. 580-581: « It is undeniable that Quadri's basic criteria of applying a foreign law only on condition that that law wants to apply to the case in question, and applying it whenever it wants to apply, provided the case has not been reserved to itself by the *lex fori*, avert certain ungainly results of the bilateral or extrovert choice-of-law techniques generally in use »; BALLADORE PALLIERI, *D.i.p.*, 1974, p. 49-50, il quale, riguardo all'esempio fatto da Quadri circa il rapporto di famiglia fra un cittadino britannico ed uno degli Stati Uniti, entrambi domiciliati in Argentina (v. *supra*, nota 845), parla di « opportuna e fondatissima critica alle vigenti disposizioni di legge ». BALLARINO, *D.i.p.*, 1^a ed., p. 274 s. ammette che « [I]e critiche formulate dagli unilateralisti colpiscono nel segno quando mostrano la precarietà e l'inconsistenza di certe soluzioni alle quali porta il d.i.pr. inteso ed applicato in modo tradizionale (...) » ed ancora che « [I]o stato insod-

Nondimeno, la tesi sul fondamento psicologico del d.i.p., così come è formulata, si è prestata, e si presta in effetti, a diverse obiezioni. La teoria unilaterale dell'autore può però poggiare tutt'intera sul principio della continuità della vita giuridica dei soggetti e non pare subirne contraccolpi. I rimproveri rivolti alle modalità di soluzione dei conflitti positivi e negativi non paiono invece del tutto pertinenti e uno sguardo all'evoluzione

disfacente delle soluzioni cui, in taluni casi, conduce l'applicazione rigorosa delle norme scritte di d.i.p. è indiscutibile ed è provato anche da altre situazioni ». Il chiaro A. invita a sua volta a riconoscere che sono « ben più frequenti » non solo i casi di « applicazione non problematica dei collegamenti ordinari », ma anche quelli « nei quali il nostro ordinamento prende in considerazione la situazione formatasi all'estero senza pretendere interferire, con le proprie norme di conflitto, nella valutazione giuridica che ha ricevuto all'estero ». Si potrebbe però osservare che, se è vero che il nostro ordinamento di d.i.p. funziona bene in questi casi, è anche vero che ciò avviene proprio perché le sue norme bilaterali vengono messe da parte (o meglio perché, nei casi indicati dall'A., che riprende gli esempi di Quadri, vengono « debilateralizzate »), facendosi ricorso, in sostanza, al criterio dell'auto-collegamento. « Non è dubbio, parimenti – continua Ballarino – che i rapporti che egli [l'inglese domiciliato negli Stati Uniti] pone in essere, nel modo in cui concordemente dispongono la legge inglese e la legge americana – anche se non conformi a quanto stabiliscono le nostre norme di d.i.p. – potranno, se abbiano formato oggetto di accertamento giudiziario in uno di quei due Paesi o anche in un terzo Stato, essere riconosciuti nel nostro ordinamento dato che questo non richiede la conformità delle norme di d.i.p. applicate dal giudice straniero con quelle italiane ». Di nuovo, ciò pare possibile perché si rinuncia alla bilateralità: l'assenza di controllo della legge applicabile è riguardata come un'applicazione dell'unilateralismo (v. VIVIER, *Le caractère bilatéral*, p. 655, GOTHOT, *Le renouveau*, p. 444 s., MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 601 s.). « Ma – prosegue l'A. – anche indipendentemente dalla pronuncia di una sentenza, quella situazione giuridica di cui gode entro gli ordinamenti maggiormente interessati a valutare la sua posizione può avere riconoscimento in Italia sol che si ponga come preliminare rispetto ad altra che viene in considerazione nel nostro Paese ». Anche in un certo trattamento delle questioni preliminari, le quali sono state deliberatamente confuse con i diritti acquisiti – così GOTHOT, *Le renouveau*, p. 434 – da WENGLER, *Nouvelles réflexions sur les questions préalables*, *Rev. crit.*, 1966, p. 165 s., *General Principles*, p. 338, si è soliti vedere una manifestazione della teoria delle « situations acquises » (MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 586), cioè dell'unilateralismo (v. GOTHOT, *Le renouveau*, p. 426 s.). Ancora, l'A. opina che il « conseguimento di risultati conformi alle istanze fatte valere da Quadri (...) è possibile senza neanche modificare il quadro dei collegamenti predisposti dal nostro legislatore (...) quando nessun collegamento nostro condurrebbe all'ordinamento che dal suo punto di vista si ritiene competente a disciplinare quel rapporto o quegli aspetti del rapporto – rispettando la volontà di essere applicate di norme straniere di “applicazione necessaria” »: il ricorso alle quali ultime, che ha luogo per lo più in base all'« autocollegamento », è dai più riconosciuto come un'altra applicazione dell'unilateralismo (v. *infra*, para. 217 s.). Conclude Ballarino che, in definitiva, « i mali lamentati dagli unilateralisti sono meno frequenti di quel che si vorrebbe, e che non mancano i rimedi per ridurli », rimedi, precisiamo, forniti dall'unilateralismo stesso, il che ne confermerebbe la positività. Inoltre « per prevenire i mali » che ancora dovessero residuare, suggerisce realisticamente l'A., « è sufficiente che i soggetti palesino la prudenza elementare di tenersi a distanza dai nostri giudici e dai nostri uffici pubblici ». Il che significa però ammettere che il nostro ordinamento dell'epoca, e le norme che ne facevano parte, la cui formulazione – come constatava VITTA, *D.i.p.*, I, p. 214 – è « tra le più bilaterali che si possano immaginare », può risultare contrario a giustizia, tanto che bisogna augurarsi che si applichi il meno possibile.

del diritto positivo negli ultimi trent'anni ne impone una revisione. Piuttosto, sembra possibile affermare che, nel reagire alla spiegazione interstatale e nell'elaborare la sua spiegazione psicologica, Quadri abbia posto nell'ombra il rilievo degli interessi dello Stato nel d.i.p., che tanta parte avrebbero avuto – e stanno avendo – nell'unilateralismo americano. A tali interessi peraltro, escludendo che il foro abbia a rimettere in discussione l'efficacia della sua legge nei casi di conflitto positivo, Quadri stesso mostra implicitamente di non sapere rinunciare, neppure quando ciò vada a beneficio della continuità della vita giuridica dei soggetti da lui ricercata, il che pare costituire il momento di minore coerenza del sistema. Procediamo con ordine svolgendo ciascuno di questi punti.

129. Il fondamento psicologico del d.i.p., a parte una certa vaghezza e fumosità di formule, non manca di suscitare qualche acuta perplessità⁸⁶⁰. In primo luogo, viene fatto di interrogarsi sul *legame* che la « teoria dell'aspettativa » intrattiene con la « teoria unilaterale ». Quand'anche si ammetta la natura psicologica del fondamento del d.i.p., l'unilateralità non ne risulta per ciò stesso necessitata. Anzi, laddove Quadri afferma che il legislatore è tenuto ad assegnare la valutazione di una fattispecie a quell'ordinamento « nel quale *presuntivamente e a suo avviso* le parti e i terzi sono istintivamente portati a configurare ed a rappresentarsi il rapporto », egli sembra addirittura escludere che si debba avere riguardo alla valutazione compiuta dagli ordinamenti stranieri nei quali la fattispecie è in qualche modo integrata, neppure limitatamente all'autoproclamata applicabilità o non-applicabilità della loro legge. Attribuendo esclusivo rilievo alla « valutazione » del legislatore del foro, si rischia, da un lato, di ricadere nella teoria « contenutistica » pur combattuta dal nostro – il che provocherebbe a sua volta quella deprecabile discontinuità nella vita giuridica internazionale dei soggetti cui il d.i.p. intenderebbe porre rimedio – e, dall'altro, di non potersi trarre d'impaccio se non munendosi di una norma di conflitto « bilaterale »⁸⁶¹. Lungi insomma dal darsi un legame, logico o teleologico, di necessaria derivazione fra la spiegazione psicologica del *fondamento* del d.i.p. e la teoria unilaterale circa la *funzione* di esso, tra di esse sembra al contrario intercedere come uno iato, una spaccatura.

Viene d'altra parte fatto di chiedersi quale sia il progresso che la localizzazione *psicologica* apporta rispetto alla localizzazione *spaziale*. Sembra indubbio che la scelta del fattore di collegamento, nei sistemi moderni, abbia quanto meno per *effetto* la designazione di un ordinamento che non può non essere in certa misura psicologicamente presente alle parti al momento del sorgere del rapporto⁸⁶². Ancora: poiché nell'apprezza-

⁸⁶⁰ Ci riferiamo all'aspettativa « delle masse »; cfr. BALLADORE PALLIERI, *D.i.p.*, 1974, p. 12.

⁸⁶¹ MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 149-150.

⁸⁶² Ad esempio, il collegamento del rapporto che si instaura tra danneggiante e danneggiato con l'ordinamento dello Stato in cui il fatto dannoso si è prodotto, o di quello in cui le conseguenze di esso si sono verificate, è più o meno istintivamente dettato dalla volontà, ed in ogni caso ha il sicuro effetto, di rispettare la probabile, o comunque ragionevole, aspettativa delle parti. Lo stesso è a dirsi dei collegamenti per lo più scelti in materia di famiglia e successioni ed in generale, crediamo, in ogni

mento della localizzazione psicologica è insito un insopprimibile margine di soggettività⁸⁶³, se si vuole ridurre l'incertezza circa la legge applicabile, a detrimento di quel traffico giuridico che si intende invece favorire, è necessario che tale localizzazione vada poi in qualche modo *oggettivata*. Se così è, non pare che l'acquisita consapevolezza, da parte del legislatore, di ciò che a fondamento della selezione di un collegamento deve risiedere quanto meno *anche* l'esigenza di rispettare le aspettative delle parti, lo porterebbe ad adottare fattori diversi da quelli verso cui si orienta, trattandosi appunto di un'esigenza che, in qualche misura, anche se soltanto istintivamente, esso già tiene presente, ed appunto già soddisfa⁸⁶⁴.

Ma una terza obiezione, più grave, può elevarsi rispetto alla teoria dell'aspettativa. Ogni Stato, quando adotta una legge, garantisce e deve garantire ad essa una *certa* sfera di applicazione nello spazio: ciò se vuole raggiungere gli obiettivi cui la legge mira, attuare la politica legislativa sottostante, cioè dare effetto alla particolare visione della giustizia dei rapporti interindividuali che in quella legge si esprime. Una legge senza ambito di applicazione spaziale è una legge incapace di incidere sui rapporti che pure intende regolare, dunque una legge inutile. Una legge provvista di un ambito di applicazione inadeguato è una legge che raggiunge il suo scopo in modo appunto soltanto inadeguato, dunque una legge in qualche modo difettosa. Ora, l'attuazione della visione dei rapporti sociali implicita in ogni legge non può essere condizionata alla verifica se l'aspettativa delle parti si è, in ogni caso concreto, orientata, o meno, in suo favore. Alla radice del principio *ignorantia legis non excusat* si rinvergono considerazioni simili. Quadri non riesce allora a spiegare perché, se il fondamento del diritto privato non è psicologico, lo è o può esserlo quello del diritto internazionale privato. Come Giorgio Ballardore Pallieri e Tito Ballarino lasciano intendere, la spiegazione di Quadri non pare allora, sul punto, soddisfacente⁸⁶⁵. Il che però non significa – come rileveremo fra un istante – necessaria-

settore del d.i.p. (v. ad esempio KEGEL/SCHURIG, *IPR*, p. 118; AUDIT, *D.i.p.* 112 s.; BONOMI, *Norme imperative*, p. 302 s.).

⁸⁶³ Cfr. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 149.

⁸⁶⁴ Cfr. BUCHER, *L'attente légitime des parties*, *Festschrift A. Heini*, Zürich, 1995, p. 95, che ricorda che, nell'elaborazione della LDIP svizzera, « la préoccupation de tenir compte de l'attente légitime des parties quant à la détermination de la loi applicable a souvent été exprimée. Le législateur a pris soin de choisir des critères de rattachement auxquels les parties doivent raisonnablement s'attendre ». Dire che il legislatore deve individuare « l'ordinamento che incide maggiormente sulla configurazione del rapporto » non va molto oltre dire che il legislatore deve individuare il centro di gravità, lo *Schwerpunkt*, del rapporto stesso. E di nuovo: o si rimette al giudice l'individuazione dello *Schwerpunkt* caso per caso, rinunciando alla scelta di un collegamento preciso, ciò che non mancherebbe di produrre, in un buon numero di casi, incertezza sulla legge applicabile, o si è costretti ad « obiettivizzare » tale centro di gravità, che è appunto quanto per lo più già accade.

⁸⁶⁵ BALLADORE PALLIERI, *D.i.p.*, 1974, p. 12, secondo cui la norma non dispone in conformità delle aspettative dei soggetti, « ma decide autoritariamente quale sia la regola migliore che deve valere per la disciplina del negozio e la impone oggettivamente, al di là di ogni valutazione subiettiva dei soggetti interessati »; cfr. BALLARINO, 1^a ed., p. 65.

mente escludere che le previsioni delle parti possano svolgere una funzione nella risoluzione dei conflitti di leggi.

130. Qui è da precisare che l'unilateralismo di Quadri non pare riposare sulla teoria dell'aspettativa, da cui è piuttosto indipendente. A dare ad esso corpo e saldezza è il fine da Quadri assegnato al d.i.p., cioè la continuità e l'uniformità della vita giuridica dei soggetti. La discrasia riscontrata fra le due teorie mostra ch'esse non sono solidali l'una con l'altra, e che si può allora mettere da parte l'una senza dovere necessariamente rinunciare all'altra. E' rispetto all'obiettivo che l'unilateralismo di Quadri assegna al d.i.p. che la dottrina bilaterale si è infatti misurata. Non potendo contestarne l'essenza, che è *mutatis mutandis* identica a quella stessa che la bilateralità per lo più s'assegna, nella versione dell'*armonia delle soluzioni*, la critica si è appuntata sulle conseguenze, cioè i *conflitti positivi e negativi* che l'unilateralità lascerebbe sussistere⁸⁶⁶. V'è però da prendere atto – almeno presso alcuni autorevoli commentatori di Quadri – di un diverso atteggiamento di fronte all'esistenza stessa di questi conflitti, e non solo presso chi simpatizzò con le idee di Quadri, come Pierre Gothot, ma anche presso chi non ha mancato di esprimere le sue riserve, come Bertrand Ancel. Non si può più – si è riconosciuto – rimproverare all'unilateralismo di lasciare sussistere tali conflitti: lungi dal costituire un « incidente deplorabile »⁸⁶⁷, od anche soltanto una « impasse »⁸⁶⁸, essi rappresentano piuttosto l'« ipotesi fondamentale » del d.i.p.⁸⁶⁹, la base su cui intraprendere a costruire. Né si può considerare l'unilateralismo di Quadri incapace di risolverli se non rifugiandosi in una *bilateralizzazione* del criterio di « auto-collegamento », perché Quadri, come si è visto, condanna con forza tale opzione⁸⁷⁰.

⁸⁶⁶ Quadri commise qui, a nostro avviso, un errore, diciamo così, strategico. Già nei primi anni sessanta, doveva infatti apparirgli abbastanza chiaro che l'adesione alla sua teoria sarebbe dipesa dalla capacità di questa di risolvere in modo soddisfacente i conflitti positivi e negativi (cfr. DE NOVA, *New Trends*, p. 819 s.). Egli parve invece più preoccupato di confutare le altre obiezioni al suo unilateralismo (*Lezioni*, p. 295 s.), che non ad avvalorarne la tenuta diffondendosi a dettagliare la misura in cui le soluzioni da lui proposte erano già, apertamente o copertamente, recepite dal diritto positivo. Ci lasciò poche pagine su cui ragionare.

⁸⁶⁷ GOTHOT, *Le renouveau*, p. 9, secondo cui l'unilateralismo è « la seule méthode pour laquelle la diversité des droits internationaux privés cesse d'être un accident regrettable pour devenir l'hypothèse fondamentale du raisonnement ».

⁸⁶⁸ Così definiti ancora da DE NOVA, *Historical Introduction*, p. 585.

⁸⁶⁹ ANCEL, *Le conflit de qualifications*, p. 147; cfr. GOTHOT, *Le renouveau*, p. 29: « Il n'est alors pas peu paradoxal de constater que la critique faite des doctrines unilatéralistes, depuis leur apparition, est précisément qu'elles n'arrivent pas à résoudre les conflits de lois »; cfr. AUDIT, *Cours général*, p. 237 e JACQUET, *La fonction supranationale de la règle de conflit*, spec. p. 227.

⁸⁷⁰ GOURDET, *L'effectivité en droit international privé*, p. 32: « Quadri est totalement en accord avec les prémisses de son raisonnement unilatéraliste, contrairement à la plupart des autres tenants de cette doctrine qui abandonnent la démarche unilatéraliste dès qu'elle présente des difficultés et qui retournent soit à la loi du for (Niboyet) soit à la règle de conflit classique (Pilenko) ». La dottrina di Niboyet sul punto è invero semplificata: v. *supra*, para. 75 s.

Quanto ai conflitti *negativi*, le spiegazioni dell'autore – come De Nova ha rilevato – sono rimaste un po' ermetiche⁸⁷¹. Egli ritiene si tratti di caso raro. Se però ciascuno degli Stati in presenza impiega una norma a collegamento *unico*, il conflitto negativo sembra doversi produrre tanto frequentemente quanto il conflitto positivo. Quadri obietta che, a sapere ben leggere gli ordinamenti nella loro integralità, il conflitto negativo si converte in conflitto *positivo* ovvero *immaginario*⁸⁷². Nel caso dell'argentino domiciliato in Francia si dovrebbe applicare, secondo Quadri, la legge francese, in quanto legge del domicilio, sussidiariamente competente, potremmo dire, rispetto alla legge della cittadinanza. Sembra insomma che per Quadri non vi sia qui alcun conflitto negativo, perché la legge francese *vuole* applicarsi, anche se in virtù di una competenza sussidiaria. L'autore non spiega tuttavia perché il d.i.p. argentino non possa assegnare alla legge argentina della cittadinanza una competenza sussidiaria quando lo Stato del domicilio impiega la cittadinanza. Non è insomma chiaro perché il conflitto sia *immaginario* e non *positivo*. La soluzione del conflitto si risolve nel privilegiare il domicilio rispetto alla cittadinanza, sicché, così com'è formulata, pare arbitraria.

Gothot ha provato a « prolungare » sul punto il pensiero di Quadri⁸⁷³. Ammessa senza ambagi l'esistenza dei conflitti negativi, se lo scopo, ha argomentato, è quello di preservare la continuità della vita giuridica dei soggetti, e se le parti hanno ritenuto che una legge le regolava, nulla impedisce che le si mantengano sotto questa legge che hanno creduto la loro: « la continuità – anima del pensiero unilaterale – non può mancare di trovarvi profitto »⁸⁷⁴. Si verrebbe cioè ad estendere ai conflitti negativi uno dei criteri di soluzione che Quadri propone per i conflitti positivi⁸⁷⁵. In alternativa, si è prospettata la possibilità per il giudice di elaborare un regolamento materiale, non essendo avvenuta, per dirla con Gothot, alcuna « riduzione dell'internazionale all'interno »⁸⁷⁶. Anche De Nova e Wengler hanno suggerito di colmare il vuoto lasciato da un conflitto negativo a mezzo di norme sostanziali (« special rules of decision »,

⁸⁷¹ *New Trends*, p. 820, e *Historical Introduction*, p. 586 (« How he proposes to solve a negative conflict is not so clear »); cfr. GOTHOT, *Le renouveau*, p. 31 e MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 143.

⁸⁷² *Lezioni*, p. 288; cfr. ANCEL, *Le conflit de qualifications*, p. 148: « Cette hypothèse est convertie par Quadri soit en un conflit positif, soit en conflit imaginaire ».

⁸⁷³ Cfr. ANCEL, *Le conflit de qualifications*, p. 149: « C'est à M. Pierre Gothot que le problème doit sa résolution cohérente, laquelle repose à la fois sur une franche admission du conflit négatif et sur l'appel au critère de l'"expectative", de l'aspettativa »; così anche AUDIT, *Cours général*, p. 239.

⁸⁷⁴ GOTHOT, *Le renouveau*, p. 31: « si la conduite antérieure des parties peut montrer qu'elles sont agi dans la pensée – erronée, mais cela n'a pas d'importance – qu'une loi les régissait, et se sont pour cela pliées à des ordres qu'elles croyaient – même à tort – leur avoir été donnés, rien n'empêche de les maintenir sous cette loi qu'elles ont cru la leur: la continuité – âme du système unilatéraliste – ne peut manquer d'y trouver son avantage ».

⁸⁷⁵ Cfr. ANCEL, *Le conflit de qualifications*, p. 149; GOURDET, *L'effectivité en droit international privé*, p. 33.

⁸⁷⁶ GOTHOT, *Le renouveau*, p. 32.

« special law rules »), ispirandosi al contenuto *materiale* di una delle due leggi in conflitto ovvero di entrambe⁸⁷⁷: proposte che anticipano certo unilateralismo americano⁸⁷⁸.

131. L'interesse che i conflitti positivi hanno destato in Quadri è ben maggiore. Due principali, anche se non esclusive, direttive di soluzione sono da lui avanzate⁸⁷⁹, le quali, nella sua visione, paiono strettamente saldate⁸⁸⁰: le *aspettative delle parti*, da un lato, e l'*effettività*, dall'altro.

Quanto al primo criterio, se – come si è rilevato – le aspettative delle parti non costituiscono criterio sufficiente a fondare la norma di d.i.p., non sembra che si possa dire altrettanto circa la loro attitudine a risolvere un conflitto positivo. Se è vero che, come ricorda Balladore Pallieri, la « norma [non] dispone in conformità alle aspettative dei soggetti, ma decide autoritariamente quale sia la regola migliore che deve valere per la disciplina del negozio, e la impone oggettivamente, al di là di ogni valutazione subiettiva degli interessati », è anche vero che qui vi sono per ipotesi due « regole », entrambe decise « autoritariamente », al di là di « ogni valutazione subiettiva degli interessati », ed entrambe giudicate « migliori » dai rispettivi legislatori e imposte alla loro osservanza. Se – come si esprime ancora Balladore Pallieri – lo scopo del d.i.p. è di procurare che « il rapporto, qualunque sia l'ordinamento in cui viene in considerazione, venga sempre valutato *secondo la medesima legge* »⁸⁸¹, il dichiarare applicabili entrambe le leggi significa contravvenire a tale scopo, mentre qualora le aspettative delle parti siano accertabili ed univoche, il dar rilievo ad esse consente di approdare alla « medesima legge ». L'argomento secondo cui la considerazione delle aspettative delle parti minerebbe l'autorità della legge non pare avere peso qui, perché le aspettative vengono in rilievo nei soli limiti tracciati dall'operare congiunto delle due leggi in questione, ipotesi nella quale ciascuna delle due leggi rischia di vedere la *propria autorità neutralizzata dalla parallela rivendicazione delle medesima autorità da parte dell'altra*.

⁸⁷⁷ DE NOVA, *New Trends*, p. 820 (cfr. *Historical Introduction*, p. 586): « One might suggest, in the spirit of Quadri's system, that since no stated rule appears to be applicable here, each *lex fori* will fill the gap by *creating* new and apposite rules, possibly finding inspiration in the legal system that has a comparatively significant connection with the case ». Quanto a WENGLER, *General Principles*, p. 377, nel caso in cui « the laws of two or more states want to be applied in the same matter and would lead to contradictory or inconsistent results », egli ritiene che il foro potrebbe intervenire elaborando « special law rules ».

⁸⁷⁸ Si pensi a quelle di VON MEHREN, *Special Substantive Rules for Multistate Problems: Their Role and Significance in Contemporary Choice of Law Methodology*, 99 *Harv. L. Rev.*, 1974, p. 347 s., spec. p. 368.

⁸⁷⁹ DE NOVA, *Historical Introduction*, p. 585-586: « He falls back, instead, for the solution of the "positive conflict of laws", on two principles of preference: a) the comparative effectiveness of legal rules; and b) the respect for the expectation of the parties concerning the law governing their relationship ».

⁸⁸⁰ *Lezioni*, p. 293.

⁸⁸¹ BALLADORE PALLIERI, *D.i.p.*, 1974, p. 8.

Si è inoltre rimproverata la « vaghezza » del ricorso alle aspettative delle parti – per esempio da Pierre Mayer⁸⁸² – e la difficoltà di individuazione di esse, dell'ordinamento cioè « nel quale le parti si sono psicologicamente poste », fra gli altri, da Balladore Pallieri e da Ancel⁸⁸³. *Quid* però se le parti hanno espresso chiaramente le loro previsioni attraverso una dichiarazione *esplicita* ovvero un comportamento *inequivocabilmente* concludente? Non pare insomma che per il fatto che il criterio possa essere vago, debba per ciò stesso essere rigettato anche nei casi in cui la sua messa in opera incerta non è: il rimedio deve corrispondere al male⁸⁸⁴. Pare ragionevole che il rimedio consista allora, come Quadri sembra suggerire, nell'evizione di tale criterio e nella sua sostituzione con un altro, se e nella misura in cui non vi è certezza ragionevole circa le aspettative delle parti, o se queste non sono univoche⁸⁸⁵.

Ma qui conviene soprattutto, e più radicalmente, non perdere di vista il fatto che si è alla ricerca di un criterio *de lege ferenda* salvo verificare *a posteriori* se si tratti, almeno in alcuni casi, di principio già positivo; di un criterio che serva non già come rimedio giudiziario di fortuna rispetto ad un singolo specifico caso storicamente già prodottosi, ma come criterio generale di *soluzione* dei conflitti positivi che abbiano a verificarsi *in avvenire*, e, ancora prima, di guida per i soggetti che abbiano ad esservi coinvolti. Ora, se il criterio del rispetto delle aspettative delle parti viene consacrato da una norma generale ed astratta, ciò significa in sostanza – come del resto ben rilevano Balladore

⁸⁸² MAYER/HEUZÉ, p. 80 (anche se, a p. 23-24, gli autori si sono mostrati ben più aperti alle « previsioni delle parti » come criterio risolutore dei « conflitti di sistemi »); cfr. MAYER, *La distinction entre règles de conflit et règles de décision*, p. 157 s.

⁸⁸³ BALLADORE PALLIERI, *D.i.p.*, 1974, p. 11, il quale, riferendosi alle aspettative individuali, così scrive: « Esse sono estremamente difficili da individuare. Hanno davvero i soggetti tra cui intercorre un rapporto avuto presente il problema della legge applicabile? Hanno davvero avuto in mente una determinata legge? »; cfr. ANCEL, *Le conflit de qualifications*, p. 152: « il s'agit de l'extrême généralité, voire de l'imprécision de deux critères de solution proposés »; nello stesso senso anche GOURDET, *L'effectivité en droit international privé*, p. 36 s. e DÉBY GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit*, p. 42.

⁸⁸⁴ GOTHOT, *Le renouveau*, p. 29

⁸⁸⁵ Che se poi si paventa che, pur adottando gli Stati in conflitto positivo tale criterio, i giudici di uno di essi possano interpretare le aspettative delle parti in un modo e i giudici dell'altro in un altro modo, sembra che si tratti di una possibilità comunque ineliminabile, sempre esistente, cioè, quando la norma non è in sé assolutamente chiara, e sempre rientrando dunque nell'alea giudiziaria. Certo, se la probabilità d'interpretazione divergente è alta, il criterio diviene pericoloso, e, come detto, è consigliabile sostituirlo con altro criterio. Ma è da riconoscere che, se anche la probabilità di divergenza circa la ricostruzione delle aspettative, dunque circa la legge applicabile, è significativa, è sempre meglio farvi ricorso che lasciare sussistere il conflitto, nel qual caso la divergenza di valutazione da parte dei giudici dei due ordinamenti in conflitto positivo circa la legge applicabile è addirittura certa: v. al riguardo i rilievi svolti *infra*, para. 323 s.

Pallieri ed Ancel – *consentire alle parti di scegliere la legge applicabile al rapporto*⁸⁸⁶. Ci permettiamo di riportare il seguente passo di Balladore Pallieri: « una volta ammesso che si debba tener conto delle aspettative dei soggetti, bisognerebbe anche dedurne che questi abbiano il potere di esplicitamente indicare quale è questa legge da cui si ritengono regolati rispetto ad un dato rapporto ». Prosegue l'autore: « Ma a ciò contraddicono tutti i sistemi di diritto internazionale privato. Solo per i contratti è ammesso, e con molte riserve, il principio della possibilità per i contraenti di designare la legge applicabile ». Simile è la posizione di Ancel: « Certo, viene fatto di derivare dal funzionamento della norma che prevede la scelta di legge una replica all'obiezione. Ma sarebbe vano. E' evidente che non si coglierebbe nel segno. L'indagine che soggiace alla determinazione della legge d'autonomia ha un quadro definito: il contratto »⁸⁸⁷.

Ebbene, tali obiezioni devono oggi, a distanza di trent'anni, essere riviste. Tra gli elementi che più contraddistinguono l'evoluzione del d.i.p. da diversi decenni figura proprio l'« estensione irresistibile » dell'autonomia della volontà⁸⁸⁸, la quale ha ormai investito pressoché tutti i settori del diritto privato, anche quelli che si erano soliti riguardare come i più strutturalmente impermeabili ad essa perché aventi ad oggetto diritti non disponibili sul piano della legge interna⁸⁸⁹. La quale constatazione impone non solo di emettere già sin d'ora l'ipotesi che la crescita dell'autonomia della volontà possa rinvenire una delle sue radici più profonde nella tensione dei sistemi di d.i.p. verso la soluzione dei conflitti positivi cui la loro perdurante diversità dà luogo, ma istrada anche a scorgere nel potere di scelta l'esplicitazione, da parte dei soggetti coinvolti, del *quadro legale* nel quale essi intendano instaurare e svolgere i loro rapporti. E' inoltre significativo che, in uno degli ultimi studi apparsi in Europa sulla *funzione* della norma di conflitto, Muir Watt abbia, come si è visto, proposto come limite generale all'operatività della norma bilaterale proprio le « legittime e ragionevoli previsioni delle parti »: le quali dunque, se si sono orientate verso una legge diversa da quella designata dalla norma di conflitto, divengono un criterio di *disapplicazione* di questa e d'*applicazione* di quella, con il solo limite della « oggettiva ragionevolezza » di tali previsioni⁸⁹⁰. Ed è

⁸⁸⁶ BALLADORE PALLIERI, *D.i.p.*, 1974, p. 12-13; ANCEL, *Le conflit de qualifications*, p. 159; sul punto, più recentemente, DUBLER, *Les clauses d'exception en droit international privé*, Genève, 1983, p. 95 s. e BUCHER, *L'attente légitime des parties*, p. 95.

⁸⁸⁷ ANCEL, *Le conflit de qualifications*, p. 159: « Certes, il pourrait être tentant de tirer de la mise en œuvre de la règle de la loi d'autonomie une réplique à l'objection. Mais ce serait en vain. Il est évident qu'elle ne porterait pas. L'enquête que requiert la détermination de la loi d'autonomie a un cadre défini: le contrat ».

⁸⁸⁸ VON OVERBECK, *L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé, Hommage à F. Rigaux*, Bruxelles, 1993.

⁸⁸⁹ Cfr. SOIRAT, *Règles de rattachement à caractère substantiel*, thèse Paris I, 1995, p. 5: « aucune province du droit privé ne paraît plus désormais à l'abri de la tentation de la substantialisation ». Per una lista di tali norme nelle codificazioni degli ultimi vent'anni, v. BALLARINO/ROMANO, *Le principe de proximité chez Paul Lagarde*, p. 42 s.

⁸⁹⁰ V. *supra*, para. 105.

pure degno di nota che autorevole dottrina riconosca come la c.d. clausola d'eccezione, che è iscritta in un numero crescente di sistemi di d.i.p., spieghi, fra le altre funzioni, proprio quella di salvaguardare le ragionevoli aspettative delle parti circa la legge regolatrice del rapporto cui hanno dato vita⁸⁹¹.

132. Se, in una data fattispecie, di previsioni (comuni) delle parti non si può parlare, perché né le parti si sono curate di esplicitarle, né queste possono altrimenti dedursi univocamente da un loro comportamento esteriore, Quadri propone il ricorso al criterio dell'*effettività*, ed in particolare all'ordinamento *più forte*⁸⁹². Al che si è osservato che il principio dell'*effettività* è alla base anche delle norme *bilaterali*⁸⁹³, le quali in effetti elevano a collegamento il contatto ritenuto, in astratto, più *significativo*, dallo Stato che le pone⁸⁹⁴. Il che invita a precisare che il nodo del problema – che però tende a sfuggire ad un'impostazione bilaterale pura – risiede in ciò che due Stati hanno elevato a criteri di collegamento *due* fattori diversi, ciascuno ritenuto il più forte, se si vuole il più effettivo, dallo Stato che l'ha prescelto. Un'alternativa s'impone: o il foro ritiene che il suo giudizio sull'*effettività* del collegamento adottato sia comunque più adeguato e che la legge da esso individuata deve comunque considerarsi *in assoluto* la più effettiva (e ciò anche se tutti gli altri contatti dovessero condensarsi presso l'altro Stato); ovvero il foro, consapevole della *relatività* di ogni singolo collegamento⁸⁹⁵, accetta, nel caso di

⁸⁹¹ BUCHER, *L'attente légitime des parties*, p. 95: « l'idée du respect de l'attente légitime des parties a cependant conservé un rôle autonome, dans la mesure où il est préconisé que la clause d'exception de l'art. 15 al. 1 ait comme fonction spécifique la sauvegarde de l'attente légitime des parties, relative au droit applicable à leur relation »; v. in questo stesso senso VISCHER, *Das Problem der Kodifikation des schweizerischen internationalen Privarechts*, RSD, 1971, p. 75 s. e *General Course on Private International Law*, RCADI, 1992-I, p. 109 s.; *Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé*, FF 1983, I, p. 300 s.; SCHWANDER, *Einführung in das internationale Privatrecht*, t. I, 2. Aufl., Sankt Gallen, 1990, n. 378; KELLER/GIRSBERGER, *Zürcher Kommentar*, Zürich, 2004, p. 203 s.

⁸⁹² ANCEL, *Le conflit de qualifications*, p. 148: « Il s'agit de rechercher l'ordre le plus "fort", la "lex conveniens", en considération de toutes les circonstances concrètes »; GOURDET, *L'effectivité en droit international privé*, p. 31; v. anche AUDIT, *Cours général*, p. 240. Cfr. WENGLER, *Les principes généraux*, p. 613, secondo cui è opportuno scegliere la legge « la plus apte à imposer en fait son point de vue sur le droit applicable »; in adesione VAN HECKE, *Principes et méthodes en droit international privé*, RCADI, 1969-I, p. 440).

⁸⁹³ ANCEL, *Le conflit de qualifications*, p. 157: « Cependant, la considération de l'effectivité est une condition indispensable au fonctionnement de la règle de conflit »; MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 144: « Concernant la règle de conflit bilatérale, ne doit-on pas reconnaître que la considération de l'effectivité est une condition indispensable à son fonctionnement? La meilleure répartition des compétences n'est-elle pas celle qui est conforme à l'effectivité des situations? »; v. anche AUDIT, *La fraude à la loi*, n. 152.

⁸⁹⁴ MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 146, GOURDET, *L'effectivité en droit international privé*, p. 39.

⁸⁹⁵ Insiste – come si è visto – sulla « relatività » del criterio di collegamento scelto dal foro, MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, passim (v. *supra*, note 539 e 686).

conflitto positivo, di rimettere in discussione questa astratta e soggettiva maggiore effettività per verificare se essa corrisponda ad una maggiore effettività concreta ed oggettiva, cioè insomma se accetta di rivedere la sua scelta, esaminando altri elementi della fattispecie e misurandone il peso. Ora se il foro sceglie la prima via – cui conduce la bilateralità – non solo il legame con esso, o con lo Stato designato dalla sua norma bilaterale, potrebbe essere, in concreto, *meno* effettivo, perché tutti gli altri contatti designano l'altro Stato; ma la norma del foro potrebbe rivelarsi, pur nel caso di maggiore effettività oggettiva della legge da essa designata, di fatto meno effettiva, quand'anche per una ragione tutta diversa, cioè perché il sistema di d.i.p. che si attiverà per primo sarà quello dell'altro Stato e – non esercitandosi in sede di riconoscimento alcun controllo della legge applicata – la valutazione ch'egli ha fatto dell'effettività, seppure indirettamente, s'imporrà anche allo Stato del foro.

La dottrina pare riconoscere che il criterio dell'effettività possa iscriversi in una disposizione legislativa per due vie: o il foro identifica un singolo contatto *diverso* – e diciamo così *terzo* – rispetto a quello adottato dalle norme di conflitto, che ritenga, qualitativamente, più significativo di tutti i possibili indici terzi, ovvero affida al giudice la ricerca libera del collegamento più significativo o « prossimità allo stato puro »⁸⁹⁶. Si è detto che, almeno nel primo caso – il pensiero corre, ed è corso, ad esempio al luogo di situazione dei beni per risolvere un conflitto positivo fra il domicilio e la cittadinanza⁸⁹⁷ –, ciò significherebbe ripiegare su una norma *bilaterale*, cioè, su un criterio di collegamento posto dal *foro*⁸⁹⁸, pur riconoscendosi che si tratterebbe di criterio *diverso* da quello utilizzato dalla norma unilaterale del foro⁸⁹⁹.

Ora, l'impiego di un criterio scelto dal foro è, a ben guardare, una conseguenza del postulato secondo cui la legge del foro, quand'essa partecipa ad un conflitto positivo, è, dal punto di vista dello Stato del foro che la pone, sempre applicabile. Se si prova a prescindere da questo postulato – del quale, come si è visto, Wiethölter ha mostrato l'incoerenza logica con l'idea prima dell'unilateralismo e Muir Watt la contrarietà, almeno in

⁸⁹⁶ Cfr. ANCEL, *Le conflit de qualifications*, p. 152: « Suffira-t-il, par exemple, de procéder au relevé et à l'addition des contacts que la situation présente respectivement avec tel ou tel ordre juridique? Si la réponse devait être positive, l'emporterait l'ordre juridique avec lequel les attaches sont les plus nombreuses; si la réponse devait être négative, il faudrait alors quitter le plan purement quantitatif, où tous les contacts se valent, et réintroduire dans le calcul de l'effectivité ou de l'*aspettativa* des considérations d'ordre quantitatif ».

⁸⁹⁷ WENGLER, *General Principles*, p. 382 s., evoca la predominanza del luogo di situazione dei beni quale « strongest state » subito dopo avere trattato dell'unilateralismo. L'idea dell'« ordinamento più forte » era peraltro già stata da lui messa innanzi in *Les principes généraux*, p. 613.

⁸⁹⁸ DÉBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit*, p. 42, ANCEL, *Le conflit de qualifications*, p. 170, MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 147.

⁸⁹⁹ V. ANCEL, *Le conflit de qualifications*, p. 170, secondo il quale, « dans ces hypothèses, en effet, il faut bien s'en remettre à des critères autres que ceux retenus par les ordres auxquels appartiennent les lois en conflit ».

certi casi, rispetto all'obiettivo della *stabilità* dei rapporti interindividuali, cioè, insomma, alla continuità della vita giuridica dei soggetti⁹⁰⁰ – allora non pare esservi più bisogno di fare intervenire alcun criterio bilaterale di soluzione da parte del foro, Stato A, per risolvere il conflitto positivo fra le leggi degli Stati esteri B e C: lo Stato A aderirà alla soluzione, qualunque essa sia, che rinverrà negli ordinamenti dei due Stati in conflitto, B e C, i quali, constatato il conflitto fra le loro leggi, rimetteranno ciascuno in discussione la competenza della propria, pur dichiarata applicabile dalla propria norma unilaterale, a mezzo di un criterio di soluzione del conflitto positivo (al quale, dal loro punto di vista, partecipa anche la loro legge, cioè, dal punto di vista di ciascuno, la legge del foro). Il quale criterio di conflitto positivo fra le leggi di B e C non sarà bilaterale nel senso tradizionale del termine, perché ciascuno degli Stati B e C dovrà ulteriormente verificare che il criterio scelto dall'altro vuoi sia il medesimo vuoi, comunque, designi, nella fattispecie, la medesima legge: il che è proposto in effetti da certo unilateralismo americano recente⁹⁰¹.

Anche del criterio del « collegamento più stretto », si è sottolineato che si tratta di direttiva alquanto indeterminata⁹⁰². Ma anche qui è dato constatare che i casi in cui gli ordinamenti moderni vi si richiamano sono in aumento. Non solo: sempre più, come si è ricordato, si danno « clausole d'eccezione » generali che consentono di disapplicare la norma di conflitto ordinaria qualora una legge diversa da quella designata presenta un legame significativamente più stretto con la fattispecie⁹⁰³. E la disponibilità a fare uso di questo strumento deve, secondo certa dottrina, essere tanto maggiore quanto più tale uso consenta di raggiungere l'ambita uniformità di regolamento.

133. Come anticipato, Quadri, anche se con circospezione, ha proposto altre soluzioni ai conflitti positivi⁹⁰⁴. Un primo criterio è quello del *favor validitatis* (*res magis valeat quam pereat*): si tratta, per Quadri, nient'altro che di una specificazione del criterio dell'effettività; Wengler ha avanzato la medesima proposta, seppure avendo a mente la materia contrattuale⁹⁰⁵. Un ulteriore rimedio è fornito dal « cumulo », il quale, secondo il nostro autore, condurrebbe a sua volta ad un altro tipo di *favor*, per esempio *debitoris*⁹⁰⁶. Pure Wengler ha prospettato la possibilità di privilegiare un certo risultato materiale,

⁹⁰⁰ V. *supra*, para. 104, note 690 e 704 e para. 113, nota 756.

⁹⁰¹ V. *infra*, para. 161, in fine.

⁹⁰² MAYER/HEUZÉ, p. 80, AUDIT, *D.i.p.*, p. 221.

⁹⁰³ Per la Svizzera, v. KELLER/GIRSBERGER, *Zürcher Kommentar*, p. 194 s.

⁹⁰⁴ Lezioni, p. 291.

⁹⁰⁵ WENGLER, *General Principles*, p. 377: « The criteria for this choice might either be the material result of the conflicting laws (for example, the law of the forum might require the application of the law according to which the contract is valid), or some sort of a scale of preferences for those connections which might be chosen by different states as allocating factors ».

⁹⁰⁶ Lezioni, p. 291.

senza però soffermarvisi. La critica ha trascurato tali ulteriori proposte, da Quadri invero avanzate assai fugacemente.

134. Altri rimproveri rivolti a Quadri lasciano più perplessi. Innanzitutto quelli mossi alla nozione di *norma agendi*, la quale sarebbe contestabile perché l'idea che « la situazione sociale si localizzi naturalmente in un ordinamento giuridico è un'illusione »⁹⁰⁷. A parte il rilievo che quest'affermazione dovrebbe essere condivisa da ogni unilateralismo, mentre la bilateralità tradizionale, se e nella misura in cui si richiama all'universalità del collegamento scelto dal foro⁹⁰⁸, pare avere più difficoltà a farla propria, Quadri – se ben intendiamo – non vuole, con il concetto di *norma agendi*, significare che ogni fattispecie internazionale benefici di una localizzazione naturale prestabilita, bensì e più semplicemente che è auspicabile che l'insieme degli ordinamenti messi in causa siano in grado, nel loro insieme, di esprimere ai soggetti coinvolti una *norma di condotta*, che autorizzi o prescriva loro un certo comportamento e non più comportamenti incompatibili, cioè irrealizzabili: il che è in sostanza la funzione stessa del diritto. Si è ancora detto che la *norma agendi* è soltanto quella che risulta da una decisione giudiziaria concreta, il problema del d.i.p. consistendo nella contraddittorietà delle sentenze che renderebbero le diverse istanze competenti e non già delle norme astratte⁹⁰⁹. Qui si toccano, come ognun vede, aspetti delicatissimi circa i rapporti fra norma astratta e decisione: senza addentrarvisi in questa sede, ci si limiterà a segnalare che la constatazione di cui si è detto non varrebbe comunque ad intaccare, come del resto ricordano gli stessi contraddittori di Quadri, l'obiettivo centrale del d.i.p., che è quello di procurare che le istanze giudiziarie competenti rendano giustizia sulla base di una medesima legge⁹¹⁰. Si è osservato che, se anche si riuscisse ad approdare appunto ad una competenza legislativa *unica* – che il diritto positivo è ben lontano dall'aver raggiunto – l'applicazione di una legge straniera da parte del giudice del foro è, in ogni caso, « largamente

⁹⁰⁷ V. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 144: « En toute hypothèse, la notion même de norma agendi (utilisée normalement pour résoudre les “faux” conflits) est contestable: l'idée qu'une situation sociale se localise naturellement dans un ordre juridique n'est qu'une illusion » (l'A. si richiama a WENGLER, *General Principles*, p. 386 s.).

⁹⁰⁸ Cfr. le considerazioni di BATIFFOL, *Tendances doctrinales actuelles*, p. 44, riferite *supra*, para. 79.

⁹⁰⁹ MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 151-152: « Pour mieux comprendre la portée de l'objection en tant qu'elle se rapporte à la doctrine de Quadri, il est utile de se référer aux travaux récents de M. Mayer qui, en matière de conflit de systèmes, aboutit à une conclusion identique. Rejetant en effet, d'une part, l'idée que la situation juridique puisse se constituer en système donné, soulignant, d'autre part, l'autorité supérieure que revêt, aux yeux des particuliers, la décision, norme concrète, par rapport à la règle qui, même assortie de l'indication de ses destinataires, conserve un caractère abstrait, M. Mayer reproche aux partisans de la nouvelle doctrine des droits acquis de négliger le facteur juridictionnel. Or, c'est en cela précisément que réside la faiblesse de la doctrine de Quadri. L'hypothèse même du conflit de lois n'est pas constituée par le désordre provoqué par la divergence des domaines que s'attribuent des règles abstraites, mais par le contenu différent des décisions que rendraient les diverses juridictions se reconnaissant compétentes » (corsivo nostro).

⁹¹⁰ MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 153.

una finzione », « la pluralità dei giudici pronti a sanzionare un rapporto rendendo illusoria l'idea di una *norma agendi* a contenuto unico »⁹¹¹. Se con ciò si vuol dire che, in caso d'incertezza per dir così oggettiva del contenuto della legge applicabile, è possibile che i giudici di diversi Stati pervengano ad una messa in opera diversificata, si tratta di timore in parte fondato ma che potrebbe *mutatis mutandis* ripetersi per il diritto interno, per le cui ambiguità interpretative, entro una certa misura, *tot capita quot sententiae*, il che non pare scoraggiare l'attività nomofilattica, cioè di preservazione di una certa *unità* nell'applicazione del diritto, da parte delle corti supreme. Se invece si vuol dire che i giudici non sono mai in grado di applicare il diritto straniero come lo farebbe un giudice di quello Stato, conviene forse procurare di ammonire a non esagerare, ché si tratta di un quadro a fosche tinte che per buona parte non corrisponde al vero, come dimostra il buon funzionamento complessivo di diverse ed importanti Convenzioni, e vi corrisponderà probabilmente sempre meno, se i giudicanti sapranno elevarsi a quella visione internazionalistica cui li esorta dottrina recente ed autorevole⁹¹².

135. Piuttosto è da tornare qui sul privilegio di cui la *lex fori* gode nel sistema di Quadri nel caso di conflitto positivo⁹¹³. Si è già intravisto che questa disparità di trattamento impedisce ad uno Stato terzo di passivamente adattarsi – facendola propria – alla soluzione che risulta dai sistemi degli Stati in conflitto positivo, ciascuno dei quali è in sostanza da Quadri legittimato a persistere nella pretesa di applicare la propria legge: il che costringe lo Stato terzo ad attivamente intervenire con una propria norma, che ha tutte le sembianze, come si è fatto notare, di una norma bilaterale⁹¹⁴. Insomma: finché non saprà disfarsi da questa discrasia, l'unilateralismo, e il « principio di adattamento » che, per Quadri, ne è il meccanismo fondativo, potrà difficilmente contare sulle sole proprie forze per venire a capo del problema posto dai conflitti positivi.

⁹¹¹ *Op. cit., loc. cit.*: « A cet égard, on pourrait citer en les adaptant, les observations suivantes de M. Audit relatives à la portée de la dissociation des compétences juridictionnelle et législative: "Le juge le plus comparatiste reste toujours un étranger, au sens le plus fort du terme, par rapport à tout autre système que celui qu'il incarne (...) l'application d'une loi étrangère par un juge donné est largement une fiction". Par conséquent, à supposer même (mais le droit positif comparé est très loin de consacrer l'unilatéralisme) que l'on puisse aboutir (du moins pour les « faux » conflits) à la reconnaissance d'une compétence législative unique, la pluralité de juges prêts à sanctionner le rapport rend illusoire l'idée d'une *norma agendi* unique ».

⁹¹² SCHWANDER, *Wie kann nationales IPR zu vermehrt internationaler Optik gelangen? Liber Amicorum K. Siehr*, The Hague [etc.], 2000, p. 678: « Die rechtsanwendenden Gerichte und Behörden müssen sich, wollen sie den Gegenstand des IPR adäquat beurteilen, vom einzelstaatlichen Gesichtspunkt lösen und eine überstaatliche Optik wagen ».

⁹¹³ Lo rimarcano DE NOVA, *New Trends*, p. 820, GOTHOT, *Le renouveau*, p. 21, ANCEL, *Le conflit de qualifications*, p. 148, MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 142; cfr. WENGLER, *General Principles*, p. 377.

⁹¹⁴ L'« aspect actif » del « principe d'adaptation et de coordination » è rilevato da ANCEL, *Le conflit de qualifications*, p. 147.

E' degno di nota che la preponderanza sistematica in favore della *lex fori* è stato avvertita come insoddisfacente da taluno dei critici di Quadri. Come ha rilevato Muir Watt, tale privilegio può rivelarsi propriamente *contrario* alle previsioni delle parti nonché alla stabilità dei loro rapporti, cioè alla continuità della loro vita giuridica⁹¹⁵. Un rapporto che si è costituito in virtù di una certa legge straniera che lo Stato da cui emana ha dichiarato applicabile e ha già effettivamente applicato – specie, ma non necessariamente, per mano delle sue autorità – verrebbe scardinato, e con esso l'affidamento delle parti sulla sua validità, se non lo si ammettesse a produrre effetti nel foro per il solo fatto che la legge del foro, pure in principio dichiarata applicabile dalla norma di conflitto del foro, non è stata osservata. Muovendo dalla relatività di ogni criterio di collegamento, Muir Watt – si è visto – affaccia l'ipotesi di una disapplicazione della legge del foro pur in principio applicabile.

Come spiegare, allora, la posizione di Quadri, che pare contraria allo spirito che circola nel suo stesso sistema? Soltanto, e paradossalmente, riesumando quegli interessi statali di cui Quadri nega che possano essere considerati « quale momento essenziale e caratteristico del d.i.p. », non costituendone tutt'al più se non « momento puramente accidentale », come del resto avviene, osserva l'autore, praticamente in tutto il diritto interno⁹¹⁶. Giungiamo per questa via a mettere il dito su quella che, a distanza di quarant'anni, ci pare essere la più notevole incompiutezza dell'unilateralismo del nostro autore. Tutto proteso a combattere la spiegazione interstate del d.i.p., manca in Quadri una riflessione serena e distesa sull'interesse che uno Stato può legittimamente vantare, nei confronti dei suoi omologhi, ad estendere la sfera d'applicazione della propria legge a certe fattispecie pur internazionali ma significativamente integrate nel suo sistema sociale e economico⁹¹⁷, e, soprattutto, sul modo in cui quest'interesse si relaziona e si compone con quello degli individui alla continuità e all'uniformità della loro vita giuridica.

E' proprio muovendo dall'interesse dello Stato del foro che l'unilateralismo americano è venuto, in esito ad un processo laborioso ed assai interessante, a mostrare l'opportunità, in vista del più pieno soddisfacimento di esso, di prescrivere che la legge del foro partecipi anch'essa alla procedura di « revisione » prevista per i conflitti positivi. Ed è pure significativo che la dottrina americana contemporanea tenda progressivamente a giustificare questa soluzione anche al fine di rispettare le ragionevoli previsioni delle

⁹¹⁵ MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 609: « En matière d'effet des jugements (...), la thèse unilatéraliste fait une place insuffisante aux prévisions des parties fondées sur le jugement étranger, en ce sens qu'elle oublie la reconnaissance chaque fois que la loi du for est compétente selon la règle de conflit du juge requis ». V. *supra*, nota 706.

⁹¹⁶ Già *Funzione*, p. 63, poi *Lezioni*, p. 94, nonché, esplicitamente, p. 116, dove Quadri nega l'utilità del principio di eguaglianza degli Stati nel d.i.p. « poiché, fra l'altro, nel campo del d.i.p. non si tratta di interessi statali, ma individuali ».

⁹¹⁷ V. ad es. la « communication » di BUCHER al *Comité français, Vers l'adoption de la méthode des intérêts?*, *Trav. com. fr. dr. int. pr.*, Années 1994-1995, p. 209 s.; *infra*, para. 154 s.

parti, lasciando intravedere l'unità superiore in cui sono naturalmente capaci di raccogliersi quegli interessi interindividuali e quegli interessi statali che il sistema di Quadri ancora forza in compartimenti separati.

Sezione IV

Conclusioni sulla seconda stagione dell'unilateralismo

SOMMARIO: – 136. Il fondamento delle tesi unilaterali: diritti quesiti, previsioni delle parti, continuità della vita giuridica. – 137. Le proposte di soluzione dei conflitti positivi (e negativi) ed il principio dell'effettività. – 138. L'unilateralismo parziale come momento-chiave nella storia del fondamento della norma di conflitto. – 139. Soluzione dei conflitti positivi e interesse statale quali cardini della riflessione americana.

136. Mantenimento dei diritti, o meglio, delle situazioni giuridiche, nate, create, costituite od acquisite all'estero, o meglio, conformemente ad una legge straniera; rispetto delle legittime e ragionevoli aspettative o previsioni delle parti; favore per la validità e l'efficacia, la stabilità, l'uniformità e la continuità dei rapporti giuridici internazionali e della vita giuridica dei soggetti che ne sono parte. Questi i fondamenti (e la fraseologia per descriverli) di volta in volta messi innanzi dagli autori di questa seconda stagione per giustificare l'adesione – più piena ed esplicita ed appassionata per alcuni, più misurata, sotterranea, inconfessata od inconsapevole per altri – all'idea unilaterale. Proviamo a brevemente riassumere e sistemare.

Oltre all'interesse dello Stato del foro al rispetto della sovranità dei suoi omologhi, dell'esercizio del potere da essi avvocato di regolare fattispecie internazionali, ciò cui sarebbe stata per lo più legata la sua memoria, Niboyet addita a fondamento dell'idea unilaterale l'esigenza di un più largo riconoscimento internazionale delle situazioni giuridiche (non già, per lui, acquisite ma) nate o create o costituite, all'estero. La bilateralità presenta l'inconveniente di comprimere tale riconoscimento senza che sia visibile alcun apprezzabile interesse del foro. Nel caso di conflitto fra più situazioni giuridiche incompatibili, cioè fra più leggi straniere che vi abbiano dato vita, Niboyet propone il ricorso al criterio del *prior in tempore* e, seppure in modo ancora vago ed incerto, al principio dell'effettività; il quale pure, nel conflitto fra una legge che valida una situazione giuridica ed una che la invalida, conduce Niboyet a preferire la prima.

L'idea di ricorrere all'unilateralismo per giustificare il rispetto dei diritti costituiti all'estero – cioè conformemente ad una legge straniera altra rispetto a quella designata dalla norma di conflitto del foro – doveva rivelarsi sorprendentemente vitale, e destinata a

lunga vita⁹¹⁸, ma anche a trascinarsi sempre con sé l'imprecisione e l'ambiguità intime al concetto stesso di *diritto creato* all'estero, accresciutesi con la sua silenziosa rinominazione in diritto *acquisito* all'estero, nonché al concetto di *efficacia* di un diritto quale opposto alla *creazione* di esso. Imprecisione ed ambiguità che sono responsabili delle numerose ed autorevoli resistenze che tale concetto suscita ancor oggi⁹¹⁹.

Francescakis, nel far sua l'idea, riconoscendola conforme alle esigenze di stabilità dei rapporti imposte dal commercio internazionale, « debilateralizzando » la norma di conflitto e abbracciando il modulo unilaterale, vi appone l'importante limite della totale estraneità al foro della fattispecie al momento della sua costituzione, con ciò postulando la necessità di uno scollamento, anzi di uno sdoppiamento prospettico spazio-temporale, materiantesi nel trapasso della fattispecie, successivo alla sua costituzione, dall'orbita di uno o più sistemi stranieri di d.i.p. all'orbita di quello del foro. Sulla suggestione della cesura così aperta, Francescakis è venuto naturalmente a parlare di diritti *acquisiti* o *quesiti* (denominazione che avrebbe per lo più sostituito la precedente⁹²⁰), tali, più ancora che semplicemente « creati », apparendo al foro, a motivo della lontananza spaziale e dello iato temporale di cui si è detto. Quanto alla legge applicabile, nel caso in cui una sola legge straniera abbia dato vita a situazioni giuridiche, queste devono, per Francescakis, riconoscersi nel foro, e ciò anche se un'altra legge, pur volendosi applicare, non abbia però fatto sorgere alcunché⁹²¹. Nel caso poi in cui più leggi si dichiarino competenti e abbiano fatto sorgere più diritti, diversi ed incompatibili, rifiutato alla bilateralità anche il più modesto ruolo di dirimere tale conflitto, Francescakis propone piuttosto di risolverlo – sulla falsariga di Niboyet – a favore della legge che si è applicata *effettivamente*. Poiché egli ha soprattutto in mente casi di applicazione *autoritativa* della legge, e poiché quest'applicazione ha luogo in un istante temporale perfettamente individuato, Francescakis può impiegare a tal fine il criterio, esso pure già avanzato da Niboyet, del *prior in tempore potior in iure*, attinto, come disse, alle sorgenti razionali del diritto⁹²².

Quadri, muovendo anch'egli dall'idea dei diritti quesiti nel ricercare la funzione del d.i.p., la scorge nell'esigenza di assicurare la continuità della vita giuridica dei soggetti.

⁹¹⁸ BUCHER, *L'attente légitime des parties*, p. 96: « L'histoire du droit international privé est jalonnée de tentatives de respecter au mieux les situations juridiques nées et déployant leurs effets à l'étranger, de manière à éviter que l'Etat du for n'en vienne, sans motif, à rompre l'homogénéité du rapport juridique par la désignation d'une loi différente de celle ayant appréhendé celui-ci à l'étranger ».

⁹¹⁹ V. per tutti MAYER/HEUZÉ, *D.i.p.*, p. 75-76; cfr. anche AUDIT, *D.i.p.*, p. 220 s.

⁹²⁰ FERRER CORREIA, *La doctrine des droits acquis dans un système de règles de conflit bilatérales*, p. 285 s.; DROZ, *Regards*, p. 364 s.

⁹²¹ Cfr. AUDIT, *D.i.p.*, p. 221.

⁹²² Su ciò che la « règle prior in tempore potior iure fait très clairement partie des instruments les mieux assurés de la thèse unilatéraliste », v. GOTHOT, *Le renouveau*, p. 441; cfr. anche AUDIT, *D.i.p.*, p. 221.

Non avvertendo alcuna ragione di circoscrivere il perseguimento di essa ai soli casi di originaria estraneità al foro, egli viene a dare singolare risalto alle *aspettative delle parti*, facendone, in una con il fondamento del d.i.p., il naturale criterio cui ricorrere nel caso di conflitto positivo, il solo su cui si soffermò, perché il solo, a suo dire, veramente reale. Accertata l'effettività della volontà d'applicazione di entrambe le leggi – o, come precisa Muir Watt, la « ragionevolezza » di tale volontà – sembra naturale, nel sistema di Quadri, mantenere le parti, secondo l'espressione di Gothot, « sotto l'impero della legge che hanno ritenuto la loro ».

Pur critica di diversi aspetti del pensiero di Quadri, Muir Watt è venuta ad attestarsi, senza forse né saperlo né volerlo, su una posizione, ai fini che qui interessano, a lui singolarmente vicina: riprendendo il cammino di Francescakis, l'autrice è andata oltre la restrizione spaziale, di cui neppure Quadri non vide ragione⁹²³, con il che è venuta a riasorbire anche quel diaframma temporale di cui si è detto; e, mettendo da parte altresì il carattere autoritativo dell'applicazione della legge, è venuta anch'ella ad avvertire il bisogno, per disapplicare la norma bilaterale, del dato soggettivo delle previsioni delle parti.

137. Il principio dell'effettività, costantemente tenuto presente dagli unilateralisti di questa seconda generazione, è divenuto gradatamente la cifra dell'unilateralismo. *Favor validitatis*, principio del *prior in tempore*, rispetto delle aspettative o previsioni delle parti, impiego del collegamento più stretto, paiono allora tutte incarnazioni di una medesima idea, che le raccoglie e dà ad esse unità, per cui l'applicazione *oggettiva* della legge e le previsioni *soggettive* circa la sua efficacia vengono ad attrarsi reciprocamente, come magneti di polo contrario, e a saldarsi, seppure con un dosaggio di volta in volta diverso, vivendo in una sorta di osmosi.

Se due leggi rivendicano per sé la competenza, il dare efficacia, nel foro, a quella che ha « realmente operato », come suggerisce Francescakis, significa dar efficacia a quella che si è *effettivamente* applicata. Il che è particolarmente agevole se la messa in opera ha avuto luogo per il tramite di un'autorità. Qui è l'applicazione oggettiva che modella ed attrae a sé le previsioni soggettive: come si è autorevolmente detto, una pronuncia, una volta intervenuta, riveste agli occhi delle parti una autorità particolare, ed istilla in loro la convinzione legittima della sua efficacia rispetto ad esse⁹²⁴. Nel caso di conflitto fra due leggi, poiché è dato individuare, in questi casi, l'istante storico della loro applicazione, può operare il principio del *prior in tempore*, come proposto da Niboyet e da Francescakis⁹²⁵. L'effettiva applicazione di una legge è venuta inavvertitamente a confondersi con l'effettiva *produzione* di effetti giuridici, mentre la non-produzione di alcun effetto giuridico è venuta a confondersi con la non-applicazione della legge. Ciò spiega

⁹²³ Lezioni, p. 295-296.

⁹²⁴ MAYER, *La distinction entre règles et décisions*, n. 215 s.

⁹²⁵ Cfr., recentemente, JACQUET, *La fonction supranationale de la règle de conflit*, p. 241.

perché, tra due leggi, la cui applicabilità conduce soltanto una di esse ad apportare una modificazione nel mondo del diritto, mentre l'altra non ne produce alcuna, la prima viene naturalmente a prevalere rispetto alla seconda come legge più *effettiva*, per lo più anzi apparendo l'unica che si è *effettivamente applicata*. Il che dispensava dal richiedere un'applicazione autoritativa, e dal ricorrere all'uso del *prior in tempore*. Il *favor validitatis*, promosso in pratica da tutti i nostri autori, non pare dunque – come disse Quadri – nient'altro che una filiazione del principio di effettività. Ove poi, sempre in assenza di pronuncia dell'autorità, si dovesse dare un caso di conflitto fra due situazioni giuridiche incompatibili, costituite da due leggi, entrambe applicabili; e se, di esse, una risulta avere impregnato di sé le previsioni delle parti, applicare questa, come suggerito da Quadri e Muir Watt, significa mettere in opera quella che, rispetto a quella fattispecie, s'è rivelata, in certo modo, la più *effettiva*: una legge essendo tanto più effettiva, cioè capace di modellare i comportamenti dei soggetti destinatari, quanto più essi si sono orientati effettivamente verso il suo rispetto. Qui è la previsione soggettiva circa l'applicazione di una legge che reca con sé l'applicazione oggettiva⁹²⁶. Nel caso d'incertezza o di non univocità circa le aspettative delle parti, poi, Quadri, ma già anche Niboyet, proponeva il ricorso al criterio del collegamento più stretto, all'ordinamento più capace di imporsi effettivamente alle parti⁹²⁷.

Favor validitatis, prior in tempore, previsioni delle parti, « ordinamento più forte », sono dunque le proposte di soluzione dei conflitti positivi e negativi che si sono fatte a poco a poco largo nel corso di questa seconda fase. In particolare, come si è detto, il rispetto generalizzato delle previsioni delle parti nel caso di conflitto significa riconoscere loro, a monte, in tale caso, la possibilità di scegliere la legge applicabile, cioè accordare loro una vera e propria *professio iuris*.

138. Nella storia del precisarsi progressivo del fondamento della norma di conflitto, il movimento di idee che ha condotto certa dottrina a proporre una graduale debilateralizzazione ci si presenta oggi come particolarmente istruttivo. Avvertendo l'esigenza di restringere il campo della bilateralità, si doveva isolare la ragione di questa restrizione e fissare il limite esterno fino al quale attuarla. Per questa via, si contraeva in certo modo l'obbligo di riflettere sui fondamenti stessi del bilateralismo.

Già prima dell'attivarsi di questo movimento, ci si era allontanati dall'idea di sapore giuspubblicistico del riparto di competenze (o « fonction répartitrice »), riconoscendosi

⁹²⁶ GOURDET, *L'effectivité en droit international privé*, p. 33: « du moment que les parties se sont crues sous l'empire de cette loi, celle-ci acquiert l'effectivité nécessaire et suffisante pour commander son application ».

⁹²⁷ GOTHOT, *Le renouveau*, p. 34: « ce sera rechercher laquelle de ces lois en conflit (...) risque le plus de s'imposer en fait aux parties. Cette loi, qui présente le caractère d'effectivité le plus intense, doit être préférée; les parties se verront ainsi imposer, dans le pays du for, la loi qu'elles ne pourront, de toute manière, éluder, ou à laquelle elles n'ont déjà pas pu échapper au cours de leurs péripéties antérieures ».

che, se ciascuno Stato può delimitare la propria competenza, nessuno di essi può ragionevolmente avocare a sé la missione di delimitare anche quella degli altri. Apparendo scarsamente verosimile la pur suggestiva evocazione di uno sdoppiamento funzionale⁹²⁸, ci si era accostati, dietro l'impulso della dottrina italiana fra le due guerre, ad una spiegazione interindividualistica, assegnando alla norma di conflitto il ruolo di apprestare un regolamento « soddisfacente » – o « appropriato », o « confacente », come si disse – del rapporto internazionale, nel rispetto degli interessi interindividuali (« fonction régulatrice »⁹²⁹). Per dar corpo a quest'espressione, e non potendo certo appoggiarsi sulla sostanza, ignota al foro, del regolamento fornito dalla legge richiamata dal criterio di collegamento, si è invocato, per giustificare la bilateralità, l'eguaglianza o simmetria delle questioni e la vocazione universale del criterio di collegamento, entrambe istintivamente avvertite dalla giurisprudenza, la certezza garantita alle parti, la semplificazione del compito giudiziario.

L'impulso a ridurre il campo di applicazione della bilateralità è venuto dall'esigenza di salvaguardia della stabilità dei rapporti internazionali, cioè, con espressione equivalente, della continuità ed uniformità della vita giuridica dei soggetti. Il fine dell'unilateralismo parziale di Francescakis è dunque identico a quello dell'unilateralismo pieno in materia di efficacia dei diritti di Niboyet e di quello universale di Quadri.

Abdicando alla bilateralità in certe fattispecie a beneficio del modulo unilaterale, si rimettevano però in discussione le spiegazioni correnti della bilateralità in generale. Né l'eguaglianza, già del resto da Francescakis revocata in dubbio nel concetto vulgato di essa, dal momento che, a rigorosamente intenderla, questa esigerebbe piuttosto la neutralità del foro di fronte alle eguali rivendicazioni di più leggi; né l'universalità del criterio di collegamento scelto dal foro, i casi giurisprudenziali all'origine di tale movimento di idee ponendone piuttosto in drammatico rilievo la relatività; né la certezza delle parti, che piuttosto si rischiava di scardinare; né la semplificazione del compito giudiziario, venivano, di per sé, a costituire un fondamento bastante, perché a tutte tali ragioni si finiva per preferire la stabilità e la continuità dei rapporti assicurata dall'unilateralismo.

Particolare curiosità suscita oggi la ricerca della spiegazione che fu data allora del perché la stabilità e la continuità dei rapporti giuridici internazionali si dovessero perseguire soltanto nelle fattispecie in origine estranee al foro e non già in tutte quelle cui il foro non intende estendere la sua legge. Vennero addotti, di volta in volta, l'interesse

⁹²⁸ ANZILOTTI, *Studi critici*, in *Opere*, vol. III, p. 116-177; l'espressione « sdoppiamento funzionale » è di SCELLE, del quale v. la prefazione a CARABIBIER, *Les juridictions internationales de droit privé*, Neuchâtel, 1947. Su questa teoria, v. KOPELMANAS, *La théorie du dédoublement fonctionnel et son utilisation pour la solution du problème dit des conflits de lois*, *Etudes G. Scelle*, Paris, 1950, t. II, p. 753 e WIEBRINGHAUS, *Das Gesetz der funktionellen Verdoppelung*, 2. Aufl., Saarbrücken, 1955.

⁹²⁹ V. sulla distinzione fra « fonction régulatrice » e « fonction répartitrice », da ultimo, SOIRAT, *Les règles de rattachement à caractère substantiel*, p. 4, nota 27.

particolare del foro a « sorvegliare », con il proprio criterio di collegamento, i rapporti che presentano una certa *Inlandsbeziehung*, proprio come nel caso dell'ordine pubblico, e l'esigenza di inserimento armonioso del rapporto nella trama giuridica del foro. Suggeritive e plausibili nel momento in cui furono offerte, queste spiegazioni non appaiono oggi del tutto soddisfacenti, e sembrano legate al particolare atteggiarsi dei casi giurisprudenziali che furono lo stimolo a quella debilateralizzazione, della cui estensione generale non si vide ragione pratica immediata, ma si presenti tutta la gravità teorica.

E' così che certa dottrina successiva ha proseguito la via della meditazione sulla ragion d'essere della norma di conflitto, ed ha affacciato l'ipotesi di un ulteriore abbandono della bilateralità. Il fatto che appare più degno di nota è che tale dottrina ha esplicitamente dedotto l'opportunità di tale abbandono dalla funzione ultima della norma di conflitto, individuata, ancora una volta, nella stabilità e nell'uniformità dei rapporti internazionali. Per un curioso ricorso storico, la continuità della vita giuridica, di cui Quadri rilevò che non è che l'altra faccia dell'armonia delle soluzioni, e di cui si è chiarito, con gli anni, che è l'anima dell'unilateralismo, viene ad essere individuata, da chi ha cercato di diradare le nebbie della storia del fondamento del d.i.p., come la *funzione* della norma di conflitto *tout court*. Ma se la funzione della norma di conflitto è di contribuire ad assicurare la stabilità, la continuità, l'uniformità dei rapporti internazionali, allora la *struttura bilaterale*, si è detto, può difficilmente conservarsi, poiché il legame fra struttura e funzione è talmente stretto che la prima deve mutare laddove risulta non più coerente con la seconda⁹³⁰.

Si capisce dunque perché il bilateralismo, non più in grado di contrastare l'unilateralismo sul terreno del fondamento su cui poggia e della funzione cui si dichiara preordinato, abbia progressivamente concentrato l'intero sforzo critico sui conflitti positivi e negativi e sulle difficoltà di disfarsi del modulo bilaterale con cui si scontra ogni tentativo di risolverli. Ben s'intende, allora, come l'ultima pensosa ed autorevole indagine sulla funzione della norma di conflitto sia giunta a dire che, perché l'adesione alla teoria unilaterale possa ad essere « piena ed intera », questa deve fornire soluzioni convincenti per appianare i « conflitti veri »⁹³¹.

⁹³⁰ GOTHOT, *Le renouveau*, p. 35, ripreso da MUIR WATT, p. 651.

⁹³¹ JACQUET, *La fonction supranationale de la règle de conflit*, p. 227: « Mais il faudrait alors, pour que cette théorie suscite une adhésion pleine et entière, que la théorie de l'unilatéralisme offre une base de solution convaincante pour les hypothèses où plusieurs ordres juridiques énoncent simultanément la compétence de leur loi (cumul de lois applicables), en d'autres termes que l'unilatéralisme fournisse des instruments pour résoudre les vrais conflits, qu'il sait, certes, raréfier, mais non éliminer ».

139. Se, riguardo a questi ultimi, la seconda stagione dell'unilateralismo non ha certo trascurato, come si è visto, di prospettare diverse soluzioni, l'unilateralismo europeo non si è ancora dato a riordinarle e sistemarle veramente⁹³².

La terza grande stagione – l'unilateralismo americano – ne farà invece, ben presto, uno dei nodi programmatici della riflessione⁹³³. A meditare sui « conflitti veri » la dottrina americana vi arriverà riflettendo su ciò che questa seconda generazione ha pure lasciato nell'ombra: l'interesse dello Stato del foro all'applicazione della sua legge a certe fattispecie con elementi di estraneità e il legame di derivazione funzionale di questo interesse dalla politica legislativa perseguita dalle norme materiali del foro. E' insomma il primo articolo dell'unilateralismo che formerà la base del pensiero americano. L'unilateralismo europeo ha preso le mosse soprattutto dalla porzione estroversa, « bilaterale » appunto, della norma di conflitto, facendone il programma della sua contestazione, omettendo di approfondire il fondamento della porzione introversa od « unilaterale ». E' significativo che è proprio appuntandosi su tale fondamento che la dottrina americana è venuta da ultimo a proporre di rinunciare, al fine di risolvere un conflitto vero, all'applicazione della legge del foro, in altre parole, alla porzione introversa della norma di conflitto, quella porzione, cioè, che l'unilateralismo continentale, impegnato nell'esame di quella estroversa, veniva implicitamente a dare per postulata e per lo più intangibile.

⁹³² Cfr. AUDIT, *Cours général*, p. 260, secondo il quale « la doctrine unilatéraliste européenne confrontée aux cumuls (...) ne s'est guère essayée (...) d'approfondir ce qui constitue la véritable difficulté suscitée par la diversité des lois internes, à savoir les vrais conflits », ciò che l'A. ascrive a merito dell'unilateralismo americano; cfr. *infra*, para. 321 s.

⁹³³ Cfr. AUDIT, *Cours général*, p. 244 e 260.

Capitolo Terzo

L'UNILATERALISMO AMERICANO

Introduzione

140. A partire dalla metà del Novecento, quando in Europa andavano formulandosi le ultime dottrine unilaterali, le quali, pur perfezionatesi di molto rispetto alle prime, erano destinate ad avere in comune con queste una risonanza tutto sommato modesta, l'idea unilaterale trovava negli Stati Uniti un terreno d'innesto particolarmente propizio, tanto da conoscere presto un favore ed un séguito senza precedenti.

Tale idea non vi fu – fatto storicamente degno di nota – importata dall'Europa, ma nacque e fiorì quale prodotto autoctono del genio anglosassone, con alcuni inconfondibili caratteri propri di esso⁹³⁴. La sua nascita e rapida crescita furono provocate dalle avvertite insufficienze della bilateralità tradizionale, questa sì genere d'importazione, la quale era per giunta venuta ad assumere, nella visione dominante di Beale, consacrata nel *First Restatement* dei primi anni trenta, una rigidità particolarmente pronunciata⁹³⁵, perché si riteneva derivasse da una *common law* universale e « prepositiva »⁹³⁶, da una sorta di *Natur der Sache*, insomma, e pure era rimasta arretrata nelle applicazioni fattene in alcuni campi, quali quello contrattuale⁹³⁷. Visione insomma troppo metafisica nei postulati e troppo meccanica nel funzionamento per aderire davvero allo spirito pragmatico e all'esigenze di flessibilità proprie della grande anima giuridica anglosassone⁹³⁸.

⁹³⁴ AUDIT, *Cours général*, p. 244, secondo cui l'« unilatéralisme américain » si è sviluppato « de manière complètement indépendante des précédents ».

⁹³⁵ JUENGER, *Choice-of-Law and Multistate Justice*, Dordrecht/Boston/London, 1993, p. 91, dichiara essere Beale « even more doctrinaire than his European counterparts ». Per un breve schizzo della bilateralità in Beale, e del suo rifiuto dell'unilateralità, v. *infra*, nota 979.

⁹³⁶ O « prestatale » (*vorstaatlich*), per impiegare l'espressione di WIETHÖLTER, *Internationales Nachlassverfahren, Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Erbrechts*, 1969, p. 141 s.

⁹³⁷ Cfr. AUDIT, *Flux et reflux d'une crise*, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, Paris, 1986, p. 65 e *Cours général*, p. 255 s.

⁹³⁸ V. tra i tanti CAVERS, *A Critique of the Choice-of-Law Problem*, 47 *Harv. L. Rev.* 173 (1933), del quale A. già DE NOVA riconobbe l'« attitude révolutionnaire » (*Solution du conflit de lois et règlement satisfaisant du rapport international*, *Rev. crit.*, 1948, p. 187); CURRIE, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, 1963, spec. p. 627 s.; JUENGER, *Choice-of-Law and Multistate Justice*, p. 88 s.; BRILMAYER, *The Role of Substantive and Choice of Law Policies*, p. 46 s.; SYMEONIDES, *The*

In quell'effervescenza di nuove proposte prodotte oltre-oceano, a gettito talora vertiginoso, nel contesto di quella che è ormai chiamata la « rivoluzione americana »⁹³⁹, dagli ultimi anni cinquanta in poi, ma delle quali già da alcuni decenni s'intuivano i preannunci⁹⁴⁰, numerose, senz'altro le più innovative, si connotano in effetti per un'impostazione tipicamente unilaterale, del resto prontamente rilevata dagli autori europei⁹⁴¹. E' anzi nella sola letteratura americana che oggi si parla correntemente di unilateralismo (« unilateralism ») con riferimento ad una dottrina *attuale*⁹⁴². Di più, come è stato detto di recente da uno dei più attenti osservatori della realtà americana contemporanea, dotato per giunta di quella vocazione comparatista⁹⁴³ che sembra venuta rarefacendosi nella scienza del d.i.p. del Nuovo Mondo⁹⁴⁴, non v'è dottrina americana moderna che non faccia propri almeno alcuni dei dogmi essenziali dell'unilateralismo⁹⁴⁵. Il che è già di per sé meritevole d'interesse, se si pensa che l'unilateralismo quale dottrina è oggi riguardato in Europa, come si è detto, per lo più come esercizio intellettuale del passato.

American Choice-of-Law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow, RCADI, 2002, t. 298, spec. p. 420 s.

⁹³⁹ SYMEONIDES, *The American Choice-of-Law Revolution*, p. 420 s.; BRILMAYER, *The Role of Substantive and Choice of Law Policies*, p. 9 s.; AUDIT, *Cours général*, p. 244.

⁹⁴⁰ Soprattutto negli scritti di Lorenzen, Cook e Cavers (definiti da JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, p. 92 quali preannunciatori della « rivoluzione americana »), sui quali v., fra gli altri, HANOTIAU, *Le droit international privé américain*, Paris-Bruxelles, 1979, p. 25 s.; SYMEONIDES, *The American Choice-of-Law Revolution*, p. 36 s.; DANE, *Vested Rights, « Vestedness », and Choice of Law*, 96 *Yale L. J.* 1191 (1986-1987), p. 1196 s.; ROOSEVELT III, *The Myth of Choice of Law: Rethinking Conflicts*, 97 *Mich. L. Rev.* 2448 (1998-1999).

⁹⁴¹ KEGEL, *The Crisis of Conflict of Laws*, RCADI, 1964-II scrisse, a p. 163, che « Currie thus comes up with a *system of unilateral conflicts rule* » (corsivo dell'A.), ed ancora, a p. 200, « Currie has succeeded in erecting a system of *unilateral conflict rules* and thus becomes a neighbour of those authors who try to build conflicts law from rules which only regulate the application of the rules of substantive law of a given state »: tali autori sono per Kegel, in particolare, Pilenko e Quadri (p. 200-202); v. anche HANOTIAU, *Droit international privé américain*, p. 101.

⁹⁴² Fra i tanti, v. SHREVE, *Introduction*, 75 *Ind. L. J.*, 399 (2000); SYMEONIDES, *The American Choice-of-Law Revolution*, p. 358 s.; JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, p. 88 s. e *A Need for a Comparative Approach to Choice-of-Law Problems*, 73 *Tul. L. Rev.* 1309 (1998-1999), p. 1316; TRACHTMAN, *Conflict of Laws and Accuracy in the Allocation of Government Responsibility*, 26 *Vand. J. Transnat'l L.* 975 (1993-1994), p. 995 s.

⁹⁴³ REIMANN, *A New Restatement*, 75 *Ind. L. J.* 575 (2000), p. 575.

⁹⁴⁴ JUENGER, *A Need for a Comparative Approach to Choice-of-Law Problems*, 73 *Tul. L. Rev.* 1309 (1998-1999).

⁹⁴⁵ VON MEHREN, *American Conflicts Law at the Dawn of the Century*, 37 *Willamette L. Rev.* 133 (2000), p. 139: « few would deny (...) the existence of a strong unilateral tendency in the contemporary theory and practice of choice-of-law in the United States »; v. anche SYMEONIDES, *The American Choice-of-Law Revolution*, p. 365; cfr. PETERSON, *American Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, in SYMEONIDES (ed.), *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, p. 430.

La storia dell'unilateralismo americano è ancora troppo recente perché possa utilmente ricostruirsi nel suo laborioso processo, del resto ancora in corso. Nondimeno, non è forse abusivo scinderne già ora lo svolgimento in tre fasi.

Da principio, le dottrine unilaterali americane hanno, com'è noto, riportato alla ribalta, seppure in modo un po' confuso e con gli eccessi tipici di una reazione, gli interessi statali nella regolamentazione dei conflitti di leggi. Semplificando, si può dire ch'esse hanno dato innanzitutto risalto al *primo* articolo del programma unilateralista, incentrato sulla libertà di ogni Stato di delimitare la sfera d'applicazione internazionale delle sue norme di diritto privato, e sulla legittima esigenza di esso di compiere tale delimitazione nel modo più confacente al contenuto ed ai valori perseguiti o protetti da tali norme, e non già obbedendo agli « esangui » principi metafisici predicati dall'ortodossia bilaterale⁹⁴⁶. Successivamente, una riflessione più serena e misurata ha condotto a spostare l'attenzione dagli interessi statali del foro, « egoistici » e « parrocchiali », agli interessi « multistatali »⁹⁴⁷. Ciò che si è fatto non già abdicando all'unilateralismo, ma scoprendo o piuttosto valorizzando la *seconda* naturale virtù di esso, cioè il rispetto, che impone al foro, dei valori perseguiti o protetti dagli altri Stati, nella misura in cui questi intendono concretamente perseguirli e proteggerli, e la loro attuazione presso di sé⁹⁴⁸. Il che ha condotto naturalmente alla scoperta dei conflitti veri (« true conflicts »), specie positivi, alla soluzione dei quali la dottrina americana ha ormai avanzato una varietà grande di proposte. Diversi autori, infine, hanno diretto già da qualche tempo il fuoco delle loro analisi verso gli interessi individuali (spesso designati nel loro insieme con l'espressione « fairness to the litigants »), oggetto di costante attenzione nella letteratura americana di questi ultimi anni, essenzialmente identificati nell'uniformità e dunque nella prevedibilità della legge applicabile e nel rispetto delle aspettative delle parti⁹⁴⁹. Dapprima isolati dagli interessi statali e multistatali, gli interessi individuali sono stati da ultimo, da taluni

⁹⁴⁶ SYMEONIDES, *The American Choice-of-Law Revolution*, p. 422, parla di « broad, all-embracing, inflexible, monolithic rules, based on a single connecting factor chosen on metaphysical grounds »; CURRIE, *Justice Traynor and the Conflict of Laws*, 13 *Stan. L. Rev.* 719 (1961), p. 778, con il suo noto *penchant* per le iperboli, aveva evocato regole fondate su « superstition and sorcery ».

⁹⁴⁷ Cfr. VON MEHREN, *American Conflicts Law at the Dawn of the Century*, p. 139.

⁹⁴⁸ Tale fase s'apre in realtà già con i contemporanei di Currie: v. ad es. BAXTER, *Choice of Law and the Federal System*, 16 *Stan. L. Rev.* 1 (1963); WEINTRAUB, *Erie Doctrine and State Conflict of Laws Rules*, 39 *Ind. L. J.* 228 (1963-1964). Dovendo fare una scelta, abbiamo portato la nostra attenzione alle idee di KRAMER (v. soprattutto *Rethinking Choice of Law*, *Columbia L. Rev.*, 1990, p. 277 s.; e *Return of the Renvoi*, *N.Y.U. L. Rev.*, 1991, p. 979), in cui l'apertura ai « multistate interests » ci è parsa la più ragionata e matura.

⁹⁴⁹ Fra i tanti SYMEONIDES, *The Need for a Third Conflicts Restatement (And a Proposal for Tort Conflicts)*, 75 *Ind. L. J.* 437 (2000); BORCHERS, *Empiricism and Theory in Conflicts Law*, 75 *Ind. L. J.* 509 (2000); MAIER, *The Utilitarian Role of a Restatement of Conflicts in a Common Law System: How Much Judicial Deference Is Due to the Restaters or « Who are these guys, anyway? »*, 75 *Ind. L. J.* 541 (2000), spec. p. 551.

autori, sistemati e confusi con i primi, in una sintesi che ci pare avere raggiunto un certo grado di compiutezza⁹⁵⁰.

A misura che tale processo si è venuto svolgendo, si è peraltro assistito ad un interessante fenomeno di trasformazione linguistica. Il termine « unilateralismo » viene oggi spesso, anche se non sempre, riservato negli Stati Uniti alle prime dottrine, venute, come si è detto, di legefiorismo⁹⁵¹, e tende ad essere confuso con quest'ultimo⁹⁵², e dunque a condiderne la connotazione negativa⁹⁵³. L'apertura, da parte del foro, ai valori perseguiti e protetti dagli altri Stati, nella misura in cui questi intendono concretamente perseguirli e proteggerli, viene invece additata quale indice di « multilateralismo »: anche se, come detto, pur si riconosce, quanto meno da chi ha più familiarità con l'evoluzione delle idee in Europa, che esso risponde semplicemente alla seconda istanza, fondamentale e per dir così « storica », dell'unilateralismo⁹⁵⁴.

E' del pensiero unilateralista americano che intendiamo qui rendere conto, con la doverosa avvertenza che si tratta di pensiero ancora fluido, in fase di rapido svolgimento, ché il d.i.p. americano sta vivendo una nuova fase di transizione, quando non di « crisi »⁹⁵⁵.

⁹⁵⁰ La « fairness to the litigants » era già stata indicata come valore fondante il d.i.p. da SHAPIRA, *Protection of Private Interests in the Choice-of-Law Process: the Principle of Rational Connection between the Parties and the Laws*, 24 Sw. L. J. 574 (1970); REESE, *Legislative Jurisdiction*, 78 Columbia L. Rev. 1587 (1978); SCOLES & HAY, *Conflict of Laws*, 1982 § 3.26; p. 95; MARTIN, *Personal Jurisdiction and Choice of Law*, 78 Mich. L. Rev. 872 (1980), p. 879-883, e viene a giocare un ruolo centrale nei contributi di DANE, *Vested Rights, « Vestedness », and Choice of Law*, 96 Yale L. J. 1191 (1986-1987); KOGAN, *Toward a Jurisprudence of Choice of Law: the Priority of Fairness over Comity*, 62 N.Y.U.L. Rev. 651 (1987); BRILMAYER, *Choice of Law: Foundations and Future Directions*, Boston, 1991, e, da ultimo FRUEHWALD, *Choice of Law for American Courts*, Westport, Connecticut, 2001, su cui *infra*, para. 163 s.

⁹⁵¹ Per es. VON MEHREN, *American Conflicts Law at the Dawn of the Century*, p. 138.

⁹⁵² Uno degli artefici di tali confusione è, crediamo, Juenger, il quale, nei suoi numerosi scritti, con insistenza assimila, in pratica, l'« unilateralism » al « parochialism ». Per una replica, v. SYMEONIDES, *The American Choice-of-Law Revolution*, p. 371: « In fact, one can argue that, by inquiring into the interest of both the forum and the foreign state before choosing the applicable law, unilateralism has the potential of being more solicitous of foreign interests than a multilateral system that chooses the law *a priori*, before the questions are even known ».

⁹⁵³ SYMEONIDES, *The American Choice-of-Law Revolution*, p. 369: « The word unilateralism has had an intrinsically negative connotation, even before its current use in the foreign policy context »; una delle ragioni, secondo l'A., è che si crede erroneamente « that unilateralism is tantamount to parochialism » (*loc. cit.*).

⁹⁵⁴ SYMEONIDES, *The American Choice-of-Law Revolution*, p. 371.

⁹⁵⁵ SHREVE, *Introduction*, 75 Ind. L. J. 399 (2000), p. 399. Le idee nuove – l'« approccio » che muove dai diritti ed obblighi dei soggetti (« jurisprudence of rights »): v. ad es. ROOSEVELT III, *The Myth of Choice of Law: Rethinking Conflicts*, 97 Mich. L. Rev. 2448 (1998-1999), spec. p. 2466 s. e 2483 s.; BRILMAYER, *Rights, Fairness and Choice of Law*, 98 Yale L. J. 1277 (1989), p. 1284; DANE, *Vested Rights, « Vestedness », and Choice of Law*, p. 1245 s.; l'analisi economica del diritto internazionale privato (« law and economics ») e la teoria dei giochi (« game theory »): v. ad es. TRACHTMAN, *Conflict of Laws and Accuracy in the Allocation of Government Responsibility*,

Considereremo in primo luogo la proposta di Louis B. Sohn, primo autore del filone americano, formulata negli anni quaranta del Novecento, che contiene già perfettamente individuate le linee del futuro svolgimento fino ai nostri giorni (Sezione I). Ci occuperemo indi del sistema dell'iniziatore dell'« unilateral approach » e padre della « rivoluzione americana », Brainerd Currie (Sezione II), mettendone in luce l'indole unilaterale e ripercorrendo le critiche rivolte ad esso, esaminando in particolare la dicotomia fra interessi statali e interessi individuali, basilare per comprendere le dottrine americane attuali (Sezione III). Infine esamineremo le idee di due unilateralisti contemporanei, Larry Kramer e Edwin Fruehwald, che ci sono parsi ben rappresentare le due tendenze dell'unilateralismo moderno di cui si è detto, cioè l'attenzione ai « multistate interests », da un lato, e alla « fairness to the litigants », dall'altro (Sezione IV).

26 *Vand. J. Transnat'l L.* 975 (1993-1994); O'HARA/RIBSTEIN, *From Politics to Efficiency in Choice of Law*, 67 *U. Chi. L. Rev.* 1151 (2000); ALLEN/O'HARA, *Second Generation Law and Economics of Conflict of Laws: Baxter's Comparative Impairment and Beyond*, 51 *Stan. L. Rev.* 1011 (1998-1999); GUZMAN, *Choice of Law: New Foundations*, 90 *Georg. L. J.* 883 (2002) – sono molteplici e ricche, ma l'impressione complessiva è di una certa confusione e disorientamento (cfr. BRILMAYER, *The Role of Substantive and Choice of Law Policies*, p. 20; STERK, *The Marginal Relevance of Choice of Law Theory*, 142 *U. Pa. L. Rev.* 949 (1993-1994), p. 949; REYNOLDS, *Legal Process and Choice of Law*, 56 *Md. L. Rev.* 1371 (1997), p. 1371), per porre fine ai quali è stata di recente avanzata l'idea di un terzo *Restatement*, la cui opportunità è stata discussa nel corso dell'« annual meeting Symposium », tenutosi nel 2000 presso l'Indiana University; le numerose e ricche relazioni sono state pubblicate in 75 *Ind. L. J.* 417 (2000), p. 417 s.

Sezione I

La teoria del « cumulo dei criteri di collegamento » di L.B. Sohn

SOMMARIO: – 141. Il conflitto di leggi come conflitto di diritti ed obblighi incompatibili fra loro. L'insufficienza delle norme di conflitto nazionali a risolvere tali conflitti. – 142. Il primo « step forward »: la considerazione della sola porzione unilaterale delle norme di conflitto. La proposta di un « cumulo » di criteri di collegamento per risolvere i conflitti positivi e negativi. – 143. Estensione di tale soluzione ai conflitti di cui è parte il foro, alla luce di un « ben compreso interesse del foro ». – 144. La modernità di Sohn.

141. Il problema del diritto internazionale privato nasce, secondo Louis B. Sohn, dalla necessità per il foro, in determinati casi, di riconoscere diritti, obblighi o *status* giuridici creati (e regolati) da una legge straniera⁹⁵⁶. Pur potendo teoricamente far sorgere diritti,

⁹⁵⁶ Il nome di Louis B. SOHN, emigrato negli Stati Uniti dalla Polonia nel 1939, due settimane prima dell'invasione nazista, è legato soprattutto all'arbitrato e al diritto internazionale pubblico, del quale coltivò numerosi aspetti (collaborò fra l'altro alla redazione della Carta delle Nazioni Unite), in particolare il diritto del mare: v. ROSE, *A Festschrift Honoring Professor Louis B. Sohn*, 33 *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 1 (2000-2001). Fra le sue numerose pubblicazioni (se ne contano più di 200: v. *Principal Publications of Louis B. Sohn*, 24 *Int'l L.* 735 (1990), due soltanto sono dedicate al d.i.p.: oltre a *New Bases for Solution of Conflict of Laws Problems*, 55 *Harv. L. Rev.* 978 (1942) (ripubblicato in PICONE/WENGLER, *Internationales Privatrecht*, Berlin/Darmstadt, 1974, p. 235-255), cui si riferiscono le nostre citazioni, anche *The Rules of Private International Law Applicable to Torts Committed in One State Which Cause an Injury in Another State*, in *Rozprawy Prawnicze: Księga Pamiątkowa dla Ucznia Pracy Naukowej Kazimierza Prbyłowskiego*, Warsaw, 1964, p. 293-303, non disponibile a chi scrive. Nella parte più originale della sua dottrina, quella relativa alla « cumulation of connecting factors », egli s'ispirò dichiaratamente (v. *New Bases*, p. 996, note 44) alle proposte formulate da un autore svedese degli anni trenta, Nils SÖDERQVIST, in *Le Problème du Conflits des Lois: Essai d'une Analyse et d'une Solution*, Bruxelles, 1935, opera ambiziosa e complessa, con ridottissimo apparato bibliografico, che ebbe scarsa eco nella dottrina europea, ed è oggi di assai difficile reperimento. E' probabilmente da escludere che i successivi unilateralisti dell'area americana, in particolare Brainerd Currie, abbiano attinto alle idee di Sohn: non lo abbiamo mai trovato citato né da Currie – non figura del resto nell'indice dei nomi, a p. 743 s. dei suoi *Selected Essays* – né da Juenger, uno dei più attenti osservatori dell'evoluzione delle idee, e dunque anche dell'idea unilaterale, negli Stati Uniti. Il che desta una certa curiosità se si pensa che il problema centrale per Sohn, la soluzione dei « positive conflicts », è quello stesso su cui s'arrovellerà Currie, che certa terminologia di Sohn è sorprendentemente simile a quella utilizzata da Currie (si pensi al « disinterested third State » e all'espressione: « the forum is not interested »), e che Sohn già aveva familiarità con i casi giurisprudenziali che avrebbero fatto scoppiare la rivoluzione americana, che l'A. cita addirittura a supporto della sua teoria (p. 996, nota 44), cioè, soprattutto, *Pacific Employers Ins. Co. v. Industrial Accident Comm'n*, 306 U.S. 493 (1939), *Alaska Packers Association v. Industrial Accident Commission*, 294 U.S. 532 (1935), *Harford Accident & Indemnity Co. v. Delta & Pine Land Co.*, 292 U.S. 143 (1934) e *Bradford Electric Light Co. v. Clipper*, 286 U.S. 145 (1932). Il contributo di Sohn non passò del tutto inosservato in Europa, suscitando in particolare la viva attenzione

obblighi e *status* sulla base di « fatti » che hanno luogo in qualsiasi parte del mondo, ogni Stato in realtà usa di questo potere solo riguardo a quelli che sono legati al proprio sistema da certi « fattori di connessione » (*connecting factors*). Ciò fa proprio al fine di evitare la sovrapposizione di norme e decisioni contraddittorie. Se lo spontaneo riparto fra gli Stati delle fattispecie con elementi di estraneità sulla base di questi criteri di collegamento s'opera in alcuni casi in modo tale che soltanto una legge pretende far sorgere diritti e obblighi in capo ai soggetti coinvolti e regolarli – situazioni, queste, in cui, per Sohn, non vi è affatto un *conflict of laws* –, vi sono altre fattispecie riguardo alle quali gli Stati che pretendono creare diritti e obblighi sono più d'uno⁹⁵⁷.

Ora, è un chiudere gli occhi di fronte alla realtà il credere che soltanto una legge possa, dal punto di vista del diritto internazionale pubblico, dar vita a diritti e obblighi: non v'è infatti alcuna regola sovrastatale che prescriva agli Stati l'impiego di un *particolare* collegamento ad esclusione degli altri. Poiché gli Stati beneficiano dunque di un'ampia libertà e adottano ciascuno un collegamento particolare, si danno inevitabilmente casi di *sovrapposizione* di leggi applicabili, cioè casi in cui *più* Stati vogliono ciascuno imporre l'osservanza delle sue norme. Gli è però che tali leggi in conflitto non possono applicarsi tutte simultaneamente⁹⁵⁸. Quale merita allora di prevalere? Questione difficile, certo, ma non è meno certo – ammonisce Sohn – che il fare assegnamento sulle sole norme bilaterali del foro, come vuole la dottrina classica (definita talvolta « old » e « conservative »⁹⁵⁹), « non risolve affatto il problema »⁹⁶⁰, potendo financo, anziché sopprimere il conflitto, crearne uno nuovo⁹⁶¹. Il quale problema deve invece affrontarsi ed impostarsi ricorrendo « a principi razionali ed internazionalmente accettabili », il che apre la via al conseguimento di quell'uniformità di decisioni che rappresenta, secondo il nostro autore, l'obiettivo ultimo della nostra disciplina⁹⁶².

di FRANCESCAKIS, che gli dedicò uno dei suoi primi « compte rendus », nel 1947 (*Rev. crit.*, 1947, p. 244 s. e in *La pensée des autres*, p. 27 s.). A dire di Francescakis, Sohn si pone sul piano dei « conflits de systèmes », più particolarmente dei problemi nascenti dal carattere *nazionale* delle norme di conflitto; non è forse azzardato affermare che l'articolo di Sohn contribuì in una certa misura a fecondare le riflessioni dell'autore greco in tema appunto di conflitti di sistemi, le quali riflessioni, come noto, lo avrebbero fatto approdare al suo « unilateralismo parziale »: cfr. GOTHOT, *Francescakis et la pensée des autres*, p. 787.

⁹⁵⁷ « Unfortunately, however, the situations are frequent in which not one but two – or more – systems of laws compete in regulating certain legal relationships, thus creating divergent rights and obligations » (*New Bases*, p. 979).

⁹⁵⁸ *Op. cit.*, p. 1001.

⁹⁵⁹ V. ad es. *op. cit.*, p. 981 (« old doctrine ») e p. 1000 (« conservative approach »).

⁹⁶⁰ « But certainly complete reliance on the conflict of law rules of the forum does not solve the problem at all » (*op. cit.*, p. 980).

⁹⁶¹ « No real help can be obtained in such a case from the law of forum »; anzi, « recourse to the rule of the forum would only create a new, additional conflict » (*op. cit.*, p. 995).

⁹⁶² « Thus, uniformity of decisions, which is the ultimate aim of the conflict of laws, will to a large extent be attained » (*op. cit.*, p. 981).

142. Un primo passo importante « verso una soluzione equilibrata » consiste nel considerare, delle norme di conflitto del foro, soltanto quella porzione che prescrive l'applicabilità della legge interna, cioè soltanto la porzione *unilaterale*⁹⁶³. Insomma, si proceda intanto ad una « debilateralizzazione » delle norme di conflitto esistenti⁹⁶⁴. Quanto meno gli Stati che non intendono applicare la propria legge sono portati ad astenersi dall'« immischiarsi » nella delicata operazione di soluzione del conflitto⁹⁶⁵.

Ma – si potrebbe obiettare – l'applicazione di una norma straniera diversa da quella designata a mezzo di bilateralizzazione, è *incompatibile* con gli interessi dello Stato del foro. La replica di Sohn è pronta, e pare tracciare profeticamente il programma di tanta parte dell'unilateralismo americano successivo fondato sull'« analisi degli interessi ». E' bensì vero, riconosce l'autore, che le norme di conflitto di uno Stato sono il prodotto di fattori economici, politici e sociali di quello Stato, e che riflettono dunque i suoi « interessi vitali ». Ma è anche vero che tali interessi sono riferibili *soltanto* alla delimitazione della sfera di applicazione della *legge interna*. Nei casi che fuoriescono da quest'area, il foro, quale « terzo Stato disinteressato » (*disinterested third state*), non ha né deve avere altro interesse se non quello di trovare una soluzione che *corrisponda il più possibile alle soluzioni raggiunte in quegli altri Paesi e che renda giustizia alle parti*⁹⁶⁶. Concretamente: se lo Stato del foro non avanza alcuna pretesa di applicare la propria legge, il criterio di collegamento del foro deve mettersi da parte. Se v'è un accordo fra gli altri Stati interessati, non ha che da aderirvi. *Quid* se invece vi è un

⁹⁶³ « Would it not, therefore, be a great step toward a proper solution of the conflicts of laws – si chiede l'A., *op. cit.*, p. 982 – if only those rules of “conflict of laws” were taken into account which prescribe the applicability of the state's own internal law to the case at bar? ».

⁹⁶⁴ Per sapere dunque se una fattispecie determinata è retta dalla legge del foro, bisogna consultare le norme di conflitto del foro. Allo stesso modo si procederà per sapere se la legge di un altro Stato vuole applicarsi. La norma di conflitto straniera deve dunque bensì senz'altro consultarsi da parte del giudice del foro, ma soltanto per sapere se essa dà competenza alla legge materiale dello Stato estero. L'unilateralità della « démarche » è innegabile. V. FRANCESCAKIS, *Compte rendu*, p. 26: « L'auteur préconise en d'autres termes les règles de conflits unilatérales »; cfr. BALLARINO, *D.i.p.*, 1^a ed., p. 269.

⁹⁶⁵ *Op. cit.*, p. 982.

⁹⁶⁶ L'esempio fatto da Sohn (*op. cit.*, p. 983) ha per protagonista il cittadino italiano domiciliato in Germania. La scelta del criterio del domicilio da parte degli Stati Uniti si giustifica per il desiderio di sottoporre gli immigrati alla legge interna del nuovo domicilio quale strumento d'integrazione. Ma tale « policy » non è in causa quando si tratta appunto di un italiano domiciliato in Germania. Non si può in particolare sostenere che, in ossequio alla politica migratoria propria degli Stati Uniti, sia opportuno applicare non già la legge italiana della cittadinanza bensì la legge tedesca del domicilio, dal momento che « no American interests are involved ». Ne consegue che « [t]he rule of the American conflict of laws should not apply here, and its forced application may cause much injustice »; ché in definitiva « [t]he disinterested third state in such a case may only wish to find a solution which will correspond as nearly as possible to the solutions reached in other countries, and which will do justice to the parties ». Come si vede, siamo di fronte ad una « interest-analysis » *ante litteram*, financo nella terminologia (« disinterested third state »).

« conflitto reale di leggi »⁹⁶⁷? A tale questione Sohn assimila quella in cui nessuna legge pare pretendere regolare la fattispecie, dal momento che, per lo più, i rispettivi sistemi di conflitto prevedranno l'efficacia delle loro norme in virtù di una « norma d'applicabilità residuale », il che porta ad una semplice trasformazione dei « conflitti positivi » in « conflitti negativi »⁹⁶⁸.

E' da escludere – insiste Sohn – l'applicazione della norma di conflitto del foro, la quale « non farebbe che creare nuovi conflitti ». E ciò anche se coincide con quella di uno degli Stati coinvolti. La quale circostanza non può infatti rilevare sul piano internazionale, dovendosi muovere dal *principio di eguaglianza degli Stati nell'avanzare la pretesa di imporre l'osservanza della propria legge ad un rapporto internazionale ed ancora dal principio di eguaglianza dei criteri di collegamento scelti da tali Stati nel concretizzare tale pretesa*⁹⁶⁹. Occorre invece mettere a punto una soluzione non arbitraria, capace di internazionalizzazione, che consenta cioè la distribuzione delle fattispecie internazionali in questione in modo *equo e paritario* fra le leggi coinvolte e gli Stati da cui emanano⁹⁷⁰.

Di qui Sohn è sospinto ad avanzare la sua proposta: « Noi riteniamo che la soppressione dei conflitti fra norme di conflitto possa raggiungersi a mezzo di un *cumulo di criteri di collegamento* ». Ogni Stato potrebbe, insomma, assortire il « criterio di collegamento primario » di un criterio di collegamento « secondario » o « ausiliario », il quale opererebbe al fine di risolvere il conflitto⁹⁷¹. E' – lascia intendere Sohn – nell'interesse di tutti, Stati e soggetti interessati, che si proceda in questo modo. Da un lato, l'esigenza di un ulteriore collegamento rispetto a quello abituale rafforza la legittimità della pretesa dello Stato in cui si realizza a regolare il rapporto. Dall'altro, la soluzione verrebbe a dipendere dalle caratteristiche stesse della fattispecie e non già dalla scelta del foro (« forum-shopping »), con il che s'impedisce all'attore di avvantaggiarsi della

⁹⁶⁷ E' la parte di cui FRANCESCAKIS, *Compte rendu*, p. 28, disse che è « la plus propre à susciter notre curiosité ». In effetti, « malgré quelques obscurités et son style quelque peu abstrait », Francescakis riconosce che Sohn « propose des solutions attrayantes à des problèmes habituellement fort redoutables ».

⁹⁶⁸ V. *op. cit.*, p. 985, spec. nota 20.

⁹⁶⁹ In ciò l'A. si distingue da SÖDERQVIST, il quale aveva teorizzato (*Le Problème du Conflit de Lois*, Bruxelles, 1935) di « gerarchizzare » i diversi criteri di collegamento possibili in funzione della loro *razionalità*. Secondo Sohn, invece, « we must admit that the conflict of law rules of each country are internationally valid, and that all those rules are primarily equal » (*op. cit.*, p. 996).

⁹⁷⁰ « A compromise must be devised to apportion the disputed class of cases between the two conflicting laws, giving each its due share » (*op. cit.*, p. 995).

⁹⁷¹ « It is suggested that the abolition of the conflicts between the conflict of law rules may be attained by the means of a *cumulation of connecting factors* » (*op. cit.*, *loc. cit.*, corsivo dell'A.). E' qui che l'A. si dichiara espressamente tributario di Söderqvist, la cui lettura egli dichiara avere esercitato una « stimolante influenza sulla formulazione della [sua] teoria » (*op. cit.*, p. 996, nota 44).

discordanza fra norme di conflitto di diversi Stati a tutto danno del convenuto, sicché si tratterebbe di soluzione che risponde anche agli interessi delle parti⁹⁷².

143. Fin qui Sohn ha trattato del conflitto fra due leggi straniere (supponendo che « lo Stato del fono non sia interessato »⁹⁷³). Ma come regolarsi se, fra gli Stati che intendono applicare la propria legge, figura pure lo Stato del foro? Sohn riconosce che, *de lege lata*, quando uno Stato ha stabilito che la sua legge deve regolare un certo rapporto, i tribunali di quello Stato sono tenuti ad applicarla nonostante un'altra legge reclami per sé la competenza. Egli osserva però che, *de iure condendo*, non può trascurarsi che, *se anche gli altri Stati in conflitto dichiarano applicabili la propria legge, ciò rischia di far permanere i conflitti sul piano internazionale*. Ecco perché la visione tradizionale, secondo cui ai conflitti positivi in cui è coinvolto lo Stato del foro s'applica *sempre* la legge del foro, deve, a suo dire, essere pure riveduta. La sfera di efficacia delle norme del foro deve in particolare essere riesaminata in tutti i casi nei quali un altro Stato rivendica contemporaneamente l'applicabilità della sua legge, e ciò fa sulla base di un criterio di collegamento a sua volta generalmente accettato. Anche qui, poiché due leggi incompatibili non possono pretendere rispetto, l'insieme delle fattispecie « litigiose » deve ripartirsi fra gli ordinamenti candidati *su base equitativa e razionale*⁹⁷⁴. Anche qui dunque il ragionamento del giudice deve suddividersi in *due fasi*⁹⁷⁵: nella *prima* fase,

⁹⁷² Con ciò, precisa Sohn, non si vuole affatto mettere in dubbio la necessità delle norme di conflitto nazionali (sottinteso: unilaterali o di delimitazione), ma piuttosto *rendere possibile un'autentica « cooperazione »* (cioè un « coordinamento ») *fra tali norme, « abolendo il conflitto senza abolire le norme stesse »*. Questo metodo consentirebbe anche di trarsi dall'*impasse* dei *conflitti negativi*: la legge designata dal maggior numero di collegamenti diverrebbe competente a regolare i rapporti che ne sono colpiti anche se essa legge aveva in un primo tempo rinunciato per mancanza del fattore da essa adottato come principale. Per ogni categoria di rapporti, si deve, insomma, mettere a punto una norma di conflitto speciale, la quale combini un « primary connecting factor » con un « secondary connecting factor » (o « auxiliary rule »: *op. cit.*, p. 996, nota 44). Sohn formula alcuni esempi: trattandosi di conflitto fra una legge che sottopone i rapporti fra padre e figlio al collegamento (« primario ») del domicilio del padre, e una legge che utilizza per la stessa questione la cittadinanza del padre, il fatto che il *figlio* sia domiciliato nel primo Stato senza essere cittadino del secondo potrebbe bastare per affermare la competenza internazionale della legge della cittadinanza. Se, per converso, sia il padre che il figlio sono cittadini di uno stesso Stato e domiciliati in Paesi diversi, allora si dovrebbe accordare prevalenza alla legge nazionale comune. Altro esempio: se, in tema di capacità di testare, concorrono la legge nazionale e quella del domicilio, si potrebbe pensare di elevare a fattore sussidiario la *residenza del testatore* al tempo della redazione del testamento, purché tale fattore si concretizzi vuoi nello Stato del domicilio del testatore, vuoi in quello della sua cittadinanza. Se invece la residenza è sita in un Paese ancora diverso, si dovrebbe ricorrere ad un quarto criterio, per es. *il luogo di situazione dei beni*. E così via.

⁹⁷³ *Op. cit.*, p. 1001.

⁹⁷⁴ Passaggio-chiave: « In particular, the sphere of applicability of each rule must be limited in all cases in which some other state, on the basis of some generally recognised principles, simultaneously claims the applicability of its law. Since both laws cannot be applied at the same time, the contested area has to be divided between them on some rational and equitable basis » (*op. cit.*, p. 1001).

⁹⁷⁵ « Thus, the whole procedure may be divided into two phases » (*op. cit.*, p. 1001).

procede alla verifica dell'esistenza di un conflitto di leggi effettivo, sulla base delle norme di conflitto (unilaterali) degli Stati in conflitto, ed applica la sola legge che reclama d'essere applicata; se più leggi pretendono osservanza, il giudice muove ad una *seconda* fase, e decide a quale delle due dar preferenza, sulla base di un ulteriore fattore di collegamento⁹⁷⁶.

Ma che cosa spinge lo Stato del foro a non esercitare, in taluni dei casi in cui v'è un conflitto nel quale esso è pur « interessato », la sua competenza legislativa, cioè a rinunciare, potremmo dire, a tale suo « interesse »? Sohn risponde in pratica che si tratta di... un altro tipo di *interesse*, più forte ancora: cioè il desiderio d'adeguarsi ai bisogni del commercio internazionale, di rendere giustizia alle parti, di conseguire i vantaggi pratici derivanti dalla certezza di quali fattispecie internazionali saranno sottoposte da altri Stati alla propria legge. Insomma e conclusivamente, l'elaborazione di norme di conflitto da parte del foro, in cui questi rinuncia alla pretesa, inizialmente messa innanzi a mezzo delle sue norme di delimitazione, di regolare un certo numero di fattispecie, per assicurare l'applicazione della sua legge anche da parte dell'altro Stato in conflitto nelle restanti fattispecie, risponde ad un *ben compreso* (« *well-understood* ») *interesse del foro*⁹⁷⁷.

144. Le idee di Sohn ci si presentano oggi sotto più riguardi anticipatrici. L'avere avvertito l'esigenza di ragionare in termini di diritti ed obblighi dei soggetti coinvolti; l'avere rilevato che il criterio di collegamento è spesso scelto dal foro avuto riguardo alle esigenze di applicazione delle sue norme e che tali esigenze, e il collegamento che le esprime, non sono perciò automaticamente bilateralizzabili; soprattutto, l'avere segnalato che, di fronte a conflitti positivi, può rispondere ad un più grande interesse del foro cercare di raggiungere l'uniformità ripartendo con gli Stati stranieri le fattispecie contese da questi, anziché insistere – spesso vanamente – nell'imporre la propria legge; l'avere proposto di risolvere i conflitti positivi attraverso un « terzo » collegamento, cioè a mezzo della tecnica del « raggruppamento dei punti di contatto »; sono tutti elementi che si ritroveranno nei diversi filoni in cui si ramifica l'unilateralismo americano posteriore.

⁹⁷⁶ Ecco dunque un esempio di norma formulata dall'autore (che ci permettiamo di ritoccare lievemente, a fini di una migliore comprensione): 1. in materia di rapporti fra padre e figlio, la legge dello Stato del foro si applica se il padre ha il domicilio nello Stato del foro; 2. tuttavia, lo Stato del foro rinuncia a regolare tali rapporti mediante la propria legge a beneficio della legge dello Stato della cittadinanza quando il padre, pur avendo il domicilio nello Stato del foro, ha la cittadinanza di uno Stato che segue in tale materia il criterio della cittadinanza e il figlio ha pure la cittadinanza di tale Stato (e non ha il domicilio nello Stato del foro). Sohn propone di aggiungere una clausola di reciprocità: « a condizione che lo Stato della cittadinanza sia disposto a rinunciare all'applicazione della sua legge nel caso inverso in cui il figlio è domiciliato nello Stato del foro (e, ci sembra, non ha la cittadinanza dello Stato di cittadinanza del padre).

⁹⁷⁷ « It appears, then, that the acceptance of the new rules by the forum may be inspired (...) by a well-understood interest of the forum » (*op. cit.*, p. 1003).

Sarà in particolare sull'interesse del foro a mettere da parte l'applicabilità della sua legge in alcuni casi di conflitto positivo che insisteranno gli unilateralisti americani più recenti, i quali proporranno al riguardo soluzioni più diversificate. L'unilateralismo americano immediatamente successivo a Sohn darà invece risalto particolare all'interesse dello Stato del foro all'applicazione della propria legge nei casi in cui sono in gioco i valori protetti o perseguiti dalle sue norme materiali. E' di questo che conviene ora occuparsi.

Sezione II

Il pensiero di Brainerd Currie

SOMMARIO: – 145. Introduzione al pensiero di Currie. – 146. La nozione di *governmental interest*. Due tappe del suo percorso scientifico. – 147. Identificazione della *governmental policy* e verifica della sussistenza del *governmental interest*. Le quattro categorie di situazioni: *false problems*, *non-conflicts*, *true conflicts*, *unprovided-for cases*. – 148. La prima tappa: l'analisi dell'atteggiamento di un « selfish State ». La seconda tappa: la ricerca di un « accomodamento » fra le sfere di applicazione delle norme degli Stati in conflitto.

145. Il più radicale critico di tutta la concezione tradizionale dei conflitti di leggi⁹⁷⁸ fu Brainerd Currie⁹⁷⁹, iniziatore dell'« unilateral approach »⁹⁸⁰. Sebbene il pensiero di

⁹⁷⁸ Ai fini di una migliore comprensione dell'unilateralismo americano da Currie in poi, ci pare opportuno qualche cenno circa l'evoluzione delle idee negli Stati Uniti, da quelle che possiamo chiamare le origini del d.i.p. di quel Paese fino appunto alla « American revolution » degli anni cinquanta e sessanta. E' tuttavia da rilevare sin d'ora che tale evoluzione resta, in diversi punti, non del tutto chiarita: cfr. ad es. KRAMER, *Return of Renvoi*, p. 988, secondo il quale il vero significato della « local law theory », che pur è snodo importante di tale processo, « remains something of a mystery ». Sulla storia del d.i.p. americano, v., fra i tanti, NADELMANN, *Conflict of Laws, International and Interstate – Selected Essays*, The Hague, 1972, p. 4 s.; SYMEONIDES, *The American Choice-of-Law Revolution*, p. 33 s.; JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, p. 6 s.; KAY, *A Defense of Currie's Governmental Interests*, RCADI, 1989, t. 215, p. 22 s.; DANE, *Vested Rights, « Vestedness », and Choice of Law*, p. 1198 s.; ROOSEVELT III, *The Myth of Choice of Law*, p. 2454; GUZMAN, *Choice of Law: New Foundations*, 90 *Georg. L. J.* 883 (2002); in Europa, v. fino a Beale, VIGNY, *Essai sur le droit international privé américain*, Paris, 1932, e, per l'evoluzione successiva, HANOTIAU, *Droit international privé américain*, Paris-Bruxelles, 1979. Ai fini che qui interessano, possono identificarsi grosso modo le tre tappe seguenti: 1) l'opera di Story; 2) la dottrina di Beale; 3) la « local law theory ». Vediamo per sommi capi ciascuna di queste tre fasi. 1) Joseph STORY (nei *Commentaries on the Conflict of Laws*, la cui prima edizione è del 1834), per il cui tramite il pensiero continentale fece il suo ingresso negli Stati Uniti (KAHN FREUND, *General Problems of Private International Law*, RCADI, 1973-III, p. 284), ed il quale a sua volta non mancò di esercitare una certa influenza su Savigny (NADELMANN, *op. cit.*, p. 12; KEGEL, *Story and Savigny*, *Am. J. Comp. Law*, 1989, p. 39), aderendo a Huber (o, forse, piuttosto, credendo di aderirvi: una revisione

della fedeltà di Story a Huber è oggetto dell'appassionante ricerca di JACKSON, *Joseph Story and the Comity of Errors*, Athens/London, 1992), ritiene che ciascuno Stato abbia sovranità e giurisdizione sul proprio territorio, potendo vincolare persone e cose che su di esso si trovano; e che non abbia, inversamente, alcun potere su persone e cose che si trovano sul territorio degli altri Stati. Se dunque uno Stato talvolta accorda efficacia a leggi straniere, ciò egli fa in base alla *sua* legge e, più in generale, al *suo* ordinamento, insomma in grazia di un *suo*, espresso o tacito, consenso. Il quale rinviene a sua volta la sua ragione nella « reciproca convenienza degli Stati » (« comity »). Chiarito così il fondamento « politico » dell'applicazione del diritto straniero (così BALLARINO, *D.i.p.*, 1^a ed., p. 30), Story dovette far fronte ad una giurisprudenza e ad una dottrina americane assai scarse: il solo studio esistente in quel tempo era in pratica quello di LIVERMORE, *Dissertations on the Questions which Arise from the Contrariety of the Positive Laws of Different States and Nations*, pubblicato a New Orleans nel 1828, nel quale viene analizzata la prima importante decisione in materia, *Saul v. His Creditors*, 5 Mart. (n.s.) 569 (La. 1827). Nel ricercare, per ogni classe di rapporti, la legge ad essi applicabile, Story ragiona dunque, e non può che ragionare, su un piano che non può ancora dirsi « positivo », cioè riferito a questo o quest'altro Stato, ma che è in certo modo « prepositivo », e come tale, avuto riguardo al fine cui, per Story, è diretto il d.i.p., cioè la « reciproca convenienza degli Stati », può permettersi di essere, se non universale, comunque « sovrastatale ». Si è detto che Story fu, come Savigny, « bilateralista » (JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, p. 88). Ci s'intenda: lo fu nel senso che, per ogni classe di rapporti, Story, come farà Savigny, valuta l'intrinseca bontà di questo ovvero di quel collegamento, ed a quello che gli sembra più significativo attribuisce il compito di rendere applicabile la legge dello Stato in cui esso si materializza, con il solo limite dell'ordine pubblico; non lo fu invece, né lo fu del resto Savigny, nel senso che egli s'oppose all'« unilateralismo », poiché l'alternativa fra unilateralismo e bilateralismo non s'era ancora affacciata alla scienza, dal momento che la *positività* di una pluralità di « sistemi di conflitto » diversi, che sola obbliga a prendere partito fra unilateralismo e bilateralismo, e che risalta dal problema del rinvio, non era venuta ancora all'attenzione né dell'uno né dell'altro (v. *supra*, para. 8). 2) Più interessante, ai nostri fini, è la dottrina di BEALE, relatore per il *Restatement of Conflict of Laws* del 1934, promosso dall'*American Law Institute*, nonché autore di un *Treatise* a commento dello stesso (*A Treatise on the Conflict of Laws*, 3 voll., Boston, 1935). All'epoca di Beale, infatti, il problema della diversità dei sistemi positivi di d.i.p. s'era già imposto all'attenzione della dottrina, anche americana (il primo scritto statunitense in tema di rinvio fu, come noto, quello di LORENZEN, *The Renvoi Theory and the Application of Foreign Law*, 10 Colum. L. Rev. 190 (1910). Beale fu innanzitutto, come Story, ma in misura forse ancora maggiore, preoccupato di ricercare una giustificazione accettabile dell'applicazione della legge straniera. Trovò l'idea di *comity* troppo vaga ed incerta (vol. I, p. 53; vol. III, p. 1964-1965 e 1967). Più congeniale gli parve la dottrina dei « vested rights » (vol. I, p. 64; vol. III, p. 1969-1970), nel frattempo propugnata dall'inglese DICEY (*Digest of the Laws of England with Reference to the Conflict of Laws*, London, 1896, il quale, secondo MUIR WATT, *Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis*, *Rev. crit.*, 1986, p. 425, le diede la « systémation la plus achevée »; questi a sua volta la mutuò da HOLLAND, *Elements of Jurisprudence*, 5th ed., 1890, p. 359, n. 2, il quale, da parte sua, non fece altro che sviluppare il riferimento compiuto dallo stesso Huber alle « res iure certi loci validae », cioè ai « rights duly acquired abroad »: « comity » e « diritti quesiti » dunque, pur presentate come spiegazioni distinte del d.i.p., riconducono *entrambe* al Maestro di Franeker). Di tale teoria Beale si servì per concludere che i tribunali del foro non « applicano » una legge straniera, la quale non può spiegare alcun effetto nel foro, ma si limitano a riconoscere, come *fatto* ai fini della decisione della causa, l'avvenuta creazione all'estero di un diritto (vol. III, p. 1969 e 1974). Non già però – e qui sta il cuore della dottrina di Beale – *qualsiasi* diritto creato all'estero è suscettibile di riconoscimento (ciò che l'avrebbe condotto in ultima analisi a posizioni *unilateraliste*: cfr. MUIR WATT, *op. cit.*, p. 433-434, la quale sostiene

che la dottrina dei « vested rights » di Dicey in pratica fu all'origine d'« inspiration unilatéraliste », dal momento che « la seule preuve par le demandeur qu'il existe une autorité étrangère prête à sanctionner un droit subjectif, suffit à faire présumer que le droit a été régulièrement acquis », bensì soltanto quelli creati da quello Stato che ha « legislative jurisdiction » rispetto alla fattispecie in questione, il quale è, per Beale, almeno di regola, quello nel cui territorio si è verificato il « principal event » costitutivo della situazione giuridica litigiosa. Esempi di « principal events » sono l'evento dannoso in materia di atto illecito (vol. II, p. 1288) e la conclusione del contratto in materia negoziale (vol. II, p. 1091). Il luogo di realizzazione del « principal event » assurge dunque, in definitiva, a collegamento, sebbene di tipo più territoriale che personale, adottato da norme bilaterali rigide (« hard and fast »). Ciò posto, Beale si dichiarò contrario al rinvio, e fu dunque un « bilateralista » puro, nel senso che fu ostile al rispetto della sfera d'applicazione delle norme straniere quale risultante dalle norme di conflitto straniere, rispetto che è alla radice dell'unilateralismo. E' assai interessante ricercarne le ragioni. Beale ritiene che i collegamenti derivino da una « common law » che « exists apart from the positive law » di ogni Stato particolare, la quale « must be allowed the name of law, though no sovereign directs [its] development, and no court has lent its sanction to many of [its] principles » (vol. I, §§ 1.12, 3.4, 4.2, 4.5). Poiché, secondo Beale, i principi di « common law » sono dunque universali, cioè universalmente giusti, anche le norme che contengono i criteri di collegamento, cioè *anche le norme di d.i.p.*, sono *universali*, cioè *universalmente giuste*. Uno Stato può aderire a tali criteri universali, ovvero non aderirvi. Ma uno Stato che vi aderisce non deve deflettere da questi soltanto perché la « positive law » di un altro Stato, per errore o deliberatamente (« by mistaken or design »), vi s'allontana. Non v'è dunque motivo di rispettare le norme di d.i.p. straniere, in particolare di accogliere il rinvio: tutt'al più, sembrerebbe (così KRAMER, *Return of the Renvoi*, p. 986), il fatto che un altro Stato segua una diversa « common-law rule » può condurre il foro a riesaminare la sua norma per accertare se questa rifletta o meno la « true common law ». Il « bilateralismo » di Beale nasce insomma dalla convinzione che vi è, per ogni classe di rapporto, *una sola norma di d.i.p.* « giusta », « preesistente » all'ordinamento positivo, come sgorgante dalla « Natur der Sache », e che ogni altra norma (eventualmente straniera) è necessariamente ingiusta o meno giusta, e quindi va ignorata. Come si vede, non si può non convenire con JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, p. 91, che Beale fu più dogmatico e dottrinario dei bilateralisti europei. 3) La dottrina di Beale fu bersaglio di attacchi a partire dagli anni venti del Novecento, già prima dunque della sua consacrazione nel primo *Restatement*. Gli oppositori più severi furono gli esponenti della c.d. « scuola realista », in particolare LORENZEN, *Territoriality, Public Policy and the Conflict of Laws*, 33 *Yale L. J.* 736 (1924), COOK, *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*, 33 *Yale L. J.* 457 (1924), e CAVERS, *A Critique of the Choice-of-Law Problem*, 47 *Harv. L. Rev.* 173 (1933), fautori della c.d. « local law theory ». Essi reagirono contro – ci sembra – tre aspetti dell'insegnamento « bealiano »: a) la spiegazione dei « vested rights », dal momento che i giudici per lo più non si limiterebbero a « constatare » l'esistenza di tali diritti, ma « manipolando » la legge straniera, finiscono per crearne dei nuovi (dove il nome di « local law theory »); b) il rifiuto, implicito nelle « jurisdiction-selecting rules » (fortunato termine coniato da CAVERS, *A Critique*, p. 189), di considerare la sostanza della controversia (« a judge is not idly choosing a law, it is determining a controversy » e dunque « how can it choose wisely without considering how the choice will affect that controversy? »: CAVERS, *op. cit.*, *loc. cit.*); c) infine, e soprattutto, la « metafisica » delle scelte da parte di Beale delle « jurisdiction-selecting rules », in particolare il dogma del « principal event »: accordare « legislative jurisdiction » allo Stato del luogo in cui si è verificato l'« ultimo evento » non è affatto logicamente necessitato, come si pretende, dal momento che tutti gli elementi che in qualche modo concorrono all'insorgenza di una situazione giuridica – in particolare anche i legami personali delle parti con questo o quello Stato – sono *egualmente* rilevanti ai fini del suo venire in essere. Di queste manchevolezze, legate l'una all'altra, si andava avvedendo – sostenevano – la

Currie, sviluppatosi gradatamente nell'arco di meno di dieci anni⁹⁸¹ e mai purtroppo precisatosi compiutamente a motivo della sua precoce scomparsa, abbia fatto oggetto di

giurisprudenza americana, la quale, sempre più di frequente, ricorreva ad ogni sorta di « escape devices » – quali rinvio, qualificazione, ordine pubblico e natura procedurale di norme ed istituti – al fine di scartare il risultato dell'applicazione meccanica delle norme « hard and fast », percepito come ingiusto, e, in sostanza, e per lo più, al fine di applicare la *legge del foro*, anche se il « principal event », quale l'evento dannoso, si fosse verificato altrove, purché vi fosse un legame d'altro tipo, specie personale, con lo Stato del foro. La Corte Suprema, che pure aveva in un primo momento approvato la dottrina classica, fino a ritenerla addirittura imposta dalla Costituzione (v. *Aetna Life Ins. Co. v. Dunken*, 266 U.S. 389 (1924); *New York Life Ins. Co. v. Dodge*, 246 U.S. 357 (1918); *Supreme Council of Royal Arcanum v. Green*, 237 U.S. 531 (1915), finì poi per aderire alle critiche: nelle due « landmark decisions », concernenti l'applicabilità di « workman's compensation acts », *Alaska Packers Association v. Industrial Accident Commission*, 294 U.S. 532 (1935) e *Pacific Employers Insurance Co. v. Industrial Accident Commission*, 306 U.S. 493 (1939), dichiarò che non solo lo Stato di accadimento dell'illecito, ma anche quello di assunzione del lavoratore infortunato, nonché, eventualmente altri ancora – tipicamente, quello di residenza del lavoratore e di prestazione dell'attività lavorativa –, possono pretendere esercitare la loro competenza legislativa ed offrire al danneggiato il risarcimento previsto dalla loro legge (v. JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, p. 94 s.). Le quali pronunce schiuderanno la porta all'unilateralismo americano, e ciò, ci sembra, in tre cruciali aspetti: a) da un lato, perché riconoscono che ciascuno degli Stati può (costituzionalmente) rivendicare l'applicazione delle sue norme a fattispecie che presentano con esso uno o più contatti da lui liberamente scelti, purché significativi, e non già un contatto, unico e sempre lo stesso, presuntamente derivato da una metafisica « natura della cosa »; b) dall'altro, perché lasciano intuire che ciascun Stato è sovrano nel determinare la sfera d'applicabilità delle proprie leggi; c) infine, perché, già ragionando in termini di « policies » e « interests », esplicitano i fattori fondanti tale ambito d'operatività, il che formerà l'elemento primo dell'« interests analysis » di Currie. Già FREUND, *Chief Justice Stone and the Conflict of Laws*, 59 *Harv. L. Rev.* 1210 (1946), p. 1223 s., dichiarò che l'analisi degli « state interests » propugnata dalla Corte Suprema « might become the basis for a new approach to choice of law ».

⁹⁷⁹ Brainerd Currie – nato a Macon, Georgia, nel 1912, e morto all'età di 53 anni, nel 1965 – formulò la sua *governmental interest analysis* mentre si trovava a Palo Alto, nell'anno accademico 1957-1958. Coltivò, oltre che il diritto internazionale privato, materia cui approdò tardi, nel 1946, ereditando il corso di David Cavers – CAVERS, *Special Contribution: A Correspondence with Brainerd Currie, 1957-1958*, 34 *Merc. L. Rev.* 471 (1983) – il diritto del mare e la procedura civile. Notizie biografiche di Currie sono fornite da KAY, p. 19-21, LATTY, *Brainerd Currie – Five Tributes*, 15 *Duke L. R.* 2 (1966) e più recentemente SAMMONS, *Brainerd Currie: I am the Very Model of a Modern Intellectual*, 48 *Mercer L. Rev.* 623 (1996-1997).

⁹⁸⁰ JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, p. 98 s.; SYMEONIDES, *The American Choice-of-Law Revolution*, p. 38 s. e 360 s.

⁹⁸¹ I *Selected Essays*, dati alle stampe a Durham nel 1963, contengono 14 articoli, ripartiti in altrettanti capitoli, pubblicati fra il 1958 e il 1963. Vi esulano soltanto due degli studi che Currie dedicò ai conflitti di leggi: *The Disinterested Third State*, 28 *Law & Contemp. Probl.* 673 (1963) e *Ehrenzweig and the Statute of Frauds: An Inquiry into the « Rule of Validation »*, 18 *Okla. L. Rev.* 243 (1965) (che, con le sue 97 pagine, è il contributo più esteso).

contrastanti valutazioni e sia tutt'oggi al centro di vivi dibattiti negli Stati Uniti⁹⁸², si conviene per lo più che esso abbia cambiato il corso del d.i.p. americano⁹⁸³, che il suo lascito sia immenso⁹⁸⁴, che la sua « interest analysis » sia tutt'ora dominante⁹⁸⁵ e abbia anzi costituito la sola metodologia ad avere dato vita ad una vera e propria scuola⁹⁸⁶. Prima di addentrarsi nel sistema di Currie⁹⁸⁷ è utile ripercorrere brevemente la concezione della funzione del diritto ch'egli fece propria⁹⁸⁸. Sarà poi illustrato l'itinerario da lui percorso, seguendolo, dove possibile, nel suo progressivo svolgersi, la cui importanza fu del resto riconosciuta – e additata al lettore – dall'autore stesso⁹⁸⁹.

146. Currie muove dalla constatazione che lo Stato ha per compito principale la promozione del benessere, sociale ed economico, di chi appartenga alla sua società⁹⁹⁰. Poiché

⁹⁸² KRAMER, *The Myth of the Unprovided-For Case*, p. 1045 s.: « Thirty years after Brainerd Currie introduced the *governmental interest analysis*, his method remains both the starting point for modern choice of law scholarship and a matter of controversy ».

⁹⁸³ DAWSON, dell'*Harvard Law School*, nel conferire il *First Triennial Book Award* nel 1965, dichiarò che « it seems clear enough that after Brainerd Currie that dark science called the conflict of laws can never be the same again » (*Association of American Law Schools, 1964 Proceedings*, Par. 2, p. 80, citato da KAY, p. 21); JUENGER, *Selected Essays*, vii-viii, pur essendo uno dei suoi critici più severi, dichiara essere il libro di Currie « the single most influential American book on the conflict of laws published during the twentieth century ».

⁹⁸⁴ REYNOLDS, *Legal Process and Choice of Law*, 56 *Md. L. Rev.* 1371 (1997), p. 1371.

⁹⁸⁵ KRAMER, *Rethinking Choice of Law*, p. 277-345: « Brainerd Currie's governmental interest analysis probably remains the dominant choice of law theory among academics »; GUZMAN, *Choice of Law: New Foundations*, p. 892: « Currie's governmental interest analysis (...) remains dominant in choice-of-law scholarship today »; KAY, *Currie's Interest Analysis in the 21st Century: Losing the Battle, but Winning the War*, 37 *Willamette L. Rev.* 123 (2001), p. 126: « Virtually all states in the United States now begin choice-of-law analysis with an examination of the content of the conflicting laws »; O'HARA/RIBSTEIN, *From Politics to Efficiency in Choice of Law*, 67 *U. Chi. L. Rev.* 1151 (2000): « Most scholars now advocate, and courts now apply, some version of government interest analysis ».

⁹⁸⁶ SIMSON, *Plotting the Next*, p. 2466: « Interest analysis is the leading scholarly position, and the only doctrine that could plausibly claim to have generated a school of adherents ».

⁹⁸⁷ Che Currie abbia dato vita ad un « sistema », è ammesso anche da un suo grande critico, ELY, *Choice of Law and the State's Interest in Protecting its Own*, 23 *Wm & Mary L. Rev.* 173 (1981-1982), p. 174, nota 3, dove si legge: « Currie's was certainly a more complete system of interest analysis: his work is among the most formidable corpora in all of legal theory ».

⁹⁸⁸ Cfr. KAY, p. 23.

⁹⁸⁹ Scrive Currie nel *Foreword* dei suoi *Selected Essays* che questi « were written in a period of years, and the ideas set forth have undergone a process of evolution », processo che « is, it seems to me, not without interest ». Sull'importanza di tale evoluzione, v. anche KAY, p. 48 s.

⁹⁹⁰ Preferiamo parlare, in modo generico, di « appartenenti alla sua società »: come rilevato dagli avversari (KEGEL, *Crisis*, p. 116, ELY, *Choice of Law and the State's Interest in Protecting its Own*, p. 172, nota 1), Currie, nel precisare quale sia « the state to which one belongs » (*Selected Essays*, p. 83), rimane alquanto vago, parlando talvolta di « domicile » (p. 145), talvolta di « domicile and residence » (p. 322), talvolta di « domicile or residence » (p. 292-293), talvolta infine di « residence, or domicile, or nationality » (p. 103). Secondo DANE, *Vested Rights, « Vestedness », and Choice of*

gli interessi dei diversi individui o gruppi di individui che ne sono membri spesso divergono, lo Stato, nel perseguire il summenzionato benessere, ha il compito di sintetizzare questi diversi interessi, distillando quello di volta in volta preponderante, cioè più adeguato al sentire della comunità, che Currie denomina « interesse pubblico » (o generale o collettivo), il quale a sua volta s'esprime nella formula, da lui spesso preferita, « governmental policy » (e, trattandosi del foro, « governmental domestic » or « forum policy »)⁹⁹¹. Per attuare tale « policy », ogni Stato si serve del diritto. Alla base di ogni regola giuridica, sia essa contenuta in uno *statute* o ricavata dalla *common law*, vi sono dunque « economic and social policies »⁹⁹².

Se ciò è vero, trattandosi di regolare « fattispecie con contatto esterno », norme di conflitto « cieche », che non tengano conto né di tali « policies » né, dunque, della concreta possibilità che la sfera applicativa assegnata alle leggi che tali « policies » sottendono consenta ai rispettivi Stati di attuarle, sono da rigettare quali « vuote ed esangui »⁹⁹³. Ad esse va sostituita un'analisi diretta innanzitutto ad identificare appunto gli obiettivi, potenzialmente diversi, propri delle leggi degli Stati a qualche titolo coinvolti nella fattispecie; e, in secondo luogo, a scoprire se l'applicazione di tali leggi ad una determinata categoria di situazioni permetterebbe effettivamente loro di conseguire tali obiettivi. Nel qual caso si è in presenza di un *vero conflitto* (« true conflict »), il che costituisce il problema centrale della nostra disciplina, il quale consiste infatti nel determinare il criterio decisorio (*rule of decision*) cui fare ricorso quando le « policies » di due o più Stati sono in conflitto, in altre parole di determinare « quale interesse debba *cedere* all'altro »⁹⁹⁴.

La parabola intellettuale percorsa da Currie si snoda attraverso *due* tappe: la prima s'incentra su una maggiore enfasi posta sull'angolo visuale del foro; la seconda si connota invece per la maturata esigenza di una considerazione simultanea degli obiettivi ed interessi del foro e degli altri Stati in causa⁹⁹⁵.

Law, p. 1202, Currie avrebbe inteso riferirsi di volta in volta alle « persons within the state's political community, whose own interests may have had something to do with the enactment of the legislation in the first place ».

⁹⁹¹ *Selected Essays*, p. 189. Si tratta di un'espressione assai controversa e poco felice (v. rilievi *infra*, p. 270). D'altra parte, Currie stesso precisa che sarebbe più corretto, anche se meno pratico, parlare, anziché di « governmental policy », di « social, economic or administrative (domestic) policy » (p. 189).

⁹⁹² *Selected Essays*, p. 64, 106, 172, 183, 225, 227, 341, 364-365, 367, 441, 484, 621, 627, 637-638, 727.

⁹⁹³ *Selected Essays*, p. 52; tale frase è peraltro posta ad epigrafe del contributo di ALLEN/O'HARA, *Second Generation Law and Economics of Conflict of Laws: Baxter's Comparative Impairment and Beyond*, 51 *Stan. L. Rev.* 1011 (1998-1999), a riprova della sua attitudine a riflettere il sentimento di buona parte della dottrina americana contemporanea.

⁹⁹⁴ *Selected Essays*, p. 178, cfr. anche p. 66.

⁹⁹⁵ La prima tappa è quella del « short-sighted, selfish state rationally pursuing its own interests » soltanto entro i limiti risultanti della Costituzione (KAY, p. 48 s.), il quale, per Currie, « is nothing

147. Currie prende le mosse dall'idea ben radicata nella tradizione anglosassone secondo cui alla legge straniera si debba fare ricorso soltanto se uno dei litiganti lo richiede⁹⁹⁶. Per determinare se la legge del foro deve o meno essere messa da parte a vantaggio della legge straniera invocata da una delle parti, il giudice deve innanzitutto interrogarsi sugli obiettivi sociali ed economici della legge del foro, sulla « governmental policy » che in essa si esprime. Identificata la quale, egli deve poi verificare se lo Stato del foro vanta o meno un « governmental interest » alla sua applicazione. Questo « interest » sussiste legittimamente quando il collegamento che il rapporto – Currie parla al riguardo di *transaction, subject-matter, litigation* – presenta con il foro è tale che l'applicazione della legge in questione condurrebbe all'attuazione nel caso concreto della « governmental policy » implicita in essa⁹⁹⁷. La verifica della quale non è tuttavia – riconosce l'autore – cosa sempre agevole⁹⁹⁸. Il concreto obiettivo di politica legislativa perseguito dal legislatore è spesso « oscurato dalle nebbie della storia, obsoleto, incoerente », talvolta deliberatamente « mascherato »⁹⁹⁹, talvolta infine propriamente mancante¹⁰⁰⁰. Ciò rende di rimbalzo complesso anche l'accertamento del « governmental interest ». Il compito del giudice sarebbe allora – osserva Currie – di molto *facilitato* se il legislatore coltivasse la pratica di aggiungere ad ogni legge l'indicazione della *misura* in cui essa intende applicarsi riguardo alle situazioni con elementi di estraneità, cioè l'estensione (*reach*) della sua sfera di applicazione internazionale. Il contributo che il legislatore recherebbe per questa via al nostro « tormentato settore » sarebbe considerevole. Non si tratterebbe di

more than an experimental model » (*Selected Essays*, p. 616); la seconda è invece quella del « moderate and restrained state, rationally pursuing its own interests, having regard for the competing interests of other States » (v. KAY, p. 68 s.).

⁹⁹⁶ *Selected Essays*, p. 75.

⁹⁹⁷ L'« interest » è dunque, come Currie precisò (*Selected Essays*, p. 621), il prodotto di (a) una « governmental policy » e (b) della contestuale esistenza di un collegamento appropriato fra lo Stato che persegue tale « policy » e il rapporto da regolare (talvolta denominato « transaction »). Perché l'affermazione dell'« interest » sia legittima, è necessaria un'« objective analysis » (*Selected Essays*, p. 624 e i rilievi *infra*, para. 166). Su ciò che – nonostante il termine possa risultare fuorviante – il « governmental interest » non è « the unilateral wish of the enacting state to apply its law in a given case » ma « the result of a judge's evaluation of the reasonableness of this wish, in light of the factual elements that connect the enacting state with the case at hand », v. SYMEONIDES, *The American Choice-of-Law Revolution*, p. 40. KEGEL (*The Crisis*, p. 112) interpreta la nozione qui in analisi nel senso che « albeit with certain reservation, the state wishes to put through its policy », e che « the State has an "interest" in the effectuation and application of its policy », non dando invece rilievo ai « collegamenti » su cui tale « interest » si fonda.

⁹⁹⁸ *Selected Essays*, p. 171-172.

⁹⁹⁹ *Selected Essays*, p. 347.

¹⁰⁰⁰ Come nel caso di una regola conservata semplicemente per inerzia legislativa, che cioè non corrisponde più ad una precisa « policy » del foro (quale quella, dell'Arizona, secondo cui « actio moritur cum persona »: v. *infra*, nota 1017). L'obsolescenza di una norma può venire in rilievo, secondo i successori di Currie (in particolare secondo Kramer: v. *infra*, para. 161, n. 3), ma già, sembrerebbe, secondo Currie stesso (*infra*, para. 154), come criterio risolutore dei « true conflicts ».

vere « norme di conflitto », nel senso di « norme di valore universale che assegnano la competenza legislativa ad uno ed un solo Stato, ma di semplici norme interne, che completano le norme materiali »¹⁰⁰¹.

Una volta identificata la « governmental policy » sottesa alle norme del foro, e verificata la sussistenza o l'insussistenza del « governmental interest », il giudice procederà alla medesima operazione nei confronti delle norme dello Stato straniero la cui legge è – per ipotesi – invocata da una delle parti, e dovrà dunque, situandosi dal punto di vista di tale Stato, chiedersi qual è la « governmental policy » che esso Stato ha inteso perseguire e, conseguentemente, affermare o negare l'esistenza di un « interest » all'applicazione della sua legge.

Il giudice sarà dunque portato a classificare la fattispecie dinanzi a sé in una fra *quattro* categorie. Due delle quali non presentano difficoltà: si tratta dei « false problems » e dei « non-conflicts ». I « false problems » – che, secondo le minute indagini di Currie, rappresenterebbero la categoria più cospicua – sono quelle situazioni in cui soltanto uno Stato ha interesse a perseguire la propria « policy ». Poiché non sussiste, riguardo ad essi, alcun « conflicting interest » vantato dai suoi omologhi, l'applicazione della sola legge interessata avrà luogo pianamente¹⁰⁰². Lo stesso è a ripetersi delle situazioni di « non conflitto » (« non-conflict »), quelle cioè in cui le leggi degli Stati coinvolti non si distinguono l'una dall'altra dal punto di vista del loro contenuto¹⁰⁰³. Due sono invece i casi che necessitano di maggiore attenzione, entrambi tuttavia, secondo Currie, più rari: i « true conflicts » e i « negative conflicts » (o « unprovided-for cases »). I primi sono quelli in cui *più* Stati sono titolari di un « legitimate interest » all'applicazione della loro legge. I « conflitti negativi » si producono quando nessuno Stato ha interesse ad attuare

¹⁰⁰¹ Si tratta di un passo decisivo (*Selected Essays*, p. 171-172): « There is a contribution that legislatures can make to the progress in this troubled field. They can cultivate the practice of adding to specific enactments a section specifying the extent to which the law is intended to apply to cases involving foreign factors (...). *The value of such directions would be tremendous* – provided, of course, that they were drafted with careful regard to the *moderate and legitimate interests of the state*, and not with an overweening desire to impose the doubtful wisdom of the enacting state upon the rest of the world. *These would not be choice-of-law rules, in the sense of universals assigning jurisdiction to the only competent state.* They would simply be exercises of the law-making power, directed to local courts, providing aids to statutory construction » (corsivo nostro). Qualora a ciò non provveda il legislatore, spetta al giudice supplirvi come meglio riesce: il quale giudice non dovrà tanto « scoprire » una volontà implicita, che il legislatore non può avere avuto, dal momento che non si è occupato della questione, ma piuttosto ricostruirla da sé, attraverso il consueto procedimento di interpretazione (« construction and interpretation »), quello stesso, cioè, cui si fa ad esempio ricorso per accertare se una legge si applica ai c.d. « marginal cases ».

¹⁰⁰² *Selected Essays*, p. 110; KAY, p. 59.

¹⁰⁰³ Cfr. KAY, p. 60.

la propria « policy », sicché la fattispecie risulta dunque, almeno a tutta prima, « non regolato » (« unprovided-for »)¹⁰⁰⁴.

148. Currie lascia in un primo momento da parte gli « unprovided-for cases » per concentrarsi sui « true conflicts ». Ed è qui che l'evoluzione del suo pensiero appare più significativa. Nel primo stadio di esso, egli muove, anche se come semplice « ipotesi di lavoro », assunta inoltre con deliberato intento provocatorio, dall'ipotesi che fra questi vi sia lo Stato del foro e che questi sia preoccupato solo di massimizzare il proprio « interesse »¹⁰⁰⁵. Tale Stato sarà – ragiona Currie – condotto a garantire alla sua legge la sfera di applicazione più larga possibile, senza preoccuparsi delle ripercussioni derivanti sul piano internazionale da tale suo atteggiamento di tendenziale chiusura, o comunque di indifferenza, rispetto alle « policies » dei suoi omologhi. Se insomma sussiste un « interesse » del foro, tanto basta per applicarne la legge, ed ogni ricerca circa l'eventuale esistenza di un « conflicting interest » avanzato da un altro Stato è per ciò resa superflua. E ciò vale, si badi, sia per i casi *interstatali*, sia per i casi *internazionali*¹⁰⁰⁶: riguardo ai quali – spiega l'autore – l'applicazione del diritto straniero è certo giustificata se il collegamento della fattispecie con il relativo Stato è sufficiente a rendere legittimo un « interesse » di quest'ultimo all'applicazione della sua « policy », « purché però non si dia un simultaneo *interesse* (*conflicting interest*) dello Stato del foro »¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁴ *Selected Essays*, p. 152-156.

¹⁰⁰⁵ Altro passaggio decisivo (*Selected Essays*, p. 89-90, citato altresì da KAY, p. 60-61): « Assume for the moment a (...) quite selfish state, concerned only with promoting its own interests; a state, if you please, blind to consequences, and interested only in short-run "gains" (...). The question is not, for the moment, whether such an attitude would be shocking, or unwise, or unjust, or unconstitutional. The question is whether it would be rational: and the answer is that it would – in the sense that, in the short run, without considering how other states or higher authority might react, the state would in this matter be doing all it could to maximize its own interests ». Ma, s'affretta a precisare l'A.: « *It will be understood, I hope, that to recognize the rationality of such an attitude is not necessarily to commend it.* But a statement of what a state would do, acting solely in its own interests, may serve as a gauge to measure the extent to which states do not so act, and thus provide a basis for discussing the phenomenon of their failure to do so » (corsivo nostro).

¹⁰⁰⁶ Le prime meditazioni di Currie riguardano proprio un conflitto *internazionale* di leggi, fra quella dell'Arabia Saudita e quella dello Stato di New York (*On the Displacement of the Law of the Forum*, 1958, riprodotto in *Selected Essays*, p. 3 s.).

¹⁰⁰⁷ *Selected Essays*, p. 184. Va rilevato che, sin dall'inizio, la scelta di privilegiare l'« interest » del foro nel caso di *true conflict* non è stata superficiale, bensì ragionata e come sofferta: basti leggere le considerazioni a p. 117-119, nelle quali già il Currie « prima maniera » non nega che sarebbe in alcuni casi *ragionevole* per il foro mettere da parte la propria legge, perché manifestamente obsoleta (come la legge che sancisce l'incapacità della moglie), o al fine di rispettare le legittime aspettative di una parte (in particolare del creditore), o perché portatrice di una « policy » considerata più debole rispetto ad una « policy » considerata più forte (la libertà contrattuale). Quello che, suo malgrado, Currie nega è che questo accantonamento possa avvenire ad opera del *giudice* dello Stato del foro: « certainly it is not for the courts of one state to sacrifice local policy because they feel that it is relatively old-fashioned or misguided » (*op. cit.*, 117-118), mentre « the legislature might do so », cioè

Ma tale prospettiva sembra essere stata per Currie, come si è detto, un semplice punto di partenza. Anche grazie alle riserve espressegli da alcuni autori, che rilevavano il provincialismo e il lefeborismo delle sue conclusioni¹⁰⁰⁸, Currie successivamente affinò il proprio pensiero, muovendo ad una maggiore considerazione della natura *soprastatale* del problema¹⁰⁰⁹. Egli fu portato a riflettere su ciò che, se è vero che si tratta, non diversamente da tante fattispecie puramente interne, di una semplice questione d'*interpretazione* della legge del foro, è anche vero che, poiché la fattispecie presenta elementi di estraneità, vi è un importante dato ulteriore che entra in gioco: il coinvolgimento di più Stati, e la conseguente possibilità che essi perseguano ciascuno un obiettivo legislativo diverso e concorrente. Ciò fa sì che « una smodata e provinciale determinazione dell'estensione della legge del foro possa condurre a seri conflitti con le *policies* e gli interessi di uno Stato estero ». Ebbene la conseguenza che ne deriverebbe, cioè appunto una *moltiplicazione dei conflitti* sul piano internazionale, è deprecabile.

Di qui un aggiustamento, di grande momento, rispetto alle provvisorie conclusioni precedenti, e di cui Currie stesso fu alquanto orgoglioso. Un fattore che è assai opportuno rientri nella valutazione da parte del giudice se o meno affermare l'esistenza di un « interest » del foro è l'accertata esistenza dell'« interest » di uno Stato estero. Sussistendo il quale, il giudice del foro dovrà procedere con una circospezione particolare, la legge del foro dovendo essere interpretata « *nello spirito di conciliare i nostri interessi con gli interessi stranieri, e di armonizzare l'estensione delle nostre leggi con quelle delle altre nazioni* »¹⁰¹⁰. Se dunque da un primo esame delle « *policies* » degli

« it might conceivably direct that its protective law should not apply to cases in which the local married woman is sued by a foreign creditor » (*op. cit.*, p. 118). Nessun giudice, non soltanto a livello statale ma neppure una « federal court » né la « Supreme Court », può, secondo l'A., valutare i meriti rispettivi dei « competing legitimate interests », al fine di determinare quale debba prevalere: si tratta di una « political function of a very high order » per la quale « courts lack the necessary resources » e dunque trattasi di « job for a competent legislative body » (*op. cit.*, p. 181-182). A proposito di casi *interstatali* – in opposizione ad *internazionali* –, è il Congresso che ha il relativo potere, desunto dalla *Full Faith and Credit Clause* della Costituzione federale (*op. cit.*, p. 125-127, p. 182, p. 600-601).

¹⁰⁰⁸ V. ad es. lo stesso CAVERS, *A Correspondence* (lettera del 17 dicembre 1957), spec. p. 484 s.

¹⁰⁰⁹ Vero e proprio « turning-point » fu il caso *Romero v. International Terminal Operating Co.*, 358 U.S. 356 (1959), analizzato in *The Silver Oar and All That: A Study of the Romero Case*, 27 *U. Chi. L. Rev.* 1 (1959). Si trattava di un'azione di risarcimento intentata da un cittadino spagnolo, Francisco Romero, per danni alla persona subiti mentre saliva a bordo della S.S. Guadalupe, nave spagnola, in un porto del New Jersey.

¹⁰¹⁰ *Selected Essays*, p. 368: « The problems of determining whether a given policy applies to a case having foreign aspects is essentially similar, but presents a consideration not presented by purely domestic case: another state may have a different policy and an interest in its application. *It is altogether fitting and proper that the existence of such a foreign interest should be a factor in the court's determination of whether a conflicting American interest exists. Such conflicts ought not to be created lightly and unnecessarily*, and I take it that this is what Mr. Justice Jackson [*Lauritzen v. Larsen*, 345 U.S. 571 (1953)] meant when he spoke of '*reconciling our own with foreign interests*

Stati coinvolti risulta un « true conflict », può darsi che una « riconsiderazione » (*reconsideration*) della sfera di applicazione della legge del foro condotta *in modo più moderato e rispettoso* dell'esistenza di altri Stati e delle loro diverse « policies » riveli che il conflitto è in realtà soltanto « apparente », poiché il solo Stato estero ha un « interest » *reale* all'applicazione della propria legge¹⁰¹¹.

Ma è possibile che, nonostante tale riesame, il conflitto permanga. Sono, queste, le situazioni di « conflitti irriducibili » (« true and intractable conflicts »). Come comportarsi? Currie, come noto, ha proposto in questi casi l'applicazione della *lex fori*, ciò che gli ha valso diverse critiche. Ma – è bene precisare – si tratta di una soluzione che non lo ha soddisfatto del tutto, che gli si è affacciata in mancanza di alternative migliori¹⁰¹². Vero è in effetti – spiega il nostro – che il tribunale di uno Stato non è abilitato a valutare i rispettivi meriti delle « policies » degli Stati coinvolti. Si tratta di una decisione eminentemente *politica* che, in uno Stato democratico, spetta al legislatore e non al giudice. Ora, se il giudice del foro dà in questi casi efficacia alla sua legge, ciò non significa da parte sua formulare un giudizio di *superiorità* della sua legge rispetto a quella straniera, semplicemente adempiere il proprio dovere di rispettare la legge dello Stato di cui è organo nei casi in cui questa intende effettivamente esserlo. L'accordare preferenza alla legge straniera implicherebbe per converso, da parte del giudice del foro, un considerare, a parità di interesse, migliore e più meritevole di promozione la legge straniera rispetto alla sua propria, che pure è suo primo ufficio applicare, il che è costituzionalmente inammissibile¹⁰¹³. L'applicazione della legge del foro ai « true conflicts » sembra dunque essere per Currie una sorta di « pis-aller », in attesa che il legislatore si decida a mettere a punto una soluzione diversa e materialmente più soddisfacente.

Caso distinto, ma in definitiva simile per i problemi che solleva e per la soluzione che richiede, è il « true conflict » fra più leggi straniere che si presenta innanzi al foro quale terzo stato disinteressato (*third disinterested state*).

and accommodating the reach of our laws to those of other maritime nations' » (corsivo nostro). Ed ancora: « [t]he Court must reckon with the fact that an immoderate and provincial determination may lead to serious conflict with the policies and interests of the foreign state » (*Selected Essays*, p. 370).

¹⁰¹¹ *Selected Essays*, p. 757: « The mere fact that a suggested broad conception of a local interest will create a conflict with that of a foreign state is a sound reason why the conception should be re-examined, with a view to a more moderate and restrained interpretation both of the policy and of the circumstances in which it must be applied to effectuate the forum's legitimate purpose ».

¹⁰¹² « The result unhappily for the quest for uniformity will depend on the forum » (*Selected Essays*, p. 120); ed ancora « That is not a satisfactory result, but, the ideal being unattainable, it is the one that makes the best sense; it is better than chasing rainbows » (*ibidem*); cfr. KAY, p. 66.

¹⁰¹³ *Selected Essays*, p. 181-182.

Anche qui, sembrerebbe¹⁰¹⁴, il giudice del foro, di fronte a tale « true conflict », deve innanzitutto verificare, mediante interpretazione, se, alla luce della « policy » perseguita dall'una e dall'altra legge e del collegamento del rapporto con il relativo Stato da cui deriva l'« interest », non si possa desumere la rinuncia di uno dei due Stati all'attuazione del proprio « interest » a favore dell'altro, cioè l'esistenza di un conflitto apparente. Se invece il conflitto dovesse rivelarsi, oltre che vero, anche irriducibile, allora il problema diviene, per Currie, assai complesso. Ciò perché, anche qui, il giudice è mal situato per soppesare da sé i concorrenti interessi degli Stati coinvolti, per valutarne i meriti rispettivi, e scegliere quale di essi sacrificare. Currie consiglia quindi ai tribunali del « third disinterested state », ove possibile senza incorrere in ingiustizie, di spogliarsi della questione usando del « forum non conveniens »¹⁰¹⁵. In mancanza, due sono le opzioni: vuoi cercare di decidere come avrebbe fatto il Congresso, improvvisandosi « guardiano degli interessi nazionali » (è la c.d. « unfettered choice »); vuoi – e si tratta della soluzione da lui preferita – applicare la legge del foro – impiegata come *standard* di scelta (*standard of choice*) – purché però, si badi, essa *coincida* nel suo contenuto con quella di almeno uno dei Stati coinvolti: altrimenti, ricorrervi non solo non è giustificato, ma è incostituzionale¹⁰¹⁶. Sicché è forse più corretto dire che, in questi casi, Currie suggerisce d'applicare la legge straniera che ha il medesimo contenuto rispetto a quella del foro.

Quanto infine al « conflitto negativo »¹⁰¹⁷ (*unprovided-for case*), Currie, a seguito di una laboriosa riflessione – anche qui non del tutto compiuta –, ritiene che la soluzione più ragionevole consista nel ripiegare sulla legge del foro, per ragioni di economia processuale ed anche perché l'applicazione di una legge non del foro è in definitiva opportuna soltanto quando ciò valga a promuovere una qualche « policy » straniera, il che non si dà per ipotesi nel caso di specie¹⁰¹⁸.

¹⁰¹⁴ Cfr. KAY, p. 74.

¹⁰¹⁵ « (...) if that is consistent with justice »: *Selected Essays*, p. 767.

¹⁰¹⁶ *Selected Essays*, p. 789-780.

¹⁰¹⁷ Currie vi s'imbatté analizzando il caso *Grant v. McAuliffe* (*Selected Essays*, p. 152 s.). Alterando un poco i dati della fattispecie, si prenda – invita l'A. – il caso di un soggetto, domiciliato in Arizona e qui rimasto vittima di un incidente, che agisce in risarcimento in California nei confronti del danneggiante qui domiciliato. Uno *statute* della California permette l'azione nei confronti dell'amministratore della successione del danneggiato nel caso di decesso di quest'ultimo, mentre l'Arizona, seguendo la « common law », non consente tale azione, ritenendo che il diritto al risarcimento venga meno con il decesso del danneggiante (cfr. *supra*, nota 1000). Le « policies » che ispirano queste due soluzioni legislative essendo diverse, nessuno dei due Stati ha, nel caso di specie, interesse all'applicazione della sua legge, e ciò perché essa ridonderebbe a vantaggio di un residente dell'altro Stato a scapito di un proprio residente.

¹⁰¹⁸ *Selected Essays*, p. 156. Ci permettiamo di riassumere le soluzioni proposte da Currie, riproducendo lo schema da lui stesso messo a punto poco prima della sua scomparsa (KAY, p. 76-77). 1. Richiesto di applicare una legge straniera diversa dalla legge del foro, il giudice deve, usando dell'ordinario procedimento di interpretazione normativa, esaminare le « policies » sottostanti alle rispettive leggi e chiedersi rispetto a quali fattispecie internazionali è ragionevole che i rispettivi Stati intendano rea-

Sezione III

L'unilateralismo di Currie e le prime proposte di soluzione dei conflitti positivi

SOMMARIO: – 149. La verifica dell'*unilateralismo* della teoria di Currie. La sua scoperta delle « Rules of Scope ». – 150. La verifica dell'esistenza di un *true conflict*. Il coordinamento della sfera d'applicazione materiale delle norme degli Stati in conflitto. – 151. La revisione (« reconsideration ») dell'applicazione della norma del foro alla luce di *relations* e *policies*. – 152. Le due fasi del *choice of law process*.

149. E' innanzitutto utile dissipare ogni dubbio circa l'appartenenza del metodo propugnato da Currie all'unilateralismo, del resto precocemente rilevata in Europa¹⁰¹⁹. Per farla risaltare, è bene sciogliere alcune pericolose ambiguità linguistiche, disfacendosi della terminologia preferita da Currie, che, pur essendo ancora in uso oltre-oceano¹⁰²⁰, sta generando anche lì una crescente insoddisfazione, per i deprecabili malintesi che può suscitare¹⁰²¹: sicché è miglior partito convertirla nel « gergo » in uso sul Continente.

lizzare ciascuno la propria « policy ». 2. Se accerta che un solo Stato ha interesse a realizzare la sua « policy » riguardo alla fattispecie in questione, il giudice darà efficacia alla legge del solo Stato interessato. 3. Se risulta che entrambi gli Stati hanno interesse a realizzare la propria « policy », il giudice dovrà « riconsiderare » la sua analisi: è possibile che un'interpretazione più « moderata » e restrittiva vuoi della « policy » vuoi dell'« interest » dell'uno o dell'altro Stato conduca a scongiurare il conflitto, rivelandone il carattere « apparente ». 4. Se, a seguito di – e nonostante – questo riesame, accerta che il conflitto fra gli interessi legittimi dei due Stati è irriducibile, il giudice è tenuto ad applicare la legge del foro (a meno che non sussista l'ipotesi contemplata nel successivo punto 6, nel quale caso procederà come ivi suggerito). 5. Se il « foro è disinteressato », ma un conflitto sussiste fra gli interessi di due altri Stati e il giudice non può con giustizia rinunciare a decidere la controversia, avrà la facoltà vuoi di applicare la legge del foro, quanto meno se quest'ultima corrisponde a quella di uno dei due Stati interessati, vuoi provare a risolvere il caso come lo avrebbe risolto un organo legislativo sovrastatale investito del potere di decidere quale « interest » deve cedere. 6. Il conflitto di leggi fra i due Stati condurrà dunque ad una diversa soluzione a seconda del giudice adito. Se, rispetto ad un problema particolare, ciò appare contrastare con un prevalente interesse nazionale all'uniformità delle soluzioni – e che si tratta dunque di *interstate conflict* – il giudice dovrà rimettere al Congresso la determinazione di quale interesse debba cedere, il quale Congresso sarà tenuto a decidere in nome della « full faith and credit clause ».

¹⁰¹⁹ KEGEL, *Crisis*, p. 118 (v. *supra*, nota 941); HANOTIAU, *Droit international privé américain*, p. 101; cfr. AUDIT, *D.i.p.*, p. 94-95, secondo cui « la doctrine américaine des intérêts gouvernementaux (...) constitue un avatar de l'unilatéralisme »; cfr. *Cours général*, p. 244 (« unilatéralisme américain »).

¹⁰²⁰ Per BRILMAYER, *The Role of Substantive and Choice of Law Policies*, p. 24, a proposito del termine « interest » (che pure è il più controverso della fraseologia di Currie), « [t]he fact that Currie introduced it to the choice of law vernacular would earn his place in the conflicts hall of fame even if he had never made another contribution ».

¹⁰²¹ V. SYMEONIDES, *The American Choice-of-Law Revolution*, p. 364; KRAMER, *Return of the Renvoi*, p. 1014; cfr. PICONE, *Cours général*, p. 72.

La « policy » di una norma giuridica, o più spesso di un insieme di norme giuridiche, non è altro che il « valore » o l'insieme dei « valori » perseguiti o protetti da tali norme¹⁰²², cioè, più semplicemente, la loro *ratio*, la particolare visione dei rapporti interindividuali che il legislatore ha ritenuto di dover far propria e di depositare in esse¹⁰²³. L'« interest », termine utilizzato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti già prima di Currie¹⁰²⁴ e di nuovo parecchi anni dopo¹⁰²⁵, di cui si è detto che comunica talvolta la falsa impressione di un che di « aggressivo ed imperialistico »¹⁰²⁶, non è a ben guardare altro che la « volontà d'applicazione » di una norma¹⁰²⁷, o, più semplicemente, la sua « applicabilità »¹⁰²⁸ rispetto ad una fattispecie internazionale concreta. L'unilateralismo europeo riferisce tale « volontà d'applicazione » per lo più alla *legge*. Currie preferisce ascrivere questo attributo antropomorfo a chi elabora ed adotta la legge, cioè lo *Stato*, e ciò anche quando tale volontà viene desunta – ad opera delle autorità, specie giudiziarie, dello Stato, che sono per Currie degli « agents » di quest'ultimo, cioè degli organi abilitati ad agire in suo nome e ad interpretarne ed esternarne la volontà – dai valori che la legge persegue, e non già da una volontà manifestata direttamente ed astrattamente dallo Stato, per il tramite, anche qui, di un suo organo, quello legislativo¹⁰²⁹.

¹⁰²² Cfr. REESE, *Legislative jurisdiction*, 78 *Colum. L. Rev.* 1587 (1978), p. 1594, che parla di « values »; « purpose and function » sono i termini spesso preferiti da SYMEONIDES, *The American Choice-of-Law Revolution*, p. 389.

¹⁰²³ Per riprendere uno degli esempi studiati da Currie, la norma che stabilisce l'incapacità di un soggetto persegue il « valore », o ha come finalità o *ratio*, di proteggere tale soggetto contro atti che questi abbia eventualmente a compiere contro i suoi interessi, specie patrimoniali. La quale norma fa dunque tendenzialmente prevalere tale « valore » rispetto a quell'altro « valore » della libertà contrattuale ed anche rispetto a quell'altro « valore » ancora, pur strettamente connesso, della sicurezza del traffico giuridico, che si confonde spesso con la tutela dell'affidamento del contraente capace.

¹⁰²⁴ V. le opinioni di Justice STONE in *Pacific Employers Ins. Co. v. Industrial Accident Comm'n*, 306 U.S. 493 (1939), *Alaska Packers Association v. Industrial Accident Commission*, 294 U.S. 532 (1935).

¹⁰²⁵ Nel dibattutissimo *Allstate Insurance Co. v. Hague*, 449 U.S. 302 (1981), nel quale la Corte ha fissato il « constitutional test », secondo cui « significant contacts » con uno Stato sono necessari per creare uno « State interest » (p. 312-313): v. fra i tanti, KOGAN, *Toward a Jurisprudence of Choice of Law: the Priority of Fairness over Comity*, p. 654.

¹⁰²⁶ SYMEONIDES, *The American Choice-of-Law Revolution*, p. 363-364.

¹⁰²⁷ V. JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, p. 138: « [i]f the spatial reach of a rule of decision depends on some "interest" (or "volonté d'application") ».

¹⁰²⁸ KRAMER, *Return of Renvoi*, p. 1014, preferirà parlare di « applicability »: v. *infra*, para. 158 s.

¹⁰²⁹ SYMEONIDES, *The American Choice-of-Law Revolution*, p. 369.

La volontà d'applicazione della norma posta da uno Stato si fonda, per Currie, sui valori che la norma persegue, da un lato, e, dall'altro, sulla « relation » che lo Stato intrattiene con le parti e l'oggetto del rapporto da regolare (*parties* e *subject-matter*). La quale « relation » è in sostanza il « contatto », il « collegamento » – o l'insieme dei contatti o collegamenti: spesso Currie usa la « grouping of contacts technique », cioè la tecnica del « cumulo dei criteri di collegamenti »¹⁰³⁰ – che la fattispecie presenta con lo Stato da cui la norma emana¹⁰³¹. Currie parla di rado di *connecting factors* ma vi fa egualmente ricorso. Questi criteri sono però, ecco il punto decisivo, per lui dei semplici fattori di delimitazione della sfera d'applicazione internazionale della norma (*international reach*¹⁰³² o *international scope*)¹⁰³³. I primissimi contraddittori di Currie lo rilevano del

¹⁰³⁰ KEGEL, *Crisis*, p. 101.

¹⁰³¹ Ad esempio: nell'esaminare l'ambito di applicabilità di una norma tesa a proteggere un soggetto ritenuto incapace, il collegamento rilevante che fonda tale applicabilità non può che essere, da un lato, un collegamento di tipo *personale* – *residence* o *domicile* – e non, ad esempio, un collegamento riferito al contratto o all'oggetto di esso – come potrebbe essere il luogo di *conclusione* o di *esecuzione* –, dall'altro, un collegamento riferito alla persona dell'*incapace*, e non già dell'altro contraente. Se una particolare fattispecie presenta tale collegamento rilevante con lo Stato da cui la norma emana, allora, alla luce della *ratio* della norma stessa, questa è *applicabile* a tale fattispecie: lo Stato vanta un « interest », cioè può volere applicarla.

¹⁰³² Cfr. *Selected Essays*, p. 368.

¹⁰³³ Si prendano due dei casi esaminati da Currie. A proposito di *Milliken v. Pratt*, 125 Mass. 374, 28 Am. Rep. 241 (1878), Currie ritiene che la legge del Massachusetts, la cui *ratio* è di proteggere la donna maritata ritenuta incapace, è applicabile se essa è domiciliata o residente nello Stato del Massachusetts: cioè, detto altrimenti, Currie propone di utilizzare come *collegamento*, anche se in chiave appunto soltanto *unilaterale*, cioè per determinare la sola sfera d'applicazione della norma in questione, il *domicilio* (o la *residenza*: sul punto Currie è effettivamente ondivago) di una delle parti, non una *qualsiasi* delle due, ma della parte che la norma ritiene più debole e meritevole di protezione; la *Supreme Judicial Court* del Massachusetts applicò invece la legge del Maine, dando efficacia, sembrerebbe, alla norma bilaterale che utilizza il criterio, bilaterale appunto, del luogo di conclusione del contratto. Nel caso *Grant v. McAuliffe*, 41 Ca. 2d 859, 264 P.2d 944, 42 A.L.R. 2d 1162 (1953), si discuteva dell'estinzione (*abatement*), per effetto della morte del presunto debitore, prevista dalla legge dell'Arizona, Stato di accadimento dell'illecito, o della permanenza nonostante tale morte, prevista dalla legge della California (la quale aveva eliminato il « plea of abatement » nel 1949), del diritto al risarcimento di un passeggero, domiciliato in California, nei confronti del conduttore, domiciliato esso pure in California, deceduto a seguito di un incidente. La sfera di applicazione della norma della California, opina Currie, deve, avuto riguardo alla *ratio*, determinarsi in funzione del domicilio comune delle parti (nonché del luogo di amministrazione della successione). Insomma, un primo collegamento con la California (domicilio del presunto debitore), unitamente ad un secondo collegamento con la California (domicilio del presunto creditore: si tratta dunque bensì di un « grouping of contacts » – KEGEL, *Crisis*, p. 101 – ma *unilaterali*), fondano e giustificano (quanto meno nel loro insieme) l'applicabilità della norma californiana che prevede la sopravvivenza del diritto in questione, e ciò avuto riguardo alla *ratio* della norma stessa, secondo cui il diritto al risarcimento derivante dall'illecito è comunque un diritto al ripristino dell'integrità patrimoniale del creditore (di quale creditore? Non di tutti i creditori del mondo, ma, innanzitutto, dei creditori domiciliati nello Stato che ha posto la norma) e non v'è pertanto ragione bastante perché esso cessi, in tale caso, alla morte del debitore (lui pure, come si è detto, domiciliato in California). La

resto con chiarezza, concludendo che egli « non preconizza altro che un sistema di norme di conflitto unilaterali »¹⁰³⁴. I successori di Currie, pur non condividendo alcuni aspetti delle sue analisi, daranno risalto a ciò che egli ha utilizzato ed anzi scoperto quelle che taluno chiamerà le « Rules of Scope »¹⁰³⁵, termine che ha già conosciuto un certo seguito nella dottrina americana¹⁰³⁶, e di cui ci permettiamo di fare uso anche noi: le quali non sono altro che le norme che delimitano la sfera d'efficacia delle norme interne¹⁰³⁷, cioè, potremmo tradurre, le « norme di delimitazione », insomma le norme unilaterali.

Si è detto che il giudice deve ricavare la volontà d'applicazione delle norme dalla loro *ratio*. Ma ciò non impedisce che abbia a farlo il legislatore¹⁰³⁸. Currie anzi auspica a più riprese che sia questi a pronunciarsi¹⁰³⁹. Se è il legislatore stesso che interviene, a mezzo di una « Rule of Scope » – il che potrà fare e farà naturalmente avendo riguardo non già a principi metafisici od alla natura della cosa, ma alla *ratio* soggiacente alle norme da delimitare –, allora il giudice dovrà in principio attenersi. Insomma, se la fattispecie rientra in tale sfera d'applicazione così come fissata appunto dalla « Rule of Scope », la norma sarà *applicabile* alla fattispecie¹⁰⁴⁰.

Supreme Court della California (con una maggioranza di quattro a tre) effettivamente applicò la legge della California, anche se a ciò pervenne qualificando la questione come attinente alla procedura (fu Justice Traynor che redasse la decisione: 41 Cal. 2d, p. 867, 264 P. 2d p. 949, 42 A.L.R. 2d p. 1168). Simile, come noto, fu l'esito di *Babcock vs Jackson*, 12 N.Y.2d 473, 191 N.E.2d 279, 240 N.Y.S.2d 743 (1963), in cui si controverteva del diritto al risarcimento, a seguito di un incidente avvenuto in Ontario durante un trasporto di cortesia, di un danneggiato domiciliato nello Stato di New York verso un danneggiante lui pure domiciliato nello Stato di New York. La legge dello Stato di New York « intende » applicarsi a tale fattispecie, perché, sulla base della sua *ratio*, che è quella di proteggere l'integrità dei danneggiati anche se trasportati a titolo di cortesia, ricomprende nella sua vocazione applicativa quanto meno le fattispecie in cui il domicilio del danneggiato si trovi appunto in tale Stato e il domicilio del danneggiante pure. Justice Fuld propose in effetti per la legge dello Stato di New York in quanto Stato « which (...) has the greatest concern with the specific issue raised in the litigation » (12 N.Y.2d p. 481, 191 N.E. 2d p. 2833, 240 N.Y.S. 2d p. 749).

¹⁰³⁴ KEGEL, *Crisis*, p. 163.

¹⁰³⁵ DANE, *Vested Rights*, « *Vestedness* », and *Choice of Law*, p. 1204, il quale definisce le « Rules of Scope » come norme che « justify the limits on the range of situations to which those rules [le norme sostanziali] sensibly should be applied ». Questo è, secondo Dane, il « basic claim » di Currie. L'A. prosegue poi riconoscendo che « the claim that Rules of Scope might exist (...) is surely right ». Infine, poiché « the old choice of law tradition made little effort to identify Rules of Scope (...) Currie deserves credit for articulating issues that should have been obvious all along » (p. 1205).

¹⁰³⁶ V. per es. ROOSEVELT III, *The Myth of Choice of Law*, p. 2467, cfr. FRUEHWALD, *Choice of Law for American Courts*, p. 119, nota 1.

¹⁰³⁷ SYMEONIDES, *The American Choice-of-Law Revolution*, p. 389.

¹⁰³⁸ Cfr. KEGEL, *Crisis*, p. 163 (« unilateral conflicts rule, legislative or judicial, through construction and interpretation »).

¹⁰³⁹ *Selected Essays*, p. 171-172.

¹⁰⁴⁰ Nella visione di Currie è dunque soltanto il prevalere della vecchia metodologia che ha impedito al legislatore di porsi *ex professo*, libero da presunte costrizioni meta-giuridiche (il che non significa, come diremo tra un istante, che tale libertà sia senza limiti), ed avuto riguardo alla sola *ratio* delle

L'unilateralismo del sistema di Currie, che ci siamo permessi di formulare alla maniera continentale, pare manifesto. Ciascuno Stato si dota di proprie norme materiali, che possono essere diverse da quelle degli altri Stati, perché diversi sono o possono essere i valori da essi protetti o, se si preferisce, gli obiettivi di politica legislativa da essi perseguiti. Da questi valori dipende la sfera d'applicazione internazionale delle norme che tali valori incorporano. Il legislatore può fissare tale sfera applicativa da sé, e nel fissarla non potrà che utilizzare i contatti, cioè i fattori di collegamento, uno o più d'uno, alternativamente o cumulativamente, i quali, se realizzatisi nello Stato cui appartengono, fondano appunto l'*applicabilità* delle sue norme (e solo di queste: si tratta dunque di collegamenti *unilaterali*). Sono, queste, le « Rules of Scope » *legiferate*. In mancanza, il giudice deve improvvisarsi legislatore e ricavare tale sfera d'applicazione, cioè tali collegamenti, mediante interpretazione, muovendo dalla *ratio* delle norme materiali. E si daranno « Rules of Scope » *giurisprudenziali*.

Tutto ciò vale innanzitutto per la legge del foro. Per quanto riguarda la legge straniera, il giudice del foro, nel ricercare le « Rules of Scope », dovrà innanzitutto affidarsi a quelle poste da ciascun legislatore straniero, se ve ne sono; in caso contrario dovrà ricavarle dalla *ratio* delle norme straniera: poiché la *ratio* può essere diversa rispetto alle corrispondenti norme del foro, anche le « Rules of Scope » straniere possono essere diverse da quelle del foro, anche i criteri di collegamento unilaterali utilizzati da queste possono essere diversi da quelli utilizzati dal foro. E tale diversità il giudice del foro dovrà, nello stabilire l'applicabilità o meno delle norme straniere, rispettare. Per la verità, perché l'unilateralismo sia pieno, è necessario che i giudici del foro, in quest'ultimo caso, si limitino a prendere atto della sfera di applicazione delle norme straniere, quale essa risulta individuata e praticata dai giudici dei rispettivi Stati, senza pretendere ricavarla da sé, da un'analisi delle norme materiali straniere, anche se con criteri potenzialmente diversi rispetto a quelli impiegati per ricavare la sfera di applicazione delle corrispondenti norme del foro. In altre parole, il giudice del foro, nell'interrogarsi sul se una legge straniera sia o meno applicabile alla fattispecie di cui egli abbia a conoscere, deve eliminare il più possibile il proprio apporto, rigorosamente attenendosi a ciò che è « vigente » nel sistema straniero, e dunque rispettando, come le « Rules of Scope » poste dal legislatore straniero, così anche le ricostruzioni esegetiche dei suoi giudici, che le ritenga adeguate o meno. La posizione di Currie al riguardo pare oscillante¹⁰⁴¹. Talvolta

sue norme, il legittimo ed urgente problema della sfera d'applicazione di esse nel campo internazionale: quando egli avrà provveduto alle « Rules of Scope », semmai corrette dal giudice nei casi in cui esse risultino per una ragione o per l'altra poco adatte al caso di specie, il compito del giudice nell'affermare l'« applicabilità » o la « non-applicabilità » delle sue norme a ciascuna categoria di fattispecie internazionali risulterà facilitato.

¹⁰⁴¹ Uno degli attacchi vibrati dalla BRILMAYER all'« interest analysis » (*Conflict of Laws*, 2nd 1995, p. 99-119), consiste proprio nel rilevare che tali « interessi » sono, nella visione di Currie, ricavati « oggettivamente » anziché « soggettivamente », sicché essi finiscono per essere determinati da un « a priori theorizing »; per una difesa della natura « soggettiva » di tali interessi già in Currie, v.

si ha l'impressione che egli suggerisca ai giudici d'impiegare, nella ricostruzione delle « Rules of Scope », uno « standard » *oggettivo*¹⁰⁴², svincolato dalle (già praticate, cioè già applicate) preferenze *soggettive* dei giudici stranieri, cioè svincolato dalle « Rules of Scope » vigenti negli Stati esteri, seppure d'origine giurisprudenziale. Il che avrebbe per risultato d'imporre la sfera di applicazione ricavata per le norme del *foro* – sulla base di un'analisi presuntamente oggettiva – a norme straniere cui è sottesa la medesima *ratio*. Ciò significherebbe, nella misura (ma solo nella misura) in cui la norma straniera ha la medesima *ratio* di quella del foro, ricadere nella *bilateralità*.

Gli epigoni di Currie, come vedremo, chiariranno che il giudice del foro è tenuto a riconoscere l'applicabilità di quelle *sole* norme, ma di *tutte* quelle norme, che negli Stati che le pongono, vigono appunto rispetto a quella fattispecie, questa vigenza derivando da una « Rule of Scope », non importa che sia d'origine legislativa o giurisprudenziale. Con ciò l'unilateralità del sistema, o meglio di questa « prima parte » del sistema, sarà definitivamente acclarata¹⁰⁴³.

150. Come tutti gli unilateralisti, anche Currie s'imbatte nella prova del fuoco impostagli dal suo credo, ciò che ne conferma la cifra: i « true conflicts » non sono altro che i « conflitti positivi » che insorgono quando due leggi vogliono entrambe applicarsi, e gli « unprovided-for cases » non sono altro, si è già detto, che i « conflitti negativi », cioè quelli che si danno quando, poiché nessuna legge è dichiarata applicabile dallo Stato da cui emana, pare determinarsi un vuoto giuridico, una lacuna¹⁰⁴⁴. I « conflitti veri » costituiscono per Currie il « problema » del d.i.p., problema altamente delicato e complesso, che non si può trattare superficialmente e corrivamente¹⁰⁴⁵. La questione è di « accertare qual è la norma d'applicare quando gli interessi di due o più Stati sono in conflitto, in altre parole di determinare quale interesse deve cedere » (*should yield*)¹⁰⁴⁶; cioè insomma di accertare qual è la norma da applicare effettivamente quando due o più norme sono dichiarate applicabili dai rispettivi Stati, cioè di determinare quale norma, pur *applicabile*, deve nondimeno cedere all'altra ed essere, potremmo dire, *disapplicata*.

invece ROOSEVELT III, *The Myth of Choice of Law*, p. 2481: « I have suggested that [governmental interests] are subjective, and Currie, to the extent that he addressed the issue, said so explicitly » (sul punto l'A. cita p. 592 dei *Selected Essays*). KRAMER, *Return of Renvoi*, p. 1015 s. (*infra*, para. 159) e FRUEHWALD, *Choice of Law for American Courts*, p. 105, preciseranno che l'« applicability » di una norma straniera viene determinata esclusivamente sulla base delle indicazioni *soggettive* provenienti dall'ordinamento straniero, e supereranno dunque l'obiezione.

¹⁰⁴² FRUEHWALD, *Choice of Law for American Courts*, p. 105; v. anche PICONE, *Cours général*, p. 78.

¹⁰⁴³ Cfr. SYMEONIDES, *The American Choice-of-Law Revolution*, p. 389.

¹⁰⁴⁴ JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, p. 138: « The problems interest analysts have come to call "true conflicts" and "unprovided-for cases" are hardly novel ».

¹⁰⁴⁵ *Selected Essays*, p. 173-176; v. anche *The Disinterested Third State, Law & Cont. Problems* 754 (1963), p. 754 (« most complex problems that legal controversy has to offer »); cfr. REYNOLDS, *Legal Process and Choice of Law*, 56 *Md. L. Rev.* 1371 (1997).

¹⁰⁴⁶ *Selected Essays*, p. 178; cfr. p. 176.

Nell'affrontare tali conflitti, Currie non è stato sempre limpido, complice la sua prematura scomparsa. Egli tradisce un po' d'incertezza nel distinguere ciò che è desiderabile *de iure condendo* da ciò che è prescritto ai giudici dallo *ius conditum*. L'autore dispensa consigli ora al legislatore ora ai giudici. E si tratta di consigli necessariamente diversi, perché la libertà di cui godono i primi non è, a suo dire, nel silenzio di questi, concessa ai secondi. La fondatezza di tale assunto sarà invero revocata in dubbio dai suoi successori, i quali inclineranno piuttosto a riconoscere, qui come altrove, una più larga latitudine d'apprezzamento ai giudicanti. Le soluzioni avanzate da Currie sono comunque interessanti e contengono già più che un abbozzo di quelle che formuleranno gli unilateralisti successivi. Per ripercorrerle, faremo uso della terminologia sopra illustrata e ci richiameremo all'ultimo stadio del suo pensiero.

Se, sulla base delle « Rules of Scope » delle leggi in gioco – poco importa che tali regole siano legiferate o ricavate per interpretazione –, risulta che una sola legge è *applicabile*, questa legge sarà senz'altro *applicata* alla fattispecie da ogni giudice che possa essere chiamato a conoscerne. Dal punto di vista del foro, dunque, non basta – sembrerebbe: non basta *mai* – accertare l'applicabilità delle norme del foro (cioè l'« interest » del foro) per concludere in favore della necessità di metterle *effettivamente* in opera, cioè di pretendere attuare effettivamente tale « interest »¹⁰⁴⁷. *Occorre infatti verificare nello stesso tempo che tale applicabilità non concorra con l'applicabilità di norme straniere*. Se tale concorso non si dà, allora la sola legge (dichiarata) *applicabile*, che sia del foro o di un altro Stato, sarà anche *applicata*. Se l'applicabilità della norma di uno Stato s'accompagna all'applicabilità della norma di un altro Stato, allora vi è un « conflitto », e bisogna muovere alla seconda parte dell'analisi¹⁰⁴⁸. Prima di esaminare la quale è opportuno però soffermarsi su un passaggio importante che si legge nel « secondo » Currie.

Si è detto che la determinazione, da parte di uno Stato o dei giudici suoi « agenti », della sfera d'applicazione delle norme del foro, s'opera muovendo dalla loro *ratio*. Le « Rules of Scope » sono dunque determinate da quest'ultima. Currie si lascia però sfuggire un'osservazione che, apparentemente poco conciliabile con questo punto di partenza, è nondimeno – e forse per ciò stesso – di grande interesse. Già, sembrerebbe, in questa prima fase, cioè nella fase della ricerca e fissazione, da parte del legislatore o del giudice, dell'applicabilità di una norma del foro ad una fattispecie internazionale, « un fattore di cui è alquanto opportuno tenere conto » è « l'esistenza o meno di una norma dichiarata applicabile da uno Stato estero ». Perché? Perché, dice in sostanza Currie, l'esercizio di determinazione della sfera della nostra legge ad una fattispecie internazionale deve,

¹⁰⁴⁷ Cfr. AUDIT, *Cours général*, p. 249: « Le fait qu'un autre Etat soit impliqué, qui a lui-même une politique et des intérêts, devient ainsi un facteur d'appréciation de l'intérêt du for ».

¹⁰⁴⁸ Di « second half of the process » parla, fra gli altri, SYMEONIDES, *The American Choice-of-Law Revolution*, p. 389.

almeno in qualche misura, tendere ad « *accomodare la sfera d'applicazione delle nostre leggi con quelle di altri Stati* »¹⁰⁴⁹. L'incoerenza consiste in ciò che Currie ha cominciato con il dire che la ragion d'essere delle « Rules of Scope » è di garantire l'attuazione della « policy » interna propria dello Stato che ha dettato le norme in questione, e solo di queste. Perché allora preoccuparsi di quello che fanno gli altri Stati? Currie non dà una spiegazione. La daranno i suoi successori, ed in un modo che dimostra che l'incoerenza è in realtà solo apparente.

Ma si concluda intanto che, per il secondo Currie, sia egli riuscito o meno ad esprimere ciò nettezza, due sono i fattori che informano le « Rules of Scope », e che influiscono, devono influire, sulla loro elaborazione, sia essa legislativa o giurisprudenziale: da un lato, certo, la *ratio* delle norme interne di cui devono appunto fissare la sfera d'efficacia, dall'altro, la volontà di « accomodare » – cioè di modulare adeguandola, cioè insomma di *coordinare* – tale loro sfera d'efficacia con quella fissata dagli Stati esteri alle corrispondenti norme da essi poste. Si tratta di volontà, di obiettivi, di « interests », che possono – ben s'intende – essere in contrasto l'uno con l'altro, che cioè possono tirare il legislatore o il giudice, intenti a dar forma a queste « Rules of Scope », l'uno in qui, l'altro in là. Ma tra i quali dovrà nondimeno trovarsi un equilibrio. Insomma: il foro non può, trattandosi di fissare l'applicabilità delle sue norme oggetto della prima fase, diciamo così, esagerare, perché recherebbe pregiudizio alla riuscita della seconda fase, che aspira all'« accomodamento ».

151. Occupiamoci allora di questa seconda fase, che è quella in cui il giudice si trova alle prese con un « conflitto vero ». Il quale si presenta a Currie come un conflitto di « interests », cioè come un conflitto di norme, poste da due Stati diversi e portatrici ciascuna di « valori » particolari, norme che i rispettivi Stati, dichiarandole entrambe *applicabili*, vogliono ciascuno imporre al rapporto da regolare, e delle quali quindi necessariamente una « should yield to the other ». Il giudice – ecco il cuore della seconda fase – deve, per Currie, procedere ad una « riconsiderazione », ad una « revisione » dell'applicabilità delle due norme (*should reconsider*). I commentatori rilevano che le modalità di questa « revisione » sono rimaste oscure¹⁰⁵⁰. Sembra tuttavia che la lettura di alcuni passaggi-chiave possa offrire qualche spunto. L'obiettivo è accertare se non sia possibile *ridurre* il *reach* di una delle due leggi, quale fissato dalla relativa « Rule of Scope », in modo tale che la fattispecie in questione vi fuoriesca e rimanga

¹⁰⁴⁹ *Selected Essays*, p. 368; cfr. KAY, p. 70.

¹⁰⁵⁰ Cfr. SYMEONIDES, *The American Choice-of-Law Revolution*, p. 89: « The second half of the process, in which Currie's insights were much less inspiring, is to actually and rationally accomodate laws with overlapping spatial reach »; di diverso avviso HILL, *For A Third Conflicts Restatement – But Stop Trying to Reinvent the Wheel*, 75 *Ind. L. J.* 535 (2000), il quale riconosce che Currie, con questa « reconsideration », ha già avanzato una soluzione dei « true conflicts »: « this of course was accomodation by another name: and those who are now prescribing rules to resolve real conflicts are usually working for accomodation, whether or not they use that term ».

inclusa nel *reach* di quell'altra sola. Di più: Currie indica al giudice quali sono i due fattori che è opportuno vengano « riconsiderati ». Sono quegli stessi dai quali, nella prima fase, si è derivata l'« applicabilità » di ciascuna delle due norme in conflitto: cioè, da un lato, le « policies » o *rationes*, di queste, e, dall'altro, i collegamenti (*relations*) della fattispecie con i rispettivi Stati, cioè, potremmo dire, la « prossimità » di tale fattispecie – soggetti ed oggetto del rapporto – con l'uno e con l'altro Stato¹⁰⁵¹. Torni insomma il legislatore od il giudice – invita in sostanza Currie – a ragionare sulle « policies » materiali *soggettivamente* perseguite dagli Stati, da un lato, e la prossimità che la fattispecie *oggettivamente* intrattiene con ciascuno di questi, dall'altro. Ed invero può darsi che, delle due « policies », l'una possa in qualche modo ragionevolmente (*rationally*) prevalere, nel senso che una delle leggi può, avuto riguardo all'altra ed alla *ratio* che la anima, essere ragionevolmente disposta a farsi da parte in favore di quest'ultima¹⁰⁵². E' questa un'analisi *qualitativa*. Può darsi inoltre che fra il collegamento complessivo (l'insieme dei *contacts*) che la fattispecie presenta con uno Stato, ed il collegamento complessivo che la fattispecie presenta con l'altro Stato, entrambi *soggettivamente* (cioè secondo una visione *propria* di ciascuno Stato) ritenuti *forti*, uno sia in qualche modo *oggettivamente* più forte, e l'altro correlativamente men forte, e che dunque quest'ultimo possa ragionevolmente inclinarsi di fronte al primo. E' questa un'analisi *quantitativa*, la qualità dei collegamenti o contatti essendo funzionale a tale *quantità*.

Si riprenda il caso che ha ritenuto l'attenzione del primo Currie. E' « ragionevole » – opinava già allora l'autore¹⁰⁵³ – che lo Stato che ritiene la donna maritata meritevole di protezione (consentendole di disfarsi di un negozio invocando la propria incapacità), e che intende pertanto assicurare tale protezione ogni qual volta che il rapporto coinvolga una sua residente, sia, riguardo ad una fattispecie cui pure in principio dichiara applicabile tale sua legge (cioè, appunto, in cui la stipulante è una sua residente), *disposto* a cedere (cioè a « ritirarne » l'applicabilità) a favore della legge di quello Stato che ritiene prevalente l'esigenza di sicurezza del commercio giuridico internazionale, e che pure intende garantire tale sicurezza – cioè applicare la sua legge, diciamo, di libertà – a tutti i negozi in cui è coinvolto un suo residente. E ciò per l'una o l'altra o il cumulo delle seguenti considerazioni: 1) a motivo del carattere *particolare, nazionale, eccezionale* se non addirittura, *obsoleto*¹⁰⁵⁴, della « policy » sottesa alla propria legge (la protezione

¹⁰⁵¹ KAY, p. 76: « If the court finds an apparent conflict between the interests of two states, it should reconsider. A more moderate and restrained interpretation of the [1] *policy* or [2] *interest* of one state or the other may avoid conflict » (interpolazioni tra parentesi quadre e corsivo nostri).

¹⁰⁵² *Selected Essays*, p. 118.

¹⁰⁵³ *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁰⁵⁴ « *Statutum odiosum* », verrebbe quasi fatto di dire, nel linguaggio degli statuari: GUTZWILLER, *Développement historique*, p. 35, 38. JUENGER, *What's Wrong with Forum Shopping?*, p. 8, nota 32, qualifica in effetti d'*odiosa* i *quest statutes* che escludevano il risarcimento dei danni risultanti da un trasporto a titolo di cortesia, e che in effetti, nel caso di « true conflict » con la legge di Stati che non conoscevano tale limitazione, sono stati spesso messi da parte dalla giurisprudenza americana, cioè

della donna maritata) rispetto a quella perseguita dall'altro Stato in conflitto (la sicurezza delle contrattazioni), essendo quest'ultima in certa modo la regola (ed un « common interest »¹⁰⁵⁵ dei due Stati) ed ogni sua restrizione in certo modo l'eccezione¹⁰⁵⁶; ed essendo altresì poco giudizioso pretendere che il contraente capace residente in uno Stato estero conosca il contenuto di tale legge, e legittimo far piuttosto affidamento sulle sue *ragionevoli aspettative*, che si saranno orientate nel senso della *validità* del contratto; 2) a motivo di ciò che, accanto alla residenza del contraente nello Stato estero, vi è con quest'ultimo un *ulteriore* collegamento, il luogo di conclusione del contratto¹⁰⁵⁷, il quale, seppure in sé non sufficiente a fondare l'applicabilità delle norme del relativo Stato, è adatto quanto meno a *rafforzare* il collegamento che tale Stato già vanta con la fattispecie in grazia della residenza del creditore.

Se e nei casi in cui questa « reconsideration » non dovesse dare i suoi frutti, Currie non vede altra scelta, per i giudici del foro, se non quella di dare corso alla legge del foro. Ciò – s'affretta nondimeno a precisare – non perché la sua legge sia la *migliore*, ma perché il giudice del foro è tenuto a conformarsi ai comandi del legislatore. Il che non toglie che il legislatore del foro possa intervenire, se lo ritiene opportuno, per prescrivere una soluzione diversa, cioè per permettere ai giudici di svincolarsi dall'obbligo d'applicare la legge del foro pur dichiarata in principio applicabile nei casi in cui un'altra legge è dichiarata essa pure simultaneamente applicabile da un'altro Stato. D'altra parte, trattandosi di conflitti *interstate*, se vi è un pressante interesse nazionale all'uniformità, il giudice può chiedere al Congresso che decida quale delle due norme debba prevalere.

152. Giova concludere riepilogativamente che, per Currie, come già per Sohn, il « choice-of-law process » si svolge essenzialmente in *due* fasi: a) ogni Stato, per il tramite dei suoi organi, legislatore o giudici, determina la sfera d'applicazione spaziale delle sue norme, sul fondamento bensì delle « policies » da queste perseguite, ma con l'*ulteriore* proposito di conciliare tale sfera con quella delle corrispondenti norme poste dagli altri Stati; b) ogni Stato, nel caso di sovrapposizione delle sfere di efficacia delle leggi di più

insomma dichiarati applicabili soltanto a fattispecie interamente o prevalentemente interne (« for our own consumption »: v. passaggio citato *infra*, nota 1056).

¹⁰⁵⁵ *Selected Essays*, p. 119: o almeno questo c'è parso il senso del « common interest in security of transaction », di cui parla Currie, da lui opposto al « protective interest » perseguito da una delle due leggi in conflitto.

¹⁰⁵⁶ *Selected Essays*, p. 118: « Certainly our law expresses a policy for the protection of married women, and there is no doubt that the policy is to be enforced in the domestic situation. But how far is it to be carried? (...) Are we really so deeply concerned about our married women as to want the protective policy pushed that far? Perhaps it should be applied only where both parties are local resident ». L'A. commenta così: « This would be a rational position. It is recognition of the fact that local policy is relatively weak, and suitable only for home consumption ».

¹⁰⁵⁷ Currie (*Selected Essays*, p. 96), in effetti, considera tale luogo come il terzo « contatto » rilevante, accanto alla residenza dell'uno e dell'altro contraente.

Stati, fra cui eventualmente la propria, cioè nel caso di « conflitto vero », deve riesaminare l'applicabilità, confrontando in particolare, da un lato, le « policies » perseguite dalle leggi in conflitto e, dall'altro, i collegamenti che la fattispecie vanta con l'uno e con l'altro. E' possibile che una « policy » possa dirsi prevalente rispetto all'altra od ancora che l'applicazione di una delle leggi protegga, a differenza o meglio dell'altra, le legittime aspettative delle parti o di una di esse od ancora che lo Stato che l'ha posta abbia complessivamente un più forte collegamento con la fattispecie rispetto all'altro Stato. In che limiti il giudice possa, nel silenzio del legislatore, compiere tale revisione non è chiaro. Il legislatore può invece procedere con libertà, e sarebbe anzi opportuno intervenisse a precisare la sua volontà, sia nella prima che nella seconda fase.

Sezione IV

Le critiche rivolte a Currie e il dilemma fra interessi statali ed interessi individuali

SOMMARIO: – 153. Le tre critiche principali rivolte a Currie. – 154. La *ratio* di una norma giuridica statale. La non indifferenza dello Stato alla sua applicazione. – 155. Il significato di « interessi statali ». Scelta fra due interessi individuali incompatibili. – 156. Il lefeorismo di Currie. Il momento della « reconsideration ». L'incapacità di Currie di valorizzare i benefici dell'armonia delle soluzioni per gli individui. – 157. L'incapacità dei giudici di valutare la « policy » degli Stati. La non necessità della giurisprudenzialità dell'analisi degli interessi.

153. E' utile esaminare le critiche mosse più di frequente all'unilateralismo di Currie, specie in Europa. E ciò, da un lato, perché la più parte di esse sono state estese, da un autore di fama, ad *ogni* dottrina unilaterale¹⁰⁵⁸, e, dall'altro, al fine di misurare il progresso vissuto dall'idea unilaterale negli Stati Uniti in questi ultimi decenni, grazie agli affinnamenti che seppero apportarvi autori successivi. Semplificando, si è essenzialmente rimproverato a Currie 1) di non considerare la distinzione fra diritto pubblico e diritto privato, enfatizzando gli interessi statali a scapito degli interessi dei singoli, dei quali si occupa essenzialmente il d.i.p.; 2) di ritenere illusoriamente che i giudici siano in grado di valutare le « policies » sottese alle diverse leggi, e dunque i loro diversi « interessi » applicativi, il che non corrisponderebbe a verità, specie quando si tratta di saggiare « policies » ed « interests » di leggi straniere; 3) di dissimulare un consistente « homing trend », favorito sia da una determinazione larga dell'« interest » della legge del foro, sia dalla selezione di quest'ultima quale criterio di soluzione dei « true conflicts » e degli « unprovided-for cases »: ciò che, oltre che essere contrario al principio di eguaglianza

¹⁰⁵⁸ KEGEL, *Crisis*, p. 183-184 (v. nota seguente).

fra gli ordinamenti da cui muove il d.i.p., pure accrescerebbe il « forum shopping ». Vediamo più da vicino ciascuna di tali obiezioni.

154. Si è innanzitutto rilevato che Currie non ha posto sufficiente attenzione alla distinzione fra diritto pubblico e diritto privato; che gli « interessi statuali », sui quali egli impianta la sua teoria, sono propri del diritto pubblico, mentre nel diritto privato, di cui il d.i.p. sarebbe un comparto, sono gli « interessi interindividuali » ad emergere in primo piano; che dunque tutta la concezione di Currie vuoi è viziata da tale incomprensione, vuoi, comunque, si fonda su una concezione del ruolo dello Stato nei rapporti privatistici che, essendo diversa da quella in vigore sul Continente, non è perciò qui automaticamente trapiantabile¹⁰⁵⁹.

Tali osservazioni toccano aspetti delicatissimi e basilari circa gli obiettivi del d.i.p. Vero è che la discussione in merito al rapporto intercorrente fra interessi statuali e interessi interindividuali nel campo del d.i.p., nonostante i noti studi in argomento¹⁰⁶⁰, resta quanto mai aperta in Europa¹⁰⁶¹. Manca, a tutt'oggi, nella dottrina continentale, una visione

¹⁰⁵⁹ Specialmente KEGEL, *Crisis*, p. 180 s., secondo cui il « basic error » di Currie, come della « doctrine of unilateral rules » (p. 183-184) in genere, consisterebbe nell'idea che gli « states are interested in realizing certain policies by means of the application of their own substantive law to cases involving foreign elements » (p. 180). L'A. insiste alquanto su questo punto, rilevando che il legislatore è piuttosto interessato agli « affairs of state », quali l'organizzazione tributaria, le assicurazioni sociali, la moneta, le espropriazioni, la repressione dei delitti, che non alle « matters concerning individuals »; e che, dunque, mentre, relativamente ai primi, esso è interessato all'applicazione della propria legge (di natura appunto *pubblicistica*), riguardo ai secondi (regolati dal diritto *privato*), i quali godono di un certo grado di « indipendenza dal controllo statale », non venendo in rilievo il « potere » dello Stato, ma la corretta e giusta organizzazione delle relazioni fra privati (« correct and proper ordering of private life »), la messa in opera di una legge straniera non è affatto pregiudizievole per l'identità o l'integrità dello Stato del foro, non ne menoma o diminuisce la sovranità, perché essa si limita a fornire un'altra risposta alla questione della miglior giustizia: v. anche GRAULICH, *Principes*, p. 14, HAY, *Reflections on Conflict-of-Laws Methodology, A Dialogue*, 32 *Hasting L. J.* 1644 (1981), p. 1660; JUENGER, *Choice of Law in Interstate Torts*, 118 *U. Pa. L. Rev.* 202 (1969), p. 206. All'estremo opposto si situa HANOTIAU, il quale ritiene che la « teoria degli interessi statali » di Currie è una delle « contributions de la thèse de Currie à la théorie générale du droit international privé » (*Droit international privé américain*, p. 112).

¹⁰⁶⁰ V. soprattutto BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, spec. 195 s.; e, dello stesso A., *Les intérêts de droit international privé*, *Festschrift G. Kegel*, Frankfurt, 1977, p. 17 s.; nonché KEGEL, *Begriffs- und Interessenjurisprudenz im IPR*, *Festschrift H. Lewald*, 1953, p. 259 s.; KEGEL/SCHURIG, p. 112 s. Per un'esposizione delle idee di Batiffol e Kegel, v. PATAUT, *Le principe de souveraineté*, p. 9 s.

¹⁰⁶¹ Si confrontino le seguenti affermazioni di due dei « maîtres à penser » del pensiero occidentale contemporaneo in materia di d.i.p.: Bucher in BUCHER/BONOMI, p. 98-99, dichiara che « [d]ans la mesure des besoins, l'Etat a donc un intérêt légitime à l'application de ses lois, qui trouve son expression normative dans la règle de conflit de lois. Le respect de l'intérêt des Etats à l'application de leurs lois (ou, le cas échéant, à leur non-application) constitue ainsi un élément inhérent à la finalité de la règle de conflit » (corsivo dell'A.); Mayer in MAYER/HEUZÉ, p. 89, afferma all'opposto che « [n]ormalement, dans les litiges de droit privé, c'est plutôt d'une concurrence que d'un véritable conflit qu'il faut parler: plusieurs règles sont en présence et ont une égale vocation à

limpida e sulla quale vi sia ragionevole accordo. Negli Stati Uniti, facendo proprie le acquisizioni della « rivoluzione americana », la dottrina largamente dominante ritiene che gli interessi statali abbiano un sicuro rilievo nella soluzione dei conflitti di leggi¹⁰⁶². Poiché, come anche altri autori lasciano intendere, si tratta di questione fondamentale per ogni discussione attorno a unilateralità e bilateralità, cogliamo l'occasione di svolgere già qui alcune considerazioni.

Si richiami innanzitutto il significato della « governmental policy ». La quale non è – come si è detto – altro che la *ratio* di una norma, cioè i valori (di equità, di protezione, e così via) che essa intende perseguire¹⁰⁶³. Ora, è difficile negare che qualsiasi norma, comunque la si qualifichi (di diritto pubblico o privato), abbia una *ratio*; il che, sostanzialmente, val semplicemente quanto dire che chi fa le norme non agisce « a caso », « alla cieca », ma per proteggere certi valori, per perseguire certi obiettivi¹⁰⁶⁴. Quanto alle norme di diritto privato, e trascurando per ora gli aspetti pubblicistici che pur possono sottendere¹⁰⁶⁵, è vero, come sostengono autorevoli autori (fra cui figurano contraddittori di Currie), che tali norme aspirano ad « un'organizzazione della vita privata che sia conforme a giustizia » (ad un « *just ordering of private life* »¹⁰⁶⁶). Dove per « vita privata », mette conto precisarlo, s'intende anche quella dei *terzi* suscettibili di venire a contatto

l'application; *les Etats dont elles émanent ne manifestent pas de volonté et n'ont pas d'intérêt à ce que leur propre loi l'emporte sur les autres* » (corsivo nostro).

¹⁰⁶² SYMEONIDES, *The American Choice-of-Law Revolution*, p. 361: « Most other modern American choice-of-law approaches have adopted two Currie-like premises, and to this extent they have incorporated two unilateralist elements. The two premises are: (1) that states have an "interest" in the outcome of multistate private-law disputes, and (2) that these "interests" must be taken into account, albeit together with other factors, in resolving these conflicts » (v. anche p. 382-383); cfr. SIMSON, *Plotting the Next « Revolution » in Choice of Law: A Proposed Approach*, 24 *Cornell Int'l L. J.* 279 (1991), p. 280; AUDIT, *Flux et Reflux*, p. 63 e BRILMAYER, *Conflict of Laws: Foundations and Future Directions*, Boston, 1990, la quale, pur, come noto, critica nei confronti di tanti aspetti dell'« interest analysis », dichiara, a p. 145, che: « one can take for granted that States use choice of law to implement their policies ».

¹⁰⁶³ HANOTIAU, *Droit international privé américain*, p. 110, ricorda che tale termine è diffuso nella dottrina civilistica americana – citando TRAYNOR, *War and Peace in the Conflict of Laws*, 25 *I.C.L.Q.* 124 (1976): « the concept [of State interest] is an old one in other areas of the law, with a respectable place in the law reports of countless jurisdictions » – e nel vocabolario della stessa *Supreme Court*, prima di Currie (v. *supra*, nota 978).

¹⁰⁶⁴ Cfr. HANOTIAU, *Le droit international privé américain*, p. 111: « Qu'elle soit d'origine législative ou judiciaire, la règle de droit répond à certains objectifs, traduit certaines options, et exprime en outre la conviction de son auteur que la solution qu'il adopte réalise le meilleur ajustement des intérêts en présence ». Cfr. anche VON MEHREN, *Choice of Law and the Problem of Justice*, 41 *Law & Contemp. Probs.* 28 (1977), p. 28: « Rules and institutions must also express and advance values and purposes accepted by the community ».

¹⁰⁶⁵ BUCHER, *Vers l'adoption de la méthode des intérêts?*, p. 213; per una messa in rilievo della « socializzazione » o « pubblicizzazione » del diritto privato, e delle sue influenze sulla riforma italiana di d.i.p., v. BOSCHIERO, *Appunti*, p. 22.

¹⁰⁶⁶ KEGEL, *Crisis*, p. 183.

con i rapporti stretti fra le parti direttamente coinvolte, quindi, in qualche modo, in potenza, la collettività stessa, o comunque parte di essa. Ma se, da un lato, le norme di diritto privato mirano a organizzare la vita giuridica interindividuale, a soddisfare al meglio gli interessi privati, delle parti e dei terzi; e, dall'altro, tali norme sono *diverse* da Stato a Stato, constatazione da cui muove appunto il d.i.p.; ciò è segno che ciascuno Stato ha scelto di organizzare la vita giuridica interindividuale in modo a sé specifico, diverso dagli altri; ciò significa vuoi che gli interessi interindividuali coinvolti sono diversi, o meglio che è diversa la percezione che i diversi Stati hanno di tali interessi¹⁰⁶⁷; vuoi che è diversa la valutazione circa il modo migliore per soddisfarli, la visione circa la migliore organizzazione da dare ad essi. Cioè il d.i.p. deve trovare il modo di conciliare *due visioni diverse* circa quale sia il « just ordering of private life »: per uno Stato, la migliore organizzazione della vita privata è *questa*, per un altro Stato, è *quest'altra*¹⁰⁶⁸.

Ora, se è così, è difficile sostenere che uno Stato è *indifferente* a che, data una fattispecie internazionale, che presenta un certo collegamento con il suo ordine, si applichi ad essa la *sua* visione circa gli interessi delle parti attualmente o potenzialmente coinvolte in essa, e circa la migliore modalità per organizzarli ed accomodarli, ovvero quella di un *altro* Stato. Una cosa è dire che lo Stato non è interessato a dare al proprio diritto privato l'estensione applicativa più ampia possibile, che voglia imperialisticamente imporla al resto del mondo: il che, peraltro, è pure il postulato primo dell'unilateralismo, mentre alcuni dei censori di Currie ritengono che lo Stato, con il suo diritto privato, « strives to seek the best and fairest solution for *all* men »¹⁰⁶⁹. Altra cosa è dire, all'estremo opposto, che, poiché si tratta di questioni private, lo Stato non vuole entrarvi e che gli è del tutto indifferente quale legge si applichi, indipendentemente dal grado d'integrazione della fattispecie con il suo ordine. Ci pare un po' come dire che lo Stato s'affaccenda a fare le leggi, cercando di mediare il più possibile fra gli interessi di diversi gruppi d'individui,

¹⁰⁶⁷ Cfr. Kelsen, *What is Justice?*, p. 8-9: « Every system of value, especially a system of morals and its central idea of justice, is a social phenomenon, the product of a society, and hence different according to the nature of the society within which it arises. The fact that there are certain values generally accepted in no way contradicts the subjective and relative character of these judgments of value ».

¹⁰⁶⁸ V. HANOTIAU, *Droit international privé américain*, p. 112, il quale così parafrasa il pensiero di Currie al riguardo: « la règle de droit est donc conçue dans l'intérêt de la collectivité; elle est censée exprimer la solution la plus conforme aux intérêts et aux options de la majorité des citoyens relativement à un problème particulier. Dans cette optique, le conflit de lois apparaît comme un conflit entre deux objectifs divergents, entre deux façons de voir existant dans deux Etats étrangers et dont l'un doit céder le pas devant l'autre »; cfr. VON MEHREN, *Special Substantive Rules for Multistate Problems: Their Role and Significance in Contemporary Choice of Law Methodology*, 88 Harv. L. Rev. 347 (1974), p. 352.

¹⁰⁶⁹ KEGEL, *Crisis*, p. 183.

di distillare quell'equilibrio che nella più alta misura realizza gli interessi di tutti, e poi si disinteressa della sua attuazione¹⁰⁷⁰.

In tempi assai recenti, si è detto con fermezza che « gli obiettivi e i valori incorporati nella norma di uno Stato *possono* essere effettivamente pregiudicati quando la norma *non* viene applicata a certe fattispecie », nonostante il loro carattere internazionale; e pure si è detto, con piglio obiurgatorio, che ogni dottrina dei conflitti di leggi che ignori l'interesse degli Stati è « presumibilmente manchevole »¹⁰⁷¹. L'« interesse statale all'applicazione della *propria* legge a *certi* rapporti internazionali » è stato definito da autorevole dottrina europea come « elemento inerente alla finalità delle norme di conflitto »; la quale dottrina ha insistito su ciò che, anche nelle norme bilaterali, « l'*obiettivo primario e unilaterale* è di fissare la sfera d'applicazione della legge del foro »¹⁰⁷².

155. E, del resto, si pensi ad una delle primissime norme di d.i.p. legiferate d'Europa, l'art. 3.3 del *Code civil*, che ebbe poi così vasta risonanza: « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers ». Anche a non voler rimarcare il carattere unilaterale della formulazione, alla radice di essa non v'è forse l'idea che « la France suit les Français partout, comme une mère », non v'è forse innanzitutto, ed anche immaginandola bilateralizzata, l'interesse, cioè – come ben parafrasa taluno – la *preoccupazione* (« concern »)¹⁰⁷³, dello *Stato francese* a che ai francesi sia garantita la protezione accordata dalle sue leggi, a che questi possano contare su di essa? Ci s'intenda dunque bene sul significato di *interesse* dello *Stato*. Questo interesse non nasce da una volontà di dominio, dall'autoritario proposito di imporre la propria visione agli altri Stati, dalla convinzione insomma che il diritto privato possa utilizzarsi quale strumento di egemonia; bensì dall'intenzione, dalla *preoccupazione*, appunto, di realizzare al meglio, cioè nel massimo grado, proprio gli

¹⁰⁷⁰ Cfr. HANOTIAU, *Droit international privé américain*, p. 112: « Lorsque ces conditions sont réunies, la collectivité – et par conséquent l'Etat qui en est l'émanation – a un "intérêt" à ce qu'il en soit fait application, à ce que sa façon d'appréhender le problème l'emporte sur celle de l'autre Etat, à ce que le litige soit tranché conformément à ses aspirations et intérêts, de préférence à ceux de la collectivité étrangère ».

¹⁰⁷¹ SYMEONIDES, *The American Choice-of-Law Revolution*, p. 364: « the policies, purposes, and values embodied in a state's law *can* be adversely affected when the law is *not* applied to a case the law was intended to reach » (corsivo dell'A.). « The bottom line is that States are not indifferent to the resolution of conflicts between their respective laws. Consequently, a choice-of-law analysis that fails to take this factor into account is presumptively deficient ».

¹⁰⁷² Bucher in BUCHER/BONOMI, *D.i.p.*, p. 99-100; cfr. AUDIT, *Cours général*, il quale, nel trattare degli « intérêts poursuivis » da parte del d.i.p. (p. 293 s.), si sofferma più a lungo sugli « intérêts des Etats », che non sugli « intérêts privés ».

¹⁰⁷³ SYMEONIDES, *The American Choice-of-Law Revolution*, p. 364: « whether one calls this an *interest* or *concern* (...) is really a secondary matter ».

interessi *interindividuali*, quegli interessi interindividuali, certo, che ciascuno Stato ritiene meritevoli di protezione, e di cui si preoccupano le sue norme materiali¹⁰⁷⁴.

Occorre del resto por mente al fatto che i « true conflicts », su cui il pensiero unilaterale americano si sta ormai da tempo macerando, nascono in definitiva quali *conflitti d'interessi fra due individui*, in carne ed ossa¹⁰⁷⁵, e devono risolversi – lo si tenga presente – proprio (e solo) perché una *parte* invoca *questa legge*, cioè i benefici che questa le assicura, e l'*altra* invoca *quest'altra legge*, cioè i benefici ch'essa le assicura¹⁰⁷⁶. Quando ci si chiede se sia opportuno far prevalere una norma che ammette un risarcimento ovvero una norma che non lo ammette, il conflitto è fra le *norme di due Stati*, certo, ma solo nella misura in cui oppone gli interessi di due *soggetti privati*¹⁰⁷⁷: quello della parte che pretende tale risarcimento, e che appunto invoca la norma che gliene dà diritto, cioè, possiamo dire, la *protezione* dello Stato che ha posto tale norma, e l'interesse dell'altra parte, che non vuole prestarlo, e che appunto invoca la norma che l'esime dal prestarlo, cioè la *protezione* dello Stato che ha posto tale norma. Un conflitto di norme applicabili, insomma, nella visione anglo-americana secondo cui il diritto straniero deve essere *invocato* (« pleaded ») da una parte, sempre implica un conflitto fra due interessi individuali, perché l'una norma (uno Stato) dà all'una parte che la invoca e toglie all'altra, l'altra norma (l'altro Stato) toglie a quella per dare a questa. Si comprende allora che si sia potuto affermare perentoriamente che il « conflitto di leggi non è per Currie un conflitto di sovranità »¹⁰⁷⁸. Vero è piuttosto che dietro la norma di uno Stato, dietro la sua « policy », lì sotto, vi è già incorporata, come « incapsulata », in un delicatissimo dosaggio, la formula che è ritenuta da esso Stato realizzare al meglio gli interessi interindividuali (compresi quelli di eventuali terzi). Se il legislatore di uno Stato ritiene che una certa categoria di soggetti meriti protezione a sacrificio di altri soggetti, e ha previsto a tal fine una norma, ogni volta che non applica tale norma ad un

¹⁰⁷⁴ Siamo convinti che Currie avrebbe sottoscritto alla seguente affermazione di PILLET, *Théorie continentale des conflits de lois*, p. 475: « Les lois ici représentent les souverains qui les ont faites et ce sera le souverain le plus intéressé à ce que sa propre loi soit appliquée dont en fait on choisira la loi. Quand nous parlons d'intérêt et de souverain intéressé, nous devons bien nous faire entendre; le seul intérêt dont il y ait lieu de tenir compte est celui qu'a un souverain à remplir ses fonctions, et la formule dont nous avons usé, est équivalente à celle-ci: "Quel est le souverain qui est le plus intéressé à ce que sa fonction soit accomplie?" » (corsivo nostro).

¹⁰⁷⁵ Cfr. HANOTIAU, *Droit international privé américain*, p. 112 e REYNOLDS, *Legal Process and Choice of Law*, 56 Md. L. Rev. 1371 (1997), p. 1383: « the problem of true conflicts then resolves itself to the simple question of how to accommodate competing rules of decision whose policies are implicated by litigation involving private parties ».

¹⁰⁷⁶ Cfr. JACQUET, *La fonction supranationale*, p. 215.

¹⁰⁷⁷ In *Grant v. Mc Auliffe, Babcock v. Jackson, Kaufman v. American Youth Hostel, Kilberg v. Northeast Airlines*: v. KEGEL, *Crisis*, p. 98 s., per un riassunto di tali casi (e, per i primi due, *supra*, nota 1033).

¹⁰⁷⁸ Cfr. HANOTIAU, *Droit international privé américain*, p. 110: « Le conflit de lois n'est pas conçu par Currie comme un conflit de souverainetés ».

soggetto che rientra nella categoria considerata e che pure presenta un legame importante con il suo ordinamento, lo Stato, negandogli il diritto d'invocare la protezione della sua norma, non si preoccupa dell'interesse *privato*, diciamo pure *intimo*, di tale soggetto. Se invece gli riconosce tale diritto, può dirsi preoccuparsi del suo interesse, venir incontro alle sue esigenze di protezione¹⁰⁷⁹.

Se la Francia può assimilarsi ad una « madre » desiderosa di garantire la protezione della sua legge ai cittadini francesi ovunque si rechino¹⁰⁸⁰, ogni Stato può ben compararsi ad un « padre » ansioso di assicurare, con le proprie leggi, la tutela degli appartenenti alla sua società (restiamo volutamente generici sul punto)¹⁰⁸¹. Un conflitto di leggi è dunque, nella visione americana dell'analisi degli interessi, un po' come la contesa fra due padri che vorrebbero ciascuno intervenire in difesa del proprio protetto, nella misura in cui quest'ultimo richieda espressamente una tale protezione, ma che non possono assicurarla loro l'uno e l'altro, perché la protezione dell'interesse individuale dell'uno suppone il sacrificio di quello dell'altro, perché soddisfare l'uno significa disattendere la richiesta di protezione dell'altro. Uno Stato, anche quando si contende gli spazi di applicazione della sua legge con i suoi omologhi, come in altre occasioni, agisce in rappresentanza e nell'interesse della (sua) collettività, nell'interesse degli individui che vi fanno parte,

¹⁰⁷⁹ Si consideri, d'altra parte, il postulato da cui muove Currie, secondo cui, nel diritto privato, lo Stato ha il compito di promuovere il *benessere dei consociati* (*supra*, para. 146). Cosa si vuol dire con ciò se non che gli interessi di questi, accomodati nel modo che lo Stato ritenga migliore, sono e devono essere oggetto dell'attenzione prima dei suoi organi, legislativi e giudiziari? Ma, soprattutto, si ripercorrono le soluzioni suggerite da Currie alle fattispecie da lui analizzate, e si scoprirà che esse sono dettate dalla costante esigenza di tenere conto di tale prospettiva. Perché applicare la legge del Massachusetts ad una garanzia rilasciata da una donna residente nel Massachusetts quando *questa ne invoca l'applicabilità e dunque la protezione*, se non per proteggere gli interessi di lei quale parte debole, in una con le sue probabili e comunque ragionevoli aspettative circa l'applicazione di tale legge? Perché invece dare efficacia alla legge del Maine ad una garanzia stipulata nel Massachusetts fra due residenti del Maine, se non per evitare di frustrare le aspettative del garantito, il quale per ipotesi *invoca l'applicabilità della legge del Maine e la protezione da essa accordata*, senza che la protezione di alcun affidamento sia qui necessaria? E perché valutare il caso Romero (v. *supra*, nota 1010) alla stregua della legge spagnola, se non perché l'applicazione della legge americana avrebbe esposto la società debitrice, che richiedeva *l'applicazione della legge spagnola*, a risarcimenti manifestamente sproporzionati ed imprevedibili, consentendo alla vittima di vivere una vita principesca nel suo Paese di origine, ciò cui questa aveva poca ragione di legittimamente aspirare, attesa la natura fortuita ed accidentale del contatto della fattispecie con il New Jersey?

¹⁰⁸⁰ Cfr. LOUIS-LUCAS, *J.-P. Niboyet, Clunet*, 1952, p. 20, il quale identifica alla base della volontà di Niboyet di applicare con larghezza la legge francese « un profond désir de rendre le Droit largement protecteur des intérêts privés ».

¹⁰⁸¹ V. ancora PILLET, *Théorie continentale des conflits de lois*, p. 475: « Voici les lois sur l'incapacité du mineur (...). On peut hésiter entre la loi du domicile et la loi de la nationalité et si l'on préfère cette dernière, c'est précisément parce que le souverain national (...) est celui qui a le plus grand intérêt »; dopodiché l'A. esplicita in che cosa consista questo « plus grand intérêt »: nella *protezione dei minori* suoi cittadini (« On raisonnera de ce que le souverain est tuteur naturel des mineurs qui sont ses sujets, tandis qu'il ne l'est pas des mineurs étrangers »).

cioè insomma sulla spinta di interessi interindividuali. Come taluno ha precocemente rilevato, la dicotomia interessi statali e interessi individuali nel d.i.p. è alquanto discutibile, dal momento che l'interesse individuale è la prima cura dello Stato, sicché quando questo vuole applicare la sua legge ad una parte che la invoca – perché, insistiamo, è quando i due litiganti invocano due leggi diverse che il problema sorge – è proprio perché vuole venir incontro ai suoi bisogni individuali di tutela¹⁰⁸².

Noi crediamo veramente che si perda un po' il senso della « rivoluzione americana » se la si liquida sbrigativamente in quanto si sarebbero messi da parti gli interessi individuali. Che si pensi al « manifesto » con cui tale rivoluzione s'è iniziata: « A court is not idling choosing a law, it is determining a controversy. How can it choose wisely without considering how the choice will affect the controversy? »¹⁰⁸³. Ed ancora: « la responsabilità del giudice non è esaurita fino a quando questi non ha valutato il probabile impatto di ogni soluzione in termini di giustizia offerta alle parti davanti a sé¹⁰⁸⁴ ». Cioè, poiché un giudice deve scegliere fra due interessi *individuali* concreti, incompatibili fra loro, come fa a scegliere se non sa di quali interessi *individuali* si tratta? D'altra parte, i casi giurisprudenziali da cui tale rivoluzione ha preso le mosse nascono proprio dalla volontà di proteggere l'interesse di un individuo ad ottenere il risarcimento per fatto illecito, in presenza di un legame forte con lo Stato la cui legge dà diritto a tale risarcimento, ed essendo assente un forte legame del danneggiante, od in genere della fattispecie, con lo Stato la cui legge non dà diritto a tale risarcimento.

Alla critica che Currie, ed in generale gli « interest analysts », non avrebbe tenuto in conto gli interessi interindividuali, non rimane che attribuire un senso diverso: cioè che, pur avendo tenuto conto degli interessi interindividuali protetti dalle singole norme in conflitto degli Stati coinvolti, cioè, potremmo dire, degli interessi interindividuali *materiali* – che di questi interessi interindividuali Currie fu anzi il grande propugnatore, e questi ha cercato, per ogni fattispecie, di realizzare nella misura massima – Currie abbia

¹⁰⁸² SHAPIRA, *Protection of Private Interests in the Choice-of-Law Process*, p. 577.

¹⁰⁸³ CAVERS, *A Critique*, p. 189; v. anche CURRIE, *The Disinterested Third State*, p. 784: « The basic fault lies in the belief that we can accomplish useful purposes by the elaboration of logical arguments based on rules for choice of law *without reference to the content of the internal laws concerned* » (corsivo nostro) e spiega questa sua preoccupazione accusando le norme di conflitto tradizionali di essere « empty and lifeless things » che non dicono nulla « of what will be the consequences *for the parties* » (corsivo nostro). V. del resto *Selected Essays*, p. 122, dove si rinviene la (soprendente?) affermazione second cui « [i]n the field of international private law, fairness to the litigants ought to be the primary consideration ».

¹⁰⁸⁴ SHAPIRA, *Protection of Private Interests in the Choice-of-Law Process*, p. 575, spiegando il significato del contributo di Cavers (citato alla nota precedente). L'A., richiamandosi a HARPER, *Policy Bases of the Conflict of Laws: Reflections on Reading Professor Lorenzen's Essays*, 56 *Yale L. J.* 1155 (1947), 1174, osserva inoltre che « [i]t goes without saying that judicial justice can only be administered with a view to particular issues and individual parties » (corsivo nostro).

perso di visto gli interessi interindividuali *propri del d.i.p.*: cioè per lo più l'interesse all'armonia delle soluzioni. Muoviamo dunque alla critica successiva.

156. Si è detto che la ricerca della « policy » sottesa alla legge del foro ha portato Currie ad affermare l'« interesse » di questa in un eccessivo numero di casi; e poiché, dandosi dei « true conflicts » e degli « unprovided-for cases », la soluzione proposta da Currie consiste, in definitiva, nel ripiegare sulla legge del foro, ciò finisce per creare un privilegio applicativo a favore di questa e a scapito delle leggi straniere, a tutto danno dell'armonia delle soluzioni¹⁰⁸⁵. Tale critica è senz'altro legittima laddove avversa, da un lato, la costruzione, per la legge del foro, di una sfera di delimitazione eccessiva, e, dall'altro, il privilegio sistematico accordato alla legge del foro nella soluzione dei conflitti. Ma non pare che tale critica faccia del tutto giustizia all'ultimo Currie, né, soprattutto si tratta di rilievi che è possibile rivolgere all'unilateralismo in sé: « the parochialism [of Currie] is not an inherent characteristic of [] unilateralism »¹⁰⁸⁶.

Per quanto riguarda la generosità nell'elaborazione della « Rule of Scope » del foro, Currie non pare effettivamente avere una visione ferma dell'opportunità di fissare dei limiti chiari e fermi a tale elaborazione¹⁰⁸⁷. Si è detto tuttavia ch'egli intuisce come, accanto alla considerazione della « policy » delle norme interne, vi sia anche *qualcos'altro* che deve guidare giudice e legislatore: cioè il desiderio di « accomodare » la sfera d'applicazione delle norme interne e quella delle norme degli altri Stati. Inoltre, nella maggiore parte dei casi, egli perviene a ricavare la « Rule of Scope » sulla base di un criterio « bilateralizzabile » (residenza comune delle parti, residenza del contraente debole, e così via), il che è di per sé, come s'intuisce, garanzia contro il « legeforsismo ». Non solo. Anche quando Currie perviene, ricercando la *ratio* di una norma del foro, ad identificare una sfera di applicazione più ampia di quella che risulterebbe dall'adozione di un criterio bilaterale (per esempio: l'applicazione di una norma protettiva tanto ai *nationals* quanto ai *residents*), egli non sostiene che il foro debba determinare la « Rule of Scope » delle sue norme con un *metro* diverso, più largo, rispetto a quello con cui ricava la « Rule of Scope » degli altri Paesi (problema che peraltro non si pone quando questa dovesse già essere fissata dai rispettivi legislatori)¹⁰⁸⁸. Certo, più il metro adottato è

¹⁰⁸⁵ KEGEL, *Crisis*, p. 163, PATAUT, *Le principe de souveraineté*, p. 16.

¹⁰⁸⁶ SYMEONIDES, *The American Choice-of-Law Revolution*, p. 371; v. anche a p. 373, dove, dopo avere fornito alcuni esempi, conclude: « here again, the use of the unilateral technique allows the drafter to delineate with precision the reach of the forum law without prejudging the reach of foreign law, and to do so in a non-parochial fashion ».

¹⁰⁸⁷ Come riferisce KEGEL, *Crisis*, p. 194, il « governmental interest » deve secondo Currie essere « legitimate » and « reasonable »: « but we are never given a clear indication of what this restriction is and how it shall be interpreted ».

¹⁰⁸⁸ Vero è che, per Currie, lo Stato del foro non è uno Stato particolare, come potrebbe essere per un autore francese la Francia o per un autore italiano l'Italia. Per Currie il foro è, rispetto ad un caso che coinvolge Massachusetts e Maine, prima il Massachusetts poi il Maine; ad un caso che coinvolge la California e l'Arizona, prima la California e poi l'Arizona, indistintamente; e se, supponendo

largo, più numerosi saranno i « conflitti positivi ». Donde, appunto, l'esigenza di muovere ad un « secondo esame », alla verifica della possibilità di un « aggiustamento ». Poiché, però, nel caso di concorrente volontà di applicazione di più leggi, la determinazione delle rispettive sfere di applicazione dovrà essere « riesaminata », cioè essenzialmente ridotta in estensione, in uno sforzo di conciliazione degli « scopes » delle rispettive leggi, ecco che un'iniziale larga determinazione dell'interesse del foro non può spiegare, o comunque non spiega necessariamente, effetto « legefiorista ». Tutto dipende da come viene attuata questa revisione. La seconda fase del ragionamento di Currie, spesso trascurata, diviene dunque momento decisivo¹⁰⁸⁹. Ogni critica circa il « legefiorismo » della dottrina di Currie, dell'ultimo Currie, dipende dalle modalità con cui tale seconda fase abbia a svolgersi. Currie non si dilunga al riguardo. Ma si è visto che non trascura di dare alcune importanti direttive, le quali possono riassumersi, con linguaggio continentale, nel criterio del *favor – validitatis*, forse anche *laesi*, ed in generale, della parte debole –, nell'esigenza di rispettare le aspettative delle parti, nel criterio del « collegamento più stretto ». I successori di Currie sistemeranno tali criteri e mostreranno che un uso ragionevole è possibile ed in grado di erigere un solido argine contro il legefiorismo¹⁰⁹⁰.

Di fronte ai « true and intractable conflicts » e agli « unprovided for cases », dopo tanto riflettere e arroventarsi, Currie avanza effettivamente la proposta che, nell'uno e nell'altro caso, si dia efficacia alla legge del foro. Il che genera, è vero, un privilegio per quest'ultima e provoca, di riflesso, una crescita del « forum shopping », generando imprevedibilità delle soluzioni. E' questa in effetti una sicura debolezza del sistema di Currie. Ma di nuovo, e come mostreranno i suoi epigoni, non si tratta di una soluzione « necessitata ». La soluzione su cui Currie ripiega in tema di conflitti positivi e negativi, soluzione di cui egli stesso ha sentito i limiti e da lui avanzata soltanto come provvisoria, non è in alcun modo obbligata, come è confermato dalle *opposite* soluzioni apprestate dai suoi successori, i quali, nell'avanzarle, sono pur sempre restati nell'alveo dell'unilateralismo.

Tale debolezza del sistema di Currie deriva – a nostro avviso – da ciò che egli non seppe vedere con chiarezza o comunque non seppe esplicitare i *benefici* che derivano per gli

dapprima che il foro sia il Massachusetts, si perviene ad una sfera di applicazione ampia, subito dopo, supponendo che il foro sia il Maine, si rischia, usando della stessa larghezza, di pervenire ad una sfera di applicazione egualmente generosa, e la constatazione del conflitto prescriverà di « riconsiderare » l'una e l'altra sfera e, innanzitutto, il metro impiegato per tracciarle.

¹⁰⁸⁹ V. per es. VON MEHREN, *American Conflicts Law at the Dawn of the Century*, 37 *Willamette L. Rev.* 133 (2000), p. 139, il quale dopo avere parlato del « parochial-unilateral approach » di Currie, aggiunge, ma solo in nota « che Professor Currie later relaxed somewhat the primacy given to forum law and urged “moderate and restrained interpretation of the policy or interest of one state or the other” ».

¹⁰⁹⁰ Cfr. KAY, p. 90.

individui dall'armonia delle soluzioni. Laddove parla di « accomodating the reach of our laws with those of other nations », egli si pone per lo più su un piano *interstatale*. E poiché non si è soffermato a studiare tali benefici, non riesce, di conseguenza, a spiegare in modo convincente perché gli Stati dovrebbero mirare a conseguirli anche al prezzo di mettere da parte la propria « policy », anche al prezzo di dovere rinunciare, in certe fattispecie internazionali, ad attuare *effettivamente* la protezione di *quegli* individui cui pure in principio affermano di volere assicurarla. Anche qui i successivi unilateralisti sapranno andare più in là.

157. L'obiezione più radicale, almeno in apparenza, mossa, specie in Europa, all'unilateralismo di Currie, è quella che revoca in dubbio vuoi l'effettiva opportunità di affidare ai giudici il compito di valutare le « policies » che stanno alla base sia delle norme interne che, soprattutto, delle norme straniere, e di ricavare il campo di applicazione di queste ragionando su tali « policies »; vuoi l'effettiva capacità dei giudici di assolvere a tale compito. Da un lato, si sostiene, è assai pericoloso che siano i giudici ad occuparsene, perché tale ricerca comporta un'attività sostanzialmente legislativa, in cui sono dunque implicite delicate valutazioni politiche: il che è poco in accordo con il fondamentale principio della divisione dei poteri, quale inteso e praticato nei sistemi continentali. Dall'altro, si contesta, i giudici non avrebbero spesso neppure gli strumenti per compiere tale operazione, poiché la « policy » è spesso alquanto difficile da isolare, in quanto nascosta, poco visibile, talora obsoleta o del tutto assente.

Anche non dando particolare peso alla contro-obiezione mossa al riguardo da Currie e successori¹⁰⁹¹, si ricordi innanzitutto che l'unilateralismo quale proposto negli Stati Uniti non implica di necessità la ricerca delle « policies » da parte dei *giudici*. Le « Rules of Scope » possono, e dovrebbero anzi il più possibile, essere *legiferate*, il che renderebbe superflua l'indagine, da parte del giudice, circa la *ratio* che ne sta alla base. La giurisprudenzialità della ricerca della *ratio* e della conseguente delimitazione della sfera di efficacia delle norme interne non è necessaria, e anzi non è, almeno in una certa misura, neppure auspicata.

Ma vi è un secondo rilievo, assorbente rispetto al precedente. Dire che preoccupazione prima dello Stato è quella d'assicurare alle proprie norme materiali un campo

¹⁰⁹¹ Currie e i suoi successori insistono su ciò che, pur delicato, questo procedimento non è diverso da quello consueto con cui si colmano le lacune lasciate dal legislatore. Insomma: come quando, dandosi una legge limitativa del risarcimento del danno dovuto dagli « ufficiali di pubblica sicurezza » (« peace officers ») qualora il danno sia provocato nell'esercizio delle loro funzioni, non solo è legittimo chiedersi se con tale espressione ci si intenda riferire anche alle « guardie forestali » (« forest rangers »), ma è altresì evidente, ed incontestato, che spetta al giudice sciogliere questo dubbio interpretativo, e pure ch'egli debba innanzitutto appoggiarsi, per scioglierlo, sulla *ratio* della norma; così, allo stesso modo, dovrà procedersi quando il dubbio riguardi la questione se o meno la citata norma intenda applicarsi ad una fattispecie in cui l'evento dannoso ha bensì avuto luogo nel foro ma il danneggiante è un « peace officer » straniero.

d'applicazione congruo rispetto alla *ratio* di esse, non significa dire che bisogna disfarsi delle norme di d.i.p. vigenti. Non si deve ritenere che l'« interests analysis » inciti, in ogni settore, ad una trasformazione del d.i.p. *de iure condendo*. Essa è piuttosto un invito, innanzitutto, ad una rilettura del d.i.p. *de iure condito*. Currie, proprio lavorando su casi eclatanti in cui la norma di d.i.p. usuale, derivata da una pretesa « natura della cosa »¹⁰⁹², quale quella che adotta il criterio del luogo di conclusione del contratto, finiva per rendere applicabile una norma materiale inopportuna, e per escludere l'applicazione di una norma materiale opportuna, porta alla luce una virtù della norma di d.i.p., qualunque ne sia la formulazione, che una spiegazione che fa leva sul principio astratto della « sede » o del « collegamento più stretto » costringe a rimanere nascosta, o comunque in secondo piano: la capacità della norma di conflitto di venir incontro alla preoccupazione di chi fa le leggi di garantire la protezione di esse a soggetti fortemente legati al proprio ordine.

Anche su questo punto i successori di Currie sapranno apportare le opportune chiarificazioni. Essi rileveranno che, laddove « choice-of-law rules » già si danno, queste devono presumersi riflettere la visione dello Stato cui appartengono circa la migliore delimitazione dell'ambito d'efficacia innanzitutto delle sue norme; e che dunque è proprio ad esse che deve guardarsi per ricavare le « Rules of Scope », che delimitano la sfera d'applicazione delle norme materiali.

¹⁰⁹² Per qualche cenno sul sistema di Beale e sulla sua fiducia in una « common law » metapositiva, v. *supra*, nota 978; v. anche VON MEHREN, *The Significance of the State for Choice of Law*, *Festschrift K. Zweigert*, Tübingen, 1981, p. 290.

Sezione V

Il superamento delle critiche: L. Kramer e E.S. Fruehwald

SOMMARIO: – 158. Il « two-step approach » di Kramer. Il triplice contributo allo sviluppo dell'idea unilaterale americana. – 159. La « *prima facie* applicability » e la sua derivazione dalla porzione introversa delle norme di d.i.p. – 160. Interesse del foro a rimettere in discussione l'applicabilità delle proprie norme nei conflitti positivi. – 161. Proposte di soluzione dei conflitti positivi quali *canons of construction*. – 162. Riassunto del concetto di Kramer: i vantaggi della rinuncia da parte del foro all'applicazione della sua norma. – 163. Il « two-step approach » di Fruehwald ed il criterio del collegamento più stretto. – 164. Gli interessi del d.i.p. secondo Fruehwald: in particolare, la « fairness to the litigants ». – 165. Sistemazione degli interessi del d.i.p.

158. Convinto della sostanziale bontà dell'intuizione di base¹⁰⁹³ di Currie e, nello stesso tempo, della necessità di superare le debolezze che connotano alcuni svolgimenti da lui impressi, Larry Kramer ha dedicato all'elaborazione di un suo « metodo » di soluzione dei conflitti di leggi¹⁰⁹⁴ diversi sostanziosi contributi¹⁰⁹⁵. I quali, definiti « ammirevoli e istruttivi »¹⁰⁹⁶, hanno già destato una certa attenzione negli ambienti scientifici statunitensi¹⁰⁹⁷, di lui dicendosi fra l'altro che « ha condotto l'*interest analysis* (...) nella

¹⁰⁹³ KRAMER, *Return of the Renvoi*, p. 1005: « If (as I believe) Currie's basic insight is correct (...) ».

¹⁰⁹⁴ Di Larry Kramer's « method » parla ad esempio FRUEHWALD, *Choice of Law for American Courts*, p. 36 (v. *infra*, nota 1128).

¹⁰⁹⁵ I più significativi ai nostri fini sono apparsi fra il 1989 e il 1991: si tratta soprattutto di *Rethinking Choice of Law*, 90 *Colum. L. Rev.* 277 (1990) – ristampato in 40 *Defense L. J.* 1 (1991) –, *Return of the Renvoi*, 66 *N.Y.U. L. Rev.* 979 (1991), nonché di *More Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws*, 24 *Cornell Int'l L.Q.* 245 (1991); ma v. anche *Interest Analysis and the Presumption of Forum Law*, 56 *U. Chi. L. Rev.* 1301 (1989), *The Myth of the Unprovided-For Case*, 75 *Va. L. Rev.* 1045 (1989), e *On the Need for a Uniform Choice of Law Code*, 90 *Mich. L. Rev.* 2134 (1991).

¹⁰⁹⁶ SINGER, *Pay No Attention to That Man Behind the Curtain: The Place of Better Law in a Third Restatement of Conflicts*, 75 *Ind. L. J.* 659 (2000), p. 659; di autore « able and innovative » parla REYNOLDS, *Legal Process and Choice of Law*, 56 *Md. L. Rev.* 1371 (1997), p. 1383.

¹⁰⁹⁷ Nel 2000, nel corso del simposio sull'opportunità di un « Third Restatement of Conflict of Laws » le cui relazioni sono state pubblicate in 75 *Ind. L. J.* 417 (2000), p. 417 s. (v. *supra*, nota 955, in fine), le proposte di Kramer sono state le sole indicate fra le concrete « hypotheses worth investigation », presentate a titolo introduttivo (« to get the ball rolling »), accanto a quelle di Symeonides (le quali erano tuttavia limitate alla sola materia dei « torts »): v. RICHMAN/REYNOLDS, *Prologomenon to an Empirical Restatement of Conflicts*, 75 *Ind. L. J.* 417 (2000). Influenzati dalle idee di Kramer ci paiono, fra gli altri, SIMSON, *Plotting the Next « Revolution » in Choice of Law: A Proposed Approach*, 24 *Cornell Int'l L. J.* 279 (1991), spec. p. 280-281 e ROOSEVELT III, *The Myth of Choice of Law: Rethinking Conflicts*, 97 *Mich. L. Rev.* 2448 (1998-1999); STERK, *The Marginal Relevance*

direzione giusta »¹⁰⁹⁸. In Europa, chi più si è occupato di questioni di metodo, non ha mancato di interessarsi alle idee di Kramer, attratto, sembrerebbe, da un lato, dal rilievo degli interessi materiali da cui esse muovono e, dall'altro, dall'uniformità e prevedibilità di soluzioni che – si è riconosciuto – ne rappresentano l'obiettivo centrale¹⁰⁹⁹.

Kramer esplicita sin da subito che il « choice-of-law process » s'articola necessariamente in *due* stadi (« two-step approach »¹¹⁰⁰). Il primo consiste nell'accertare se o meno le leggi la cui applicazione è rivendicata dai litiganti siano « *prima facie* applicabile », se insomma vi sia un « vero conflitto » fra di esse, cioè, in definitiva, se più norme di Stati diversi abbiano dato vita a *diritti soggettivi* fra loro incompatibili¹¹⁰¹. Il secondo stadio consiste nell'impiegare una serie di principi sussidiari, che Kramer denomina « canoni interpretativi » (*canons of construction*), che consentano di scegliere, fra le diversi leggi

of Choice of Law Theory, 142 U. Pal. L. Rev. 949 (1993-1994) include Kramer fra gli autori della « new wave of choice of law scholarship » degli ultimi anni. WEINBERG, *Against Comity*, 80 Geo. L. J. 52 (1991) s'è alquanto interessata ai « canons » suggeriti da Kramer per risolvere i conflitti positivi (*infra*, para. 161). Si è inoltre riconosciuto che gli scritti di Kramer già contengono « explicit economic analysis »: O'HARA/RIBSTEIN, *From Politics to Efficiency in Choice of Law*, 67 U. Chi. L. Rev. 1151 (2000), p. 1151, nota 2.

¹⁰⁹⁸ ROOSEVELT III, *The Myth of Choice of Law*, p. 2482.

¹⁰⁹⁹ PICONE, *Cours général*, p. 76-77, note 130 e 131.

¹¹⁰⁰ *Return of the Renvoi*, p. 1015 s. e, soprattutto, *Rethinking Choice of Law*, p. 291 s. L'A. muove dalla constatazione che un problema di scelta di leggi non sorge se non quando l'attore afferma una pretesa nei confronti del convenuto. L'attore deve indicare – o comunque indica, almeno di regola – sia l'esistenza di una norma giuridica che conferisce il diritto soggettivo allegato, sia i fatti che lo hanno fatto sorgere nella situazione concreta. Ora, anche nelle fattispecie puramente interne può ben imporsi la necessità di una *scelta* di norme (ovviamente interne), e ciò ogniqualvolta che le parti invochino, a sostegno delle proprie allegazioni, norme diverse, fra le quali il giudice dovrà appunto scegliere. Analogamente, nelle fattispecie con elementi di estraneità, le parti possono versare in disaccordo circa quale legge governa la lite, il che rende necessaria, di nuovo, una scelta, da parte del giudice, in favore dell'una o dell'altra legge. La tesi dell'A. è che nei « multistate cases » è possibile risolvere il « choice-of-law problem with basically the same two-step process used in domestic choice-of-law cases », processo binario ch'egli riassume così: « the court should first examine the laws in issue to determine whether both apply, i.e., whether there is a conflict. If there is a conflict, the court should then employ some second-order rule of interpretation to choose between these laws » (p. 291). E' deplorabile, commenta l'A., che l'analogia fra i due casi sia per lo più sfuggita agli interpreti (*Rethinking Choice of Law*, p. 278).

¹¹⁰¹ *Return of the Renvoi*, p. 1014: « When this condition is satisfied, interest analysts say the state is *interested*. I prefer to say that the state's law is *prima facie* applicable in order to avoid some baggage associated with the term "interest", and to emphasize that a state whose law is applicable in this sense may still choose not to enforce that law because another state's law is similarly applicable ». ROOSEVELT III, *The Myth of Choice of Law*, p. 2486 suggerisce l'espressione « presumptive applicability ». E' interessante rilevare che WENGLER, *General Principles*, p. 377, aveva già parlato, riferendosi ai conflitti positivi, di « rules *prima facie* applicable but conflicting ».

in conflitto, quella da preferire, cioè, fra i due diritti soggettivi incompatibili, quello cui dare concreta efficacia¹¹⁰².

Il contributo apportato da Kramer al perfezionarsi dell'idea unilaterale americana è, ci sembra, triplice: in primo luogo, egli chiarisce definitivamente che la sfera d'applicazione internazionale delle norme materiali di uno Stato, sia del foro che straniero, non può che desumersi dalla porzione introversa delle norme di d.i.p. del relativo Stato, qualunque ne sia la formulazione e la fonte; in secondo luogo, egli mostra che, nel caso di conflitti positivi, l'applicazione della legge del foro non rappresenta necessariamente la soluzione più conforme ai veri *interessi* del foro stesso, agli obiettivi del diritto internazionale privato che il foro condivide con gli altri Stati; infine, i criteri da lui proposti per risolvere i conflitti sintetizzano – ci sembra – quelli avanzati dalla migliore dottrina americana degli ultimi decenni.

159. Il primo stadio dell'analisi consiste, come già per Currie, nella verifica dell'applicabilità *prima facie* delle leggi in presenza. Kramer si propone tuttavia di eliminare alcune ambiguità connesse con la necessità, sostenuta da Currie, di ricercare le « policies » sottese alle rispettive leggi. L'applicabilità *prima facie* delle norme materiali di uno Stato deve determinarsi sul fondamento esclusivo del sistema di conflitto di quello Stato. Cioè, data una norma di conflitto di uno Stato, sia che si tratti di norma bilaterale (*jurisdiction-selecting*), d'origine legislativa o giurisprudenziale, sia che si tratti di norma unilaterale, d'origine legislativa o giurisprudenziale, questa norma deve essere considerata al fine di verificare se essa dichiari o meno applicabile la legge dello Stato che l'ha posta¹¹⁰³. Dunque, se si tratta di norma bilaterale, deve aversi riguardo alla sola porzione « inward-looking »¹¹⁰⁴. Ciò – s'interroga l'autore, prevenendo una possibile obiezione – è forse in contrasto con l'idea che l'applicabilità di una norma, del foro o straniera, debba derivarsi dalla « policy » ad essa sottesa, mediante interpretazione di questa? No davvero – risponde Kramer – ma è anzi piuttosto una conseguenza implicita nell'idea, fondamento ed essenza dell'*interest analysis*, che l'applicabilità della norma di uno Stato si debba ricostruire sulla base dei principi vigenti all'interno di *quello* Stato. Può darsi – è vero – che le norme di d.i.p. di quello Stato siano state giustificate, da alcuni interpreti, in forza di una teoria *a priori* della sovranità o territorialità (come avveniva nelle concezioni che hanno fatto da sfondo al *First Restatement*), o con l'idea

¹¹⁰² In adesione a Kramer, ROOSEVELT III, *The Myth of Choice of Law*, spec. p. 2467, nota 99, distingue al riguardo i « prima facie rights » dai « true rights ».

¹¹⁰³ *Return of the Renvoi*, p. 1005: « (...) because choice of law is a process of interpreting laws to determine their applicability on the facts of a particular case, the forum can never ignore other states' choice-of-law systems – whether these consist of ad hoc decisions, functional rules, or jurisdiction selecting rules of the First Restatement variety. On the contrary, the applicability of another state's law must be determined in light of its choice-of-law system » (corsivo nostro); v. PICONE, *Cours général*, p. 76.

¹¹⁰⁴ Cfr. SYMEONIDES, *The American Choice-of-Law Revolution*, p. 369.

di assicurare uniformità e prevedibilità (come è il caso, si sostiene, delle *traditional choice-of-law rules*)¹¹⁰⁵. Ma ciò non può indurre a concludere che tali norme siano *irrilevanti* nel processo di ricostruzione della sfera d'efficacia delle relative norme materiali. Che piaccia o no, e per quanto inopportune o arbitrarie possano sembrare ai giudici del foro, le norme di conflitto, anche bilaterali, sono formulate direttamente dal relativo Stato al fine, innanzitutto, di delimitare l'ambito di applicazione della *sua* legge¹¹⁰⁶. La questione dell'applicabilità delle norme di uno Stato è, insomma, necessariamente *soggettiva*: riguarda ciò che lo Stato *fa* e non quello che, secondo il foro, *dovrebbe* fare¹¹⁰⁷. Del resto, se l'interrogativo è: « Quali leggi hanno fatto sorgere *diritti soggettivi*? », non si può che rispondere che hanno inteso crearne tutte quelle che, e solo quelle che, sono *dichiarate applicabili* dai rispettivi Stati¹¹⁰⁸.

Questa prima fase può condurre ad un *triplice* risultato: nessuna delle leggi invocate dai litiganti nel processo vuole applicarsi, cioè nessuna legge ha fatto sorgere alcun diritto; soltanto una di tali leggi vuole applicarsi, cioè soltanto una legge ha fatto sorgere un diritto; entrambe le leggi vogliono applicarsi, cioè entrambe hanno fatto sorgere diritti. In quest'ultimo caso, può darsi che le due leggi possano coesistere, nel senso che la messa in opera dell'una non pregiudica quella dell'altra, come nel caso in cui esse offrano ad un medesimo soggetto diritti alternativi, tra i quali il beneficiario può scegliere. Nella maggiore parte dei casi, tuttavia, l'applicazione di *entrambe* le leggi *prima facie* applicabili è *impossibile* perché si tratta di leggi *incompatibili* (« inconsistent laws »)¹¹⁰⁹, cioè perché le situazioni giuridiche da esse create non possono soddisfarsi, realizzarsi, entrambe. Sono, questi, i casi in cui è necessario fare ricorso al secondo stadio (o « second step ») dell'analisi. Nel ragionarvi, Kramer suppone che, fra le leggi dichiarate applicabili *prima facie* dai rispettivi Stati, figurino anche quella *del foro*. Muoviamo dunque alla parte più novatrice del metodo sviluppato dall'autore.

160. Vien fatto innanzitutto – come ha suggerito Currie – di troncare la questione applicando sempre la legge del *foro*. Di primo acchito, questa soluzione appare naturale ed ovvia: essendo i giudici « agenti del loro Stato », la loro prima preoccupazione deve es-

¹¹⁰⁵ *Return of the Renvoi*, p. 1008.

¹¹⁰⁶ *Op. cit.*, p. 1012: « Like it or not, and however foolish they may seem, traditional choice-of-law rules are intended directly to limit the scope and meaning of substantive law. This makes them “interpretive” in the relevant sense: they reflect a state’s decision about how far to extend local law in multistate cases ».

¹¹⁰⁷ *Op. cit.*, *loc. cit.*: « The question whether a state is “interested” thus turns on what state’s lawmakers have done so and is necessarily subjective ».

¹¹⁰⁸ *Op. cit.*, *loc. cit.*: « In interpreting another state’s laws, the court is asking whether that state has conferred a right, not whether the forum or an interest analyst thinks it should ». Cfr. già VON MEHREN, *The Renvoi and Its Relation to Various Approaches to the Choice of Law Problem*, in NADELMANN, VON MEHREN, HAZARD (eds.), *XXth Century Comparative and Conflicts Law*, Leyden, 1961, p. 391-392.

¹¹⁰⁹ *More Notes on Methods and Objectives*, p. 277.

sere di obbedire alle leggi di tale Stato. Così ragionando, si dovrebbe concludere che, se è vero che lo Stato del foro è *interessato* ad applicare la sua legge *soltanto* qualora un contatto *particolare* sia localizzato nel foro, è anche vero che, quando tale condizione si realizza, egli intende *sempre* darvi efficacia, cioè non tollera mai la messa in opera di altre leggi, ancorché dichiarate applicabili dai rispettivi Stati, a sacrificio della propria. Ebbene – ed ecco il momento centrale – tale analisi *fornisce un quadro semplicistico degli interessi reali dello Stato del foro*¹¹¹⁰. A ben riflettervi, infatti, si danno almeno *tre* ragioni che inducono a mettere in dubbio che l'applicazione della legge del foro, in ogni caso in cui l'applicabilità di questa *concorra* con l'applicabilità della legge di un altro Stato, *sia davvero conforme alla reale volontà, al reale e ben compreso interesse, dello Stato del foro*.

(a) Innanzitutto, fra tutte le fattispecie « colpite » da conflitti positivi, lo Stato del foro è, in genere, interessato a controllarne *alcune* a preferenza di altre. Ora, rileva in pratica Kramer, se lo Stato del foro insiste nel dare sempre e sistematicamente efficacia alla propria legge in *tutte* queste fattispecie, e se l'altro Stato in conflitto adotta il medesimo atteggiamento, non è vero che la legge del foro sarà applicata *effettivamente* a ciascuna di esse, ma lo sarà soltanto riguardo a quelle che saranno in concreto portate davanti ai suoi giudici. Ma poiché riguardo a quest'ultimo pur decisivo fattore, il foro non esercita in pratica alcun controllo, lo Stato del foro non ha in definitiva alcuna garanzia che la sua legge riuscirà ad imporsi in pratica neppure nella *metà* delle fattispecie contese. Anche da un punto di vista puramente « egoista » e « parrocchiale », dunque, potrebbe convenire allo Stato del foro *rinunciare* all'applicazione della sua legge riguardo ad alcune fattispecie a favore della legge dello Stato estero in conflitto positivo, al fine di invitare quest'ultimo, reciprocamente, all'applicazione della sua propria legge alle fattispecie restanti¹¹¹¹.

¹¹¹⁰ *Return of the Renvoi*, p. 1015: « In fact, this analysis oversimplifies a state's interests and, as a result, misinterprets its law »; in questo stesso senso SIMSON, *Plotting the Next Revolution*, p. 283; v. anche HILL, *For A Third Conflicts Restatement – But Stop Trying to Reinvent the Wheel*, 75 *Ind. L. J.* 535 (2000), p. 536: « A “selfish” state that, “blind to consequences”, pursues only “short-run gains”, would be a state that *misconceives* its own interests »; cfr. SYMEONIDES, *The American Choice-of-Law Revolution*, p. 365: « The selfish pursuit of the forum's interests is inimical to individual justice and state coexistence, as well as detrimental to the forum's own interests in the long run »; v. già HANOTIAU, *Droit international privé américain*, p. 116-117 e SHAPIRA, *Grasp All Lose All: On Restraint and Moderation in the Reformulation of Choice of Law Policy*, 77 *Colum. L. Rev.* 262 (1977).

¹¹¹¹ Vero è che uno Stato, in mancanza di un accordo con i suoi omologhi, non ha modo di sapere se questi accetteranno a loro volta il « compromesso ». Ma Kramer è fiducioso che, nel lungo periodo, sarà effettivamente così perché ciascuno Stato si avvedrà del beneficio che ne ritrae. Il che è del resto quanto suggerito dalla « teoria dei giochi » (« game theory »), la quale rivela che, se gli Stati (i « giocatori ») giocano un numero di volte *finito*, ciascuno di essi, per timore di perdere la regolamentazione di quelle fattispecie cui rinuncia a beneficio dell'altro senza avere garanzia che questo accetterà a sua volta di rinunciare alle restanti a beneficio suo, preferirà non rinunciare ed applicare

(b) Il secondo rilievo sembra ancora più decisivo. Uno Stato, oltre alle « policies » interne – cioè agli interessi *materiali* perseguiti dalle sue norme interne –, ha di mira delle « multistate policies », cioè degli interessi propri del *d.i.p.*, condividendoli con gli altri. Si tratta essenzialmente dell'agevolazione del traffico giuridico internazionale e della creazione, per tali fattispecie, di una regolamentazione adeguata e certa. Il raggiungimento di tale obiettivo dipende dalla concreta possibilità per i soggetti coinvolti di prevedere *ex ante* tale regolamentazione¹¹¹². Sono del resto proprio questi interessi del *foro* che lo inducono ad accettare di dare corso alla legge d'altri Stati in certi casi. Ebbene, se così è, prescrivere *sempre* l'osservanza della legge del foro nei conflitti positivi significa *ignorare* questi obiettivi, che pur perseguono o dovrebbero perseguire *tutti* gli Stati partecipanti al traffico giuridico internazionale. Benché non incorporati in alcuna norma specifica dello Stato del foro, questi interessi del *d.i.p.* costituiscono una sua preoccupazione innegabile sicché le sue autorità dovrebbero farsene interpreti ed agire di conseguenza.

(c) Infine, l'applicazione della legge del foro incoraggia il « forum shopping ». Ora, la più parte dei commentatori – rileva Kramer – concorda nel ritenere che meccanismi che facilitano un simile « comportamento strategico » da parte dell'attore non sono desiderabili; e, a parte il rilievo che, rimettendo all'attore la scelta della legge applicabile, non si usa giustizia nei confronti del convenuto, resta che il « forum shopping » può condurre alla scelta di un foro che è antieconomico per una o per entrambe le parti, e finisce per stimolare la proliferazione di iniziative giudiziarie non necessarie.

« Alla luce di questi tre argomenti – conclude il nostro – non può presumersi che il legislatore del foro intenda davvero che la legge del foro riceva applicazione in ogni caso di conflitto positivo. In assenza di un'esplicita contraria indicazione da parte del legislatore, « i giudici dello Stato del foro non devono dunque interpretare in tal senso la norma di conflitto del foro »¹¹¹³.

sempre la propria legge (« non giocare », dunque). Ma se si gioca un numero di volte *infinito*, la teoria dei giochi pronostica che gli Stati troveranno spontaneamente una soluzione che conviene ad entrambi (cioè che accetteranno di giocare): KRAMER, *Return of the Renvoi*, p. 1022 s., il quale s'è ispirato agli scritti di RASMUSEN, *Games and Information: An Introduction to Game Theory*, 1989, p. 21-32 e AXELROD, *The Evolution of Cooperation*, 1984, p. 3-54 (per il quale « a cooperation can indeed emerge in a world of egoists without central authority »). Sull'utilità di tale modello esplicativo, v. anche BRILMAYER, *Conflict of Laws: Foundations and Future Directions*, Boston, 1990, p. 145-189.

¹¹¹² *Return of the Renvoi*, p. 1017: « Always applying forum law encourages forum shopping and, more important, frustrates the attainment of multistates policies, since these depend on making the applicable law predictable *ex ante* ».

¹¹¹³ *Op. cit., loc. cit.*: « Given these three arguments, it hardly makes sense to presume that forum law-makers want forum law enforced in every true conflict »; anche HILL, *For A Third Conflicts Restatement – But Stop Trying to Reinvent the Wheel*, p. 536, ritiene « arbitraria » la convinzione di Currie secondo cui la soluzione dei « true conflicts » non può che essere rimessa al potere legislativo

161. Kramer muove indi alla *pars construens*, suggerendo alcuni canoni sovrastatali (« multistate canons ») al fine di risolvere in maniera equa e razionale i conflitti positivi. Si tratta di criteri che, come ha precisato di recente un seguace di Kramer, qualora incorporati in disposizioni vere e proprie, danno vita a « norme di conflitto » (« conflict rules », contrapposte alle « Rules of Scope », cioè alle norme unilaterali o di delimitazione delle norme interne)¹¹¹⁴. L'assunto primo è che le leggi in conflitto sono promulgate da sovrani *indipendenti ed eguali*. I criteri di soluzione dei conflitti devono riflettere questa *eguaglianza nella sovranità*. Non si tratta, ammonisce Kramer, di canoni utilizzabili in tutti gli « scenari » immaginabili, né di soluzioni definitive, ma di semplici proposte dirette a stimolare la discussione, bisognose di affinamento e di sviluppo. Egli si compiace tuttavia di scoprire nella giurisprudenza americana casi d'impiego spontaneo ed istintivo.

1. Se fra due leggi che vogliono applicarsi, la non applicazione dell'una la renderebbe praticamente inefficace, è opportuno preferirla all'altra (è il « comparative impairment test »)¹¹¹⁵. Ad esempio, se un soggetto è dichiarato incapace per prodigalità, la legge che permette al tutore di annullare il contratto stipulato dall'incapace sarebbe frustrata se fosse sufficiente che questi si rechi all'estero per fare venire meno la sua protezione. Dunque, nel caso di conflitto fra la legge protettiva dell'incapace (dello Stato della sua residenza) e la legge protettiva della buona fede dell'altro contraente (segnatamente dello Stato di conclusione del contratto), dovrebbe prevalere la prima¹¹¹⁶.

2. Altro criterio di soluzione – formulato dall'autore con riguardo alla sola materia contrattuale – è dato dalla *scelta di legge* accordata alle parti¹¹¹⁷. Kramer s'affretta a precisare di non volere ammettere *sempre* tale scelta, e di non ammetterla a favore di una legge *qualsiasi*, il che significherebbe, per uno Stato, abbandonare la propria regolamentazione in questa delicata materia, bensì di ammetterla soltanto, appunto, nel caso di conflitto positivo, e soltanto a favore di *una* delle leggi in conflitto. Uno Stato accetta infatti di rinunciare alla sua legge al solo scopo di realizzare un « coordinamento » con la legge

e secondo cui dunque « the courts [should make] bad law while waiting for the legislature to make good law ».

¹¹¹⁴ ROOSEVELT III, *The Myth of Choice of Law*, spec. p. 2468 s. e 2488 s.

¹¹¹⁵ Si tratta della nota proposta di BAXTER, *Choice of Law and the Federal System*, 16 *Stan. L. Rev.* 1 (1963), anch'essa avanzata per la soluzione dei « true conflicts »; sulla sua importanza per l'analisi economica dei conflitti di leggi, ALLEN/O'HARA, *Second Generation Law and Economics of Conflict of Laws: Baxter's Comparative Impairment and Beyond*, 51 *Stan. L. Rev.* 1011 (1998-1999).

¹¹¹⁶ Come avvenne nel caso *Lilienthal v. Kaufman*, 239 Or. 1, 395 P.2d 543 (1964), che fu effettivamente deciso privilegiando la legge dell'Oregon, protettiva dell'incapace.

¹¹¹⁷ Per l'accresciuto rilievo all'autonomia delle parti come criterio di soluzione del conflitto, v. RICHMAN/REYNOLDS, *Prolegomenon* p. 434; O'HARA/RIBSTEIN, *From Politics to Efficiency*, p. 1151 (proprio discutendo delle idee di Kramer); v. anche RIBSTEIN, *Choosing the Law By Contract*, 18 *J. Corp. L.* 245 (1993).

dell'altro Stato¹¹¹⁸. Nel caso di conflitto, dovendosi *comunque* scegliere una legge, un modo per compiere tale scelta consiste nel... delegarla alle parti! A fondamento dell'autonomia che propone di riconoscere a queste ultime, Kramer individua due ragioni: la prima è che ogni restrizione alla libertà contrattuale può in qualche modo essere riguardata come un'*eccezione* ad un valore generale, perseguito, seppure in misura diversa, dalle norme in materia contrattuale di ogni Stato, e dunque, presumibilmente, anche dai due Stati in conflitto: la promozione dell'autonomia negoziale. La seconda, più importante, è che in questo modo si persegue l'obiettivo comune alle leggi dei due Stati in conflitto di assicurare alle parti certezza e prevedibilità. Quale mezzo più efficace per consentire ai contraenti di prevedere i diritti e gli obblighi che deriveranno da un contratto se non... quello di lasciare che le parti scelgano la legge appunto da sé? Che se poi le parti trascurano di compiere tale scelta, si potrebbe applicare la « validation rule », cioè privilegiare la legge che valida il contratto a detrimento della legge che lo invalida. Il principio del *favor validitatis* avrebbe infatti l'effetto di obbedire alle presumibili aspettative delle parti – in genere, le parti intendono concludere negozi *validi* –, e di concorrere al disegno comune di promuovere il commercio giuridico.

3. Nel caso in cui una norma sia ormai obsoleta nello Stato che l'ha posta – cioè non sia più conforme al sentire comune, o prevalente, nella sua società – è ragionevole che essa sia accantonata in favore dell'altra legge, purché non obsoleta. Gli è infatti che ogni Stato annovera nel suo ordinamento leggi ormai invecchiate, che rimangono nei codici per sola inerzia. Se esse riflettono ancora una certa politica legislativa, si tratta di politica debole. Taluni autori sostengono addirittura che i tribunali non siano nemmeno vincolati ad applicarle¹¹¹⁹. E' allora giudizioso, a più forte ragione, presumere la disponibilità di tali leggi, e degli Stati che le hanno adottate, a rinunciare ad esigerne l'osservanza qualora vengano a concorrere con leggi straniere egualmente dichiarate applicabili ma oggettivamente – anche, cioè, dal punto di vista della collettività del foro – più moderne. Esempi di leggi obsolete sono, per Kramer, quelle che escludono il risarcimento nel caso di decesso del danneggiato o prescrivono l'incapacità della donna maritata¹¹²⁰.

¹¹¹⁸ *Rethinking Choice of Law*, p. 329: « The parties should thus be allowed to choose only when there is potential for true conflict. And even in those cases, the parties should not be allowed to choose any law they like. If a state forgoes applying its law in true conflicts, it is only to accommodate the applicable law of another state. Even if the state decides to resolve true conflicts by delegating the power to choose to the parties, it has no reason to make the parties' choice broader than the conflicting laws ».

¹¹¹⁹ L'A. si richiama al libro di CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge (Mass.) 1982.

¹¹²⁰ Esempi di leggi obsolete – fa notare l'A. – si rinvencono in numerosi casi famosi nella storia del d.i.p. americano quali *Grant v. Mc Auliffe*, 41 Cal. 2d 859, 264 P.2d 944 (1953), *Milliken v. Pratt*, 125 Mas. 374 (1878), *Erwin v. Thomas*, 264 Or. 454, 506 P.2d 494 (1973).

4. Quarta direttiva di soluzione consiste nel privilegiare, fra le due leggi in conflitto positivo, quella verso la quale si sono orientate le *aspettative delle parti*. Kramer ammonisce che deve trattarsi di aspettative *effettive* e, di massima, di *entrambe le parti*¹¹²¹. L'assecondare tali previsioni risponde innanzitutto ad un generale principio di buona fede (*fairness*), al quale si riconosce in genere un qualche valore nel diritto privato di tutti gli Stati. Certo, gli Stati mettono in opera la loro legge anche *contro* le aspettative genuine dei soggetti che ne sono destinatari. Ma qui, osserva Kramer, le aspettative si limiterebbero a *rafforzare* il titolo di una norma *già* dichiarata applicabile indipendentemente da esse, cioè non varrebbero a *fondare da sé* tale applicabilità. Se accettano entrambi di dare efficacia alla legge che ha informato di sé le attese individuali, i due Stati in conflitto promuoverebbero il valore comune della buona fede (« shared policy of fairness »), ed uno di essi, quello la cui legge riceverà concreta efficacia, realizzerebbe altresì i valori sostanziali che animano le sue norme¹¹²².

Rimane da dire della possibilità che uno degli Stati in conflitto adotti un certo criterio di soluzione, e che l'altro Stato ne adotti uno diverso, cioè insomma che le « norme di conflitto » nel senso sopra precisato siano divergenti e che tale disparità lasci sussistere l'*applicabilità* di due leggi al caso di specie. Ciò ha rilievo perché si è, da parte di dottrina europea, lasciato intendere che il metodo « a due fasi » proposto da Kramer sia « unilateralista » nella sua prima fase, ma « bilateralista » nella seconda¹¹²³. L'autore non si sofferma a lungo sulla questione: ma precisa comunque che ciascuno dei due Stati in conflitto è *tenuto*, anche in questa seconda fase, ad interessarsi alla soluzione per cui propende l'*altro Stato*. In particolare: se l'altro Stato adotta una norma diversa, il giudice del foro « dovrebbe riconsiderare la sua norma di conflitto »; se ritiene che la norma di conflitto straniera assicura nel caso di specie « un superiore accomodamento degli interessi », allora dovrà darvi efficacia e disapplicare la propria¹¹²⁴. Ulteriori precisazioni

¹¹²¹ Un'illustrazione di tale principio è fornita, secondo l'A., dal caso *People v. One 1953 Ford Victoria*, 48 Cal. 2d 595, 311 P.2d 480 (1957). Poiché una « conflict-of-law issue » insorge quando una parte allega nel processo di avere fatto assegnamento su una legge, l'altra di avere fatto assegnamento su un'altra legge, l'A. precisa che tale criterio può funzionare soltanto se una delle parti riesce a dimostrare che anche l'altra, al momento della nascita del rapporto, ha creduto applicabile la legge di cui nel processo contesta l'applicabilità (*Rethinking Choice of Law*, p. 338).

¹¹²² Infine – e siamo al « canon » n. 5 – se vi è conflitto tra una norma *processuale* ed una norma *sostanziale* (il che – osserva l'A. – avviene non di rado, specie perché si tendono a caratterizzare quali processuali certe norme che hanno una finalità sostanziale, quali gli *statutes of limitations*, gli *statutes of frauds*, e così via), è ragionevole, per Kramer, fare prevalere la norma sostanziale. Poiché la procedura è *strumentale* alla corretta ed efficiente realizzazione della legge sostanziale, la preferenza in favore della norma sostanziale (nonostante la norma processuale sia quella del foro), appare opportuna, avuto riguardo agli interessi dell'uno e dell'altro Stato, oltre che, naturalmente, agli interessi delle parti a che si riduca il *forum shopping* (*Rethinking Choice of Law*, p. 327).

¹¹²³ PICONE, *Cours général*, p. 78.

¹¹²⁴ KRAMER, *More Notes on Methods and Objectives*, p. 277. Ci permettiamo di riprodurre il passaggio per intero: « If the other state uses a different rule to resolve true conflicts, the court should

non sono fornite. Ma questi brevi appunti, in particolare la disponibilità dello Stato del foro a mettere da parte, ancora una volta, la sua norma, qui di conflitto, per far spazio a quella dell'altro Stato al fine di assicurare uniformità al regolamento del rapporto, sono sufficienti per escludere una bilateralità « autarchica » anche di questa seconda fase¹¹²⁵.

162. Mette conto riassumere la dottrina dell'autore. Kramer riconosce che uno Stato parte di un conflitto positivo, se accetta di rimettere in discussione l'*applicabilità* delle proprie norme facendone dipendere l'applicazione *effettiva* da un ulteriore criterio, equo e paritario, dovrà rinunciare ai *valori* di cui esse sono portatrici ogni volta che, sulla base di tale criterio, la sua legge venga appunto messa da parte a favore di quella dell'altro Stato: le sue norme invalidanti un atto giuridico – e quindi la *ratio* di protezione della parte che lo compie, ovvero di terzi – saranno disapplicate a favore delle norme straniere validanti; le sue norme contrattuali, anche quelle internamente imperative (con i loro obiettivi, anche qui, di protezione, di un contraente o di terzi), se non « optate » dalle parti, saranno accantonate a favore delle norme straniere scelte dalle stesse; e così via. Ma la rinuncia, da parte di uno Stato, all'applicazione *effettiva* delle sue norme pur dichiarate applicabili è, secondo Kramer, compensata dal fatto che, nei casi in cui sono in gioco i valori più importanti per tale Stato, le norme che li fanno propri e li esprimono verranno rispettate *anche* dagli altri Stati, e saranno davvero *effettive* sul piano internazionale: le sue norme contrattuali, quando scelte dalle parti, saranno *applicate* anche dallo Stato le cui norme non sono state scelte dalle parti; le sue norme validanti un atto giuridico saranno applicate anche dallo Stato le cui norme invalidano l'atto, e che pur ha dichiarato queste ultime in principio applicabili. Così facendo, entrambi gli Stati in conflitto assicurano la promozione di un valore *comune*, distinto rispetto a valori particolari soggiacenti alle norme di ciascuno (una « third shared policy »): la giustizia nei confronti delle parti (« fairness to the litigants »). E ciò grazie all'*uniformità* che viene in questo modo garantita, dunque alla *certezza* e la *prevedibilità* che ne deriva per le parti, e la conseguente riduzione del *forum shopping*¹¹²⁶. E' su questa *fairness to the litigants* che insiste molto un altro unilateralista americano contemporaneo delle cui proposte è ben ora rendere conto¹¹²⁷.

reconsider its rule and ask whether the foreign rule produces a superior multistate accommodation of interests. If it does, or if the rules are indistinguishable in this regard, the forum should adopt the other state's rule. Otherwise, the forum should follow its own rule and write an opinion explaining why it is better ».

¹¹²⁵ Il termine è di JACQUET, *La fonction supranationale*, p. 143.

¹¹²⁶ PICONE, *Cours général*, p. 77.

¹¹²⁷ L'urgenza di riportare al centro dell'attenzione la « fairness to the litigants » quale valore fondamentale del d.i.p. si fa manifesta nella dottrina americana già intorno agli ottanta: v. soprattutto MARTIN, *Personal Jurisdiction and Choice of Law*, 78 Mich. L. Rev. 872 (1980), p. 879 s.; BRILMAYER, *An Introduction to Jurisdiction in the American Federal System*, 1986, p. 274, e KOGAN, *Toward a Jurisprudence of Choice of Law: the Priority of Fairness over Comity*, 62 N.Y.U.L. Rev. 651 (1987),

163. Le idee di Kramer hanno esercitato una profonda e visibile influenza su Edwin Scott Fruehwald, le cui tesi sono state esposte in anni recenti¹¹²⁸. Come per Kramer, anche per Fruehwald, due sono i momenti-chiave del procedimento di soluzione del conflitto di leggi. Il giudice deve innanzitutto identificare quali leggi sono dichiarate *applicabili* dagli Stati che hanno un collegamento con la fattispecie (ciò che l'autore chiama « Step 1 »). Anche Fruehwald, come Kramer, prende sul punto le distanze dall'*interest analysis* di Currie, prescrivendo che siano rispettate le *preferenze soggettive* di ogni Stato, quali esplicitate dal legislatore o ricavate per interpretazione dai suoi giudici¹¹²⁹. Qualora due o più Stati dichiarano applicabili le loro leggi, cioè nel caso di « conflitto vero », il giudice deve dare *concreta efficacia* alla legge dello Stato, del foro o straniera, che presenta con la fattispecie il *collegamento più stretto* (« closest connection test », oggetto dello « Step 2 »)¹¹³⁰: si tratta – precisa – di un'indagine sia *quantitativa* che *qualitativa* assai delicata. Un tale approccio soddisferebbe – a dire dell'autore – in misura ragionevole tutti gli « interessi » fondanti il diritto internazionale privato¹¹³¹.

p. 651 s. (secondo il quale « such fairness concerns are unrelated to the state policy interests with which conflicts-law theory has been obsessed for over a quarter century »).

¹¹²⁸ FRUEHWALD, *Choice of Law for American Courts – A Multilateralist Method*, Newport (Connecticut), 2001. Un sostanzioso anticipo delle idee dell'A. si rinviene in *A Multilateralist Method of Choice of Law*, 85 Ky. L. J. 347 (1996-1997), una prima applicazione in *Choice of Law and Same-Sex Marriage*, 51 Fla. L. Rev. 799 (1999). Il metodo sviluppato da Fruehwald è tributario di quello di Kramer (esposto dall'A. a p. 36, accanto alle proposte della Brilmayer e di Dane): « because I believe that the existing choice of law systems are flawed, I have developed a new choice of law method that combines a modified version of Kramer's first step with a closest connection test » (corrispo nostro). Tale metodo è presentato programmaticamente come « multilateral ». L'unilateralismo assume qui – come si diceva in apertura: *supra*, para. 140 – il nome di « multilateralismo »: il « secondo » articolo del programma unilaterale, a tenor del quale la volontà d'applicazione di ogni legge quale impressa dal rispettivo Stato non solo non può essere ignorata, ma deve essere presa in rigorosa considerazione, è ben riflesso in tale nuovo appellativo.

¹¹²⁹ *Choice of Law for American Courts*, p. 105: « The above analysis [cioè quella condotta nello Step 1] resembles (and is influenced by) governmental interest analysis' identification of state policies and interests. However, the method identifies states' interests to determine whether the lawmaker intended the law to encompass the issue, whereas (...) governmental interest analysis often seems to be employing an objective standard that ignores legislative preferences ».

¹¹³⁰ L'A. si richiama a ROOSEVELT III, *The Myth of Choice of Law*, p. 2461, aderendo all'idea che « choice of law involves two quite different inquiries ». Insomma – crediamo di potere riformulare così il pensiero dell'A. sul punto – ciò che interessa allo Stato del foro non è cercare d'imporre il criterio di collegamento « naturalmente » giusto, che « preesisterebbe » ai sistemi positivi, e che questi devono, dal suo punto di vista, far proprio: il che per l'A. sarebbe peraltro – lo si intuisce agevolmente – contrario al rispetto della *sovranità* di ciascuno Stato. Si guardi piuttosto a quello che gli Stati concretamente *fanno*: riguardo ad una fattispecie concreta, dichiarano essi applicabile *prima facie* la loro legge, oppure no?

¹¹³¹ *Choice of law for American Courts*, p. 47 s. Si tratta del seguente catalogo: 1) la *positività* (« choice of law should be grounded in positive law »); 2) la *neutralità materiale* (« choice of law should be substantively neutral »); 3) la *neutralità rispetto al foro* (« choice of law should be forum

164. Si tratta innanzitutto di un metodo fondato sul *diritto positivo*. Ciascuna legge, del foro come straniera, viene presa in considerazione soltanto se e nella misura in cui chi è chiamato ad elaborarla e a precisarne il contenuto e la portata (legislatore o giudici) ha inteso o intende che governi concretamente il rapporto interindividuale in questione¹¹³². Si tratta inoltre di un metodo neutro dal punto di vista dei contenuti sostanziali delle leggi in conflitto, dal momento che non viene valutata la « saggezza » delle singole norme materiali, né nella prima né nella seconda fase dell'analisi. Quando sussiste un *true conflict*, la scelta non viene fatta sulla base di criteri contenutistici ma di criteri spaziali¹¹³³. Ancora, si tratta di un metodo neutro dal punto di vista del foro che abbia a conoscere della fattispecie, dal momento che l'esito di un eventuale accertamento giudiziario non dipende dal luogo in cui s'agisce. Per ciò stesso, le soluzioni sono ragionevolmente prevedibili per le parti: le quali sapranno che, se due Stati dichiarano ciascuno applicabile la propria legge, la soluzione non dipenderà da quale foro sarà adito né dalle personali preferenze del giudice circa la legge migliore, il che sarebbe fonte d'imprevedibilità, ma da una valutazione degli elementi oggettivi di connessione geografica. Certo, una prevedibilità *assoluta* non è garantita, perché vi può essere incertezza circa la concreta volontà di una legge d'applicarsi ad una data fattispecie, o circa la concretizzazione che il giudice farà nel caso di specie del collegamento più stretto. Ma la « neutralità materiale » e l'« indipendenza della norma applicabile dal foro adito » assicurano a tale metodo una *ragionevole* prevedibilità¹¹³⁴. Si tratta inoltre di un metodo equo verso le parti coinvolte (*fair to the individuals*), il che – secondo Fruehwald – è l'obiettivo primario delle norme di conflitto¹¹³⁵: da un lato, l'individuo non viene assoggettato ad una legge che non è stata elaborata per regolare il rapporto in cui è coinvolto, cioè alla legge di uno Stato che non ha legami con il rapporto o ne ha solo di tenui; inoltre, la legge del collegamento più stretto è per lo più quella la cui efficacia è conforme alle ragionevoli aspettative delle parti. In terzo luogo, poiché il gioco del *forum shopping* è esorcizzato – cioè poiché la legge applicabile è una sola, e non più d'una, in dipendenza dal foro adito – l'individuo non si trova di fronte a prescrizioni incompatibili: il che, ricorda con

neutral »); 4) la prevedibilità delle soluzioni (« choice of law should be predictable »); 5) la « fairness » nei confronti delle parti al processo (« choice of law should be fair to the litigants »); 6) la considerazione degli *interessi* degli Stati all'applicazione delle loro leggi (« choice of law should reflect the relevant states' interests »).

¹¹³² *Choice of Law for American Courts*, p. 48: « To be grounded in positive law, a choice of law method must select a law that the lawmaker (the legislature, the judge, the agency) meant to encompass the situation that is being litigated. It is not enough that a law exists if it does not apply to the facts ».

¹¹³³ *Choice of Law for American Courts*, p. 49-51.

¹¹³⁴ *Choice of Law for American Courts*, p. 51-54.

¹¹³⁵ *Choice of Law for American Courts*, p. 53: « The primary goal of choice of law should be fairness to the litigants ».

fermezza Fruehwald, è un requisito essenziale della legalità¹¹³⁶. La quale certezza circa la legge applicabile consente al soggetto di conformare la sua condotta alla legge – all'*unica* legge applicabile – e a pianificare con sicurezza la propria vita giuridica¹¹³⁷. Infine, un metodo così congegnato è rispettoso anche degli *interessi statali*. Il quale rispetto è particolarmente evidente nella prima fase del ragionamento, in cui si prende in considerazione la volontà di ogni Stato di regolare la fattispecie mediante la sua legge, con il che si reca omaggio alla sovranità di ciascuno Stato, si osserva cioè la libertà di ciascuno Stato di scegliere a quali fattispecie internazionali estendere la propria legge, di selezionare il criterio (unilaterale) di collegamento che ne fonda l'applicabilità. Ma anche la seconda fase, seppure più indirettamente, tiene conto degli interessi statali, perché conduce alla promozione dell'interesse dello Stato con cui il rapporto presenta il legame più stretto, mentre quello dello Stato meno vicino alla fattispecie gli cederà¹¹³⁸.

165. Proviamo a sistemare. Che la legge regolatrice di un dato rapporto sia una legge ad esso *prossima* è interesse legittimo innanzitutto delle *parti*, perché queste non possono rendersi conto dell'applicabilità della legge di uno Stato con legami inesistenti, o comunque tenui, con il rapporto che intendono instaurare o hanno instaurato, sia degli *Stati*, perché la pretesa di questi a controllare una fattispecie mediante la loro legge è tanto più legittima quanto più fortemente la fattispecie è inserita nel loro sistema socio-economico. Non basta. Le parti vantano un distinto interesse, cioè l'interesse a che la legge applicabile sia *unica*, indipendentemente dal foro, e ciò perché, se più Stati prescrivono loro l'osservanza delle loro leggi, vi è il rischio di una contraddizione di disciplina, la cui permanenza comporta che il diritto non potrà servire da guida per la condotta dei suoi destinatari e potrà prestarsi ad abusi di uno di essi a danno dell'altro. Per venire incontro al primo interesse, ci si affida a ciascuno degli Stati, al quale si riconosce la libertà di dichiarare applicabile la sua legge alle fattispecie che, avuto riguardo al contenuto materiale delle proprie norme, egli abbia a ritenere più strettamente collegate a sé. Se condotta razionalmente, tale operazione di delimitazione non può che orientare verso una o più leggi con cui la fattispecie presenta un contatto significativo. Per soddisfare il secondo interesse e qualora una medesima fattispecie sia ricompresa nella sfera d'applicazione di più leggi, si deve risolvere il concorso che viene a determinarsi facendo prevalere una legge sull'altra. Il criterio proposto da Fruehwald per decidere di tale prevalenza è conforme proprio a quell'interesse delle parti e degli Stati da cui si

¹¹³⁶ « It is a fundamental principle of fairness that a person should not be subjected to inconsistent or ambiguous laws » (*Choice of law for American Courts*, p. 53). L'A. cita sul punto Justice SCALIA, *The Rule of Law as a Law of Rules*, 56 U. Chi. L. Rev. 1175 (1989), p. 1178, secondo cui « [r]udimentary justice requires that those subject to the law must have the means of knowing what it prescribes ».

¹¹³⁷ *Choice of law for American Courts*, p. 52: « Individuals need to know how the law governs their behavior so that they can conform their behaviour to the law. (...) Consequently, any choice of law system should be as predictable as possible ».

¹¹³⁸ *Choice of Law for American Courts*, p. 54-55.

sono prese le mosse: fra le leggi di due Stati *ragionevolmente* vicini alla fattispecie, è ancora una volta interesse delle parti d'essere giudicate sulla base della legge dello Stato con cui il loro rapporto presenta il collegamento più stretto; fra due fattispecie entrambe sufficientemente integrate nel loro ordine, è ancora una volta interesse degli Stati a che ciascuno possa prescrivere l'osservanza della propria legge ai rapporti più strettamente collegati a sé.

A chi gli rimprovera l'imprevedibilità degli esiti cui può condurre la ricerca del collegamento più stretto, Fruehwald ribatte, da un lato, che le parti s'aspettano in genere che il loro rapporto sia sottoposto alla legge dello Stato nella cui società esso è più significativamente integrato, e, dall'altro, che il far dipendere la legge regolatrice dal foro adito « sopprime in ogni caso la prevedibilità »¹¹³⁹. Dunque – vien fatto di concludere – un metodo che cerca di conseguire la *forum neutrality* si rivela più attento alle preoccupazioni di *certezza del diritto* rispetto ad un metodo che se ne disinteressa.

¹¹³⁹ *Choice of Law for American Courts*, p. 53: « Lack of forum neutrality also destroys the laws' predictability ».

Sezione VI

Conclusioni sull'unilateralismo americano

SOMMARIO: – 166. Il nucleo della protesta americana: la « preoccupazione » dello Stato di applicare la sua legge a fattispecie internazionali. Il processo di « soggettivizzazione » dell'analisi di tale preoccupazione. – 167. La scoperta dei « conflitti veri ». La spiegazione interstatale e la spiegazione interindividuale della necessità di risolverli unitariamente. I criteri per la loro soluzione. – 168. Alla ricerca della positività di tali criteri nei sistemi moderni.

166. La « choice-of-law revolution », nonostante i suoi eccessi iniziali, sui quali – crediamo – sarebbe poco costruttivo continuare oggi ad insistere, ha, pur nel suo svolgimento non sempre rettilineo e talora confuso, gradualmente condotto l'idea unilaterale ad attingere, negli anni recenti, un elevato grado di compiutezza.

La protesta americana ha innanzitutto riportato alla luce quello che la spiegazione « bealiana » della norma di conflitto bilaterale, presuntamente fondata su una *common law* prepositiva, lasciava nell'ombra: cioè che uno Stato *si preoccupa*, si deve preoccupare – « interest » è qui, come si è giustamente detto, sinonimo di « concern »¹¹⁴⁰ – di dare efficacia alle sue norme riguardo a fattispecie, bensì con elementi di estraneità, ma nondimeno così legate al suo ordine che esso non può non intendere assicurare la protezione delle sue leggi ai soggetti che ne sono coinvolti. La norma di conflitto – ha lasciato intendere taluno – tiene silenziosamente conto di questa esigenza e, di regola, se ben fatta, già la soddisfa¹¹⁴¹. Resta che tale preoccupazione, e l'attitudine della norma di conflitto a venirle incontro, rimanevano, per la visione classica, nel perimetro del cono d'ombra della « natura della cosa », e sfuggivano all'occhio e per ciò all'intelletto dell'interprete.

L'unilateralismo è parso lo strumento naturale per dare voce a questa preoccupazione, per ridirezionare il cono d'ombra, così da riportarvi la luce. Libero da ogni costrizione metafisica, e facendo della diversità delle leggi degli Stati, cioè della diversità dei concreti valori protetti da queste, il suo postulato di base, esso veniva a consentire di tracciare il *reach* delle norme materiali, innanzitutto, certo, del foro, *in funzione* di tali

¹¹⁴⁰ SYMEONIDES, *The American Choice-of-Law Revolution*, p. 364.

¹¹⁴¹ HILL, *For A Third Conflicts Restatement – But Stop Trying to Reinvent the Wheel*, p. 535, nota 3: « I firmly believe, with Currie, that choice-of-law rules should reflect governmental interests. I also believe that, basically, this is what they have always done ». V. dello stesso autore, *Governmental Interest and the Conflict of Laws – A Reply to Professor Currie*, 27 *U. Chi. L. Rev.* 463 (1960), p. 502-504, nonché *The Judicial Function in Choice of Law*, 85 *Colum. L. Rev.* 1585 (1985) (« good or bad, [the choice-of-law] rules were not arbitrary constructs blind to governmental interests »).

valori¹¹⁴². Esso ha per questa via fatto naturale spazio alla « giustizia materiale », e anzi ha mostrato che la c.d. « giustizia del d.i.p. » o « giustizia conflittuale » è prima di tutto funzione di questa. La norma di d.i.p. funge primamente da « Rule of Scope », cioè serve in primo luogo allo Stato che la pone per estendere la sua visione della giustizia materiale a quelle fattispecie che sono troppo legate alla sua società perché i soggetti coinvolti possano essere privati del diritto di invocarla. Correlativamente e reciprocamente, l'acquisita coscienza del legame fra norma materiale e « Rule of Scope » spingeva il foro a riconoscere la legittimità delle « norme di delimitazione » straniere, perché in qualche modo strumentali alla diversa visione della giustizia materiale propria dello Stato che le pone.

Tuttavia, in un primissimo momento, per determinare la sfera d'applicazione delle norme straniere, non si è resistito alla sempre latente tentazione di « oggettivizzare » le valutazioni del foro o dei suoi interpreti. L'analisi dei valori perseguiti dagli Stati stranieri, e la deduzione da questi della sfera d'applicazione delle norme che li esprimono, sembravano dovere condursi oggettivamente, entro una cornice avulsa dalle peculiari, soggettive, valutazioni dello Stato che pone tali norme ovvero dei giudici suoi organi che le interpretano e le mettono in opera. Ma intanto, poiché si era riconosciuta la dipendenza della sfera d'applicazione delle norme dal loro contenuto, si propugnava con energia la non « transitività » dell'ambito di operatività delle norme del *foro*, cioè la *non* bilateralizzabilità del collegamento o dei collegamenti da cui essa dipende. L'oggettività delle analisi degli interessi, d'altra parte, s'accordava con l'idea che le norme di conflitto positive adottate all'estero, esattamente come quelle del foro, non fossero calibrate sui valori propri delle relative norme materiali, ma che, in quanto ispirate alle vecchie concezioni avversate, fossero a tal fine inutilizzabili. Ed anche, forse, con la constatazione che tale analisi era ancora fatto troppo nuovo perché si potesse immaginarla frammentata in tante *specificità* nazionali.

Presto, tuttavia, si è avviato un duplice laborioso processo. In primo luogo, si è riconosciuto che, così come ciascuno Stato persegue valori propri e specifici a mezzo delle sue norme materiali, così ne deve poter determinare liberamente e senza interferenze l'estensione: il più possibile lontano, cioè, da ogni controllo di congruità oggettiva. In secondo luogo, si è progressivamente maturata la consapevolezza di ciò che, nelle norme di conflitto *esistenti*, qualunque ne sia la fonte e qualunque ne sia la giustificazione teorica, uno Stato, quanto meno di massima, *già* riversa tali valori. Le norme di conflitto positive di uno Stato, specie se si includono i correttivi di cui sono capaci, dissimulano insomma la visione di tale Stato circa la più opportuna area di efficacia da dare alle proprie norme.

¹¹⁴² Ascrive a merito delle dottrine americane l'avere permesso di prendere coscienza del « *lien fonctionnel* » esistente fra le norme materiali e le norme di conflitto, AUDIT, *Flux et Reflux*, p. 70.

Ma un altro potente fattore è intervenuto ad accelerare il processo, per dir così, di « soggettivizzazione » dell'analisi degli interessi: l'accresciuta tendenza a ragionare in termini di *diritti ed obblighi* (« jurisprudence of rights »), della quale si è detto che essa rappresenterebbe addirittura una sorta di « controevoluzione »¹¹⁴³. L'adozione di questo nuovo angolo prospettico, ancora minoritario ma in progressione – e, ai fini che qui interessano, perfettamente in accordo con l'unilateralismo della visione dominante – ha condotto spontaneamente a riformulare l'interrogativo di base. Anziché chiedersi se, data una fattispecie concreta, uno Stato abbia interesse ad applicare la propria legge, si è cominciato ad interrogarsi, più direttamente e semplicemente, se lo Stato abbia inteso o meno fare sorgere un diritto ed un correlativo obbligo, o meglio *quel* diritto e *quell'*obbligo invocati nella lite. Il che ha imposto allo Stato del foro, in tema di diritto straniero, d'abbandonare del tutto la sua visuale per abbracciare, senza discuterle, e come « ad occhi chiusi », le « Rules of Scope » esistenti dello Stato straniero, ragionevoli o meno che gli appaiano.

Quest'ulteriore sviluppo dell'idea unilaterale, già presente presso i primi unilateralisti¹¹⁴⁴ e ormai maturo presso quelli contemporanei, consente allora di misurare la fondatezza dell'accusa, rivolta sin da principio all'unilateralismo americano, di avere esasperato gli interessi degli Stati, e messo da parte gli interessi *interindividuali*, i soli che, si è detto, rilevino nel d.i.p. Gli interessi interindividuali propri del *diritto privato*, quelli che sono alla base delle (eventualmente) diverse norme *materiali* dei diversi Stati coinvolti, sono alla radice profonda della protesta americana, sono oggetto d'attenzione prima delle nuove concezioni. Se uno Stato intende mettere in opera le sue norme materiali – il che suppone che un individuo ne abbia concretamente invocato l'applicazione – è *proprio* per proteggere quegli interessi individuali di cui tali norme sono portatrici. Si esaminino, per convincersene, i casi giurisprudenziali da cui la rivoluzione ha preso le mosse, e le prime analisi cui essi hanno dato vita. L'interesse statale è *funzione*, di volta in volta, dell'interesse individuale del danneggiato ad ottenere il risarcimento ovvero, viceversa, dell'interesse individuale del danneggiante a non prestare tale risarcimento; dell'interesse individuale del soggetto incapace a sciogliersi da un contratto che egli è inetto a compiere ovvero, viceversa, dell'interesse individuale del contraente capace a che sia protetto il suo legittimo affidamento sulla validità del contratto. Dietro l'interesse statale vi è sempre un interesse interindividuale: e non un interesse qualsiasi, ma quello stesso interesse protetto da quella norma materiale ch'è interesse dello Stato applicare; il primo s'afferma proprio per realizzare il secondo; dove il primo è soddisfatto, pure lo è il secondo.

E' anzi degno di rilievo il fatto che in Europa si cominci a guardare alle proposte americane come a quelle che meglio consentono di realizzare programmaticamente quegli

¹¹⁴³ ROOSEVELT III, *The Myth of Choice of Law*, p. 2466.

¹¹⁴⁴ Si pensi all'esordio dello studio di SOHN, v. *supra*, para. 141.

« interessi materiali », cioè quegli interessi materiali *interindividuali* (e quella tensione degli Stati alla protezione di tali interessi) di cui vi è generale convinzione ormai da un pezzo che la norma di d.i.p. tradizionale, nella sua meccanicità, non riesce spesso a tenere il dovuto conto¹¹⁴⁵.

167. L'attenzione rivolta agli interessi individuali sottostanti alle norme materiali ha condotto sin da subito ad isolare casi di *sovrapposizione* di leggi dichiarate applicabili dagli Stati coinvolti. Ad essi s'è dato il nome di conflitti di leggi *veri* (« true conflicts »). Non rileva tanto l'astratta diversità fra le due differenti visioni della giustizia proprie di due Stati. Si deve piuttosto affrontare qui l'effettivo « cozzo » fra due interessi individuali *concreti*, incompatibili l'uno con l'altro, giudicati entrambi meritevoli di protezione da due norme (che vogliono infatti entrambe applicarsi) di due Stati diversi, ma eguali in sovranità. I conflitti veri si palesano insomma come conflitti fra due (serie di) *norme* specifiche, cioè fra conflitti di *diritti* ed *obblighi* che nascono da tali norme. Perché tali conflitti siano risolti, non pare esservi alternativa: una delle due norme deve *cedere* all'altra, cioè il « valore » che una norma protegge deve sacrificarsi in favore dell'altro¹¹⁴⁶.

Già Currie si era imbattuto in tali conflitti. Egli aveva suggerito che si « rivedesse » allora la sfera d'applicazione di ciascuna delle due norme, alludendo vistosamente peraltro ad un possibile *favor* (*validitatis* ovvero *protectionis*), o ad un « cumulo di criteri di collegamento », ovvero ancora alla messa da parte di quella delle due « policies » in questione che appare più peculiare, più soggettiva e nazionale. Ma tali criteri – lasciato intendere – devono in qualche modo potere ricondursi alla volontà dello Stato del foro: in mancanza, il giudice non può che attenersi ai comandi del proprio legislatore, ed applicare dunque la propria legge, anche al prezzo di far dipendere l'esito della controversia dal foro prescelto. Tale *legeforismo* valse a Currie le note censure.

Presto, anche facendo tesoro di queste, si è avvertita l'esigenza di apprestare ai conflitti veri soluzioni internazionalmente *unitarie*, il che già formava per la verità il nocciolo dell'inascoltato messaggio di Sohn. L'applicazione sistematica della legge dello Stato del foro nei casi di conflitti positivi è ormai pressoché unanimemente condannata¹¹⁴⁷. Non solo. Riconosciuta tale esigenza *de lege ferenda*, si è altresì suggerito *de lege lata* che il giudice, in mancanza di un'espressa volontà contraria del legislatore, abbia già il

¹¹⁴⁵ PICONE, *Cours général*, p. 78.

¹¹⁴⁶ SHREVE, *Introduction*, p. 399; v. anche BORCHERS, *Empiricism and Theory in Conflicts Law*, 75 *Ind. L. J.* 509 (2000), p. 510: « Real people, after all, are litigants in multistate cases. We ought to take account of what we (i.e. the conflicts academy) are doing to these real people »; cfr. già AUDIT, *Flux et Reflux*, p. 64: « Les doctrines américaines (...) en refusant de confronter autre chose que des règles de fond, ont le grand mérite de nous obliger à redescendre sur terre »; cfr. HANOTIAU, *Droit international privé américain*, p. 112, e REYNOLDS, *Legal Process and Choice of Law*, 56 *Md. L. Rev.* 1371 (1997), p. 1383.

¹¹⁴⁷ SYMEONIDES, *The American Choice-of-Law Revolution*, p. 368; v. già AUDIT, *Flux et Reflux*, p. 63.

potere di valutare l'opportunità di mettere da parte la norma del foro a favore dell'altra norma in conflitto. In questo modo si è venuti a riconoscere al giudice del foro – in forza di, verrebbe fatto di dire, una sorta di un principio generale non scritto di d.i.p. – il compito di farsi diretto interprete degli « interessi multistatali », perseguiti dallo Stato del foro anche se non esplicitati in alcuna sua norma specifica: cioè, essenzialmente, quello di garantire l'uniformità di regolamento alle fattispecie internazionali che in qualche modo lo interessano¹¹⁴⁸.

Significativa è la ragione avanzata per giustificare questa svolta capitale. Essa è, ci sembra, duplice. Da alcuni autori, si è posto ancora una volta l'accento sull'interesse *statale*, cioè sulla preoccupazione, propria di ogni Stato in conflitto, di assicurarsi che le proprie norme, cioè i valori che esse perseguono, possano applicarsi *effettivamente* ad un certo numero delle fattispecie « contese », e garantire agli individui che vi sono implicati la protezione di cui sono capaci. Si è trattato peraltro di prospettiva necessaria: lo scopo immediato avuto di mira da tali autori era appunto di giustificare l'idea, che di primo acchito avrebbe potuto apparire temeraria, secondo cui il giudice, in quanto organo dello Stato, talvolta adempie meglio al suo ufficio se « disapplica » la norma del suo Stato, pur dichiarata in principio applicabile. Bisognava insomma mostrare il beneficio (l'« interesse ») per lo Stato derivante da una « disapplicazione », in certi casi, delle sue norme. Nell'ultimo ventennio si è invece dato risalto progressivamente maggiore alla « giustizia nei confronti delle parti » (« fairness to the litigants »). Accanto agli interessi interindividuali protetti dalle singole norme in conflitto, si sono venuti valorizzando gli interessi interindividuali *propri del d.i.p.*, identificati nell'uniformità, dunque nella prevedibilità (« uniformity » and « predictability »), dunque nella certezza. Poco a poco si è venuta maturando la consapevolezza che tali interessi rappresentano un valore *comune* ai due Stati (« shared value »), alle due norme in conflitto, « terzo » e superiore rispetto ai singoli valori materiali protetti da ciascuno, di guisa che è nell'interesse di entrambi gli Stati, anche di quello, cioè, la cui legge dovesse essere messa in concreto da parte, che il conflitto venga risolto uniformemente. Una delle due norme deve *cedere* ad un'altra, perché, si è detto da ultimo, i soggetti coinvolti in rapporti internazionali non possono essere destinatari di comandi contraddittori (a « inconsistent laws »). Il che impedirebbe loro di conformarsi alla norma di condotta e di pianificare con sicurezza la loro vita futura, ciò che è contrario ad una direttiva fondamentale di giustizia e contrasta con l'obiettivo pur largamente condiviso di promuovere la vita giuridica internazionale. La conclusione cui si è pervenuti a proposito della necessità di risolvere i conflitti veri è insomma – ed è questo che ci preme rilevare conclusivamente qui – identica, che li si contempli dall'angolo visuale degli Stati ovvero da quello degli individui parti di un rapporto internazionale: tali conflitti devono risolversi.

¹¹⁴⁸ Oltre a Kramer, v. per es. REYNOLDS, *Legal Process and Choice of Law*, p. 1382; HILL, *For A Third Conflicts Restatement – But Stop Trying to Reinvent the Wheel*, p. 534.

I principali criteri con cui selezionare, tra le due (serie di) norme applicabili, quella da applicare effettivamente, bensì innanzitutto proposti *de lege ferenda* al legislatore perché questi le inserisca in « Conflicts Rules », cioè norme che contengono appunto un criterio di soluzione del conflitto, così denominate per distinguerle dalle « Rules of Scope », ma già, si è detto, offerti al giudice come « canoni interpretativi » *de lege lata*, sono l'autonomia della volontà e il rispetto delle aspettative delle parti, il criterio del *favor* (*validitatis* o *protectionis*), il cumulo di criteri di collegamento, il criterio del collegamento più stretto, la disapplicazione della norma « obsoleta »¹¹⁴⁹.

168. Le norme di conflitto, d'origine giurisprudenziale o legislativa, che hanno accolto, quali criteri ultimi di soluzione del conflitto di leggi, l'autonomia della volontà, il criterio del *favor*, il collegamento più stretto, sono oggi, come è noto, numerose, ed hanno investito pressoché tutti i campi del d.i.p.¹¹⁵⁰ La loro *struttura* di tali norme presenta una somiglianza notevole con l'« approccio a due tappe » proposto dalle dottrine americane. In un *primo* momento, si determina una cerchia di leggi, di cui si comincia con il dire che sono tutte in principio egualmente applicabili, sulla base ciascuna di un diverso contatto; in un *secondo* momento, si dirime l'eventuale conflitto individuando la norma da applicarsi effettivamente a mezzo, volta a volta, dell'uno, dell'altro, dell'altro criterio ancora¹¹⁵¹. Rimane da verificare se la nascita e la diffusione di tali norme possano effettivamente giustificarsi invocando la loro *attitudine* a risolvere un conflitto positivo, cioè fra leggi dichiarate ciascuna *applicabile* dallo Stato che le pone. E' quanto intendiamo fare nella Parte Terza¹¹⁵².

Ma vi è di più. Un autore contemporaneo, tra i più sensibili ai metodi del d.i.p., ha osservato di recente, a proposito delle prospettive d'avvenire del metodo conflittuale, che i sistemi europei potrebbero, grazie allo strumento del rispetto della volontà d'applicazione delle norme straniere, « récupérer une perspective de fonctionnement en grande partie proche de celle qui est rendue possible par les conceptions mixtes, *unilatéraliste-bilatéraliste*, qui s'affirment de plus en plus dans la doctrine américaine récente »¹¹⁵³. Ciò – rileva in sostanza tale dottrina – consentirebbe, da un lato, di rispettare i valori perseguiti dai rispettivi Stati, dall'altro, di soddisfare l'esigenza di garantire una più grande uniformità di soluzioni, verso cui – si riconosce – tendono sempre più le propo-

¹¹⁴⁹ ROOSEVELT III, *The Myth of Choice of Law*, p. 2470: « we now have a wealth of suggestions for conflicts rule ».

¹¹⁵⁰ PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices*, p. 241; SOIRAT, *Règles de rattachement à caractère substantiel*, p. 7.

¹¹⁵¹ V. per es. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices*, p. 245; significativo è come questo A. tratti dei principi di soluzione dei « true conflicts » elaborati dalla dottrina americana di allora (essenzialmente la « better law » di Leflar e i « principles of preferences » di Cavers) a riprova della vitalità anche oltreoceano delle « règles de conflit à caractère substantiel », fra le quali include appunto le norme di conflitto alternative e le norme che prevedono l'autonomia della volontà.

¹¹⁵² V. *infra*, soprattutto para. 323 s.

¹¹⁵³ PICONE, *Cours général*, p. 78.

ste di soluzione dei conflitti veri avanzate dalla dottrina americana¹¹⁵⁴. E conviene allora accertare se ed in che misura i sistemi moderni già permettono di rispettare la « volontà d'applicazione delle leggi straniere ». Per rispondere a tale interrogativo, è utile studiare il significato di « norme internazionalmente imperative » o « norme d'applicazione necessaria », il che sarà oggetto della Parte Seconda del presente lavoro.

¹¹⁵⁴ Cfr. SCHWANDER, *Wie kann nationales IPR zu vermehrt internationaler Optik gelangen?*, in *Liber Amicorum K. Siehr*, Zürich, 2000, p. 682: « In Zukunft, sollten m. E. auch vermehrt in Europa die in den USA geführten Diskussionen um *true and false conflicts* wieder aufgenommen werden ».

Parte Seconda
APPLICAZIONI
DELL'UNILATERALISMO

Introduzione

SOMMARIO: – 169. Alla ricerca della positività dell'unilateralismo. La prima avvertenza: il carattere « sistematico » del d.i.p. – 170. La seconda avvertenza: i tre « articoli » o « momenti » del programma unilaterale. – 171. L'atteggiamento della bilateralità nei confronti di tali articoli. – 172. Il punto di dissidio fra le due dottrine: il richiamo del diritto straniero. – 173. L'utilità dello studio delle norme o proposizioni unilaterali. – 174. Piano della Parte Seconda. I tre Capitoli.

169. Illustrato, nella Parte Prima del presente lavoro, il progresso dell'idea unilaterale lungo l'arco del Novecento, e mostrata la continuità e la crescita in maturità di tale idea, è tempo ora di vedere, in questa Parte Seconda, se ed in che misura essa sia in grado di spiegare le soluzioni adottate dai sistemi moderni di diritto internazionale privato¹¹⁵⁵. Nell'andare alla ricerca delle « applicazioni » dell'unilateralismo, abbiamo avuto costantemente presenti due – diciamo così – « linee-guida », due avvertenze che vogliamo qui di seguito esplicitare.

La prima è che, quando ci si dispone ad un'indagine di diritto positivo, sia esso di fonte legislativa o giurisprudenziale, è bene non perderne di vista il carattere *sistematico*. Se è tra i contributi fecondi dello studio di Henri Batiffol sugli « aspetti filosofici » del d.i.p. l'aver mostrato tale carattere del diritto privato agli studiosi della nostra materia¹¹⁵⁶ –

¹¹⁵⁵ Scopo di questa Parte Seconda è dunque verificare se l'unilateralismo possa continuare a dirsi soffrire di quel male grave che « infetta » ogni teoria giuridica, cioè il suo « manque de positivité » (GOTHOT, *Le renouveau*, p. 431). La più parte della manualistica moderna che tratta dell'unilateralismo, se riconosce che tale giudizio radicalmente negativo non può più essere ragionevolmente formulato, rimane nondimeno alquanto prudente nell'ascrivere all'unilateralismo questo o quel meccanismo o principio o metodo di cui fa uso il d.i.p. moderno (v. al riguardo *supra*, para. 2). Per LOUSSOUARN/BOUREL, p. 99, ad esempio, « cette doctrine (...) n'a en règle générale rencontré en droit positif qu'un succès négligeable ». MAYER/HEUZÉ, p. 81, pur riconoscendo la « positività » di diversi « rattachements unilatéraux », esitano alquanto a considerarli quali applicazioni vere e proprie dell'unilateralismo. Per AUDIT, *D.i.p.*, p. 89, « [b]ien qu'il ne l'ait pas emporté, l'unilatéralisme connaît des applications dans le droit positif contemporain », anche se poi parla di « faible succès » della teoria (p. 93). Per CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZALEZ, *DIPr.*, p. 196, le tesi unilaterali « han sido acogidas sólo en escasísimas ocasiones para los sistemas positivos de DIPr ». Apertura maggiore mostra invece BALLARINO, *D.i.p.*, p. 249, il quale rileva che « norme unilaterali non solo sopravvivono ancora nella legislazione di molti Paesi, ma vi hanno fatto ingresso in epoca assai recente », e parla al riguardo « di materiale assai vario », che « richiede una certa attenzione ». Su un piano diverso si attestano invece BONOMI/BUCHER, i quali riconoscono che, anche laddove la norma è perfettamente bilaterale, l'« objectif primaire » rimane « unilatéral », cioè quello di « fixer le domaine d'application de la loi du for », e che le « raisonnement bilatéral laisse ainsi la place à un unilatéralisme limité » (corsivo degli A.).

¹¹⁵⁶ BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, 1956 (ristampa con *Introduzione* di LEQUETTE, Paris, 2002), p. 20 s. Nel verso della copertina della ristampa si legge del resto: « [i]ndispensable à l'internationaliste, la lecture de cet ouvrage revêt un caractère précieux ».

per isolare il quale, peraltro, proprio il d.i.p. offre un osservatorio privilegiato¹¹⁵⁷, perché esso non di rado conduce a scindere le parti di uno stesso rapporto giuridico e a sottoporle a norme adottate da Stati diversi, sì da rendere necessario un coordinamento fra queste¹¹⁵⁸ – pare naturale rilevare la necessità che di tale carattere si tenga conto pure, ancora prima, nell'esegesi delle norme di d.i.p. Vero è, infatti, che anche il d.i.p., come ogni ramo del diritto, ci si presenta quale sistema di *proposizioni* logico-linguistiche, che, se di origine legislativa, sono inserite in *disposizioni*, dalle quali si estraggono le « norme » di d.i.p. vere e proprie¹¹⁵⁹. E' ben vero che, spesso, in d.i.p. come in altre branche dell'esperienza giuridica, si attribuisce la qualifica di « norma » a ciascuna semplice « proposizione ». Ciò si fa per comodità, e ciò, appunto per comodità, faremo anche noi. Si tratta però di un uso non immune da alcuni inconvenienti. Una « proposizione », termine essenzialmente linguistico-grammaticale, ha infatti tutt'al più un'autonomia logica, non normativa. La « norma » vera e propria, cioè insomma il « precetto », il contenuto prescrittivo¹¹⁶⁰, si ricava spesso, e particolarmente nel diritto internazionale privato, dall'operare congiunto di un insieme di « proposizioni », si distilla dal loro

pour tous les juristes en ce que, mieux que tout autre, il leur rend palpable la notion de système juridique ».

¹¹⁵⁷ BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, p. 24: « Le droit international privé permet précisément de constater l'organisation en systèmes des droits privés internes et de percevoir d'un point de vue propre les raisons et les modalités d'un tel phénomène »; ed ancora, a p. 27: « Le problème des conflits de lois montre ainsi sur le vif comment le droit privé d'un pays forme un ensemble ».

¹¹⁵⁸ E' curioso rilevare come « la coordination de systèmes juridiques coexistants » verso cui BATIFFOL vedeva tendere sempre più il diritto internazionale privato moderno (*Aspects philosophiques*, p. 19), a dispetto così dell'idea « particolarista » come di quella « universalista », sia stata intesa dall'A., prima ancora che fra « systèmes de droit international privé » (cioè come mirante, a livello internazionale, a garantire dove possibile un'armonia delle soluzioni), fra più *norme* materiali di diritto privato, appartenenti ad ordinamenti diversi, richiamate dal foro per regolare aspetti bensì diversi, ma coordinati ed interdipendenti, di una medesima fattispecie internazionale. Il che rende spesso necessario un « travail d'adaptation mutuelle » delle norme utilizzate, eliminandone ogni eventuale « défaut de concordance » (p. 26), al fine di procurare che il rapporto interindividuale sia regolato bensì da più norme insieme, ma « sans lacunes et sans contradictions ».

¹¹⁵⁹ V. GOLDSCHMIDT, *Système et philosophie du droit international privé*, p. 21: « Il ne faut pas confondre la règle de conflit avec l'article de loi. Une règle peut se trouver dispersée entre divers articles, et un article peut contenir plusieurs règles »; v. anche TRAMMER, *Über die sogenannten « Einseitigen Normen » des internationalen Privatrechts*, *RabelsZ.*, 1957, p. 401: « so muss man auch die Rechtsnorm von der Gesetzesbestimmung unterscheiden ». Sulla natura del d.i.p. quale « sistema », v. CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ: « El DIPr es un verdadero sistema normativo » (corsivo dell'A.). Per una recente e decisa affermazione dell'esigenza di studiare le norme di d.i.p. nel contesto di quell'« ensemble systématique » che esse formano, v. BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, Paris, 2004, p. 155.

¹¹⁶⁰ Sulla funzione « prescrittiva » della norma giuridica, v. ad es. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 45 s.

funzionamento appunto « sistematico »¹¹⁶¹. Nello studiare le manifestazioni dell'idea unilaterale nei sistemi di d.i.p. vigenti abbiamo insomma avvertito quanto sia pericoloso fermarsi supinamente alla formulazione ed alla struttura di ogni singola « norma », al fine di riporla, come « segregandola », in questa od in quella categoria, di qui le norme unilaterali, di là le norme bilaterali¹¹⁶². Il rischio è di cadere in un vuoto « letteralismo », quando non in un vero e proprio « feticismo di formule »¹¹⁶³.

170. La seconda avvertenza è bensì distinta dalla prima, ma partecipa del medesimo ordine di idee. Per comprenderne il senso e la portata, occorre riprendere per sommi capi il « programma » dell'unilateralismo, quale esso risulta dalle tesi dei nostri autori. Si è visto che tale programma si articola in tre momenti, tutti egualmente basilari.

¹¹⁶¹ Non ci si potrà dunque meravigliare che si vengano a scoprire, da un lato, norme (o meglio proposizioni) *unilaterali* le quali, completate da altre norme (o meglio altre proposizioni), si « convertono » in *norme* (questa volta nel senso proprio del termine) *bilaterali*, sicché solo impropriamente si parla al riguardo di *norme* unilaterali, mentre dovrebbe parlarsi di semplici *proposizioni* o tutt'al più di *disposizioni* unilaterali, o meglio di proposizioni o disposizioni a *struttura* o *formulazione* unilaterale. Né che, viceversa e dall'altro, si diano norme (o meglio proposizioni) *bilaterali*, la cui bilateralità è però a tal punto ridotta da altre norme, che ne integrano e completano il contenuto, che essa si trova svuotata in buona parte della sua essenza: sicché, della disposizione « doppia », ad un tempo « introversa » ed « estroversa », risulta essere « norma » soltanto la « porzione » introversa, quella appunto, « unilaterale », la norma essendo insomma, in questi casi, soltanto formalmente bilaterale, ma sostanzialmente unilaterale. Per un'avvertenza simile, v. SYMEONIDES, *The American Choice of Law Revolution*, p. 372, il quale, nello sforzo di far comprendere l'unilateralismo a quei « many commentators [who] view the resurgence of the unilateral approach in conflicts law as a negative development » (p. 370), ammonisce « one should keep in mind that an inward-looking unilateral rule (...) does not operate in isolation, especially when it is surrounded with bilateral rules » (corsivo nostro).

¹¹⁶² Cfr. BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, p. 255 s.

¹¹⁶³ L'espressione è, come noto, del QUADRI (*Lezioni*, p. 223). Si vuole qui anticipare che, nell'esaminare il « contesto sistematico » di una norma di d.i.p., al fine di ricostruirne la struttura e le modalità di funzionamento, non ci si può, in certi casi, limitare a considerare le sole disposizioni c.d. « sulla legge applicabile », ma dovranno osservarsi le reciproche « interazioni » – riguardo alle quali è peraltro frequente il rilievo che esse siano state trascurate dalla dottrina del d.i.p. fino ad epoca assai recente – che questo primo gruppo di norme intrattiene, in eguale misura, con le norme sulla giurisdizione, da un lato, e con le norme sul riconoscimento delle decisioni e degli atti stranieri, dall'altro. Per un approccio « globale » allo studio del d.i.p., v. soprattutto in Italia i lavori di PICONE, al quale tale impostazione, che si manifesta, in modo diremmo quasi istintivo, già sin dai suoi primi scritti – v. ad es. in *Norme di conflitto speciali per la valutazione dei presupposti di norme materiali*, Napoli, 1969, spec. p. 140 s. –, ha permesso fra l'altro la ricostruzione del « metodo dell'applicazione generalizzata della *lex fori* » che reca ad attuazione il primo articolo del credo unilaterale; per un'affermazione di tale esigenza, recentemente BELL, *Forum shopping and transnational litigation*, Oxford, 2003; NUYTS, *L'exception de forum non conveniens en droit international privé, Etude de droit international privé comparé*, Bruxelles-Paris, 2003; BARNICH, *Les actes juridiques en droit international privé, Essai de méthode*, Bruxelles, 2001.

L'unilateralismo sostiene, in primo luogo, che preoccupazione prima di ogni Stato, e ragione prima per cui ogni Stato avverte l'esigenza di dotarsi in assoluto di norme di d.i.p., è quella di fissare la sfera di applicazione spaziale delle sue norme materiali con riguardo a fattispecie che presentano elementi di estraneità. Ciò ciascuno Stato è libero di fare scegliendo, per ogni categoria di rapporti od ogni questione o sottoquestione che essi sollevano, il criterio di collegamento che più ritiene confarsi all'oggetto, al contenuto ed alla *ratio* delle norme materiali con cui egli concepisce, definisce, interpreta e disciplina tale categoria, tale questione o tale sottoquestione. Si è visto tuttavia che gli unilateralisti europei, pur essendo di rado espliciti sul punto, lasciano talvolta intravedere che tale criterio, benché liberamente scelto da ciascuno Stato, debba essere, almeno tendenzialmente, uno soltanto, ma pure si è rilevato che altri autori – specie ma, non solo, americani¹¹⁶⁴ – abbiano contemplato la possibilità che l'area di operatività internazionale della legge del foro possa fondarsi su più fattori d'integrazione con lo Stato del foro, l'uno alternativo all'altro. Ferma restando la libertà nella scelta del *quale*, la questione del *quantum* dei legami sui quali il foro ha facoltà di fondare l'applicabilità delle sue leggi di diritto privato pare costituire ad oggi la *maggiore incertezza, o meglio il momento di maggiore incompiutezza*, dell'idea unilaterale quale sviluppata e professata dagli autori passati in rassegna¹¹⁶⁵.

In secondo luogo, rispetto a quelle fattispecie internazionali – o meglio questioni o sottoquestioni – che il foro non ricomprende nel campo di applicazione delle sue norme materiali, ciascuno Stato può ed anzi deve richiamare e dare efficacia al diritto straniero: deve, se vuole raggiungere quei fini per cui ha avvertito l'esigenza di delimitare la sfera di applicazione delle proprie norme. La designazione delle norme straniere tuttavia non deve, senza errore e pericolo, avvenire « bilateralizzando » il criterio di collegamento prescelto dal foro. Ma non si tratta, di nuovo, di un imperativo categorico, bensì di un imperativo ipotetico. Ed anzi, di quello stesso imperativo ipotetico che spinge ogni Stato ad aprirsi in assoluto al diritto straniero. Non è insomma che il foro non sia legittimato a compiere tale bilateralizzazione. Gli è, più semplicemente e più decisamente, che questa « bilateralizzazione » non serve o potrebbe non servire allo scopo ultimo cui il foro stesso tende quando si dispone a mettere da parte la propria legge in favore della legge di un altro Stato. L'attribuzione di efficacia alle norme straniere deve avere luogo piuttosto, propongono i nostri autori, nel rispetto della delimitazione della loro sfera di operatività, sia materiale che spaziale, quale è tracciata dai legislatori degli Stati che le

¹¹⁶⁴ Per quanto riguarda Niboyet, v. *supra*, para. 76.

¹¹⁶⁵ Le manifestazioni più visibili dell'unilateralismo nel d.i.p. contemporaneo si riscontrano proprio nei settori in cui la normativa sostanziale posta da uno Stato è dichiarata applicabile a *più categorie* di rapporti internazionali, ciascuna connotata da un distinto fattore d'integrazione con il sistema socio-economico del foro, che il foro ritiene sufficientemente significativo da giustificare la messa della propria legge a disposizione dei soggetti coinvolti: v. per una rassegna, soprattutto, *infra*, Capitolo VI e, per un tentativo di spiegazione, *infra*, Parte Terza.

hanno poste, o ricavata dalla loro giurisprudenza, cioè insomma sulla base del diritto positivo, vigente, del relativo Stato, il quale, così come ha elaborato tali norme, pure le ha munite, non può non averle munite, espressamente o per il tramite dei suoi giudici, di un certo campo di applicazione, anche internazionale.

In terzo luogo, l'unilateralismo riconosce bensì che, se tanto la legge del foro quanto la legge straniera sono applicabili soltanto se, ma tendenzialmente tutte le volte in cui, intendono applicarsi ad una determinata fattispecie (o aspetto di essa), possono darsi effettivamente casi di conflitti, positivi e negativi: cioè, rispettivamente, casi di sovrapposizione di più norme (*Normenhaufung*), ciascuna posta da uno Stato diverso, dichiarate applicabili alla medesima fattispecie, ovvero fattispecie alle quali nessuno Stato dichiara la propria legge applicabile, venendosi a determinare vuoti normativi (*Normenlücken*). Ebbene, se è vero che, come si è detto, questo terzo aspetto della costruzione unilaterale non ha ancora fatto oggetto di studi appositi nella dottrina europea, si è già visto nondimeno che, per l'unilateralismo più maturo, tali conflitti, una volta che se ne è consapevolmente verificata l'esistenza, dovrebbero risolversi da ciascuno degli Stati non già insistendo nella messa in opera delle proprie norme materiali, se queste partecipano al conflitto, ovvero del criterio di collegamento scelto per delimitare la sfera di efficacia delle proprie norme, se al conflitto partecipano soltanto le norme di altri Stati, ciò che non costituirebbe infatti un criterio di soluzione « internazionalizzabile », perché, se adottato da tutti, il conflitto, a livello internazionale, permane tale e quale: « le conflit est *solutionné* – per dirla con Henri Batiffol – il n'est pas *résolu* »¹¹⁶⁶. Vero è invece che, se si ha cuore veramente la risoluzione, cioè in pratica la prevenzione di tale conflitto, se si vuole veramente insomma « le *résoudre* et non pas le *solutionner* », si deve ricorrere piuttosto ad un criterio di soluzione appunto capace di internazionalizzazione. Il quale criterio – anche questo si è peraltro già intravisto – può bensì consistere nell'adozione di un ulteriore criterio di collegamento, cioè di un criterio di applicazione spaziale (eventualmente diluito nel principio di « prossimità » allo « stato puro », cioè nel criterio consistente nell'applicare « la legge con cui il rapporto presenta i più stretti legami »), ma può essere pure un criterio di applicazione materiale, cioè un criterio di applicazione fondato su una valutazione del contenuto nelle norme in conflitto. La quale valutazione,

¹¹⁶⁶ BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, p. 315, il quale racconta di avere avuto tale dicotomia da un « distingué philologue »: « Encore faut-il savoir *comment* trancher les conflits, car il est des soi-disant solutions plus destructrices de l'harmonie profonde que le conflit lui-même; réduisant celui-ci en surface, elles l'accroissent en profondeur: le conflit est 'solutionné', il n'est pas résolu, disait un jour un distingué philologue ». Ed ancora: « La démarche quotidienne de la solution des conflits de lois consiste assurément à rechercher un ajustement des systèmes les uns aux autres; mais on se demande ici quelles directives guident l'interprète dans le choix des ajustements possibles. Et on sent bien que deux directives s'opposent: l'une qui recherche l'harmonie, peut-être au prix de certains sacrifices, l'autre qui a la préoccupation de l'intégrité du système national, au point de renoncer à l'harmonie et de se contenter de 'solutionner' le problème, alors que l'autre attitude voudrait le résoudre ».

anche a scampo di persistenti vedute divergenti al riguardo, può essere talvolta più semplicemente e più utilmente rimessa alle parti stesse del rapporto da regolare.

171. Nella Parte Prima del lavoro si è constatato che la concezione bilaterale tradizionale dei conflitti di leggi si trova vigorosamente criticata dall'idea unilaterale riguardo a ciascuno di questi tre punti. Quanto al primo punto, la dottrina tradizionale ritiene che la prima preoccupazione del foro non sia (o non debba essere) quella di delimitare la sfera di applicazione spaziale delle sue norme di diritto privato ma si situi (o debba situarsi) su un piano diverso, neutro ed imparziale e come « soprastatale », e debba muovere dal rapporto ed individuarne la « sede » oggettiva od il « centro di gravità »: e che esso foro debba applicare, di conseguenza, vuoi le sue norme se tale « sede » si trova all'interno del suo sistema, vuoi le norme di uno Stato straniero, se la « sede » si trova nel sistema di quest'altro Stato. La contrapposizione è tuttavia più di presentazione che non di sostanza, dal momento che anche tale dottrina si trova costretta ad ammettere che quanto meno uno degli effetti della ricerca della « sede » del rapporto giuridico sia appunto la delimitazione della sfera di efficacia delle norme materiali del foro, nel senso che tali norme si applicano nel caso in cui, (tendenzialmente) soltanto nel caso in cui, ma (tendenzialmente) sempre nel caso in cui, il collegamento prescelto per l'individuazione di tale « sede » si realizza appunto nel foro¹¹⁶⁷. E pure è spesso disposta ad ammettere – il

¹¹⁶⁷ Che le norme di d.i.p. abbiano quanto meno l'effetto di delimitare la sfera di efficacia spaziale internazionale delle norme del foro è semplice constatazione, la quale prescinde dunque dalla spiegazione che si abbia a dare del « titolo » di applicazione delle norme materiali del foro (se, cioè, queste siano applicabili *direttamente* in virtù di una loro competenza universale, soltanto occasionalmente compressa dal richiamo alla norme straniere; o se siano « rese applicabili » dalle norme di conflitto, le quali sarebbero dunque delle *Rechtsanwendungsnormen*, autonome rispetto alle norme materiali; o se ancora, esse siano « completate » dalle norme di d.i.p. che, quali « frammenti » di norme materiali, ne fissano il campo di applicazione spaziale: v. per un'esposizione di queste posizioni, PICONE, *Cours général*, p. 28 s.). Che questo sia l'effetto delle norme di d.i.p. bilaterali è ammesso anche da quegli autori che pongono l'accento sulla preminenza della « funzione regolatrice » del d.i.p. rispetto alla « funzione ripartitrice ». Paradigmatica è la seguente considerazione di FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi*, p. 125: « L'affirmation procède, en effet, de la thèse que le conflit de lois a pour but la délimitation du domaine d'application des lois internes. Or nous avons longuement insisté dans le premier chapitre de cette étude sur le fait que si, par son mécanisme rationnel, le conflit de lois aboutit effectivement aussi à ce résultat, ce n'est cependant pas ce résultat qu'il a pour mission d'atteindre, mais une réglementation satisfaisante des rapports internationaux ». Cfr. recentemente NUYTS, *L'exception de forum conveniens*, p. 3: « La règle de conflit (...) fixe le domaine spatial des lois de droit privé ». Che questa sia quanto meno la conseguenza od una delle « fins intermédiaires », se non la « fin ultime » (la dicotomia è mutuata da BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, p. 309 s.), della regola « savigniana » è lasciato intendere da... SAVIGNY stesso, *System*, Vol. VIII, p. 34, nel quale tale effetto spiega addirittura una funzione « eponima » di questo ramo del diritto (da lui denominato « örtliche Grenzen der Rechtsnormen »). La distinzione fra « scopo » ed « effetto » della norma di d.i.p. è visibile, oltre che in Francescakis, fra gli altri, in BUCHER/BONOMI, p. 99, dove, da un lato, si legge che « la règle de conflit de lois a (...) pour but de déterminer la localisation ou le rattachement des situations internationales à un ordre national de droit, en se fondant sur la nature de la matière considérée et sur l'intégration de la situation dans le contexte social et économique de

che è altro significativo punto di convergenza – che la scelta e l'interpretazione di tale criterio di collegamento, e dunque la delimitazione della sfera di efficacia che ne deriva, dipendono essenzialmente, se non dal contenuto delle norme materiali del foro, quanto meno dalla concezione che il foro fa propria del rapporto. La quale concezione non può che avere ispirato in qualche misura le norme materiali con cui il foro ha inteso disciplinare il rapporto stesso, e dunque trovarsi in esse in qualche modo riflessa¹¹⁶⁸. Si dà tuttavia, anche riguardo a questo primo punto, una differenza invero sin qui, come detto, di rado rilevata ed esplicitata, ma dagli effetti potenzialmente dirompenti, e cioè che mentre la ricerca e la determinazione della sede più appropriata di un rapporto giuridico (quale punto di partenza) prescrive allo Stato che si accinge a compierla di calibrare l'applicazione della propria legge in funzione di *un solo criterio di collegamento*, la ricerca e la determinazione della sfera di applicazione della propria legge rivela agli occhi dello Stato che da qui prende le mosse la possibilità ch'essa sia tracciata in modo più esteso, sicché il nostro Stato può essere tratto ad adottare, per farlo, *più criteri alternativi*.

E' comunque riguardo al secondo punto che la contrapposizione fra le due dottrine quale si è storicamente svolta esce dal chiuso rarefatto della speculazione dottrinale per ripercuotersi in modo decisivo sugli esiti pratici dell'applicazione del d.i.p., facendosi dunque frontale. La dottrina tradizionale ritiene che il richiamo del diritto straniero non possa avvenire se non sulla base di quello stesso criterio che, secondo il foro, è appunto il più idoneo a designare la « sede » oggettiva del rapporto. In assenza di disposizioni convenzionali, dunque, non vi è per il foro né modo né soprattutto ragione, ai fini dell'identificazione del diritto straniero applicabile, di tenere conto della delimitazione che ciascuno degli Stati in qualche modo interessati al rapporto fa delle proprie norme materiali, come invece vuole la dottrina unilaterale¹¹⁶⁹.

Quanto al terzo punto, infine, il quale riguarda le modalità di composizione dei conflitti positivi e negativi, la dottrina bilaterale ritiene in pratica che si sia in presenza di un falso problema. Una volta che la norma bilaterale si è attivata ed ha adempiuto al suo ufficio, individuando la sola legge applicabile al rapporto, non residua più alcun conflitto di cui preoccuparsi, perché ogni conflitto che interessa il foro si trova in questo modo già appianato nel modo che pare ad esso più giusto. E tanto basta. Ciò vale senz'altro ed ineludibilmente per i conflitti positivi. I conflitti negativi, invece, si manifestano agli

l'Etat »; e, dall'altro (e subito dopo), che « [la] règle [de conflit] a pour rôle de répartir le domaine d'application des lois de tous les Etats concernés par une situation internationale » (corsivo nostro); v. anche BARNICH, *Les actes juridiques en droit international privé*, p. 44-45.

¹¹⁶⁸ V. ancora BUCHER/BONOMI, p. 100: « Pour l'Etat du for, appelé à définir, au moyen d'un rattachement approprié, l'intégration de la situation dans un ordre socio-économique, il est primordial de définir ce lien *en fonction de son propre ordre matériel* » (corsivo nostro).

¹¹⁶⁹ Cfr. MAYER/HEUZÉ, p. 81: « Les critères de rattachement du for suffisent à répartir les questions de droit entre les divers ordres juridiques ».

occhi dei « bilateralisti » soltanto grazie al rinvio, alla cui radice ancor oggi essi si individuano tuttavia il diverso problema di determinare se il richiamo del diritto straniero sia comprensivo anche delle sue norme di d.i.p.¹¹⁷⁰ Ma anche qui, a parte il caso del rinvio oltre accettato, ogni soluzione che si intenda dare alle diverse possibili conseguenze di tale *Gesamtverweisung*, se adottata da tutti gli Stati, fa permanere il conflitto a livello internazionale, non lo risolve¹¹⁷¹.

172. Ora, dal programma dell'unilateralismo, e dagli argomenti critici che esso rivolge alla concezione tradizionale, si ricava un dato assai importante, che crediamo opportuno tenere presente quando ci si interroga sulla tenuta positiva di tale programma, del suo, potremmo dire, « stato di realizzazione ». E' bensì vero che, per verificare la misura di tale realizzazione, è necessario prendere in separata considerazione ciascuno dei tre momenti in cui la visione unilaterale s'articola, e verificare se ed in che misura esso sia più o meno consapevolmente attuato nei sistemi moderni di d.i.p. Ma è anche vero che i tratti distintivi e qualificanti dell'unilateralismo, i veri « punti di rottura » con la concezione bilaterale tradizionale, sono costituiti, come si è detto, dal secondo e dal terzo momento: da un lato, cioè, dalle modalità di richiamo delle norme straniere, dall'altro, dalle modalità di soluzione dei conflitti positivi e negativi¹¹⁷². Da ciò deriva che la misura in cui un sistema fa propria l'istanza unilaterale non emerge e non può emergere dal numero e dalla portata delle c.d. « norme unilaterali », espresse od implicite, poste da tale sistema, cioè dalle norme che tracciano la sfera di applicazione delle sole norme materiali del foro. Poiché il richiamo del diritto straniero non avviene a mezzo della norma unilaterale, la quale non opera per definizione che verso il foro, e poiché la vera « cartina di tornasole » che rende percepibile l'unilateralità di un sistema è proprio

¹¹⁷⁰ V. l'incipit della monografia di SONNENTAG, *Der Renvoi im internationalen Privatrecht*, Tübingen, 2001, p. 1: « Beim Renvoiproblem geht es erstens um die Frage, ob eine Verweisung auf eine ausländische Rechtsordnung das materielle Recht dieser Rechtsordnung erfasst oder deren Kollisionsrecht ».

¹¹⁷¹ V. ad es. MAYER/HEUZÉ, p. 151, ove si legge che « l'avantage [in termini di « harmonie internationale des solutions », p. 150, cioè insomma di risoluzione internazionale dei « conflitti negativi »: esplicito sul punto BALLARINO, *D.i.p.*, p. 260] est inexistant dès que l'admission [du renvoi] est généralisée » (corsivo nostro); v. del resto già BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, p. 214: « il a été justement répondu que la prétendue harmonie n'est qu'une illusion » nonché recentemente SONNENTAG, *Der Renvoi im internationalen Privatrecht*, p. 137: « Internationaler Entscheidungseinklang wird (...) nicht erreicht, wenn sich die beteiligten Rechtsordnungen in der Beurteilung der Renvoi-frage gleich verhalten » (corsivo dell'A.).

¹¹⁷² GOTHOT, *Le renouveau*, p. 3-4; v. anche LOUSSOUARN/BOUREL, p. 99, per i quali, nel sistema unilaterale, « lorsque la loi du for n'est pas applicable, la compétence législative devrait être déterminée sur des bases différentes ». Esplicitamente sul punto, in relazione al campo delle « registered partnerships », v. ROSSOLILLO, *Registered Partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano*, RDIPP, 2003, p. 371-372: « Appare infatti convincente l'opinione secondo cui la natura unilateralistica di un sistema emerge non tanto dal trattamento riservato alla legge del foro, quanto dal procedimento attraverso il quale viene individuato il diritto straniero applicabile ».

costituita da tale richiamo, non è limitandosi allo studio di norme costitutivamente esclusive di questo richiamo che si ha la misura di tale unilateralità. Decisivo, piuttosto, perché un sistema od una parte di esso possa qualificarsi come, almeno in una certa misura, « unilaterale », è che esso disponga che il richiamo delle norme materiali straniere avvenga nel rispetto della delimitazione della loro sfera di efficacia internazionale qual essa è stata impressa dall'ordinamento che ha dato loro vita. Decisiva è, insomma, la presenza in tale sistema di una regola, o di un principio, o piuttosto di un meccanismo, o meglio di una serie di meccanismi, alternativi l'uno all'altro, più o meno espliciti, i quali prescrivano o, se nascosti nelle pieghe del sistema, abbiano comunque per effetto, da un lato, che le norme straniere siano accolte nel foro con i loro criteri di applicazione spaziale e, dall'altro, che, nel caso di conflitti, specie positivi, fra leggi straniere dichiarate applicabili dai rispettivi Stati, ma anche fra la legge del foro ed una legge straniera, il foro appresti criteri internazionalizzabili di soluzione, cioè di riduzione all'unità della pluralità di leggi dichiarate applicabili dagli Stati (foro compreso) da cui emanano.

173. Quanto si è detto non significa, tuttavia, che la verifica dell'esistenza, in un dato sistema di d.i.p., di norme unilaterali o disposizioni unilaterali, di norme o disposizioni, cioè, che si limitino a determinare la sfera di efficacia delle norme materiali del foro, non assuma rilievo nell'indagine circa l'unilateralità di tale sistema. Tali norme, anche indipendentemente dalle modalità con cui opera il richiamo del diritto straniero, mostrano infatti chiaramente questo: cioè che il foro si è, almeno riguardo a quelle categorie o questioni giuridiche trattate da tali norme, appositamente interrogato sulla sfera di applicazione internazionale di quest'ultime, e ha avvertito l'esigenza di individuare una certa cerchia di fattispecie, appunto internazionali, cui tali norme devono applicarsi, avuto riguardo all'oggetto delle questioni trattate e risolte e alla *ratio* delle norme con cui esse sono appunto trattate e risolte. Ora, gli unilateralisti fanno di tutto ciò un elemento essenziale e generale della loro filosofia. Essi ritengono che la delimitazione della sfera di efficacia delle norme materiali del foro sia il compito primo del d.i.p. E fanno valere in particolare che ciascuna norma di diritto privato di uno Stato deve essere munita di un campo di applicazione spaziale, che l'alimenti ed anzi la vivifichi. Perché una norma prende vita e corpo proprio da tale campo di applicazione. Perché una norma senza campo di applicazione non « norma » un bel nulla. Ed una norma il cui campo di applicazione spaziale comprende le sole fattispecie c.d. puramente interne, a parte la difficoltà di fissare la linea di demarcazione fra tali fattispecie e le fattispecie con un elemento di estraneità, ancora di recente messa in luce¹¹⁷³, « norma » in modo insufficiente. Il che porta gli unilateralisti a concludere che una norma deve essere provvista di un campo di applicazione spaziale anche internazionale, cioè che comprenda anche fattispecie

¹¹⁷³ V. p. es. ELHOUEISS, *L'élément d'extranéité préalable du Droit international privé*, Chunet, 2003, p. 39 s. e WENGLER, *L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable*, *Rev. crit.*, 1990, p. 657.

internazionali, ciò che, per essi, è appunto compito primo del d.i.p. fissare¹¹⁷⁴. Donde la sicura utilità di uno studio delle norme o disposizioni unilaterali, ché in esse la preoccupazione dello Stato che le pone d'assicurare alle proprie norme materiali un certo campo di applicazione internazionale, in armonia con la loro *ratio*, emerge in tutta la sua evidenza.

174. Alla luce delle considerazioni che precedono, ci pare opportuno suddividere l'esame delle applicazioni dell'unilateralismo, oggetto di questa Parte Seconda, in tre Capitoli. Il Capitolo Quarto è innanzitutto dedicato allo studio della *struttura* di una norma unilaterale, nella sua articolazione « fattispecie » e « conseguenza giuridica ». Si andrà quindi alla ricerca di una *classificazione* scientificamente plausibile e ermeneuticamente utile delle norme unilaterali. Muovendo da tale classificazione, s'intraprenderà l'analisi delle norme unilaterali derogatorie *esplicite*, cioè di quelle più visibili per l'interprete, nelle due varianti costituite dalle norme unilaterali a carattere *localizzatore* e dalle norme unilaterali a carattere *materiale* o norme unilaterali *alternative*. Il Capitolo Quinto s'apre con l'esame delle più complesse norme unilaterali derogatorie *implicite*, le quali risiedono alla base del fenomeno delle c.d. « norme di applicazione necessaria », anch'esse distinte in norme a carattere *localizzatore* e norme a carattere *materiale*. Si muoverà poi alla verifica delle modalità di designazione del *diritto straniero* al fine di accertare se le norme unilaterali studiate possano essere considerate come *applicazioni dell'unilateralismo tradizionale*. Vedremo che i tre momenti di questo paiono realizzarsi tutti e tre. Proveremo allora a scrutare la nozione di norma d'applicazione necessaria venendo a proporre a quella ormai classica un aggiustamento, il quale allargherebbe il novero delle norme internazionalmente imperative, e dunque la misura della positività dell'unilateralismo nei sistemi che ammettono la presa in considerazione delle norme di applicazione necessaria straniere. Il Capitolo Sesto è dedicato allo studio delle norme unilaterali (esplicite od implicite) *non derogatorie* ad alcuna norma bilaterale. Si tratta essenzialmente del c.d. « metodo dell'applicazione generalizzata » o quasi generalizzata della *lex fori*, il quale s'accompagna, sul versante del richiamo del diritto straniero, al c.d. « metodo del riconoscimento ». Illustreremo la crescente diffusione di tale duplice

¹¹⁷⁴ V. al riguardo le idee di BUCHER, il cui percorso intellettuale lo ha gradatamente portato, sin dal suo primo lavoro sulle *Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im internationalen Privatrecht*, Basel, 1975, a rimettere in discussione alcuni dogmi della dottrina bilaterale tradizionale (v. spec. *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, RCADI, 1993, t. 239, p. 9 s.; *Vers l'adoption de la méthode des intérêts? Réflexions à la lumière des codifications récentes*, *Trav. com. fr. dr. int. pr.*, Année 1995, p. 209 s.). Le conclusioni della dottrina di Bucher (si può ormai parlare di una « dottrina »: cfr. PATAUT, *Le principe de souveraineté*, p. 25), sono esposte riassuntivamente in BUCHER/BONOMI, dove si legge (p. 98) che « [e]n fixant le domaine d'application des lois de droit privé dans l'espace, la règle de conflit ne peut pas, au regard de sa propre finalité, faire abstraction de la fonction de ces lois. Celles-ci, afin de remplir leur rôle régulateur de l'organisation socio-économique de l'Etat, doivent, en principe, jouir d'une sphère d'efficacité qui puisse englober des situations comportant des éléments d'extranéité ».

modalità di soluzione dei conflitti di leggi nei settori attinenti alla formazione di rapporti o *status* giuridici e alla costituzione di persone giuridiche, in particolare di società, e spiegheremo perché esso possa riguardarsi quale epifania dell'unilateralismo, il che è peraltro già stato intuito e affermato, seppure solo di passata ed occasionalmente, da diversi interpreti.

Capitolo Quarto

STRUTTURA E CLASSIFICAZIONE DELLE NORME UNILATERALI. LE NORME UNILATERALI ESPRESSE

Introduzione

175. Si dovranno studiare innanzitutto la fattispecie e la conseguenza giuridica di una norma unilaterale (Sezione I). Saranno in seguito illustrati i tre criteri di classificazione delle norme unilaterali che riteniamo più importanti: si tratta della distinzione fra norme unilaterali *espresse* e norme unilaterali *implicite*; fra norme unilaterali *accessorie* ad una norma bilaterale e derogatorie ad essa e norme unilaterali *non accessorie* ad alcuna norma bilaterale; fra norme unilaterali a carattere (soltanto) *localizzatore* e norme unilaterali a carattere (anche) *materiale* (Sezione II). Ci occuperemo indi delle norme unilaterali espresse derogatorie a carattere localizzatore (Sezione III). Infine, studieremo le norme unilaterali espresse derogatorie a carattere (anche) materiale (Sezione IV). Le norme unilaterali derogatorie implicite, a carattere sia localizzatore che materiale, sono invece materia del Capitolo Quinto¹¹⁷⁵. Le norme unilaterali non accessorie e dunque non derogatorie ad alcuna norma bilaterale, sia espresse che implicite, saranno oggetto del Capitolo Sesto.

¹¹⁷⁵ La ragione di tale scelta espositiva non attiene alle diverse conseguenze che il carattere espresso od implicito di una norma unilaterale dispiega, avuto in particolare riguardo alla designazione del diritto straniero, bensì nella convinzione che è difficile identificare, e dunque studiare, le norme unilaterali *implicite* se non si ci si è prima procurati una buona conoscenza della struttura e del modo di operare delle norme unilaterali *esplicite*.

Sezione I

Fattispecie e conseguenza giuridica di una norma unilaterale

SOMMARIO: – 176. Il campo di applicazione, *materiale* e *spaziale*, di una norma giuridica di diritto privato. – 177. Il campo di applicazione *materiale* di una norma di *diritto internazionale privato*. – 178. Il campo di applicazione *spaziale* di una norma di d.i.p. *bilaterale*. – 179. Un esempio di norma di d.i.p. bilaterale delimitata nello spazio da una norma unilaterale. – 180. La naturale, costitutiva e storica « universalità » della norma di d.i.p. bilaterale. – 181. Il campo di applicazione *spaziale* di una norma *unilaterale*. – 182. La « conseguenza giuridica » della norma unilaterale. La *duplice* funzione del criterio di collegamento.

176. Una norma giuridica di diritto privato prefigura una fattispecie astratta, od ipotesi normativa (*Tatbestand, hypothèse ou présupposé*), e prevede una conseguenza giuridica (*Rechtsfolge, effet ou conséquence juridique*)¹¹⁷⁶. Se una fattispecie concreta (*Sachverhalt*) rientra nella fattispecie astratta, cioè è sussumibile sotto l'ipotesi normativa da essa prefigurata, la norma è « applicabile »¹¹⁷⁷, e produce, riguardo alla fattispecie concreta cui si applica, la conseguenza giuridica che le è propria, che si esprime essenzialmente nella creazione o cessazione di situazioni giuridiche (di vantaggio e svantaggio).

Si prenda, ad esempio, l'art. 1, comma 1, del Codice civile. Esso recita: « la capacità giuridica (dalla rubrica del Titolo I del Libro Primo in cui è inserito s'argomenta: di una *persona fisica*) si acquista dal momento della nascita ». L'ipotesi normativa prefigurata è che abbia (avuto) luogo la nascita di una persona fisica; la conseguenza giuridica prevista è l'acquisto, da parte della persona fisica nata, della capacità giuridica. L'ipotesi normativa ci si presenta dunque sotto forma di *condizioni di applicazione* della norma¹¹⁷⁸, da cui, del resto, deriva la sua natura ipotetica¹¹⁷⁹. Perché la norma in questione sia applicabile, è necessario che abbia avuto luogo una nascita (e non ad esempio un

¹¹⁷⁶ BALLARINO, *D.i.p.*, 1^a ed., p. 259 s., ANCEL, *Le conflit de qualifications*, p. 196 s., KEGEL/SCHURIG, p. 263 s., MAYER/HEUZÉ, p. 59; cfr. LEWALD, *Règles générales des conflits de lois*, p. 11 e BETTI, *Problematica*, p. 163 s.

¹¹⁷⁷ V. recentemente PAPAUX, *Essai philosophique sur la qualification juridique: de la subsumption à l'abduction. L'exemple du droit international privé*, Lausanne, 2002, p. 9 s.

¹¹⁷⁸ Cfr. PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, Paris, 2004, p. 136.

¹¹⁷⁹ Sulla quale attirano l'attenzione, ad esempio, MAYER/HEUZÉ, p. 59: « La démonstration qui va suivre nécessite le rappel d'un caractère fondamental de la règle de droit, dont l'étude est souvent négligée: le caractère *hypothétique* » (corsivo dell'A.); v. già MAYER, *La distinction entre règles de conflit et règles de décisions*, p. 43 s.; v. più recentemente PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, p. 135.

semplice concepimento¹¹⁸⁰) di una persona (e non ad esempio di un animale) fisica (e non giuridica). Se dunque una fattispecie concreta soddisfa (tutte) le condizioni di applicazione di tale norma, cioè se ha avuto luogo (a) la nascita (b) di una persona (c) fisica, la norma si applica, o meglio può applicarsi, e produce, o meglio può produrre, la conseguenza che abbiamo visto. *Può* applicarsi perché le condizioni di applicazione della norma in questione, e previste nella norma *stessa*, se sono necessarie perché tale norma spieghi i suoi effetti, non sono però sufficienti. Accanto ad esse deve sussistere un'altra, iscritta in una disposizione distinta, l'art. 20 della legge di riforma, il quale stabilisce che « la capacità giuridica delle persone fisiche è regolata dalla loro legge nazionale ». Da tale norma si ricava dunque che l'art. 1, comma 1, del Codice civile, si applica soltanto, almeno in principio, se la persona fisica nata è *cittadina italiana*; se invece essa non è cittadina italiana, allora la norma in questione non è in principio applicabile quand'anche siano soddisfatte le condizioni di applicazione in essa indicate.

Donde l'opportunità, ai fini del d.i.p., di distinguere, riguardo ad ogni norma giuridica di diritto privato, fra condizioni di applicazione *materiali* e condizioni (per lo più denominati *criteri*) di applicazione *spaziali*¹¹⁸¹. Le condizioni *materiali* sono previste nella norma stessa – la quale viene infatti definita norma *materiale* – od in altre norme materiali, e formano parte integrante dell'ipotesi normativa. L'insieme delle condizioni di applicazione materiali compone il *campo* o la *sfera di applicazione materiale* della norma (« materieller » o « sachlicher Geltungsbereich »). Le condizioni o *criteri* d'applicazione *spaziali* sono invece previsti dalla norma di d.i.p. e l'insieme di essi forma il *campo* o *sfera di applicazione spaziale* della norma (« räumlicher Geltungsbereich »). Perché una norma di diritto privato sia applicabile ad una fattispecie concreta, è necessario che quest'ultima sia ricompresa tanto nel suo campo di applicazione *materiale* quanto nel suo campo di applicazione *spaziale*. Vale a scolpire la differenza fra campo di applicazione materiale e campo di applicazione spaziale di una norma di diritto privato il rilievo che il primo mira a delimitare la sfera d'efficacia di tale norma *nei confronti delle norme materialmente omologhe poste da altri Stati*, cioè delle norme materiali nella cui previsione rientrano le questioni coperte da essa norma¹¹⁸²; mentre il secondo mira a delimitare la sfera d'efficacia della norma posta da uno Stato *nei confronti delle altre*

¹¹⁸⁰ Arg. dal comma 2 dell'art. 1 c.c. qui in esame.

¹¹⁸¹ Tale distinzione è stata approfondita in modo particolare dalla dottrina tedesca, nello sforzo di isolare il *Sachrecht* dal *Kollisionsrecht*: v. in particolare MANN, *Kollisionsnorm und Sachnorm mit abgrenzendem Tatbestandsmerkmal*, *Festschrift L. Raiser*, Tübingen, 1974, p. 499 s.; SCHURIG, *Kollisionsnorm und Sachrecht: zu Struktur, Standort und Methode des internationalen Privatrechts*, Berlin, 1981; v. anche KEGEL/SCHURIG, p. 51 s.

¹¹⁸² Nel nostro esempio, la condizione che il nato sia *cittadino italiano* vale a delimitare l'ambito di applicazione della norma di cui all'art. 1 c.c. rispetto, per esempio, alle norme di cui all'art. 29 del *Código civil* spagnolo, all'art. 11 del Codice civile svizzero, e così via, i quali trattano entrambi della capacità giuridica di una persona fisica, e sono dunque norme « materialmente omologhe » rispetto alla prima.

*norme materiali spazialmente omologhe poste dallo stesso Stato*¹¹⁸³, cioè delle norme, di diverso contenuto materiale, che appartengono all'ordinamento di quello Stato la cui legge è spazialmente applicabile¹¹⁸⁴.

Questi rilievi sono utili per distinguere le norme semplicemente *autolimitate*, che non possono riguardarsi quale attuazione dell'unilateralismo, dalle « norme di applicazione necessaria », che sono invece rese applicabili da una norma unilaterale. Le condizioni d'applicazione delle norme autolimitate, pur servendo a localizzare la fattispecie all'interno del territorio dello Stato che le elabora, sono, infatti, avuto riguardo alla distinzione proposta, condizioni *materiali* d'applicazione della norma, inserite nell'ipotesi normativa, perché non ne delimitano il perimetro d'azione nei confronti delle norme poste da altri Stati, ma nei confronti delle norme poste dallo Stato stesso¹¹⁸⁵, sicché esse spiegano – come si è rilevato nella dottrina italiana – « funzione sostanziale ». Il criterio o i criteri di applicazione delle norme d'applicazione necessaria sono invece, come vedremo, criteri *spaziali*, nel senso che le delimitano nei confronti delle norme materialmente omologhe poste da altri Stati¹¹⁸⁶ e adempiono dunque una « funzione conflittuale »¹¹⁸⁷.

Vogliamo vedere ora se sia possibile distinguere fra condizioni di applicazione materiali, condizioni o criteri di applicazione spaziali e conseguenza giuridica, rispetto ad una norma di *diritto internazionale privato* e se, ed in che misura, la bilateralità o unilateralità della norma abbiano un'incidenza al riguardo.

¹¹⁸³ La condizione che si tratti di persona fisica vale a delimitare l'ambito di applicazione della norma di cui all'art. 1, comma 1, c.c. rispetto agli artt. 12 s. c.c., cioè a norme sempre appartenenti alla « legge » italiana (e dunque « spazialmente omologhe »), le quali trattano della persona giuridica.

¹¹⁸⁴ Cfr. l'*Alternativtest* proposto da KEGEL/SCHURIG, p. 55.

¹¹⁸⁵ MAYER, *Lois de police étrangères*, p. 282, ove è fatta menzione di « critères spatiaux » (i quali sono « incorporés dans le présupposé de la règle et... constituant l'une des conditions du déclenchement de son effet juridique ») e di « critères de compétence », che designano la legge applicabile. KEGEL/SCHURIG, p. 55, contrappongono la « sachrechtliche räumliche Begrenzung » alla « kollisionsrechtliche räumliche Begrenzung ». Tra i primi a mettere in luce la differenza fu DE NOVA, *Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application*, *Mélanges J. Maury*, Paris, 1960, I, p. 377 s., riprodotto in *Scritti di diritto internazionale privato*, Milano, 1972, p. 353 s., il quale distinse le condizioni d'applicazione tali per cui, se non sono soddisfatte, « le rapport en question ne pourra être normalement soumis aux règles de fond de [l']ordre juridique » al quale appartengono (e che dunque delimitano la sfera d'efficacia nei confronti delle norme materialmente omologhe degli altri Stati) e quelle tali per cui, se non sussistono, « ce n'est pas la norme en question qui s'appliquera, mais une autre norme, plus générale, du même ordre juridique »; cfr. NUSSBAUM, *Principles of Private International Law*, New York/Toronto, 1943, p. 71.

¹¹⁸⁶ Cfr. KEGEL/SCHURIG, p. 55: « Somit kann man mit dem beschriebenen Alternativtest ein formales Unterscheidungskriterium gewinnen: Bei einer Kollisionsnorm (IPR-Norm) ist Alternative der ausgesprochenen Verweisung die Sachregelung einer anderen (nationalen) Rechtsordnung. Bei einer Sachnorm mit räumlicher Anknüpfung ist Alternative der ausgesprochenen Abgrenzung eine andere Sachregelung derselben Rechtsordnung ».

¹¹⁸⁷ Così per es. DE NOVA, *Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application*, p. 394 s., e BONOMI, *Norme imperative*, p. 158.

177. Anche una norma di d.i.p., come ogni norma giuridica, è provvista di un campo di applicazione *materiale* (« sachlicher Geltungsbereich der IPR-Norm »)¹¹⁸⁸. Perché una norma di d.i.p. sia applicabile ad una fattispecie è necessario che quest'ultima sia ricompresa nel campo di applicazione materiale di tale norma. Il fatto che la fattispecie concreta rientri nel campo di applicazione materiale della norma di d.i.p. è dunque una *condizione di applicazione* della norma stessa a tale fattispecie. La formulazione, unilaterale o bilaterale, della norma d.i.p. in questione non rileva al riguardo¹¹⁸⁹. Tutte le norme di d.i.p., unilaterali o bilaterali che siano, hanno sempre e comunque un certo (limitato) campo di applicazione materiale. Il quale consiste – detto con formulazione generica e un po' tautologica – nell'insieme delle questioni giuridiche suscumbibili sotto la previsione *materiale* di tale norma, ed è spesso designato con il termine di « categoria giuridica » o ancora di « statuto »¹¹⁹⁰, con la precisazione che, talvolta, lo statuto ingloba più norme di d.i.p., ed è formato dunque dall'insieme delle questioni che ricadono nella sfera di applicazione materiale di ciascuna di esse¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁸ SCHURIG, *Kollisionsnorm und Sachrecht*, Berlin, 1981, p. 45 s.

¹¹⁸⁹ Se una norma non avesse un certo ambito di efficacia materiale, essa avrebbe un ambito di efficacia *materialmente universale*. Norma di d.i.p. a sfera di applicazione materiale universale sarebbe ad esempio quella norma che disponesse che, data una fattispecie internazionale qualsiasi (senza dunque caratterizzazione materiale alcuna: che si tratti di contratti, o di successioni, o di matrimoni, non importa), è applicabile sempre la legge dello Stato con cui tale fattispecie è più strettamente collegata. Norme di questo tipo non esistono in pratica se non come « clausole di eccezione ».

¹¹⁹⁰ Al riguardo, nonché per alcuni rilievi sull'evoluzione storica del significato del termine « statuto », v. BALLARINO, *D.i.p.*, p. 20-21, e 315.

¹¹⁹¹ Cfr. i rilievi di AUDIT, *D.i.p.*, p. 171, circa la latitudine della nozione di « statut familial ». Come è noto, le questioni incluse nel campo di applicazione materiale di una norma di d.i.p. codificata, ovvero nella « categoria giuridica » coperta da tale norma, e che ne formano lo « statuto », sono talvolta specificate dal legislatore stesso. Ciò può avvenire vuoi nello stesso articolo in cui si rinviene tale norma, vuoi in un articolo distinto. Se è espresso, l'elenco delle questioni che rientrano nel campo di applicazione materiale della norma di d.i.p. è per lo più *indicativo*, ma può pure essere *esaustivo*. E' spesso indicativo se la norma di d.i.p. ha origine nazionale, cioè non convenzionale, è invece spesso esaustivo se la norma di d.i.p. ha origine convenzionale. La specificazione delle questioni che rientrano nella « categoria giuridica » coperta da una norma di d.i.p. può anche avvenire in *negativo*: cioè può farsi indirettamente attraverso l'indicazione delle questioni che *non* rientrano nella norma di d.i.p., ciò che è frequente, di nuovo, per le norme di d.i.p. di origine convenzionale. Anche quando l'elenco è soltanto indicativo, esso può avere tuttavia un certo dettaglio. Un esempio di norma di d.i.p. dotata di un campo di applicazione materiale *espresso* e, pur soltanto *indicativo* (essendo introdotta dalla parole « in particolare »: v. BENEDETTELLI, in *Commentario NLCC*, p. 1113), tracciato dal legislatore nondimeno con una certa precisione, è fornito dall'art. 25 della legge di riforma (il che non esclude ovviamente che, nella ricostruzione dello « statuto societario », rimangano alcune importanti incertezze: v. BALLARINO, *D.i.p.*, p. 377 s.; BENEDETTELLI, *op. cit.*, p. 1113 s.). Il comma 2 di tale articolo precisa infatti quali sono le questioni che rientrano nel « campo di applicazione materiale » della norma di d.i.p. Tutte le questioni che attengono alla costituzione della società, alla sua capacità, alla formazione e alle modalità di funzionamento dei suoi organi, alla sua rappresentanza, e così via, rientrano in tale sfera di applicazione materiale, cioè nella

Il presente lavoro non si occupa della definizione, spesso assai delicata, del campo di applicazione materiale delle norme di d.i.p., bilaterali od unilaterali, che si dovranno esaminare. Parlando delle condizioni di applicazione di una norma di d.i.p. ad una data fattispecie, si darà per presupposta l'inclusione della fattispecie in tale campo di applicazione¹¹⁹². Ci si è insomma accontentati qui, ricordando ciò che è ovvio, cioè che ogni norma di d.i.p., bilaterale od unilaterale che sia, ha *sempre* un campo di applicazione materiale, di mettere in risalto, per contrasto, ciò che è di meno immediata comprensione, cioè che le norme di d.i.p. hanno sempre (se sono unilaterali) o possono avere (se sono bilaterali) un *campo di applicazione spaziale*, riguardo al quale la distinzione appunto fra norme unilaterali e norme bilaterali ha o può invece avere rilievo.

178. Che una norma (materiale) di diritto privato di fonte statale abbia, agli occhi dello Stato che la pone, un campo di applicazione spaziale positivamente limitato, è per lo più riconosciuto, quanto meno nel limitato senso che è proprio l'effetto delle norme di d.i.p. di delimitarne e quindi limitarne il campo di applicazione¹¹⁹³. Ciò significa che tale norma materiale non ha un campo di applicazione *positivamente* universale, cioè che essa non pretende regolare tutte le fattispecie, ovunque e fra chiunque si svolgano, indipendentemente dalla loro localizzazione nello spazio¹¹⁹⁴. Il campo di applicazione nello

categoria giuridica « società » da essa coperta, od ancora nello « statuto societario », e sono dunque « disciplinati » o « regolati » dall'art. 25 (e di conseguenza dalla legge dichiarata applicabile dalla norma di d.i.p. di cui al comma 1 di tale articolo). Se invece il legislatore *non* specifica quali sono le questioni che ricadono nel campo di applicazione di una norma di d.i.p., è compito dell'*interprete* precisarlo, mediante un'operazione di « classificazione » o « qualificazione » (il che può, come noto, dare luogo ai « conflits de catégories »: v. AUDIT, *D.i.p.*, p. 171). Se e nella misura in cui l'interprete è un giudice autorizzato a « dire » il diritto, la ricostruzione del campo di applicazione materiale, cioè della « categoria giuridica » positivamente coperta dalla norma di d.i.p., avviene dunque per via giurisprudenziale.

¹¹⁹² Così, interrogandosi, come faremo tra un istante, sulle condizioni di applicazione della norma di cui all'art. 25, comma 1, della legge di riforma, la quale, in materia di società, adotta il criterio del perfezionamento del procedimento di costituzione, ovvero di quella norma, pure contenuta in tale articolo, che adotta il criterio della sede dell'amministrazione, daremo per scontato che la fattispecie riguardo alla quale ci si chiede se tale norma si applichi o meno, cioè se le « condizioni di applicazione » di essa sono realizzate, coinvolga innanzitutto una « società » (e non ad esempio un ente pubblico, estraneo alla sfera di applicazione dell'art. 25) e che la questione che si pone in concreto riguardi uno degli aspetti della vita societaria regolati da tali norme: che si tratti, ad esempio, di una questione afferente alla « rappresentanza » dell'ente (lettera *f*) del comma 2 dell'art. 25) e non già alla validità formale di un contratto concluso da tale società, la quale questione appartiene non già allo « statuto societario », bensì allo « statuto contrattuale », più precisamente alla categoria giuridica « validità formale del contratto ».

¹¹⁹³ Altra questione è se ed in che misura ed a che fine si possa dire che ogni norma materiale abbia una *vocazione* universale: v. per alcuni svolgimenti, *infra*, para. 301 s.

¹¹⁹⁴ Che ogni norma materiale abbia un campo di applicazione spaziale è vero per tutte le norme materiali, anche per quelle per le quali il campo di applicazione è – o talvolta è, più o meno correttamente, ritenuto – particolarmente esteso, come è il caso di alcune delle c.d. norme di applicazione necessaria: v. in argomento *infra*, para. 215. Se una norma avesse un campo di applicazione universale,

spazio di una norma di diritto privato è dato dall'insieme delle fattispecie, così come spazialmente caratterizzate o localizzate, cui tale norma di diritto privato si applica. Tale caratterizzazione spaziale o localizzazione avviene ad opera di uno o più criteri di collegamento posti dalla norma di d.i.p., i quali, come è stato efficacemente detto, formano la « vera essenza o sostrato » di tale norma¹¹⁹⁵.

Se, come si è detto, vi è unanimità su ciò che una norma di diritto privato, in virtù appunto della norma di d.i.p., ha un campo di applicazione positivamente limitato, non è stata invece dedicata molta attenzione al campo di applicazione nello spazio delle norme di d.i.p., a parte l'importante, ma circoscritto, movimento dottrinale che tende con diversi meccanismi, essenzialmente, come si è visto, invocando il rispetto dei diritti quesiti, a limitare tale campo d'applicazione¹¹⁹⁶: rispetto al quale la dottrina dominante tende nondimeno ad assumere un atteggiamento assai prudente, quando non di radicale chiusura¹¹⁹⁷. Che una norma di d.i.p. bilaterale possa, almeno in linea teorica, conoscere una delimitazione della sua sfera di efficacia spaziale, è però innegabile¹¹⁹⁸. Come

non sarebbe necessario discutere del suo campo di applicazione nello spazio, cioè della definizione di esso.

¹¹⁹⁵ BALLARINO, *D.i.p.*, 1^a ed., p. 325.

¹¹⁹⁶ V. *supra*, para. 98 s. Cfr. MEIJERS, *La question du renvoi*, *Bulletin de l'Institut juridique international*, 1938, p. 191-231; MEISTER, *Grenzen des Geltungsbereichs nationaler Kollisionsnormen*, *AcP*, 1959, p. 16 s.; BUCHER, *Über die räumlichen Grenzen der Kollisionsnormen*, *Festschrift F. Vischer*, Zürich, 1983, p. 93 s.

¹¹⁹⁷ V. MAYER/HEUZE, per i quali la teoria dei diritti acquisiti, che « s'inscrit dans la tendance actuelle à mettre à l'écart la règle de conflit du for lorsque la situation est sans rapport avec le for » (p. 77), per quanto « simple et séduisante » (p. 76), è tuttavia « fausse », dal momento che « il faut déterminer la loi applicable au droit, celui-ci ne s'étant pas créé par magie » (p. 77). Egli lascia intendere che tale determinazione deve essere fatta appunto... dalle norme di d.i.p. *del foro* (cfr. a p. 81: « il n'y a donc pas lieu en principe de tenir compte des règles de conflit étrangères. Les critères de rattachement du for suffisent à répartir les questions de droit entre les divers ordres juridiques »). V. però JACQUET, *La fonction supranationale de la règle de conflit*, p. 241: « Ne serait-il pas possible d'affirmer que tout système de conflit de lois est potentiellement applicable à n'importe quel rapport juridique, mais que des circonstances particulières peuvent conduire à la mise à l'écart de ce système? Ces circonstances ne sauraient tenir à quelque limitation intrinsèque du champ d'application du système. Mais elles peuvent reposer sur le fait qu'un autre système de conflit de lois s'est déjà appliqué ».

¹¹⁹⁸ Tutte quelle norme bilaterali che impiegano collegamenti che potrebbero non sussistere in assoluto hanno – è vero – un campo di applicazione *spaziale* necessariamente limitato. Così ad esempio una norma che utilizza un criterio *bilaterale* X s'applicherà a tutte le fattispecie in cui il criterio X si realizza in uno (ed in un solo) Stato, mentre non s'applicherà a tutte quelle fattispecie in cui il criterio X non si realizza in alcuno Stato. Si pensi per es. all'art. 29, comma 1, della legge di riforma, il quale dispone che « i rapporti personali fra coniugi sono regolati dalla legge nazionale comune ». Tale norma si applica ai soli rapporti personali fra i coniugi che hanno una cittadinanza comune e non si applica invece a quei coniugi che hanno una cittadinanza diversa (ovvero ai casi in cui uno solo od entrambi sono apolidi, ovvero ancora ai casi in cui le cittadinanze comuni sono più d'una). Questa limitazione della sfera di applicazione della norma in questione è bensì di natura *spaziale*. Vero è però che, quando si parla di delimitazione nello spazio di una norma giuridica, ci si intende

avviene per la norma materiale, anche per la norma di d.i.p. posta da uno Stato, la delimitazione del campo di applicazione nello spazio ha luogo (soltanto) nei confronti delle norme di d.i.p. materialmente omologhe (cioè nel cui campo di applicazione materiale la fattispecie ricade, nel senso veduto più sopra) poste da altri Stati, e non già invece nei confronti delle altre norme di d.i.p. poste dallo Stato stesso (che sono al riguardo norme

riferire, come si è detto, alla delimitazione della sfera di applicazione di tale norma *rispetto alle norme omologhe poste da altri Stati*. Applicando lo stesso principio alla norma di d.i.p., se ne ricava una delimitazione spaziale soltanto quando essa vale a fare posto, per le fattispecie che non rientrano nell'ambito di efficacia spaziale così tracciato, *alle norme di d.i.p. adottate da altri Stati*, non già a quelle, pur diverse, adottate dallo Stato stesso. Nel caso di cui si discute, invece, le fattispecie lasciate scoperte dalla norma di d.i.p. che utilizza il criterio X posta dallo Stato A, non sono « occupate » dalla norma di d.i.p. che utilizza il criterio Y posta dallo Stato B, ma da una seconda norma di d.i.p., posta egualmente dallo Stato A, che utilizza il criterio di collegamento X¹, *sussidiario* rispetto al criterio X. Così, il secondo comma dell'art. 29 dispone che « i rapporti personali tra coniugi aventi diverse cittadinanze o più cittadinanze comuni sono regolati dalla legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata ». Il criterio di collegamento X¹ della « prevalente localizzazione della vita matrimoniale » è pur sempre un criterio adottato da una norma di d.i.p. italiana, e consente al sistema di d.i.p. italiano di applicarsi anche a quelle fattispecie che esorbitano dalla sfera di applicazione della norma che adotta il criterio X della cittadinanza comune. Se così è, la norma bilaterale che impiega il criterio X, se essa si considera *comprensiva* dei criteri sussidiari X¹ (ed eventualmente X², etc.) chiamati ad operare nel caso in cui il criterio X non sussista in alcun Stato del mondo, « copre » tutte le fattispecie del mondo, qualsiasi sia la combinazione dei contatti rilevanti o meno del caso di specie. Noi crediamo dunque che, da un certo punto di vista, si possa dire che il criterio in base al quale il foro « alloca » una determinata fattispecie sotto la previsione di questa o quest'altra norma di d.i.p. non è più un criterio di delimitazione spaziale ma « materiale », esso avendo per scopo quello di determinare quale delle due norme di d.i.p., poste sempre dallo stesso Stato, deve operare. Ogni volta, insomma, che ci si dispone a scegliere fra due norme di d.i.p. del foro, sia che si tratti di risolvere un « conflitto di categorie », sia che si tratti di scegliere fra due norme che utilizzano un criterio di collegamento – si dirà, seguendo la terminologia tedesca – rispettivamente « primario » e « sussidiario » (o collegamento *sostitutivo*: v., per questa terminologia KROPHOLLER, *IPR*, § 20 III, nonché SONNENTAG, p. 245, con l'ovvia precisazione che si tratta qui di una « *subsidiäre Anknüpfung aus kollisionsrechtlichen Gründen* », cioè di un collegamento che è chiamato ad operare « wenn der Tatbestand der Kollisionsnorm durch die Primäranknüpfung nicht erfüllt werden kann, die Kollisionsnorm also in die Leere geht, weil der in der Kollisionsnorm vorgesehene Anknüpfungspunkt nicht gegeben ist »: SONNENTAG, *loc. cit.*), la *delimitazione che, compiendo tale scelta, si viene ad operare del campo di applicazione dell'una rispetto al campo di applicazione dell'altra ha natura non già spaziale, nel senso che interessa il d.i.p., ma materiale*. Ciò risulta evidente – crediamo – ove, come convincentemente suggerito da BALLARINO, *D.i.p.*, 1^a ed., p. 266 (cfr. anche BETTI, *Problematica*, p. 165-166), si ascriva il criterio di collegamento adottato da una norma di d.i.p. alla previsione *materiale* della norma di d.i.p. stessa, cioè insomma alla sua *fattispecie* anziché alla sua *conseguenza giuridica*. Il fatto che il criterio di collegamento si realizzi dunque *in assoluto* – e non dunque che *non* si realizzi oppure che si realizzi *in modo plurimo* – costituisce dunque una *condizione di applicazione materiale della norma di d.i.p.*, cioè un elemento che appartiene all'ipotesi normativa prefigurata da tale norma, esattamente come costituisce una condizione materiale dell'applicazione dell'art. 1, comma 1, c.c. il fatto che abbia luogo una « nascita » e non ad esempio un semplice concepimento.

di d.i.p. spazialmente omologhe rispetto alla prima). Insomma, la delimitazione dello spazio di una norma di d.i.p. bilaterale ha luogo se lo Stato rinuncia ad indicare da parte sua quale è la legge applicabile ad una fattispecie a beneficio della norma di d.i.p. posta da uno Stato diverso¹¹⁹⁹.

Se una norma di d.i.p. è provvista di un certo campo di applicazione nello spazio, ciò significa che tale campo di applicazione *non è universale*, ma appunto limitato; ciò significa insomma che tale norma *non* si applica a tutte le fattispecie ovunque esse siano localizzate nel mondo, ma soltanto ad alcune di esse. Pare naturale che, se la norma di d.i.p. posta da uno Stato A ha una sfera di efficacia spazialmente limitata, se cioè essa comprende nel suo campo di applicazione soltanto alcune fattispecie ad esclusione di altre fattispecie, rientrino nel suo campo di applicazione quelle fattispecie che sono così legate allo Stato A che questi intende riservarsi il compito di dichiarare da sé quale legge applicare ad esse, facendo appunto operare il criterio di collegamento da esso scelto¹²⁰⁰. Mentre, se appunto vi sono fattispecie spazialmente escluse, si tratterà per lo più di quelle fattispecie che lo Stato ritiene così poco legate a sé da disinteressarsi della designazione della legge applicabile a mezzo di tale criterio collegamento¹²⁰¹.

179. Gli esempi di norme bilaterali aventi un campo di applicazione *limitato*, cioè di norme che si applicano soltanto se la fattispecie ha certe caratteristiche spaziali, o meglio certi contatti spaziali con il foro, per quanto non numerosi, sono in crescita. Per la più parte di essi, tuttavia, la delimitazione nello spazio non è, come vedremo, visibile, perché « nascosta » sotto i criteri di giurisdizione o, in generale, di competenza dell'autorità¹²⁰², mentre rari sono i casi in cui la delimitazione nello spazio è operata da un criterio espressamente previsto dalla norma di d.i.p. stessa.

¹¹⁹⁹ Ed infatti l'effetto della disapplicazione della norma di conflitto del foro è proprio il richiamo di una o più norme di conflitto straniere: v. ad es. BUCHER, *Über die räumlichen Grenzen der Kollisionsnormen*, p. 102: « Diesfalls muss die Bestimmung des massgebenden materiellen Rechts den interessierten ausländischen IPR-Systemen überlassen werden ».

¹²⁰⁰ E', si ricorderà, l'argomento avanzato da FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi*, p. 200, per legittimare la « conservazione » della bilateralità, una volta propostane la riduzione della sfera di efficacia. Si tratta di quelle situazioni che « bien que n'ayant pas avec le système français le contact érigé par ce même système en circonstance de rattachement, en présentent cependant d'autres. Pour ne pas jouer le même rôle ces autres contacts ne sont pas négligeables et devraient d'autant moins l'être que dans d'autres systèmes ils sont positivement appelés à jouer ce rôle »; cfr. BUCHER, *Über die räumlichen Grenzen der Kollisionsnormen*, p. 102.

¹²⁰¹ Cioè rispetto alle quali, potremmo dire riprendendo GOTHOT, *Le renouveau*, p. 425, il foro non ha interesse « à faire valoir sa vue substantielle des relations internationales, à les réglermenter lui-même de manière spéciale et éventuellement absolument originale, en ce compris l'utilisation d'une règle étrangère quelconque, choisie sans tenir compte de l'applicabilité de celle-ci dans son ordre ».

¹²⁰² V. *infra*, para. 202.

Si pensi, per un esempio di quest'ultimo tipo, all'art. 13 dell'*EGBGB* tedesco prima della riforma¹²⁰³. Tale articolo, in materia di « capacità al matrimonio », prevedeva l'applicazione, a ciascuno dei nubendi, della sua legge nazionale. Ora, tale norma di d.i.p. non solo aveva, come tutte le norme di d.i.p., un campo di applicazione materiale, comprensivo di tutte (e soltanto) le questioni che rientrano appunto nella categoria « capacità al matrimonio », ma era altresì caratterizzata da un campo di applicazione *spaziale*, e ciò nel senso che si è appena visto. Esso si applicava non già a tutti i matrimoni del mondo, ovunque celebrati, bensì ai soli matrimoni in cui uno degli sposi ha *cittadinanza tedesca* ovvero a quelli fra due cittadini stranieri celebrati o da celebrarsi *in Germania*. Solo riguardo a questi ultimi, insomma, la norma bilaterale era chiamata a funzionare, producendo il suo effetto tipico, cioè quello di richiamare il diritto dello Stato nel quale si concretizza il criterio di collegamento bilaterale prescelto (nella specie la cittadinanza dei nubendi), mentre i matrimoni celebrati all'estero fra stranieri di cui venisse a conoscere un'autorità tedesca esorbitavano dal campo di applicazione di tale norma. E poiché non vi era alcuna altra norma di d.i.p. dell'*EGBGB* che intendesse « coprire » tali fattispecie escluse, la limitazione della sfera di efficacia lasciava libero campo alle norme di d.i.p. straniera. Si trattava dunque di una norma di delimitazione nello spazio della sfera di efficacia di una norma di d.i.p. Insomma: la norma bilaterale che utilizza il criterio X come criterio di collegamento non vuole qui applicarsi a tutte le fattispecie del mondo, ma soltanto a quelle in cui vuoi X (cittadinanza di un nubendo) vuoi Y (luogo di celebrazione del matrimonio) si realizzano nel foro. Rimangono fuori da tale ambito di efficacia quelle fattispecie in cui né X né Y si concretizzano nel foro.

Ora, le considerazioni che precedono mostrano innanzitutto che una norma di d.i.p. può senz'altro avere una sfera di efficacia limitata nello spazio. In secondo luogo, che, se e nella misura in cui una norma bilaterale ha una sfera di efficacia spazialmente limitata, la designazione della legge straniera riguardo a quelle fattispecie non coperte da essa non viene compiuta dal foro sulla base di un criterio di collegamento da esso direttamente scelto. Il foro qui – detto in modo generico – rinuncia ad indicare da sé un criterio di designazione della legge applicabile e si apre la via perché il richiamo del diritto straniero avvenga in questi casi secondo il modulo unilaterale.

180. E' vero tuttavia – come si è detto – che la più parte delle norme di d.i.p. bilaterali non ha un campo di applicazione spazialmente definito, cioè delimitato. Ciò significa che esse hanno un campo di applicazione almeno potenzialmente *universale*, nel senso che hanno « vocazione » ad applicarsi non appena la fattispecie rientra nella categoria giuridica da esse coperta *ovunque tale fattispecie sia localizzata*¹²⁰⁴. La norma che

¹²⁰³ Tale articolo recitava così: « Die Eingehung der Ehe wird, sofern auch nur einer der Verlobten ein Deutscher ist, in Ansehung eines jeden der Verlobten nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem er angehört. Das Gleiche gilt für Ausländer, die im Inland eine Ehe eingehen ».

¹²⁰⁴ Vi sarebbe a ben guardare una seconda possibilità, cioè quella di sostenere che la norma di d.i.p. è comunque limitata dalle norme sulla giurisdizione (così, sembrerebbe, ad es. LEWALD, *Règles*

designa la legge dello Stato in cui si concretizza il criterio di collegamento X, ovvero, in sua mancanza, X^1 o X^2 , è applicabile a *tutte* le fattispecie del mondo, ovunque siano situati gli elementi di contatto Y, Z, W, e così via. Che la norma di d.i.p. abbia un campo di applicazione *vocazionalmente universale* è del resto naturale, avuto riguardo all'ufficio che le è attribuito: poiché ad essa è affidato il compito di designare la legge applicabile, ecco che, se non fosse applicabile a tutte le fattispecie, riguardo a quelle cui non sarebbe applicabile, non sarebbe in grado di svolgere tale suo compito, cioè di designare la legge applicabile.

181. Le norme unilaterali hanno invece un campo di applicazione necessariamente *limitato* nello spazio. Esse si applicano a tutte quelle fattispecie, e solo a quelle fattispecie, che sono collegate allo Stato del foro grazie a quel criterio di collegamento (o a quei criteri di collegamento) con il quale (o con i quali) esse delimitano il campo di applicazione nello spazio delle norme materiali da esse richiamate¹²⁰⁵. A ben guardare, come si rileverà meglio più oltre, poiché le norme unilaterali fissano il campo di applicazione nello spazio delle norme del foro, il campo di applicazione delle norme unilaterali *coincide* e *si confonde* con quello delle norme materiali che esse richiamano: poiché quest'ultimo è limitato, così il primo è pure necessariamente limitato¹²⁰⁶. Accanto

générales, p. 20). A parte che ricorrendo qui alle norme sulla giurisdizione – precisiamo: *contenziosa e dichiarativa* (nel senso di non costitutiva di un rapporto giuridico): v. *infra*, para. 202 s. – si contravviene ad una delle ragioni del d.i.p., che consiste proprio nel rendere impermeabile la scelta della legge applicabile dalla giurisdizione di chi è chiamato a pronunciarsi, va comunque rilevato che, dato un rapporto interindividuale internazionale *già sorto*, e sorto in un momento in cui le autorità di uno Stato non avrebbero giurisdizione al riguardo per pronunciarsi sulla sua esistenza o i suoi effetti, le autorità di tale Stato possono in genere, e fatti tutt'al più salvi casi di giurisdizione esclusiva, essere chiamate a pronunciarsi al riguardo in *un momento successivo*, ad es. se il potenziale convenuto trasferisce il suo domicilio in tale Stato (v. VON BAR, *Die Rückverweisung*, p. 184) o in virtù di un posteriore accordo sul foro. Il che significa che la giurisdizione di tale Stato è *potenzialmente universale* e obbliga a concludere che le norme di d.i.p. del foro sono provviste di un campo di applicazione potenzialmente universale, nel senso che qualsiasi rapporto internazionale già sorto potrebbe esservi successivamente ricompreso, e che esse norme potrebbero quindi essere chiamate a svolgere la loro conseguenza giuridica propria, cioè dichiarare l'applicabilità di una certa legge, riguardo per lo più, appunto, a qualsiasi rapporto.

¹²⁰⁵ Il c.d. metodo di applicazione generalizzata della *lex fori*, alla cui radice, come vedremo, risiedono norme di delimitazione della sfera di efficacia della legge dello Stato da cui emanano (v. *infra*, para. 237 s.), nonché le norme unilaterali che si annidano dietro le c.d. norme di applicazione necessaria (v. *infra*, para. 210 s.), lungi dallo smentire la loro necessaria limitazione nello spazio, ne sono al contrario una riprova.

¹²⁰⁶ La sfera di applicazione necessariamente limitata nello spazio della norma unilaterale appare dunque costitutiva e come dire « nativa », cioè inerente alla sua *natura* di norma unilaterale. Ciò può esprimersi nella forma di un sillogismo: la funzione delle norme unilaterali è di delimitare la sfera di applicazione nello spazio delle norme materiali da esse richiamate, dal momento che per definizione non ha bisogno di una norma unilaterale, cioè di una norma di delimitazione, una norma materiale del foro la cui sfera di applicazione non sia limitata ma sia universale; la sfera di applicazione nello spazio della norma unilaterale coincide con quella della norma materiale di cui delimita la sfera di

dunque alla *condizione* di applicazione, comune a tutte le norme di d.i.p., costituita dalla « riconducibilità » della fattispecie in questione nella sfera di applicazione *materiale* della norma di d.i.p., una *seconda* condizione di applicazione deve sussistere perché la norma di d.i.p. unilaterale possa operare, che cioè la fattispecie rientri altresì nella sua sfera di applicazione *spaziale*, cioè che il criterio di collegamento unilaterale adottato da essa si realizzi nel foro.

182. Rimane da dire della *conseguenza giuridica* propria di una norma di d.i.p. Una volta che la norma di d.i.p., bilaterale od unilaterale che sia, si attiva, la conseguenza giuridica che si genera da tale applicazione è « sempre l'applicabilità di una certa legge »¹²⁰⁷. E' in questa peculiare conseguenza giuridica che si suole rinvenire l'elemento di distinzione fra norma di d.i.p. e norma materiale. Se la norma è bilaterale, essa, quando opera, rende applicabile vuoi la *legge del foro*, se il criterio di collegamento si realizza nel foro, vuoi la legge di *un altro Stato*, se il criterio di collegamento si realizza in tale altro Stato. Se la norma è unilaterale, essa, quando s'attiva, *rende invece applicabile la sola legge del foro*¹²⁰⁸. Con la precisazione – ma sul punto non vi è, come detto, alcuna differenza fra norma bilaterale ed una norma unilaterale – che ad essere rese applicabili dalla norma unilaterale non sono tutte le norme del foro, ma soltanto quelle che disciplinano le questioni giuridiche che ricadono nella sfera di applicazione materiale della norma unilaterale in questione.

Giova dunque rilevare, al fine di comprendere il funzionamento quanto meno di certe norme unilaterali, che il criterio di collegamento spiega, riguardo ad ogni norma unilaterale, una *duplice funzione*. La prima è quella di costituire una condizione di applicazione della *norma unilaterale*. Se tale criterio non si concretizza nello Stato che ha posto la norma, essa non si applica. La seconda è appunto quella di rendere applicabili le *norme materiali* dello Stato in cui si concretizza, cioè – per effetto della prima funzione – dello Stato del foro, cioè di fissare la delimitazione della sfera di efficacia spaziale di tali norme. Il realizzarsi del criterio di collegamento unilaterale nel foro è dunque ad un tempo *una condizione spaziale di applicazione della norma di diritto internazionale privato unilaterale in cui tale criterio è contenuto e una condizione spaziale di applicazione delle norme materiali da essa richiamate*.

Riguardo alla norma bilaterale, invece, il criterio di collegamento ha *soltanto* la funzione di designare le norme materiali, comprese nella sua sfera di applicazione materiale,

applicazione nello spazio, dal momento che se si applica la prima, si applica anche la seconda, che è compito della prima rendere applicabile, e se non si applica la seconda, è perché non si è applicata neppure la prima, la quale, quando si applica, rende applicabile la seconda; la sfera di applicazione nello spazio della norma unilaterale è dunque necessariamente limitata.

¹²⁰⁷ BALLARINO, *D.i.p.*, 1^a ed., p. 260; ZITELMANN, *IPR*, I, p. 205 s.; GUTZWILLER, *IPR*, p. 1540; KEGEL/SCHURIG, p. 265.

¹²⁰⁸ Cfr. BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, p. 280.

dello Stato in cui tale collegamento si concretizza. *Esso non assurge insomma a condizione o criterio di applicazione nello spazio della norma bilaterale in cui esso è contenuto*, dal momento che, lo si è visto, perché tale norma si applichi, non deve sussistere alcuna condizione (o criterio) di applicazione *spaziale*, ma soltanto una o più condizioni di applicazione *materiale*.

Sezione II

Tre criteri di classificazione delle norme unilaterali

SOMMARIO: – 183. Un primo criterio di classificazione: norme unilaterali espresse e norme unilaterali implicite. – 184. Un secondo criterio di classificazione: norme unilaterali accessorie e norme unilaterali autonome. – 185. Un terzo criterio di classificazione: norme unilaterali localizzatrici e norme unilaterali materiali.

183. La scienza del d.i.p. si è assai di rado occupata delle norme unilaterali, e, a quanto ci consta, non pare averne mai tentato una sistemazione¹²⁰⁹. Tre criteri di classificazione ci paiono utili al riguardo, tutti e tre già grosso modo sparsamente intuiti: la natura *implicita* ovvero *esplicita* della norma unilaterale, il suo carattere *accessorio* ad una norma bilaterale ovvero *non accessorio* ad alcuna di esse, la sua indole *localizzatrice* ovvero *materiale*. Il primo e il secondo criterio di classificazione sono stati per lo più identificati nel contesto, come diremo, del fenomeno delle « norme d'applicazione necessaria ». Il terzo criterio è stato scorto nell'ambito dello studio dell'analogia distinzione delle norme bilaterali¹²¹⁰, ma non pare avere destato ancora particolare interesse¹²¹¹.

¹²⁰⁹ L'ultimo scritto « monografico » sulle norme unilaterali dotato di una certa vocazione sistematica, pare essere l'articolo di TRAMMER, *Über die sogenannten « Einseitigen Normen » des internationalen Privatrechts*, *RabelsZ.*, 1957, p. 404 s. A partire da allora, si è parlato di norme di conflitto unilaterali per lo più a proposito del fenomeno delle « norme d'applicazione necessaria », spesso non distinguendo il piano *materiale* da quello *conflittuale*, il che ha – a nostro avviso – impedito una sistemazione soddisfacente del rapporto fra questi due tipi di norme (v. *infra*, para. 211). Nel recente lavoro di BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, si rinviene, spec. a p. 255 s., una disamina della « combinazione » fra norme di conflitto bilaterali e norme unilaterali, bensì materialmente limitata al diritto successorio francese, ma con vocazione teorica più ampia.

¹²¹⁰ PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Genève, 1985, p. 258. L'A., chiedendosi se la tendenza alla « materializzazione » delle norme di conflitto sia « indissociable de la bilatéralité [ou] si l'unilatéralisme pourrait lui faire une part », riconosce che « même dans l'unilatéralisme il serait concevable d'admettre une exception à la localisation: la volonté d'application d'une règle matérielle pourrait être subordonnée à la réalisation d'un effet matériel particulier, et la règle matérielle d'un système peut se désister en faveur de la

Iniziando dal primo criterio di classificazione, come è noto, le norme di diritto internazionale privato possono essere espresse o codificate, cioè poste dal legislatore, ed implicite, cioè ricavate o ricavabili per interpretazione¹²¹². Ciò vale anche per le norme di d.i.p. unilaterali. Vi sono dunque norme unilaterali espresse e norme unilaterali implicite¹²¹³. Dal punto di vista teorico, non dovrebbe rilevare che la norma di d.i.p. sia espressa od implicita¹²¹⁴. Nell'uno come nell'altro caso, si tratta pur sempre di diritto positivo. Deve tuttavia formularsi al riguardo una avvertenza, che ne suggerisce una trattazione separata¹²¹⁵. Se la norma unilaterale è espressa, si danno per lo più tre vantaggi per l'interprete. Il primo è che è spesso facile accertare se si tratta di una norma bilaterale derogatoria rispetto ad una norma bilaterale generale, e soprattutto *qual* è questa norma bilaterale, ovvero se si tratta di una norma unilaterale indipendente da ogni norma bilaterale. Il secondo è che è altresì per lo più agevole identificare le norme materiali del foro che la norma unilaterale rende applicabili. Il terzo è che, attesa la natura espressa del criterio (o dei criteri) di collegamento che la norma unilaterale utilizza, è dato sapere con ragionevole certezza che le norme materiali del foro che essa designa si applicano dunque, appunto per volontà espressa del legislatore, a tutti quei rapporti che, pur internazionali, presentano appunto con il foro quello o quei collegamenti unilaterali, ben individuati, da essa adottati. Nessuna indagine relativa all'« oggetto ed allo scopo »¹²¹⁶, delle norme materiali del foro che la norma unilaterale richiama, si rende insomma

règle d'un autre système lorsque celle-ci veut s'appliquer et aboutit au résultat escompté par la règle du for » (corsivo nostro): v. appunto *infra*, para. 196 s.

¹²¹¹ V. ora BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, p. 281 s.

¹²¹² Ciò vale per qualsiasi norma di d.i.p.: non solo, cioè, per le norme sulla « scelta di legge » in senso lato (c.d. di « parte speciale »: quelle che, per ciascuna categoria giuridica, indicano se è ad essa applicabile la legge del foro ovvero una legge straniera) ma anche per quelle sul funzionamento della norma di d.i.p., quali quelle sul rinvio, sulla qualificazione, e così via (c.d. di « parte generale »).

¹²¹³ V. espressamente sul punto BUCHER/BONOMI, p. 5: « Parmi les règles de conflit unilatérales, on peut distinguer celles qui sont *explicites*, c'est-à-dire exprimées en tant que telles par le législateur, et celle qui sont *implicites* à une règle de droit matériel » (corsivo degli A.).

¹²¹⁴ Cfr. DE NOVA, *Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application*, p. 357-358, e BONOMI, *Norme imperative*, p. 157.

¹²¹⁵ Vi è ancora da anticipare a questo riguardo che la norma unilaterale e la norma bilaterale cui essa deroga, se esplicite, possono essere contenute sia nella legge « organica » di d.i.p. (se ovviamente ve ne è una), il che significa – trattandosi della norma unilaterale – che essa si trova dunque per lo più separata dalle norme materiali delle quali delimita la sfera di applicazione; sia in un altro testo normativo, che può essere il codice civile ovvero una qualsiasi altra legge speciale, il che significa – trattandosi della norma unilaterale – che essa si trova per lo più « topograficamente » contigua a tali norme materiali.

¹²¹⁶ Questi sono – come è noto – i criteri di cui, ai sensi dell'art. 17 della legge di riforma, l'interprete deve tener conto per identificare le norme che « debbono essere applicate nonostante il richiamo alla legge straniera ».

necessaria per ricostruirne il contenuto, e dunque per ricostruire il campo di applicazione nello spazio delle stesse norme materiali richiamate.

Se una norma unilaterale non è codificata, ma è (stata) piuttosto ricavata per interpretazione, cioè essenzialmente appunto dall'« oggetto » e dallo « scopo » delle norme materiali ch'essa designa, si danno invece i tre reciproci inconvenienti. Di fronte ad una norma implicita, gli interpreti tendono a ritenere che si tratti sempre di una norma derogatoria ad una norma bilaterale – la quale conclusione è invero talvolta discutibile – e, in ogni caso, non è facile identificare la norma bilaterale derogata. Né, in secondo luogo, è sempre agevole individuare con esattezza, una per una, le norme materiali del foro che la norma unilaterale richiama; laddove la giurisprudenza ha già sancito l'applicabilità di alcune di queste norme, non è dato sapere con certezza se da ciò possa argomentarsi l'esclusione di altre. In terzo luogo, e soprattutto, può essere problematico scorgere qual è il criterio o quali sono i criteri di collegamenti unilaterali che hanno tratto la giurisprudenza ad applicare ai concreti rapporti già venuti al suo vaglio quelle norme materiali di cui la norma unilaterale delimita la sfera di efficacia. Tali criteri devono allora ricavarsi interpretando le pronunce giudiziarie che li hanno a loro volta ricavati interpretando l'oggetto e lo scopo delle norme materiali. Inoltre, anche laddove tale criterio o tali criteri sono ben individuati o comunque individuabili nelle decisioni già rese, non è sempre facile scoprire se queste abbiano esaurito tutti i criteri unilaterali di cui fa uso la norma unilaterale implicita¹²¹⁷. La norma unilaterale implicita è insomma spesso una *Bildungs-norm*, una « norma in formazione »¹²¹⁸, il cui contenuto positivo non può che precisarsi gradatamente, attraverso una serie di positive applicazioni giurisprudenziali.

184. Un secondo criterio di classificazione distingue le norme unilaterali che *accedono* ad una norma bilaterale, da un lato¹²¹⁹, e le norme unilaterali *indipendenti* da ogni norma

¹²¹⁷ Non è facile determinare se il giudice abbia dedotto la norma unilaterale nella sua pienezza ovvero un « frammento » di norma unilaterale. Un giudice, quando applica una norma materiale del foro in deroga ad una norma bilaterale, non interviene a fissare in astratto, in generale ed una volta per tutte, il campo di applicazione internazionale di tale norma materiale: egli si limita a dire che, dato il rapporto internazionale X, che presenta con il foro il collegamento Y, questa e quest'altra norma del foro si applicano ad esso. Così facendo, non esclude né sottintende, per lo più, che, dato il rapporto X¹, che presenta con il foro il collegamento Y¹, diverso dunque da Y, le norme applicate al primo rapporto si abbiano ad applicare egualmente. Donde la necessità per l'interprete, il quale, come il legislatore, non deve limiarsi ad apprestare la soluzione ad uno specifico e concreto rapporto già sorto, ma proporre la soluzione per tutti i rapporti potenziali futuri, di ricostruire in modo esaustivo i criteri unilaterali, affidandosi alle pronunce giurisprudenziali ma anche all'« oggetto ed allo scopo » delle norme materiali che la norma stessa rende applicabili.

¹²¹⁸ DÉBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit*, p. 53 parla di « règle de rattachement en formation dans la jurisprudence » e di « chrysalide en formation ».

¹²¹⁹ MAYER/HEUZÉ, p. 81: « Si normalement on retient pour seul critère de rattachement un critère bilatéral, on peut aussi lui *adjoindre* un critère unilatéral » (corsivo nostro).

bilaterale, dall'altro¹²²⁰. Nel primo caso, la norma unilaterale pressoché invariabilmente *deroga* alla norma bilaterale cui accede, la quale è *generale* rispetto alla prima, quest'ultima essendo, reciprocamente, *speciale* rispetto alla norma bilaterale¹²²¹. Nel secondo caso, la norma unilaterale *non* deroga evidentemente alla norma bilaterale, perché non vi è per ipotesi alcuna norma bilaterale cui essa può derogare¹²²², e neppure ha senso

¹²²⁰ BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, p. 255 evoca le « règles de droit international privé unilatérales qui gouvernent, indépendamment ou concurremment avec les (...) règles de conflit bilatérales, les situations privées qui tombent sous leur empire » (corsivo nostro). Si noti tuttavia sin d'ora che, nella valutazione se, data una norma unilaterale (specie, come vedremo, implicita), esista o meno una norma bilaterale cui la prima « acceda », derogandovi, è insito un irriducibile margine di relatività, dunque di soggettività. Ciò dipende in non lieve misura da come il legislatore, ovvero, più spesso, l'interprete, costruisca l'estensione della categoria giuridica coperta dalla norma bilaterale riguardo alla quale la questione si pone. Si prendano, ad esempio, le norme (materiali) in tema di protezione del consumatore o quelle che tutelano la concorrenza. Posso ritenere che sia le prime che le seconde accedano alla categoria dei « contratti », allegando che il loro scopo è in effetti quello di incidere sul *contenuto* del contratto cui si applicano, ed innanzitutto sulla questione fondamentale se tale contratto è o meno *valido*; e concludere che le questioni cui tali norme ineriscono rientrano nello « statuto contrattuale », che siano cioè « coperte » dalla *lex contractus*. Se così è, e se pur vi sono norme del foro, espresse od implicite, che precisano che le norme materiali del foro in materia devono applicarsi anche se la *lex contractus* è una legge straniera, allora si dovrà dire che tali « norme di delimitazione », le quali, come si vedrà, sono di d.i.p. ed hanno per lo più una formulazione unilaterale, « accedono » alla norma bilaterale corrispondente, quella – poniamo – che stabilisce che si applichi la legge dello Stato con cui il contratto ha il collegamento più stretto, precisandola e completandola. Ma pure posso ritenere che tali questioni, e le norme che le regolano, pur incidendo sulla *validità* e sul *contenuto* del contratto, abbiano – come del resto si ritiene per lo più riguardo alle questioni in tema di *forma* del contratto od in tema di *capacità* di un contraente – una sufficiente autonomia « materiale », da potere e dovere costituire una categoria di d.i.p. a sé, e, conseguentemente, elaborare per esse una norma di d.i.p. *indipendente* da quella che regola la materia contrattuale. La quale nuova norma di d.i.p. potrà essere formulata in modo *bilaterale* (e rubricata, se espressa, ad esempio: « Legge applicabile alla protezione del consumatore » – cfr. l'articolo 120 LDIP – o « Legge applicabile alla tutela della concorrenza »: cfr. l'art. 137 LDIP), ovvero in modo *unilaterale*. In questo modo la norma *non* accederebbe ad alcuna norma bilaterale, in particolare a quella contrattuale, ma sarebbe *autonoma* rispetto ad essa. E' chiaro che tale distinzione incide o potrebbe incidere in misura fondamentale sulle modalità di richiamo del diritto straniero nello spazio lasciato libero dalle norme del foro.

¹²²¹ V. ad es., DÉBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit*, p. 53. La norma unilaterale e la norma bilaterale non possono qui, cioè, applicarsi entrambe: o si applica la prima, e l'effetto di tale applicazione sarà l'attribuzione di efficacia alle norme del foro, o si applica la seconda, e l'effetto di tale applicazione sarà l'attribuzione di efficacia alle norme straniere designate dal collegamento bilaterale.

¹²²² Ciò non significa che queste norme siano *avulse* da qualsiasi norma bilaterale: rispetto ad una determinata fattispecie internazionale, esse non sono quasi mai chiamate ad operare *da sole*, ma devono spesso, ed anzi in pratica sempre, interagire con norme bilaterali: v. SYMEONIDES, *The American Choice of Law Revolution*, p. 372, nota 7 (corsivo nostro). Ciò che è *indipendente* è il campo di applicazione *materiale* della norma unilaterale rispetto a quello della norma bilaterale, nel senso che distinte sono le questioni giuridicamente rilevanti di cui si occupano, rispettivamente, la prima e la seconda.

dunque parlare al riguardo di rapporto di generalità-specialità¹²²³. Poiché, come si è detto, le norme unilaterali implicite sono state ricavate pressoché sempre come norme derogatorie rispetto ad una norma bilaterale più generale, della classificazione fra norme unilaterali accessorie e derogatorie e norme unilaterali non accessorie e non derogatorie, ci occuperemo essenzialmente con riguardo alle norme unilaterali espresse. La distinzione fra norme unilaterali accessorie e norme unilaterali non accessorie ha rilievo perché le une e le altre divergono – o meglio, come si dirà, paiono divergere – rispetto alla fondamentale questione di come, nello spazio lasciato libero dalle norme materiali da esse rese applicabili, operi, o possa operare, il *richiamo del diritto straniero*. Se vi è una norma bilaterale generale cui la norma unilaterale speciale deroga, il diritto straniero è o meglio parrebbe tendenzialmente richiamato sulla base di un criterio di designazione individuato dal foro, quello adottato appunto dalla norma bilaterale generale. Tale norma infatti, per quanto riguarda il richiamo del diritto straniero, non è per definizione derogata dalla norma unilaterale, e potrebbe continuare dunque ad operare. Insomma, se la norma unilaterale accede ad una norma bilaterale, il richiamo del diritto straniero parrebbe avvenire su base ancora bilaterale¹²²⁴. Se, invece, la norma unilaterale non deroga ad alcuna norma bilaterale generale, il richiamo delle leggi straniere può avvenire mediante rispetto della volontà d'applicazione di tali leggi¹²²⁵.

¹²²³ Vi è ancora qui da dire che, facendo interagire la prima distinzione, quella fra norme unilaterali espresse e norme unilaterali implicite, con questa seconda distinzione, possono darsi in teoria, se si tratta di norma unilaterale accessoria ad una norma unilaterale, quattro tipi di norme unilaterali: una norma unilaterale espressa che accede ad una norma bilaterale espressa; una norma unilaterale implicita che accede ad una norma bilaterale espressa; una norma unilaterale espressa che accede ad una norma bilaterale implicita; una norma unilaterale implicita che accede ad una norma unilaterale implicita. Trattandosi invece di norme unilaterali che non accedono ad una norma bilaterale, il carattere implicito od esplicito non può che riferirsi alla norma unilaterale, posto che, per ipotesi, non viene in rilievo alcuna norma bilaterale. Peraltro, e come segnalato *supra*, nota 1220, riguardo ad una particolare norma unilaterale, si può discutere se essa acceda o meno ad una particolare norma bilaterale: la quale norma bilaterale può essere dunque, a sua volta, esplicita od implicita.

¹²²⁴ Ciò è però soltanto quanto la redazione normativa delle due norme porta a concludere. In realtà, per pressoché tutte le norme unilaterali accessorie a norme bilaterali, è lecito interrogarsi, e per alcune ci si è infatti interrogati, sulla possibilità che, nello spazio lasciato libero dalla norma unilaterale, *non* si applichi *quel* diritto straniero dichiarato applicabile dalla norma bilaterale generale. V. *infra*, para. 220 s.

¹²²⁵ Talvolta è implicito, avuto riguardo all'elaborazione della norma, alla sua storia legislativa, ai fini da essa perseguiti, che si debba applicare nel foro quella legge che sarebbe applicata all'estero (lasciando per il momento da parte la questione circa quale o quali siano gli Stati o meglio gli ordinamenti che il giudice del foro debba assumere a « riferimento »). Ma tale precisa volontà del legislatore del foro è sempre più spesso propriamente espressa. Il legislatore sempre più spesso cioè impone ai suoi giudici, una volta accertato che le norme del foro non sono applicabili (o, pur applicabili, non sono state in concreto applicate), di riconoscere efficacia ad una legge straniera: non a quella dello Stato estero in cui si concretizza il criterio di collegamento scelto dal foro, bensì a quell'altra che risulti essere stata, nella fattispecie da regolare, concretamente utilizzata dagli individui in essa coinvolti od applicata, spesso peraltro su loro concorde richiesta, da una qualche autorità estera, essendo

185. Un terzo importante criterio di classificazione distingue le norme unilaterali a carattere *localizzatore*, da un lato, e le norme unilaterali a carattere *materiale*, dall'altro. Nelle norme unilaterali a carattere soltanto localizzatore, la deroga della norma unilaterale alla norma bilaterale avviene per effetto di un criterio di collegamento nel senso tradizionale del termine, cioè di *localizzazione spaziale*¹²²⁶. Nelle norme unilaterali a carattere materiale, la deroga avviene per effetto di un criterio di *materialità*, di un criterio cioè che attiene al *contenuto* delle norme rese applicabili, o meglio, come si preciserà, per effetto del cumulo di un criterio di collegamento e di un criterio di materialità. Questo criterio opera soltanto con riguardo alle norme unilaterali derogatorie ma, a differenza del criterio di distinzione precedente, vale sia per le norme unilaterali espresse che per le norme unilaterali implicite, anche se ha per lo più rilievo riguardo alle prime. Sia che la norma unilaterale utilizzi, per funzionare, un criterio di collegamento spaziale, sia che essa utilizzi anche un criterio di materialità, essa, ciò facendo, sta pur sempre, anche cioè quando suppone un confronto con la norma straniera richiamata dalla norma bilaterale cui accede, svolgendo la funzione di delimitare le fattispecie cui deve applicarsi la legge del foro, senza nulla dire, da sé, circa le modalità del richiamo al diritto straniero nello spazio che essa non rivendica per le norme che rende applicabili: si tratta dunque pur sempre di una norma unilaterale¹²²⁷.

Sezione III

Norme unilaterali espresse localizzatrici

SOMMARIO: – 186. Criterio di collegamento bilaterale e criterio di collegamento unilaterale. L'art. 25, comma 1 della legge di riforma. – 187. Definizione di norma di d.i.p. e individuazione della norma unilaterale. – 188. Le condizioni di applicazione della norma unilaterale. L'effetto di tale applicazione: la *deroga* alla norma bilaterale. – 189. La sussistenza delle due condizioni perché si abbia la deroga di una norma ad un'altra norma. – 190. Due tipi di deroga: deroga in senso soltanto *spaziale* e deroga in senso anche *materiale*. Deroga soltanto spaziale: l'esempio dell'art. 25. – 191. (segue): Deroga anche materiale: l'esempio dell'art. 116 c.c. – 192. Il rilievo della distinzione fra i due tipi di deroga. – 193. L'esistenza di norme unilaterali « accessorie » ma non « derogatorie »: l'art. 26 della legge di riforma. – 194. Equivalenza di tali norme rispetto alle norme unilaterali « derogatorie ». – 195. Le diverse modalità tecniche del richiamo delle norme materiali interne: *singulatum* e *per relationem*.

soltanto implicitamente richiesto che tale legge presenti un certo contatto con la fattispecie. E' quello che è stato recentemente definito il « metodo del riconoscimento », di cui ci occuperemo nel Capitolo Sesto.

¹²²⁶ V., per questa terminologia, PICONE, *Cours général*, p. 35 s.

¹²²⁷ V. *infra*, para. 196 s.

186. Si prenda un articolo, inserito nella legge « organica » di d.i.p. di uno Stato A, il quale, relativamente ad una particolare categoria giuridica, disponga innanzitutto – poniamo: in un suo primo comma, ovvero in una prima proposizione del suo primo comma – che, a tale categoria giuridica, debba applicarsi la legge dello Stato in favore del quale opera un certo criterio di collegamento X. Tale Stato può essere lo stesso Stato A (del foro), ovvero lo Stato B, o lo Stato C, e così via, a seconda appunto di dove tale criterio si concretizzi. Il criterio di collegamento X è insomma bilaterale. La regola di d.i.p. che lo « incorpora » è dunque essa pure – almeno fin qui – bilaterale. Un esempio è dato – almeno apparentemente – dalla prima proposizione del primo comma dell'art. 25 della legge di riforma italiana del d.i.p. in tema di società¹²²⁸, il quale enuncia infatti che « [l]e società (...) sono disciplinat[e] dalla legge dello Stato nel cui territorio si è perfezionato il procedimento di costituzione ». Il criterio impiegato da tale norma, la quale disciplina la categoria « società » è il « perfezionamento del procedimento di costituzione »: se esso ha avuto luogo in Italia (cioè nello Stato del foro: Stato A), si applica la legge italiana (legge di A); se invece ha avuto luogo in Germania (Stato B), o in Francia (Stato C), o in Inghilterra (Stato D), allora si applicherà la legge rispettivamente tedesca (di B), francese (di C), inglese (di D). E così via.

Si supponga ora che quello stesso articolo che, in un primo comma (ovvero in una prima disposizione di esso), incorpora il criterio di collegamento *formulato* bilateralmente X¹²²⁹, dichiari tuttavia, in un *secondo* comma (ovvero in una seconda disposizione di esso) che deve nondimeno applicarsi la legge del foro (di A) a quelle fattispecie in cui sussiste con il foro (cioè con A) un distinto criterio di collegamento Y, eventualmente in alternativa ad un terzo criterio di collegamento Z: e ciò anche se, in base alla norma che adotta il criterio formulato bilateralmente, si dovrebbe, a tali fattispecie, applicare la legge di B, o di C, o di D (non insomma di A), perché è nello Stato B, o C, o D (non in A) che si realizza il criterio X. L'art. 25 della legge di riforma contiene in effetti, nella seconda proposizione del primo comma, una disposizione di questo tipo: la quale designa la legge italiana « se la sede dell'amministrazione [della società] è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale [di essa] ». Tale norma aggiunge al primo criterio di collegamento X, cioè il perfezionamento del procedimento di costituzione, un secondo criterio di collegamento Y, cioè il luogo in cui la società ha la sua

¹²²⁸ Soltanto apparentemente perché, come si dirà, *infra*, para. 274 s., il criterio che designa lo Stato della costituzione di una persona giuridica, così come è comunemente interpretato, convoca la legge, del foro o straniera, che ha fatto sorgere la società avendo volontà di farla sorgere, cioè la legge che si è concretamente applicata intendendo applicarsi e producendo l'effetto suo proprio, che è, in materia, quello di vita ad un soggetto giuridico, senza nulla dire del legame che deve sussistere fra tale soggetto costituendo o costituito (o i soggetti, per lo più persone fisiche, che promuovono una tale costituzione) e lo Stato la cui legge si applica o si è applicata. Se si vuole impiegare il termine « criterio di collegamento », è piuttosto, e per dirla con Quadri, di un *autocollegamento* che deve parlarsi, cioè di un rinvio ai contatti scelti da ciascuno Stato per conto proprio.

¹²²⁹ Su ciò che si tratta più propriamente di un *autocollegamento*, v. nota precedente.

sede, e pure un terzo criterio di collegamento Z, cioè il luogo in cui la società ha il suo oggetto principale; e prevede che alla categoria giuridica coperta dall'articolo 25 (cioè, nel nostro esempio, alle questioni in materia societaria, specificate esemplificativamente al comma 2) debba applicarsi la legge italiana se tale criterio di collegamento Y, o alternativamente, tale criterio di collegamento Z, sono « concretizzati » in Italia, e ciò *anche* quando (da un certo punto di vista anzi, come stiamo per vedere, *solo* quando) il criterio X opera a favore della legge dello Stato B (ovvero dello Stato C, ovvero dello Stato D).

A differenza del criterio di collegamento X, i criteri di collegamento Y e Z non dichiarano applicabile la legge dello Stato in cui si concretizzano *qualunque* sia tale Stato, cioè in particolare, sia che si tratti dello Stato del foro (A), sia che si tratti di uno Stato estero (B, C, D), ma *soltanto* la legge dello Stato del foro, se e solo se, ovviamente, si concretizzano appunto in tale Stato. Tali criteri dunque, i quali sono posti dal foro (dallo Stato A), operano soltanto « verso l'interno », cioè per dichiarare applicabile la legge dello Stato del foro, e non già anche verso l'esterno (per dichiarare applicabile la legge dello Stato B, C e D). I criteri di collegamento Y e Z, dunque, a differenza del criterio di collegamento X, che è bilaterale, sono invece *unilaterali*. Se è così, il comma dell'articolo di legge che li contiene può dirsi anch'esso avere una *struttura* o una *formulazione unilaterale* certa: esso si limita a dichiarare applicabile la legge di A quando sussiste in A il criterio di collegamento Y (eventualmente in alternativa al criterio Z), mentre non dice che, come si deve applicare la legge di A se sussiste in A il criterio di collegamento Y, pure si deve applicare la legge di B ovvero di C ovvero di D, se Y, anziché realizzarsi in A, si realizza rispettivamente in B, ovvero in C, ovvero in D.

187. Ebbene: se per « norma » s'intende l'*articolo* di legge, comprensivo, come si è detto, dei due commi (ovvero delle due disposizioni), l'uno (l'una) che utilizza un criterio di collegamento di formulazione bilaterale, l'altro (l'altra) che utilizza un criterio di collegamento unilaterale, allora non si può dire che essa norma sia perfettamente bilaterale né che essa sia perfettamente unilaterale; ma si dovrà dire, genericamente, che essa è *in parte* bilaterale ed *in parte* unilaterale. Se invece per « norma » s'intende *ciascuno* dei due commi ovvero *ciascuna* delle disposizioni in questione, perché si abbia a ritenere vuoi che ciascuno di essi sia dotato di una sufficiente autonomia sistematica per assurgere a « norma », vuoi, più precisamente, che, il *proprium* di una norma di d.i.p. essendo l'adozione da parte di essa di un certo *criterio di collegamento*, ciascuna porzione di articolo di legge, non importa che formi un comma a sé o soltanto la parte di un comma, la quale abbia ad adottare uno specifico criterio di collegamento, possa appunto, ai (soli) fini del d.i.p., considerarsi « norma di d.i.p. », *si deve concludere che le norme di d.i.p. sono appunto due, l'una bilaterale e l'altra unilaterale*. Pur con qualche riserva, che renderemo nota fra breve, abbiamo, nel presente lavoro, accolto la *seconda* alternativa terminologica, e parleremo dunque, con riferimento ad esempi del tipo di cui si è detto,

di *due* norme¹²³⁰. Ciò abbiamo fatto sia per comodità – sembra infatti questo l'uso invalso – sia soprattutto perché l'argomento che fa leva sull'*autonomia* del criterio di collegamento, sul fatto, cioè, che si possano, all'interno di un medesimo articolo, individuare o ricostruire tante *norme* quanti sono i criteri di collegamenti utilizzati, ci pare convincente.

188. Vogliamo ora vedere, in primo luogo, quali sono le *condizioni* di funzionamento della norma di d.i.p. *unilaterale* rispetto alla norma di d.i.p. *bilaterale* cui la prima accede e, in secondo luogo, qual è l'*effetto* di tale funzionamento.

Quanto alle condizioni di funzionamento, si riprenda l'esempio di cui sopra. Mentre la norma bilaterale si applica *sempre*, sia cioè che X (o X¹ o X²) sia concretizzato in A sia che lo sia in B, la norma unilaterale si applica soltanto se *sussiste* con A il criterio di collegamento Y. Ma vi è un'altra condizione perché la norma unilaterale possa applicarsi, la cui sussistenza deve essere accertata in via preliminare: *non* deve realizzarsi in A il criterio di collegamento X¹²³¹, e ciò perché, altrimenti, la legge di A risulterebbe già resa applicabile dalla norma bilaterale, e non vi sarebbe dunque luogo di far ricorso alla norma unilaterale, la conseguenza giuridica di questa, che, come stiamo per vedere, è appunto l'applicabilità della legge di A, essendosi qui già prodotta indipendentemente da essa. Nell'esempio di cui all'art. 25, perché la norma unilaterale di cui alla seconda proposizione del primo comma intervenga, è necessario, da un lato, che il luogo in cui si è perfezionato il procedimento di costituzione della società *non* si trovi in Italia (condizione *negativa* di applicazione: il criterio di collegamento X *non* si realizza in A); e, dall'altro, che si trovi in Italia la sede dell'amministrazione ovvero l'oggetto principale della società (condizione *positiva* di applicazione: il criterio di collegamento Y o, in alternativa, il criterio di collegamento Z, si realizza in A).

¹²³⁰ Il che obbliga a precisare che, se i criteri di collegamento non sono due (X e Y) ma tre (X, Y e Z), si deve coerentemente concludere che le norme di d.i.p. non sono soltanto due, ma addirittura tre. Così, si dirà che l'art. 25, comma 1, della legge di riforma contiene 1) una norma di formulazione bilaterale, che utilizza cioè criterio di collegamento appunto bilateralmente formulato, il luogo di perfezionamento del procedimento di costituzione, 2) una norma unilaterale, che adotta un criterio di collegamento appunto unilaterale, il luogo della sede dell'amministrazione della società, 3) un'altra norma unilaterale, che ricorre ad un criterio di collegamento pure unilaterale, il luogo in cui si trova l'oggetto principale della società. Su ciò che la parte della seconda proposizione dell'art. 25, comma 1 che menziona l'oggetto principale configuri da sé una norma autonoma, indipendente cioè non soltanto dalla norma che impiega il collegamento bilaterale ma altresì da quella parte della medesima disposizione che utilizza il collegamento unilaterale della « sede dell'amministrazione », v. implicitamente BALLARINO, *D.i.p.*, p. 365, il quale spiega al riguardo « anche questa *norma* proviene dalla legislazione precedente (...); e poco dopo: « la *norma*, presa alla lettera, potrebbe avere una portata decisamente eccessiva » (corsivo nostro).

¹²³¹ Cfr. BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, p. 280: « (...) la règle unilatérale française n'est applicable que si, préalablement, la loi successorale a été désignée par la règle de conflit bilatérale française ».

Questi rilievi ci consentono di studiare l'*effetto* prodotto dal funzionamento di una norma unilaterale accessoria rispetto ad una norma bilaterale. Come si è detto nella Sezione I, l'effetto dell'applicazione di una norma unilaterale consiste sempre e soltanto nel rendere applicabili alle fattispecie cui la norma unilaterale si applica le norme materiali del foro. Ebbene, se la norma unilaterale accede ad una norma bilaterale, tale *effetto* si risolve evidentemente in una « deroga » alla norma bilaterale, o meglio in una deroga alla porzione di essa che richiama il diritto straniero (e ciò fa sulla base del criterio di collegamento X utilizzato anche per delimitare la sfera di applicazione del diritto interno): la norma unilaterale impedisce che la porzione « estroversa » della norma bilaterale, quella appunto che designa il diritto straniero, produca l'effetto suo proprio, cioè quello di rendere applicabile una legge straniera (quella, come si è detto, dello Stato in cui sussiste il criterio di collegamento X scelto dalla norma bilaterale) ad esclusione della legge del foro¹²³². Nell'esempio dell'art. 25, l'effetto dell'applicazione della disposizione unilaterale, le cui condizioni di applicazione si sono appena esaminate, è che, anziché applicarsi la (sola) legge dello Stato in cui si è perfezionato il procedimento di costituzione della società (cioè dello Stato in cui si concretizza il criterio di collegamento X, Stato che, come si è detto, è in queste ipotesi necessariamente diverso dall'Italia, cioè è, potremmo dire, Stato « non-A »), come pure vuole la norma bilaterale, si applicherà invece (anche) la legge italiana (cioè dello Stato A in cui si concretizza il criterio Y).

189. La norma unilaterale, nei casi di cui si discorre, « deroga », si è detto, alla norma bilaterale. Sono qui riunite, infatti, le due condizioni tipiche di ogni deroga di una norma giuridica ad un'altra norma giuridica: (i) che il campo di applicazione della norma derogante sia ricompreso in quello della norma derogata; (ii) che la conseguenza giuridica prodotta dalla norma derogante sia diversa da quella propria della norma derogata¹²³³.

(i) La norma unilaterale si applica a fattispecie che, altrimenti, se cioè *non* vi fosse tale norma, rientrerebbero sotto la previsione della norma bilaterale, la quale, come si è visto, ha vocazione a contemplare, dal punto di vista spaziale, tutte le fattispecie del mondo, ovunque e fra chiunque siano sorte e si siano svolte o si svolgano. Se, nell'esempio,

¹²³² Cfr. anche BONOMI, *Norme imperative*, p. 150: « [d]i deroga si può parlare soltanto quando la regola di conflitto conduce in concreto all'applicazione di una legge straniera, giacché soltanto in questo caso le conseguenze derivanti dall'esistenza di una norma interna di applicazione necessaria possono divergere da quelle previste dalla norma di conflitto ».

¹²³³ RESCIGNO, *Deroga (in materia legislativa)*, *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, p. 303 s.; BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, p. 214 s.; p. 221 s., il quale include anche la condizione che le due norme appartengano al medesimo ordinamento, condizione che qui si è data per implicita. Cfr. BONOMI, *Norme imperative*, p. 143, che tratta della deroga a proposito delle norme internazionalmente imperative, la cui « portata derogatoria (...) in rapporto alle ordinarie norme di conflitto » costituirebbe una « fondamentale caratteristica » di tali norme. L'A. include, oltre alle due condizioni menzionate, anche una terza condizione cioè che « la disciplina stabilita dalla norma derogante si sostituisca, in quanto *lex specialis*, a quella prevista dalla norma derogata » (p. 149): a noi pare che ciò rappresenti meno una condizione della deroga che non l'*effetto* di essa.

non vi fosse la norma unilaterale che adotta come criterio di collegamento la sede dell'amministrazione della società, la fattispecie in cui il luogo di perfezionamento del procedimento di costituzione non si trova in Italia ma si trova in Italia appunto la sede della sua amministrazione ricadrebbe nella sfera di applicazione spaziale della norma bilaterale, e risulterebbe sottoposta alla legge dello Stato in cui appunto si è perfezionato il procedimento di costituzione, cioè la legge di uno Stato estero, mentre il criterio della sede, che pur opera verso l'Italia, non avrebbe alcun rilievo al fine della determinazione della legge applicabile.

(ii) La norma unilaterale produce, come si è detto, la conseguenza giuridica – diversa rispetto a quella che deriverebbe dall'applicazione della norma bilaterale appunto « derogata », ed anzi, dal punto di vista dalla teoria generale della norma giuridica, *contraria*¹²³⁴ – di dichiarare applicabile le norme materiali del foro anziché le norme dello Stato straniero in cui il criterio di collegamento bilaterale si concretizza. Nell'esempio: la norma unilaterale, che opera qualora si trovi in Italia la sede dell'amministrazione della società, ha per effetto di attribuire efficacia alle norme materiali italiane in materia di società anziché le norme dello Stato (estero) in cui è perfezionato il procedimento di costituzione¹²³⁵.

¹²³⁴ Per una classificazione della « diversità » degli effetti prodotti da due norme giuridiche in rapporto di generalità-specialità, v. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, p. 209 s.

¹²³⁵ Si potrebbe dubitare della giustezza di quest'ultima conclusione facendo valere che l'applicazione delle norme della *lex societatis* straniera non è qui *sempre esclusa*, l'effetto della disposizione in analisi essendo piuttosto quello, più limitato, di provocare, almeno in una certa misura, un *cumulo* delle norme materiali, del foro e straniero, applicabili alla fattispecie; e che quindi di deroga *non* si può parlare, non quanto meno nel senso da noi indicato. Si noti al riguardo innanzitutto che il « cumulo » si desume dallo « spirito » della norma e, soprattutto, dai generali obiettivi di coordinamento del d.i.p., ma non risulta dalla *lettera* della stessa (la quale non dice ad es. « Tuttavia si applica *anche* la legge italiana »); se si conclude per il « cumulo », o per un « cumulo parziale » (il che pare opportuno: v. *infra*, para. 280 s.; così BALLARINO, *D.i.p.*, p. 362 s. e BENEDETTELLI, *Commentario NLCC*, p. 1134-1135), bisogna riconoscere che la redazione legislativa è difettosa (il che non sarebbe, beninteso, una novità: cfr. i rilievi di ANZILOTTI, *Codificazione del diritto internazionale privato*, p. 55, il quale, riguardo alle norme del 1865, osservava: « La difficoltà di enunciare in formule legislative chiare e precise i principi del diritto internazionale privato è manifesta nella legislazione italiana, dove non uno, forse, degli articoli relativi a questa materia va immune da errore o inesattezze di redazione »). Si noti in secondo luogo, e più decisamente, che, nella relazione « fattispecie-conseguenza giuridica », la *conseguenza* è, trattandosi appunto di una norma di d.i.p., a ben guardare, *duplice*, una *positiva* e l'altra *negativa*: la prima consiste nella designazione delle norme dello Stato in cui si realizza il criterio di collegamento bilaterale che tale norma adotta; la seconda consiste nell'esclusione delle norme degli altri Stati cui la fattispecie presenta contatti, in particolare delle norme del foro. Cfr. BALLARINO, *D.i.p.*, 1^a ed., p. 266, il quale qualifica l'« esclusione dell'applicabilità del diritto interno » (l'A. si riferisce all'operare delle norme bilaterali « verso l'esterno ») quale « *conseguenza preliminare* della norma di d.i.p. »; per considerazioni analoghe, v. BONOMI, *Norme imperative*, p. 151. Ebbene, quanto meno la conseguenza *negativa* prodotta dal funzionamento della norma bilaterale, cioè l'esclusione dell'applicazione delle norme materiali di

Possiamo dunque affermare che, come in ogni caso di deroga di una norma ad un'altra, fra la norma unilaterale e la norma bilaterale s'instaura un *rapporto di generalità-specialità*¹²³⁶: la norma unilaterale è « speciale » rispetto alla norma bilaterale, che è « generale » rispetto alla prima, nel senso che la prima opera riguardo a fattispecie nelle quali, in sua mancanza, interverrebbe la seconda. Nell'esempio, la norma bilaterale italiana ricomprende nel suo ambito di efficacia spaziale *tutte* le fattispecie in cui la società che si tratta di regolare si è costituita in uno qualsiasi degli Stati del mondo, cioè in sostanza a *tutte* le società del mondo – perché una società deve pur essersi costituita – ovunque abbiano la sede della loro amministrazione ovvero il loro oggetto principale. La norma unilaterale invece si applica soltanto in quelle fattispecie in cui la società ha in Italia la sede della sua amministrazione ovvero l'oggetto principale della sua attività, cioè, insomma, in una cerchia di fattispecie sensibilmente più circoscritta.

190. Vi è un'importante precisazione da fare circa il concetto di « deroga » e il rapporto di « generalità-specialità » implicito in esso. Si è detto che una norma di d.i.p. bilaterale ha anch'essa un campo di applicazione *materiale* ed un campo di applicazione *spaziale*, il quale è però per lo più universale. Ebbene, il « rapporto di generalità-specialità » fra la norma di d.i.p. bilaterale generale derogata e la norma di d.i.p. unilaterale speciale derogante può avere luogo *vuoi* soltanto con riguardo al campo di applicazione *spaziale*, *vuoi anche* con riguardo al campo di applicazione *materiale*¹²³⁷. Vediamo nel dettaglio questa importante distinzione.

ogni altro Stato, ed in particolare delle norme del foro, *non si produce per effetto dell'operare della norma unilaterale*, la quale appunto dichiara l'applicabilità delle norme materiali del foro, e così facendo, e nella misura in cui dichiara l'applicabilità di esse (se non ad *esclusione* delle norme straniere quanto meno in *aggiunta* ad esse), *deroga* alla norma bilaterale. E tanto basta dunque perché si possa parlare di deroga.

¹²³⁶ L'« antinomia » fra le due norme, bilaterale ed unilaterale, risolta mediante il criterio di specialità, è dunque del tipo « totale-parziale »: nel senso che è *totale* da parte della norma unilaterale rispetto alla norma bilaterale, e soltanto *parziale* della norma bilaterale rispetto alla norma unilaterale: v. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, p. 215-216.

¹²³⁷ Nel caso in cui il rapporto di generalità-specialità ha luogo soltanto in senso *spaziale*, la deroga che la norma speciale apporta alla norma generale è in un certo senso *piena o totale*, poiché l'effetto tipico di essa, cioè di rendere applicabili le norme del foro in luogo delle norme straniere rese applicabili dalla norma generale, si produce riguardo a *tutte* le questioni giuridiche che ricadono nella sfera di applicazione materiale della norma generale (che coincide con quella della norma speciale), nessuna delle quali rimarrà sottoposta dunque alle norme straniere. Nel caso in cui il rapporto di generalità-specialità ha luogo *anche* in senso materiale, la deroga può invece definirsi da un certo punto di vista *parziale*, nel senso che l'effetto tipico di essa, cioè il richiamo delle norme del foro, si produce soltanto riguardo ad *alcune* delle questioni che ricadono nella sfera di applicazione della norma generale, mentre non si produce riguardo a tutte quelle questioni che rientrano nella sfera di applicazione derogata ma non in quella della norma derogante, riguardo alle quali la norma derogata continuerà a produrre il suo effetto, cioè nella specie il richiamo delle norme straniere.

La norma unilaterale può innanzitutto essere formulata nel senso che, se sussiste con B (uno Stato estero) il criterio di collegamento X, ma sussiste con A (Stato del foro) il criterio di collegamento Y, tale norma unilaterale, e quindi le norme materiali del foro da essa richiamate, si applicano con riguardo a *tutte* le questioni comprese nella categoria giuridica « coperta » dalla norma bilaterale cui essa accede. In questi casi, dunque, la norma unilaterale produce il suo effetto tipico, cioè quello di richiamare le norme materiali del foro in deroga al richiamo delle norme straniere operato dalla norma bilaterale, riguardo a *tutte* quelle *stesse* norme di A (appunto del foro) che la norma bilaterale dichiara applicabili ogni qualvolta che il criterio di collegamento X si realizzi in A. In questi casi, dunque, la conseguenza giuridica dell'operare della norma unilaterale è che, alla fattispecie in questione (o meglio: alle questioni che rientrano nella categoria giuridica « coperta » dalla norma bilaterale), si applicano soltanto le norme di A, *tutte* le norme con cui A regola l'insieme delle questioni che rientrano in tale categoria, e non quelle di B, cioè *nessuna* delle norme con cui B regola l'insieme delle questioni che rientrano in essa categoria. L'art. 25 della legge di riforma costituisce, di nuovo, almeno stando alla lettera della sua formulazione, un buon esempio: la norma unilaterale ha qui per effetto di rendere applicabile la legge italiana, anziché la legge dello Stato estero in cui si è perfezionato il procedimento di costituzione, a *tutte* le questioni che rientrano nella categoria giuridica « società », e non già soltanto ad *alcune* di esse. La norma unilaterale qui deroga *totalmente* alla norma bilaterale. Il rapporto di generalità-specialità si dà qui dunque soltanto in senso « spaziale »: nel senso appunto che il campo di applicazione nello spazio della norma unilaterale è speciale, cioè *più ristretto* – il criterio di collegamento Y deve sussistere in A –, rispetto a quello proprio della norma bilaterale, la quale è in grado di funzionare riguardo, come abbiamo visto, a tutte le fattispecie dovunque localizzate nello spazio; mentre il campo di applicazione *materiale* della norma unilaterale, cioè l'insieme delle questioni che rientrano nella sua sfera di applicazione, o meglio l'insieme delle norme di A che risultano applicabili se la norma unilaterale si trova a funzionare, è *identico* a quello della norma bilaterale, cioè all'insieme delle questioni giuridiche che rientrano nella sfera di applicazione materiale della norma bilaterale.

191. Ma la norma unilaterale è assai più spesso costruita nel senso che, qualora il criterio di collegamento X operi in favore di B e il criterio di collegamento Y in favore di A, le norme di A sono rese applicabili non già a tutte le questioni giuridiche che sarebbero regolate dalla legge di B ma soltanto ad *alcune*, mentre per le questioni restanti la norma bilaterale potrà e dovrà continuare a funzionare, cioè a designare le norme di B. In questi casi, dunque, la norma unilaterale determina che, all'insieme delle questioni giuridiche coperte dalla norma bilaterale cui accede, riceveranno efficacia in parte, cioè per alcune di tali questioni, le norme di A, ed in parte, cioè per tutte le altre questioni, le norme di B. Qui la deroga che la norma unilaterale apporta alla norma bilaterale è soltanto *parziale*, nel senso che il funzionamento della prima, o meglio della parte di essa che richiama il diritto straniero, e dunque l'effetto tipico prodotto dal funzionamento di tale parte, cioè appunto il richiamo del diritto straniero, ha luogo soltanto *in parte*. Ciò

perché il rapporto di generalità-specialità s'instaura non soltanto in senso « spaziale », il che avviene, come abbiamo detto, perché la norma unilaterale si applica soltanto se il criterio di collegamento Y si realizza in A, mentre la norma bilaterale copre, dal punto di vista spaziale, tutte le fattispecie ovunque e fra chiunque si svolgano nel mondo, dovunque cioè, ossia in qualsiasi Stato, si realizzino il criterio di collegamento X e il criterio di collegamento Y; ma altresì *materiale*, nel senso che la norma unilaterale richiama soltanto *alcune* delle norme che la norma bilaterale richiamerebbe, se funzionasse verso l'interno, o, che è lo stesso, concerne soltanto alcune delle questioni comprese nella categoria giuridica interessata dalla norma bilaterale, e non già tutte¹²³⁸.

Un esempio è costituito dal congiunto operare della norma di cui all'art. 27 della legge di riforma, in tema di condizioni per contrarre matrimonio, e di quella di cui all'art 116, comma 2, del codice civile, a proposito del matrimonio dello straniero in Italia¹²³⁹. La prima, la quale recita, nella sua prima proposizione, che « la capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo al momento del matrimonio », è una norma *bilaterale*, poiché il criterio di collegamento X, cioè la cittadinanza del nubendo, è suscettibile di funzionare (distributivamente)¹²⁴⁰ sia che esso si concretizzi in Italia, sia che esso si concretizzi all'estero. La seconda, a tenore della quale lo straniero che vuole contrarre matrimonio in Italia « è (...) soggetto alle disposizioni contenute negli artt. 85, 86, 87, nn. 1, 2 e 4, 88 e 89 », è invece una norma *unilaterale*, poiché determina, sulla base di un secondo criterio di collegamento Y, cioè il luogo di celebrazione del matrimonio, la sfera di applicazione delle sole norme materiali italiane (peraltro qui espressamente richiamate nella disposizione stessa)¹²⁴¹. Ebbene, qui non solo vi è specialità nel senso *spaziale*, la quale ha luogo

¹²³⁸ V. ancora BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, p. 281.

¹²³⁹ Il quale, per quanto non richiamato, deve ritenersi ancora in vigore: v. BALLARINO, *D.i.p.*, p. 393; NASCIBENE, *Il matrimonio del cittadino italiano all'estero e dello straniero in Italia*, Studi G. Broggin, Milano, 1997, p. 356; CARELLA, *Commentario NLCC*, p. 1163.

¹²⁴⁰ V. BALLARINO, *D.i.p.*, p. 391, che tuttavia ammonisce sulla distinzione fra impedimenti « semplici » ed impedimenti « bilaterali », questi ultimi opponendosi al matrimonio di un nubendo, anche se non previsti dalla sua legge nazionale, qualora lo siano dalla legge nazionale dell'altro nubendo (al riguardo anche NASCIBENE, *Il matrimonio del cittadino italiano all'estero*, p. 355 s.). Per il rilievo che l'applicazione distributiva o « disgiuntiva » della legge nazionale dei nubendi « mantiene una sostanziale continuità con la tradizione », v. CARELLA, *Commentario NLCC*, p. 1162; per un riasunto delle tesi prevalenti, in dottrina e giurisprudenza, sotto il vigore delle norme prevalenti, v. VITTA, *D.i.p.*, II, p. 176 s.

¹²⁴¹ Che l'art. 116, comma 2, rappresenti una *norma di diritto internazionale privato*, cioè una norma di delimitazione della sfera di efficacia di altre norme (materiali), cioè di una norma la cui conseguenza giuridica è « l'applicabilità di un'altra norma », è innegabile: v. per tutti BONOMI, *Norme imperative*, p. 103, il quale, invitando a soffermarsi sulla « tecnica utilizzata » dal legislatore, osserva che tale articolo « non stabilisce direttamente [] conseguenze » (materiali), ma « ha soltanto la funzione di estendere l'ambito di applicazione delle norme interne (...) », ovvero (p. 102) « l'effetto di rendere di applicazione necessaria le norme contenute nei citati articoli del codice ». Su ciò che il luogo di

poiché, mentre la norma bilaterale si applica a tutti i matrimoni del mondo, dovunque i nubendi abbiano domicilio, di qualunque Stato essi siano cittadini e dovunque tali matrimoni debbano celebrarsi o siano stati celebrati, la norma unilaterale si applica soltanto ai matrimoni che debbano celebrarsi o siano stati celebrati *in Italia*; la specialità ha luogo qui in senso *anche materiale*, dal momento che, mentre la norma bilaterale ha un campo di applicazione appunto materiale comprensivo di tutte le questioni che rientrano nella categoria giuridica « capacità per contrarre matrimonio », la norma unilaterale ha un campo di applicazione materiale limitato ad alcune questioni soltanto rientranti in questa categoria. Il che comporta che non *tutte* le norme che sarebbero state applicabili se il criterio di collegamento X si fosse realizzato in Italia sono applicabili anche se in Italia si realizza il criterio di collegamento Y, ma soltanto alcune, cioè soltanto quelle di cui agli artt. 85, 86, 87, nn. 1, 2 e 4, 88 e 89, ma non ad esempio quelle di cui agli artt. 88, 87 nn. 3, 5, e 6, 7, 8, 9, nonché l'art. 90¹²⁴².

192. La distinzione fra deroga *parziale* e deroga *totale* è importante per intendere le possibili modalità di richiamo del diritto straniero nello spazio lasciato libero dalla norma unilaterale derogante. Trattandosi di *deroga totale*, non vi è alcuna possibilità di bilateralizzare il criterio di collegamento Y utilizzato dalla norma unilaterale, perché ciò equivarrebbe a rendere inutile il criterio di collegamento X, e dunque priverebbe di ogni efficacia la norma bilaterale generale che lo impiega. Se si tratta di *deroga parziale* non vi è in principio alcun ostacolo teorico ad una bilateralizzazione del criterio Y, cioè alla possibilità, per le questioni, ma appunto soltanto per le questioni, materialmente coperte dalla norma unilaterale che fa uso di tale criterio, se quest'ultimo non opera in favore dello Stato del foro, di attribuire efficacia alla legge dello Stato in cui si concretizza tale criterio Y, in deroga alla legge dello Stato verso cui orienta X. Così, non avrebbe senso,

celebrazione del matrimonio funga da criterio di collegamento, v. BONOMI, *loc. cit.* Il quale criterio tuttavia è qui *unilaterale* nel senso che funziona, e produce l'effetto tipico di rendere applicabile le norme materiali dello Stato in cui si concretizza, soltanto se opera verso il foro, cioè l'Italia. Se si vuole parlare di « norme di applicazione necessaria » (già TREVES, *Il controllo dei cambi*, p. 56, constatava che si tratta di una delle norme « più frequentemente citate quali esempi di norme di applicazione necessaria »), è opportuno – come si dirà più oltre – precisare, a scanso di pericolosi equivoci, che di « applicazione necessaria » non è già l'art. 116, comma 2 (come pure la giurisprudenza, meno e più recente, ha dichiarato: Trib. Minorenni Bologna, 5-9 febbraio 1990 (decr.), *Stato civile*, 1990 II, p. 410; v. anche, seppure come *obiter dictum*, Trib. Minorenni Torino, 23 febbraio 1973, *Dir. fam. pers.*, 1973, p. 788), il quale è una norma di d.i.p. e non dunque una norma materiale, bensì le norme richiamate da tale disposizione: BONOMI, *Norme imperative*, p. 103; BALLARINO, *D.i.p.*, p. 393 e 395; NASCIMBENE, *Il matrimonio del cittadino italiano all'estero*, p. 360; v. *infra*, para. 211 s..

¹²⁴² Insomma: il criterio di collegamento Y (luogo di celebrazione del matrimonio) « deroga » al criterio di collegamento X (cittadinanza del nubendo) in principio per le questioni relative all'interdizione per infermità di mente (art. 85 c.c.), al vincolo da precedente matrimonio (art. 86 c.c.), a vincoli di parentela ed affinità particolarmente stretti (art. 87 c.c., n. 1, 2 e 4), all'impedimento da delitto (art. 88 c.c.), all'impedimento costituito dal *tempus lugendi* (art. 89 c.c.).

in materia di società, applicare ad una società il cui procedimento di costituzione si è perfezionato nello Stato estero B, e che ha la sede dell'amministrazione in uno Stato estero C, *solo* la legge di tale Stato estero C ad esclusione di *tutte* le norme della legge di B, perché ciò vorrebbe dire porre sistematicamente nel nulla il criterio del luogo di perfezionamento del procedimento di costituzione, cioè proprio quel criterio giudicato dal foro in principio più idoneo ad esprimere la prossimità della fattispecie¹²⁴³. Nulla osta invece, in principio, a che, ferma restando la sottoposizione generale delle condizioni per contrarre matrimonio alla legge dello Stato B della cittadinanza del nubendo, si faccia intervenire, per alcune più particolari questioni, per quelle questioni cioè che il legislatore italiano intende regolare con le sue norme se il matrimonio è stato celebrato in Italia, la legge dello Stato C della celebrazione del matrimonio, in deroga alla legge dello Stato B, la quale rimarrà tuttavia competente per le altre questioni.

Si prenda il caso di un matrimonio, già celebrato all'estero, della cui validità materiale abbia successivamente a conoscere un giudice italiano. Si supponga che lo Stato di celebrazione del matrimonio contenga al riguardo norme (di d.i.p. e materiali) identiche a quelle italiane: cioè che innanzitutto disponga, in virtù di una norma bilaterale, l'applicazione della legge nazionale, la quale tuttavia si cumula, se il matrimonio viene celebrato sul territorio di tale Stato, con alcune disposizioni materiali sue proprie, rese applicabili da una norma unilaterale, identiche a quelle richiamate dall'art. 116, comma 2. Si immagini inoltre che, per una svista dell'ufficiale dello Stato civile di tale Stato, il matrimonio sia stato celebrato contro il divieto previsto non già dalle disposizioni della legge nazionale (la quale è stata diligentemente consultata) ma da quelle proprie del foro rese applicabili dalla norma unilaterale. Il matrimonio è dunque considerato affetto da invalidità nello Stato di celebrazione. Come dovrà comportarsi il giudice italiano? In base alla legge applicabile in virtù della norma bilaterale di cui all'art. 27 della legge di riforma, esso matrimonio dovrebbe considerarsi materialmente valido. Se invece si bilateralizzasse la norma unilaterale di cui all'art. 116, comma 2, e si prevedesse la necessità, per il giudice italiano, di consultare, in aggiunta alla legge nazionale, anche la legge del luogo di celebrazione, quanto meno in ordine agli impedimenti di cui alle norme materiali richiamati dalla norma unilaterale italiana, si dovrebbe propendere per l'invalidità del matrimonio. La conclusione in favore dell'invalidità, oltre che essere quella stessa cui il giudice italiano perverrebbe immancabilmente se questo stesso matrimonio, anziché celebrarsi all'estero, si fosse celebrato in Italia, se cioè la svista fosse stata opera di un ufficiale dello Stato civile italiano, pare la più conforme agli obiettivi di coordinamento del d.i.p. nonché al principio di eguaglianza fra gli Stati, il quale impone al foro di consentire agli altri Stati di fare valere le proprie valutazioni

¹²⁴³ A parte, s'intende, il caso in cui l'applicabilità delle norme di tale Stato avvenga su « rinvio » delle norme dello Stato B. Sulla possibilità teorica dell'operare dell'art. 13 con riguardo all'art. 25 e sulla sua scarsa probabilità pratica, v. BALLARINO, *D.i.p.*, p. 366 s.; per un'interpretazione restrittiva dell'ambito dell'art. 13 rispetto all'art. 25, v. BENEDETTELLI, *Commentario NLCC*, p. 1126.

giuridiche quanto meno nei casi reciproci a quelli in cui il foro intende fare valere le proprie, o meglio di rispettare, nel proprio ordinamento, le conseguenze giuridiche che derivano dal fatto che gli altri Stati facciano in tali casi valere o intendano far valere tali loro valutazioni giuridiche¹²⁴⁴.

¹²⁴⁴ Cfr. LAGARDE, *Le principe de proximité*, p. 55. Né pare potersi invocare in contrario il principio del *favor matrimonii* dal momento che, come si è detto (CARELLA, *Commentario NLCC*, p. 1163), « nel nostro ordinamento, a differenza che altrove (...), [tale] principio non gioca alcun ruolo nella determinazione della legge applicabile ». A tale coordinamento le disposizioni scritte del sistema italiano di d.i.p. non consentono però di giungere, neppure attraverso l'articolo 13, dal momento che la legge nazionale si riconosce (in ipotesi) a sua volta competente. Che se poi l'ordinamento dello Stato nazionale, oltre alla generale competenza della legge nazionale, prevedesse, esattamente come lo Stato italiano e come lo Stato di celebrazione del matrimonio, l'applicabilità, in virtù di una norma unilaterale, di alcune disposizioni materiali proprie, e se tali disposizioni prescrivessero quegli stessi divieti che prescrivono le disposizioni materiali dello Stato di celebrazione che sono stati in concreto violati, neppure si potrebbe, da parte del giudice italiano, pervenire all'invalidità del matrimonio sulla base di tali divieti, in quanto inclusi nella legge nazionale competente a termini dell'art. 27: ciò perché tali divieti, finché la norma che li rende applicabili, qui quella dello Stato nazionale, rimane unilaterale, operano soltanto se il matrimonio è celebrato nello Stato che li pone e quindi non opererebbero nel caso di specie. Sembrano dunque esservi due vie aperte al giudice italiano per giustificare l'invalidità del matrimonio in questione. Per percorrere l'una e l'altra è tuttavia necessario andare oltre la *lettera* delle disposizioni attuali e lasciarsi guidare dallo *spirito* del sistema (v. al riguardo le osservazioni di BENEDETTELLI, *Commentario NLCC*, p. 1135 s. in materia societaria) invocando « i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato » di cui all'art. 12 delle preleggi, i quali comprendono anche i « principi generali del sistema di d.i.p. » che di tale ordinamento è indiscutibile parte (v. i rilievi di PICONE, *Ordinamento competente*, p. 37, secondo cui il principio dell'armonia delle soluzioni ha « una portata *anche* pratica », potendo influenzare « *concretamente*, attraverso deroghe ed eccezioni, il modo di operare delle singole norme di conflitto »: corsivo dell'A.). La prima via consiste, come si è detto, nella bilateralizzazione del criterio unilaterale utilizzato dall'art. 116, comma 2. Per effetto della porzione estroversa della norma bilaterale che risulterebbe da tale bilateralizzazione, il giudice sarebbe tenuto ad applicare le norme materiali dello Stato di celebrazione che, nella specie, invalidano il matrimonio. La seconda consiste nel dichiarare tali norme applicabili in quanto norme imperative di uno Stato terzo, cioè in quanto norme di applicazione necessaria straniere. La prima via appare più laboriosa, perché significa costruire per interpretazione una norma del foro che non si dà, sovrapponendola ad un'altra norma del foro. Ma, soprattutto, se la si sceglie, non si deve perdere di vista che non si bilateralizza perché è interesse del foro che, riguardo ad alcuni impedimenti, si applichi la legge dello Stato di celebrazione in quanto legge con cui la fattispecie è più strettamente collegata (dal momento che la legge « più prossima » è, nella sua visione, la legge nazionale), ma perché in questo modo il foro si coordina, direttamente ed immediatamente, con uno Stato – diverso rispetto a quello la cui legge è considerata in principio più prossima, ma avente a sua volta uno stretto legame con la fattispecie –, il quale vuole applicare le sue norme, instaurando con questo Stato uno spazio integrato in cui le valutazioni giuridiche sono uniformi, e dunque certe, conoscibili e prevedibili. Il quale Stato – si rilevi ancora questo – intende applicare tali sue norme sulla base di un criterio di collegamento, il luogo di celebrazione del matrimonio, la cui bilateralizzabilità è garanzia di non-esorbitanza a livello internazionale, e che del resto è pure utilizzato dal foro. Lo scopo di tale bilateralizzazione, insomma, che del resto avrebbe senso soltanto e nei limiti in cui lo Stato di celebrazione *vuole* imporre i suoi divieti, è quello stesso che

193. Si è detto che la norma unilaterale che accede, quale norma speciale, ad una norma bilaterale più generale, deroga alla prima. Dobbiamo ora considerare il caso, più raro, di norme unilaterali che bensì accedono a norme bilaterali, in cui però, tecnicamente, tale effetto di deroga *non* si verifica, dal momento che, fra le due norme, non s'instaura, non può instaurarsi, alcun rapporto di generalità-specialità.

Si è visto che, perché l'effetto di deroga si produca, è necessario che la norma bilaterale copra tutte le fattispecie *materialmente* sussumibili sotto la sua previsione, dovunque cioè siano localizzabili nello spazio: che insomma abbia un campo di applicazione spazialmente universale. Si è chiarito, in particolare, che, perché ciò si realizzi, è indispensabile che il criterio di collegamento da essa prescelto si concretizzi sempre in uno Stato, vuoi nello Stato del foro, vuoi in un altro Stato, ma appunto sempre in uno ed (almeno tendenzialmente) un solo Stato, *non in nessuno e (almeno tendenzialmente) non in più d'uno*¹²⁴⁵. Soltanto in questo modo, infatti, la norma bilaterale può operare *sempre*, e *sempre* svolgere dunque il suo ufficio proprio, che è quello di richiamare il diritto di questo (o quest'altro) Stato, ad esclusione del diritto degli altri Stati. Si è pure lasciato intendere che in tutto assimilabili a questi sono i casi in cui il criterio di collegamento X scelto dalla norma bilaterale può bensì non realizzarsi in alcuno Stato ovvero realizzarsi in più Stati, ma, per tale caso, è previsto un criterio di collegamento – bilaterale – sostitutivo, sussidiario, X¹, il quale – questo sì – si realizza sempre ed unidirezionalmente¹²⁴⁶.

anima l'applicazione delle norme imperative di uno Stato terzo (v. le conclusioni di BONOMI, *Norme imperative*, p. 297 s., soprattutto p. 322). Il ricorso a tale secondo meccanismo pare allora da preferire, perché non comporta la costruzione di una nuova norma del foro, ma il semplice richiamo della norma materiale straniera nei limiti in cui questa vuole applicarsi. Per spiegare tale ricorso è però necessario rompere con il modulo bilaterale, ed abbracciare quello unilaterale. V. *infra*, para. 220 s.

¹²⁴⁵ Per esprimerci con BALLARINO, *D.i.p.*, p. 271, il criterio di collegamento bilaterale, per potere funzionare, deve essere « unitario », od « unidirezionale », ed « onnipresente ».

¹²⁴⁶ V. KROPOLLER, *IPR*, p. 132, per cui, in tutti i casi in cui si dà la « realizzazione plurima » del criterio di collegamento (in cui l'« Anknüpfungsmoment im Einzelfall mehrfach verwirklicht [ist] »), ovvero in cui il criterio di collegamento « manca » del tutto (« das Anknüpfungsmoment fehlt »), è necessario il ricorso ad un criterio di collegamento « ausiliario » (« Hilfsanknüpfung »), denominato anche « sostitutivo » o « sussidiario » (« Ersatz- oder Subsidiäranknüpfung »: da noi si parla talvolta di « concorso successivo »: BALLARINO, *D.i.p.*, p. 272; MOSCONI, *D.i.p.*, p. 123 s.) « eccettuati i casi in cui dal realizzarsi plurimo del criterio di collegamento si determina l'applicazione di più leggi », cioè eccettuati i casi di « kumulative Anknüpfung » (*loc. cit.*). Esempi di criteri di collegamento che si concretizzano *invariabilmente*, in questo od in quello Stato, ma, almeno tendenzialmente, *sempre* in uno Stato e *non* in più d'uno, sono il luogo di situazione dei beni immobili (il quale, come osserva BALLARINO, *D.i.p.*, p. 271, merita il « premio » per meglio corrispondere al tipo « ideale » di criterio di collegamento, cioè, nella terminologia dell'A., unitario o unidirezionale, onnipresente, non soggetto a variazioni, idoneo ad indicare le norme vigenti in un momento storico determinato, rilevabile mediante un giudizio da formularsi con metodo facile e sicuro), il luogo di residenza o dimora di una persona (di « Aufenthalt », se manca un « gewöhnlicher Aufenthalt »: cfr. l'art. 5, comma 2 dell'*EGBGB*), nonché tutti i criteri di collegamento « aperti », i quali incorporano il « principio di

E', per citare l'esempio più noto e generale, il caso della cittadinanza di un soggetto, criterio di collegamento bilaterale X, al quale i sistemi moderni di d.i.p. sostituiscono per lo più, nel caso in cui tale collegamento non sussista in assoluto o sussista « bidirezionalmente », cioè rispettivamente nel caso di apolidia e pluricittadinanza (quanto meno quando fra le due cittadinanze non vi sia quella del foro), il domicilio o la residenza abituale del soggetto stesso – criterio di collegamento X¹ – o, in ulteriore subordine, la residenza o luogo di dimora di esso – criterio di collegamento X²: i quali costituiscono a loro volta altrettanti criteri di collegamento bilaterali¹²⁴⁷. Nell'uno come nell'altro caso, la norma unilaterale, se vuole rendere applicabili le norme materiali dello Stato A del foro anche ad alcune fattispecie, quelle in cui si concretizza in A il criterio di collegamento Y, cui la norma bilaterale di A renderebbe applicabile la legge di B, perché è in B che si concretizza il criterio di collegamento X, ovvero quello sussidiario X¹ per il caso in cui X non si realizzi in alcun Stato, deve effettivamente derogare a tale norma bilaterale, bloccandone il funzionamento.

Si faccia però il caso di una norma di d.i.p. (bilaterale), posta da A, che dispone l'applicabilità della legge dello Stato con cui sussiste un certo criterio di collegamento X, il quale può concretizzarsi (in assoluto: in questo o quest'altro Stato) ma può anche non concretizzarsi (in nessuno Stato del mondo); e che dispone ulteriormente che, se tale criterio di collegamento appunto non sussiste con alcuno Stato (né con A, né con B, né con C), si applichi la legge di A, cioè la legge del foro, e non già la legge, del foro o straniera, richiamata da un criterio di collegamento sussidiario X¹. Un esempio è costituito dall'art. 26 della legge di riforma. In esso si stabilisce che « [1]a promessa di matrimonio e le conseguenze della sua violazione sono regolate dalla legge della cittadinanza comune dei nubendi o, in mancanza di cittadinanza comune, dalla legge italiana »¹²⁴⁸. Se il

prossimità », quali il luogo di prevalente localizzazione della vita matrimoniale di una coppia (v. ad es. art. 29, comma 2, art. 31, comma, 1, art. 38, della legge di riforma) o il luogo cui il rapporto è più strettamente collegato (ad es. art. 14, e, mediante rinvio a quest'ultimo, artt. 15 e 16 dell'*EGBGB*); e così via.

¹²⁴⁷ V. l'art. 19 della legge di riforma, gli artt. 23 e 24 della LDIP svizzera, l'art. 5 dell'*EGBGB* tedesco, l'art. 9 dell'*IPR-Gesetz* austriaco e l'art. 32 del *Código civil* portoghese. V. del resto la Risoluzione de l'*Institut de droit international* della Sessione del Cairo (1987) (« Résolution sur la dualité des principes de nationalité et domicile en droit international privé », punto 6, *Rev. crit.*, 1988, p. 133).

¹²⁴⁸ L'art. 26 della legge di riforma recita: « La promessa di matrimonio e le conseguenze della sua violazione sono regolate dalla legge nazionale comune dei nubendi, o, in mancanza, dalla legge italiana ». Sull'opportunità di dedicare un articolo *ad hoc* ad un istituto che riveste tutto sommato uno scarso rilievo nel costume sociale moderno, v. in senso negativo, BOSCHIERO, *Commentario NLCC*, p. 1149, la quale lo definisce « relitto d'altri tempi » (« alquanto anacronistico » lo qualifica BALLARINO, *D.i.p.*, 389; « del tutto superato » è per LOI, *Promessa di matrimonio*, *Enc. dir.*, t. 37, Milano, 1988, p. 87; sul piano comparato, altri esempi di disposizioni apposite in materia di sponsali sono offerti dall'art. 35 della legge del Kuwait, dal § 18 di quella della Thailandia, dall'art. 11 di quella della Turchia, che è peraltro identico all'art. 26 della legge di riforma). V., però, per un'affermazione della perdurante utilità di una disciplina apposita degli sponsali, e per alcuni dati statistici al

criterio di collegamento bilaterale X, costituito dalla cittadinanza comune dei nubendi, si realizza in assoluto, vuoi in Italia (la cittadinanza comune è quella italiana), vuoi altrove (la cittadinanza comune è quella svizzera, francese, tedesca), allora si applicherà la legge dello Stato di cui i nubendi sono entrambi cittadini (cioè, rispettivamente, la legge italiana, ovvero la legge svizzera, francese, tedesca); se invece tale criterio non si concretizza in alcuno Stato, il che avviene ogni qualvolta che i nubendi abbiano cittadinanza diversa, allora si applicherà la legge italiana.

194. Qui, a ben guardare, di deroga non si può parlare perché la norma bilaterale non copre tutte le fattispecie sussumibili sotto la sua previsione, ma soltanto alcune (nell'esempio, quelle in cui sussiste una cittadinanza comune), mentre ne lascia fuori altre (nell'esempio: *tutte* quelle in cui *non* sussiste una cittadinanza comune). Le prime ricadono nella sfera spaziale di applicazione della norma bilaterale, le seconde ricadono nella sfera spaziale di applicazione della norma unilaterale. *Fra le sfere spaziali di applicazione delle due norme non vi è alcuna sovrapposizione*: ciascuna ricomprende un certo numero di fattispecie (la norma bilaterale ricomprende tutte le fattispecie in cui X si concretizza, vuoi nel foro vuoi altrove; la norma unilaterale ricomprende invece tutte le fattispecie in cui X non si concretizza, né nel foro, né in alcun altro Stato), mentre non vi è alcuna fattispecie che ricade nel campo di applicazione di entrambe (o X si concretizza, e si applica la norma bilaterale, o X non si concretizza, e si applica la norma unilaterale). Fra le due norme non vi è dunque alcun rapporto di generalità-specialità, il quale postula, come abbiamo visto, che il campo di applicazione della norma speciale sia ricompreso in quello più ampio della norma generale, di guisa che, se la prima non vi fosse, le fattispecie che ricadono nel campo di applicazione della prima ricadrebbero direttamente in quello della seconda. Ciò nondimeno, la norma che prevede l'applicazione della legge italiana per il caso in cui non sussista il criterio di collegamento X è una norma che dispone soltanto l'applicabilità delle norme del foro, che cioè delimita soltanto la sfera di applicazione di tali norme. Essa è dunque una norma unilaterale¹²⁴⁹. Certo,

riguardo, OBERTO, *La promessa di matrimonio fra passato e presente*, Padova, 1996, p. 27. Per il rilievo che la ragione di tale norma deve essere ricercata nel proposito di « por fine ad un'antica *querelle* dottrinale circa la più corretta qualificazione dell'istituto », v. SARAVALLE, *Commentario RDIPP*, p. 140; così anche DISTEFANO, *Il matrimonio nel diritto internazionale privato italiano*, RDIPP, 1998, p. 349 (cfr. anche la *Relazione*, in POCAR, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, 2^a ed., Milano, 2002, p. 170). Sulla promessa di matrimonio nel d.i.p., v. nella dottrina italiana, gli studi di DE NOVA, *Gli sponsali in diritto internazionale privato*, *Foro it.*, 1954, IV, p. 25-38 e di MIELE, *Scritti di diritto matrimoniale*, Padova, 1974, p. 23 s.

¹²⁴⁹ Che la seconda parte dell'art. 26 rappresenti una norma di *delimitazione* della sfera di efficacia di norme materiali, che sia insomma una norma di d.i.p. e non una norma materiale, pare pacifico. Se è così, si deve ammettere pure che la norma, oltre che di d.i.p., è *unilaterale*, nel senso che delimita la sfera di efficacia delle sole norme del foro, e non già anche delle norme straniere. Il criterio di collegamento adottato da tale norma unilaterale è, se ci si attiene alla sua sola formulazione, la non-sussistenza, con alcuno Stato del mondo, del criterio di collegamento X, cioè della cittadinanza comune, il quale è un criterio di collegamento « non-onnipresente ».

la condizione di applicazione delle norme materiali del foro richiamate dalla legge italiana non è qui, come lo è nel caso dell'art. 25 della legge di riforma, la positiva sussistenza di un criterio di collegamento Y con il foro; ma è la non-sussistenza del criterio di collegamento bilaterale X in alcuno degli Stati del mondo. Ma si tratta pur sempre di un criterio di applicazione delle norme del foro, il quale criterio ha peraltro pur sempre natura spaziale, seppure espressa negativamente, non altra natura, non ad esempio materiale: le norme del foro non sono applicate perché consentono di raggiungere un certo risultato¹²⁵⁰, ma perché non vi è alcuno Stato estero con cui sussiste il criterio di collegamento X, criterio particolarmente forte ed in grado di controbilanciare la vicinanza con il foro espressa da quel contatto, quale la cittadinanza ovvero il domicilio di uno dei promittenti, che, quanto meno agli occhi di chi tale norma ha elaborato, pressoché invariabilmente sussiste nel caso in cui della fattispecie si trova a conoscere un'autorità del foro.

D'altra parte, la *ratio*, o quanto meno l'effetto, dell'applicazione di questo tipo di norme unilaterali, *ratio* ed effetto sui quali ci soffermeremo più a lungo in seguito, sono quegli stessi che, rispettivamente, risiedono a fondamento e derivano dal funzionamento delle norme unilaterali studiate fin qui, le quali, come si è visto, propriamente derogano a norme bilaterali più generali. Fissando un criterio di collegamento ulteriore rispetto a quello bilaterale, il legislatore ha disposto che, operando in favore del foro tale criterio di collegamento, devono ricevere efficacia tutte le norme materiali (deroga totale) od alcune di esse (deroga parziale), perché tale criterio attesta di un *positivo* legame con il sistema del foro tale da giustificare l'applicazione delle sue norme. In quelle studiate in questo paragrafo, il legislatore ha adottato un criterio di collegamento bilaterale non indefettibile (o non onnipresente), dando a vedere di ritenere, a torto od a ragione¹²⁵¹,

¹²⁵⁰ V. in proposito BONOMI, *Norme imperative*, p. 48: « E' comunque da escludere che l'applicazione della *lex fori* si ricollegli, nel caso di esame, al modo di disporre delle norme sostanziali interne ovvero al loro oggetto ed al loro scopo »; ed ancora: « Nessuno ha mai sostenuto, per quanto ci risulti, che gli artt. 79, 80 e 81 c.c. siano diretti a perseguire delle finalità di particolare valore morale o sociale (...) ».

¹²⁵¹ Più a torto che a ragione, almeno in linea teorica (v. anche la letteratura citata, *infra*, alla nota 1253). Si pensi infatti alla possibilità (si capisce: poco probabile in pratica, ma pur verosimile) che due stranieri domiciliati all'estero si siano solennemente promessi all'estero; che uno di essi abbia successivamente infranto tale promessa senza giusto motivo; che in un momento ancora successivo questi abbia trasferito il suo domicilio in Italia; che dopo qualche tempo l'altro ex nubendo gli chieda il risarcimento del danno per le spese fatte e per le obbligazioni contratte a causa della promessa, invocando al riguardo la legge italiana, in particolare l'art. 81, comma 2 c.c. Qui il domicilio di uno dei nubendi, quello responsabile della rottura della promessa, e dunque potenziale convenuto, sussiste bensì in Italia (il che consente ai giudici italiani di conoscere dell'eventuale lite, in virtù dell'art. 3 della legge di riforma). Dove tuttavia i Relatori hanno torto è di ritenere che « questo » domicilio possa valere per fondare l'applicazione della legge italiana ad un rapporto il quale, nel momento in cui è sorto (cioè nel momento della stipulazione della promessa) ed in quello in cui ha

che, se tale criterio – il solo che, se concretizzato in uno Stato estero, sia in grado di esprimere una vicinanza della fattispecie con tale Stato superiore a quella ritenuta, a torto o a ragione, comunque esistente con il foro¹²⁵² – fa difetto, cioè non si realizza in nessuno Stato del mondo, ciò implica che la fattispecie ha più forti, o piuttosto meno tenui, contatti con il foro, e si giustifica pertanto l'applicazione della legge di questo, non essendovene alcuna in grado di esprimere una prossimità idonea a scalzarla¹²⁵³.

prodotto l'essenziale dei suoi effetti (cioè nel momento della rottura della promessa) non presentava alcun contatto con l'Italia.

¹²⁵² V. le considerazioni svolte alla nota precedente.

¹²⁵³ Si è molto discusso intorno alla possibile *ratio* dell'indiscutibile privilegio applicativo di cui la legge italiana viene a godere per effetto di tale norma unilaterale. Le voci sono pressoché tutte critiche: v. BALLARINO, *D.i.p.*, p. 374, BOSCHIERO, *Commentario NLCC*, p. 1152 (così già in *Sulla disciplina internazionalprivatistica della promessa di matrimonio e delle donazioni*, Studi E. Vitta, p. 277-278); SARAVALLE, *Commentario RDIPP*, p. 1046; BONOMI, *Norme imperative*, p. 48. La *Relazione* spiega da parte sua che tale scelta è stata compiuta « anche in considerazione del fatto che il più delle volte, nel procedimento davanti al giudice italiano relativo alla violazione della promessa, almeno una delle parti ha la cittadinanza italiana e/o residenza in Italia » dunque, potremmo dire interpretando il pensiero dei Relatori, sussiste un significativo contatto con il sistema italiano (il corsivo è nostro: quali siano le « altre considerazioni » che pur hanno militato in favore di tale soluzione, *manet in alta mente repositum*). Si è giustamente dichiarata la non persuasività di tale motivazione: v. BOSCHIERO, *Commentario NLCC*, p. 1153, BONOMI, *Norme imperative*, p. 48, nota 119. E' indubbio infatti che il giudice italiano potrà essere chiamato a pronunciarsi ad es. sulla promessa di matrimonio stipulata fra due immigrati di cittadinanza diversa. Non solo: anche quando uno dei due promessi dovesse essere avere la cittadinanza italiana o la residenza in Italia, può darsi che la fattispecie, per il luogo in cui la promessa è stata stretta o in cui la « vita prematrimoniale » si è « localizzata in via prevalente », presenti comunque un contatto *più stretto* con un altro ordinamento. E' dunque da emettersi con BONOMI, *Norme imperative*, p. 49, il sospetto che sul legislatore abbiano influito considerazioni di « semplicità » o « praticità »; aggiungendo con BOSCHIERO, *Commentario NLCC*, p. 1153, che le evidenti riserve che suscita l'appello alla « semplicità » – valga il rilievo formulato da MAYER/HEUZÉ, *D.i.p.*, p. 151 a chi invoca a giustificazione del rinvio indietro la « semplicità » dell'applicazione della *lex fori*: « Si l'application de la loi du for est en soi préférable, ne faut-il pas la rendre systématique, et supprimer le droit des conflits des lois? » – hanno poche probabilità di tradursi in esiti pratici « ingiusti », data la « scarsissima rilevanza pratica dell'istituto » (uno solo è il precedente giurisprudenziale noto: Trib. Sondrio, 21 febbraio 1953, *RDI*, 1954, p. 613, nota di DURANTE, p. 615-619; *FI*, 1954, I, p. 408, commento di DE NOVA, *ibidem*, 1955, IV, p. 25-38, riprodotto in *Scritti*, p. 537-559). A noi importa tuttavia rilevare che tale disposizione, più ancora forse che perché rischia di condurre all'applicazione di una legge, quella del foro, che può non essere la più « vicina » alla fattispecie concreta (precisiamo: nella « visione » del foro, che si fosse ad es. in ipotesi pronunciato per un criterio di tipo domiciliare, come ad es. suggerito, fra gli altri, da BALLARINO, *D.i.p.*, p. 389, e SARAVALLE, *Commentario RDIPP*, p. 142-143); più ancora forse che perché crea una « disarmonia di soluzioni legislative » rispetto alla « prospettiva complessiva adottata per la disciplina dei rapporti di famiglia » (così BOSCHIERO, *Commentario NLCC*, p. 1152); e più ancora forse perché « mortifica » la ripartizione « su basi paritarie od universalistiche della competenza delle varie leggi in conflitto »; le quali ragioni, certo in sé condivisibili, non mostrano direttamente ed immediatamente *perché* sarebbe stato più « giusto », o meno « ingiusto », avuto riguardo agli interessi dei singoli promessi di ciascun caso concreto, che l'Italia offrisse loro un crite-

In altri casi, peraltro, la norma unilaterale prevede, come criterio di applicazione delle norme materiali del foro, non solo la non-sussistenza del criterio di collegamento X in alcuno Stato del mondo, ma altresì la non-sussistenza del criterio di collegamento X¹, ed eventualmente anche la non-sussistenza del criterio di collegamento X². Un esempio è costituito dall'art. 54 della LDIP svizzera, che fissa il « collegamento oggettivo »¹²⁵⁴ in materia « regimi matrimoniali », il quale subordina l'applicazione della legge svizzera (in particolare delle norme svizzere in tema di separazione dei beni) al non-realizzarsi in nessuno Stato del mondo né di un primo criterio di collegamento, il domicilio comune

rio sussidiario appunto « paritario », cioè « bilaterale » (ed « unidirezionale »); più ancora dunque che per tutte queste ragioni, la scelta del legislatore risulta viziata, secondo noi, per via dell'incertezza che in esso si palesa circa le *finalità* della norma di d.i.p. in generale (e dunque anche dell'art. 26 che ne è una). La quale incertezza si fa particolarmente visibile nella *Relazione* stessa. Sia pure, come dice la *Relazione*, e come è davvero pressoché certo, che uno dei due promessi risulterà in concreto cittadino italiano o residente Italia: qui la legge italiana è effettivamente – e qui i Relatori hanno di nuovo ragione – « prossima » alla fattispecie. Né – specie se anche il domicilio di uno di essi è in Italia, come è richiesto dal (solo) criterio di giurisdizione che parrebbe utilizzabile, quello di cui all'art. 3 (v. BALLARINO, *D.i.p.*, p. 389) – sarebbe difficile mostrare che la legge del foro è talvolta resa applicabile da una norma bilaterale a fattispecie obiettivamente *meno* vicine all'Italia. Ma – e questo è il punto – se lo Stato di cittadinanza dell'altro promesso adotta quella stessa soluzione fatta propria dal legislatore italiano, se cioè dichiara anch'esso applicabile la propria legge nel caso in cui manchi una cittadinanza comune (come curiosamente – lo ricorda SARAVALLE, *Commentario RDIPP*, p. 140 – fa la legge sul d.i.p. della Turchia del 1982, all'art. 11, comma 2, il cui testo è il seguente: « Auf die Wirkungen und Folgen eines Verlöbnisses wird das gemeinsame Heimatrecht und, falls die Parteien unterschiedlicher Staatsangehörigkeit sind, türkisches Recht angewandt » v. RIERING (Hrsg.), *IPR-Gesetze in Europa*, Bern-München, 1997 p. 343), ecco che ciascuno dei due Stati nazionali dei nubendi, l'Italia e la Turchia, applicherebbe, in tale ipotesi, la propria legge. Il che comporta che, se le disposizioni materiali di tali due leggi in materia di promessa di matrimonio sono diverse (e se non lo sono, versiamo in un « false conflict » e la norma di d.i.p. perde importanza), né nel momento in cui la promessa è stipulata, *rectius*, nel momento, precedente ad esso, in cui i potenziali promessi s'interrogano sulle conseguenze giuridiche dell'atto che intendono compiere; né nel momento in cui la promessa viene disattesa, *rectius*, nel momento in cui i promessi s'interrogano sulle conseguenze di un'eventuale rottura di essa, è dato agli interessati di sapere quali sono le norme che si applicano all'atto che intendono compiere rispettivamente che intendono disattendere. Il diritto è allora, per i promessi, incerto, e non può dunque servir loro di guida nei due momenti-chiave in cui devono sciogliere, rispettivamente, l'alternativa fra « stipulazione o non stipulazione » della promessa e l'alternativa fra « rottura o non-rottura » della stessa. Qui, a nostro avviso, una prima ingiustizia. Alla quale si aggiunge quell'altra, non meno grave, che deriva, una volta che la promessa è stata disattesa, da ciò che una parte può manipolare tale incertezza e scioglierla a proprio profitto e a detrimento dell'altra, chiedendo l'accertamento degli effetti di tale rottura al tribunale che applicherà appunto le norme a sé più favorevoli. La spiegazione della *Relazione* mostra insomma che l'« armonia delle soluzioni » come *finalità* della norma d.i.p., la quale dovrebbe ispirare sia l'elaborazione delle norme sia l'applicazione delle stesse, sia stata confusa con un semplice mezzo per raggiungerla, e cioè con quello consistente nel dichiarare applicabile una legge strettamente collegata.

¹²⁵⁴ Per questa terminologia (« rattachement objectif »; « objektive Anknüpfung »), v. BUCHER/BONOMI, p. 176; SIEHR, *Das IPR der Schweiz*, p. 42.

attuale dei coniugi, né di un secondo criterio di collegamento, il domicilio comune passato (e, se ve ne sono stati più d'uno, l'ultimo in ordine di tempo), né, infine, di un terzo criterio di collegamento, la cittadinanza comune¹²⁵⁵. Il criterio unilaterale di applicazione delle norme materiali svizzere richiamate dalla norma unilaterale è dato dunque dalla non-sussistenza di un'integrazione con uno Stato estero (qualsiasi) espressa da ciascuno di questi criteri. Si tratta anche qui di un criterio di applicazione *spaziale e non materiale*, nel senso che le norme svizzere sono richiamate non già perché contenutisticamente migliori, ma perché appartenenti allo Stato che, non realizzandosi in nessun Stato del mondo alcuno fra tre contatti ritenuti forti, risulta, agli occhi del foro, spazialmente più vicino¹²⁵⁶.

195. Vi è da accennare ad un ultimo possibile criterio di classificazione nell'ambito delle norme unilaterali che abbiamo chiamato localizzatrici, il quale già emerge del resto dagli esempi che si sono formulati e ha ad oggetto il diverso possibile atteggiarsi del richiamo operato dalla norma unilaterale alle norme materiali interne: queste possono essere designate da quella vuoi *indirettamente* e come *per relationem*, in relazione cioè alle *questioni* giuridiche da esse trattate, vuoi *direttamente*, attraverso l'espresso richiamo di tali norme materiali, cioè con apposita indicazione degli *articoli di legge* in cui esse si

¹²⁵⁵ L'art. 54 LDIP recita: « A défaut d'élection de droit, le régime matrimonial est régi: a. Par le droit de l'Etat dans lequel les deux époux sont domiciliés en même temps ou, si tel n'est pas le cas; b. Par le droit de l'Etat dans lequel, en dernier lieu, les deux époux ont été domiciliés en même temps. Si les époux n'ont jamais été domiciliés en même temps dans le même Etat, leur droit national commun est applicable. *Les époux qui n'ont jamais été domiciliés dans le même Etat et n'ont pas de nationalité commune sont soumis au régime suisse de la séparation de biens* » (corsivo nostro). DUTOIT, p. 170 s., definisce tale disposizione quale « règle matérielle de droit international privé » (v. anche BUCHER/BONOMI, p. 176). E' opportuno precisare che, se vi è qui una « norma materiale » di d.i.p., questa consiste in quella porzione della disposizione in questione che prevede l'applicazione di un regime matrimoniale *apposito* per i rapporti transazionali che ricadono nella sfera di efficacia dell'art. 54, non già in quella porzione che prevede che, non sussistendo alcuno fra i criteri di collegamento collocati « en cascade » (DUTOIT, p. 170), si applichino le norme svizzere (qualunque poi esse siano in concreto). Il contenuto della norma in questione è insomma *duplice*, e si svolge su due piani distinti: (a) sul piano dei « conflitti di leggi », il legislatore ha disposto, nei casi veduti, l'applicazione della legge svizzera; (b) sul piano materiale interno, cioè della ricerca, nel contesto appunto della legge svizzera, delle norme materialmente più idonee a disciplinare la fattispecie, il legislatore ha disposto l'applicazione di un regime matrimoniale particolare, quello della separazione dei beni di cui agli artt. 247 s. del Codice civile svizzero, ritenuti particolarmente adatti alla « transnazionalità » della fattispecie. V. su tale disposizione anche HEINI, *Zürcher Kommentar*, p. 445 e SIEHR, *Das IPR der Schweiz*, p. 42 s., i quali tuttavia non si pronunciano sulla « struttura » di essa.

¹²⁵⁶ Che sia questa la ragione dell'applicabilità della legge svizzera risulta *a contrario* dalla possibilità, ricordata dai commentatori (DUTOIT, p. 171; HEINI, *Zürcher Kommentar* p. 445; JAMETTI GREINER/GEISER, *Die güterrechtlichen Regeln des IPR-Gesetzes, ZBJV*, 1991, p. 16 s.), di ricorrere alla « clausola di eccezione » di cui all'art. 15 LDIP, per scartare l'applicazione della *lex fori* qualora provvista di « un lien très lâche » con la fattispecie in favore di una legge che si trova in una « relation beaucoup plus étroite ».

rinvengono. Se la deroga che la norma unilaterale compie rispetto alla norma bilaterale è *totale*, se cioè le norme materiali richiamate si applicano a *tutte* le questioni ricomprese nella categoria giuridica coperta dalla norma bilaterale, il richiamo delle norme del foro operato dalla norma unilaterale ha luogo per lo più *per relationem*. Se invece la deroga è *parziale*, se cioè le norme materiali del foro rese applicabili dalla norma unilaterale riguardano alcune questioni soltanto della categoria giuridica coperta dalla norma bilaterale, allora esse sono *spesso* richiamate mediante una precisa indicazione – *nominatim*, vien fatto di dire – degli articoli di legge in cui trovano posto e che trattano appunto di ciascuna singola questione. E ciò (a) sia che la norma unilaterale trovi posto nella legge « organica » di d.i.p., nel qual caso le norme materiali richiamate si rinvengono in un diverso testo normativo (quale il codice civile), (b) sia che essa sia incorporata in un diverso testo normativo (di nuovo il codice civile), nel qual caso le norme materiali richiamate si reperiscono pure per lo più, anche se non sempre, in tale testo.

(a) Un esempio di norma unilaterale che deroga totalmente alla norma bilaterale cui accede, in cui le norme materiali da essa designate sono indicate specificamente nella medesima disposizione e si rinvengono in un testo normativo diverso rispetto a quello in cui questa trova posto, è offerto dall'art. 16 *EGBGB* in tema di protezione dei terzi¹²⁵⁷. Tale articolo dispone che se, in virtù della norma bilaterale prevista per gli « effetti patrimoniali del matrimonio » (*güterrechtliche Ehewirkungen*), risulta applicabile una legge straniera¹²⁵⁸, nondimeno, qualora uno dei coniugi abbia la sua residenza abituale in Germania ovvero sia qui titolare di un'azienda, l'art. 1412 *BGB*, il quale appresta un regime particolare di opponibilità a terzi, deve ricevere efficacia¹²⁵⁹. La norma contenuta

¹²⁵⁷ Il testo del primo comma di tale articolo è il seguente: « Unterliegen die güterrechtlichen Wirkungen einer Ehe dem Recht eines anderen Staates und hat einer der Ehegatten seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland oder betreibt er hier ein Gewerbe, so ist § 1412 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend anzuwenden; der fremde gesetzliche Güterstand steht einem vertragsmäßigen gleich »: v. su questa disposizione FISCHER, *Verkehrsschutz im internationalen Vertragsrecht*, 1990, p. 139 s.

¹²⁵⁸ L'art. 15 *EGBGB* in tema di *Güterstand* così dispone: « (1) Die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe unterliegen dem bei der Eheschließung für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgebenden Recht. (2) Die Ehegatten können für die güterrechtlichen Wirkungen ihrer Ehe wählen 1. das Recht des Staates, dem einer von ihnen angehört, 2. das Recht des Staates, in dem einer von ihnen seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder 3. für unbewegliches Vermögen das Recht des Lageorts ».

¹²⁵⁹ Il testo dell'art. 1412 *BGB*, dedicato alla « Wirkung gegenüber Dritten », è il seguente: « (1) Haben die Ehegatten den gesetzlichen Güterstand ausgeschlossen oder geändert, so können sie hieraus einem Dritten gegenüber Einwendungen gegen ein Rechtsgeschäft, das zwischen einem von ihnen und dem Dritten vorgenommen worden ist, nur herleiten, wenn der Ehevertrag im Güterrechtsregister des zuständigen Amtsgerichts eingetragen oder dem Dritten bekannt war, als das Rechtsgeschäft vorgenommen wurde; Einwendungen gegen ein rechtskräftiges Urteil, das zwischen einem der Ehegatten und dem Dritten ergangen ist, sind nur zulässig, wenn der Ehevertrag eingetragen oder dem Dritten bekannt war, als der Rechtsstreit anhängig wurde. (2) Das Gleiche gilt, wenn die Ehegatten eine im Güterrechtsregister eingetragene Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse durch Ehevertrag aufheben oder ändern »: sull'applicazione di tale disposizione ai rapporti internazionali che ai

in tale articolo è *unilaterale*, nel senso che essa prevede l'applicabilità della legge tedesca se sussiste un criterio di collegamento Y con il foro (residenza abituale in Germania o localizzazione dell'azienda in Germania), anche laddove il criterio di collegamento X (ovvero X¹ ovvero X²) previsto per la categoria giuridica « effetti patrimoniali del matrimonio » designa uno Stato diverso dal foro¹²⁶⁰; tale norma deroga *parzialmente* alla norma bilaterale, nel senso che essa, e dunque la legge tedesca richiamata, si applica solo ad una questione particolare, cioè appunto alla protezione dei terzi, e non già ad ogni questione relativa agli effetti generali del matrimonio; le norme materiali richiamate dalla norma unilaterale sono inoltre specificamente indicate (si tratta di un articolo soltanto: l'art. 1412 BGB) e si trovano in un testo normativo diverso (appunto il BGB) rispetto a quello in cui prende posto la norma unilaterale (l'EGBGB, legge introduttiva al codice civile tedesco).

(b) Un esempio di norma unilaterale che deroga parzialmente alla norma bilaterale cui accede ed in cui le norme materiali ch'essa rende applicabili sono nella stessa indicate espressamente e trovano posto nel medesimo testo normativo in cui si rinviene la norma richiamante è l'art. 116 del codice civile: il quale è inserito in un testo normativo (il codice civile) altro rispetto alla legge organica di d.i.p. e contiene – come si è visto – una norma *unilaterale*, che prescrive l'applicabilità della legge italiana, enumerando, specificamente e *singulatim*, le norme materiali cui si riferisce il richiamo (cioè gli articoli 85, 86, 87, nn. 1, 2 e 4, 88 e 89 c.c.), le quali sono esse pure contenute nel codice civile.

Talvolta, sebbene gli articoli di legge in cui sono incorporate le norme materiali interne designate dalla norma di d.i.p. unilaterale non sono appositamente elencati nella medesima disposizione, le questioni materialmente coperte da questa sono indicate con evidente riferimento ad alcune norme *specifiche* del foro. Ne è buona illustrazione l'art. 17a EGBGB, di recente elaborazione¹²⁶¹. In tale articolo si dispone che l'uso della « casa di abitazione familiare » o delle « suppellettili domestiche » (*Ehewohnung und Hausrat*) site in Germania nonché gli eventuali « divieti di ingresso, avvicinamento e contatto » emessi dal giudice in materia di protezione civilistica contro violenze familiari¹²⁶², sono

sensi dell'art. 15 dell'EGBGB sono sottoposti ad una legge straniera, v. SCHURIG, in *Soergel Kommentar*, 1996, p. 776-779.

¹²⁶⁰ Per la natura « unilaterale » di tale norma, v. SCHURIG, in *Soergel Kommentar*, 1996, p. 775 (« die Vorschrift ist weiterhin einseitig »).

¹²⁶¹ Tale articolo è stato introdotto con legge dell'11 dicembre 2001 in materia di protezione civilistica contro atti di violenza familiare nonché di agevolazione dell'attribuzione dell'abitazione familiare a seguito dello scioglimento del matrimonio (« Gesetz zur Verbesserung des zivilgerichtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen sowie zur Erleichterung der Überlassung der Ehewohnung bei Trennung »).

¹²⁶² Cfr. gli artt. 342-bis e 342-ter c.c. inclusi nel nuovo Titolo IX-bis del c.c., appunto rubricato « Ordini di protezione contro gli abusi familiari », introdotto con legge 4 del aprile 2001 n. 154.

sottoposti alle « disposizioni materiali tedesche »¹²⁶³. E' chiaro il riferimento all'art. 1361*bis* BGB, il quale è stato del resto introdotto con la stessa legge che ha disposto l'innesto dell'art. 17*a*. La norma materiale in esso contenuta viene dunque resa applicabile dall'art. 17*a* a tutte (e soltanto) quelle fattispecie in cui la casa di abitazione è sita in Germania. La norma di d.i.p. di cui all'art. 17*a* è dunque *unilaterale*, nel senso che essa prescrive l'applicazione delle (sole) norme del foro nel caso in cui si realizza nel foro un criterio di collegamento unilaterale Y, cioè se il luogo della residenza familiare è in Germania. Tale norma deroga ad una norma bilaterale più generale, contenuta all'art. 17 EGBGB in materia di divorzio, il quale adotta un criterio di collegamento X (che è quello stesso collegamento adottato dall'art. 14 EGBGB in materia di « allgemeine Ehwirkungen », cioè, lasciando per il momento da parte le limitate possibilità di scelta di legge ad opera dei coniugi¹²⁶⁴, la cittadinanza comune, sostituito, in caso di « difetto » assoluto di esso, da una *Ersatzanknüpfung* X¹, la residenza abituale comune, od eventualmente da un'altra ancora, X², il luogo cui i coniugi sono « am engsten verbunden »)¹²⁶⁵. Tale deroga ha luogo limitatamente ad alcune « questioni » soltanto rispetto a quelle che ricadono o potrebbero ricadere nel c.d. « statuto del divorzio », cioè soltanto quelle riguardanti l'assegnazione della casa familiare e delle suppellettili domestiche nonché gli ordini di protezione giudizialmente emessi. Le quali questioni sono state previste e disciplinate dal legislatore del foro in un solo articolo di legge, l'art. 1361*bis* BGB, che, se non fa oggetto di un richiamo espresso da parte della norma unilaterale richiamante, è stato nondimeno certamente tenuto presente nell'elaborazione di quest'ultima, che deve dunque intendersi ad esso direttamente ed esclusivamente riferita.

¹²⁶³ Il testo dell'art. 17*a* EGBGB è il seguente: « Die Nutzungsbefugnis für die im Inland belegene Ehe- wohnung und den im Inland befindlichen Hausrat sowie damit zusammenhängende Betretungs-, Näherungs- und Kontaktverbote unterliegen den deutschen Sachvorschriften ».

¹²⁶⁴ Le quali sono previste ai commi 2 e 3 dell'art. 14 EGBGB (vedine il testo alla nota seguente) ed operano anche nel caso di divorzio (KROPHOLLER, *IPR*, p. 351).

¹²⁶⁵ L'art. 17 EGBGB dispone infatti, nella prima proposizione del primo comma, che « Die Scheidung unterliegt dem Recht, das im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgebend ist ». L'art. 14 EGBGB a sua volta, in tema appunto di « allgemeine Ehwirkungen », recita, al primo comma, così: « (1) Die allgemeinen Wirkungen der Ehe unterliegen 1. dem Recht des Staates, dem beide Ehegatten angehören oder während der Ehe zuletzt angehört, wenn einer von ihnen diesem Staat noch angehört, sonst 2. dem Recht des Staates, in dem beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben oder während der Ehe zuletzt hatten, wenn einer von ihnen dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, hilfsweise 3. dem Recht des Staates, mit dem die Ehegatten auf andere Weise gemeinsam am engsten verbunden sind (...) ».

Sezione IV

Norme unilaterali espresse a carattere localizzatore e materiale

SOMMARIO: – 196. Introduzione. – 197. L'esempio dell'art. 31 della legge di riforma. – 198. La natura *unilaterale* del criterio di applicazione avente natura « materiale ». – 199. La prima conferma di tale unilateralità. – 200. La seconda conferma di tale unilateralità. – 201. Alcuni esempi di norme unilaterali a carattere localizzatore *espreso*. – 202. Carattere localizzatore *implicito* nei criteri di giurisdizione. – 203. Ancora sull'art. 31 della legge di riforma. – 204. Conclusioni: la necessità del carattere anche localizzatore. – 205. Alcuni modelli di funzionamento delle norme unilaterali materiali. – 206. Deroga in senso soltanto *spaziale* e deroga in senso anche *materiale*. – 207. Le diverse modalità di richiamo alle norme materiali interne. – 208. Le norme unilaterali che prevedono il criterio dell'autonomia della volontà.

196. Finora si sono esaminate quelle norme unilaterali che, accedendo ad una norma bilaterale che adotta un criterio di collegamento X, dichiarano applicabile la legge A (del foro) qualora si concretizzi in A un secondo criterio di collegamento Y: e ciò anche se, ed anzi proprio nel caso in cui (ché altrimenti non ci sarebbe alcun bisogno della norma unilaterale), il criterio di collegamento X opera a favore di uno Stato diverso da A (o B o C o D, e così via). La condizione di applicazione della legge di A, individuata dalla norma unilaterale, è dunque, nelle norme studiate finora, un fattore (seppure unilaterale) di *localizzazione spaziale* nel senso tradizionale e primigenio del termine¹²⁶⁶: quale, appunto, il luogo in cui la società ha la sede della sua amministrazione ovvero il suo oggetto principale; il luogo di celebrazione del matrimonio; il luogo di situazione della casa familiare; e così via¹²⁶⁷.

¹²⁶⁶ Cfr. PICONE, *La riforma*, p. 141, il quale peraltro dichiara (nota 9), con riferimento alle norme di d.i.p. (dall'A. definite « tradizionali ») che individuano la legge applicabile sulla base di un criterio di « localizzazione spaziale », essere preferibile parlare di « metodo della localizzazione della fattispecie » anziché di « metodo basato sulla scelta della applicabile » (terminologia dall'A. pur impiegata in un primo tempo per rimarcare la differenza fra « rinvio ad una legge straniera » e « riferimento ad un ordinamento straniero considerato in blocco »).

¹²⁶⁷ Si vuole qui anticipare che la ragione per cui il foro, mediante tale tipo di norma di conflitto unilaterale, mette da parte la norma di conflitto bilaterale cui la prima accede, e con essa il richiamo che quest'ultima opera alle norme straniere, per rendere applicabili in luogo di queste (o tutt'al più, ma più raramente, in aggiunta ad esse) le norme materiali del foro, attiene, diciamo per ora genericamente, alla « prossimità » oggettiva della fattispecie con il sistema del foro. In altre parole, e per utilizzare una terminologia corrente, anche se non incontroversa e riguardo alla quale dovremo peraltro esprimere anche noi più d'una riserva, il foro non mette da parte il diritto straniero, per richiamare quello proprio, perché ritiene che quest'ultimo sia « materialmente migliore » del primo, ma perché lo ritiene « spazialmente più giusto ».

Come detto in apertura, vi è tuttavia un *altro* tipo di norma che, accedendo ad una norma bilaterale, concorre a tracciare la sfera di efficacia spaziale, anche internazionale, delle sole norme materiali del foro, completandola e correggendola. Il quale tipo di norma si dà anzi, nei sistemi positivi moderni, con una frequenza ancora maggiore rispetto al tipo sin qui studiato. Si tratta di quella norma che, innestata su una norma bilaterale che adotta un criterio di collegamento X, enuncia che, pur sussistendo con uno Stato estero B (o con C, o con D) il criterio di collegamento X, debbano nondimeno applicarsi le norme materiali di A (del foro), se la legge dello Stato B (o di C o di D), richiamata appunto dalla norma bilaterale, ha un certo *contenuto*, o più spesso, come stiamo per vedere, *non* ha un certo contenuto. Le *condizioni* perché tale norma operi sono anche qui due, espresse entrambe in forma per lo più negativa: che *non* sussista con lo Stato del foro A il criterio di collegamento X (e fin qui il tipo di norma in analisi non differisce da quello più sopra esaminato); che la legge dello Stato diverso da A a favore del quale opera il criterio di collegamento X, appunto, *abbia o non* abbia un certo contenuto¹²⁶⁸.

197. Si prenda l'art. 31 della legge di riforma, in materia di separazione personale e scioglimento del matrimonio. Esso dispone, al suo primo comma, che « la separazione personale e lo scioglimento del matrimonio sono regolati dalla legge nazionale comune dei coniugi al momento della domanda di separazione o di scioglimento del matrimonio ovvero » e che « in mancanza si applica la legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale risulta prevalentemente localizzata ». Il secondo comma dispone tuttavia che « la separazione personale e lo scioglimento del matrimonio, qualora non siano previsti dalla legge straniera applicabile, sono regolati dalla legge italiana »¹²⁶⁹. Le norme italiane in materia di separazione personale e di scioglimento del matrimonio risultano dunque, in virtù del secondo comma dell'art. 31, applicabili alle seguenti *condizioni*: la prima, negativa, è che *non* si realizzi in Italia il criterio bilaterale X, cioè la cittadinanza comune dei separandi o divorziandi, né si realizzi in Italia il criterio, sempre bilaterale, X¹, cioè il luogo di prevalente localizzazione della loro vita matrimoniale, cui la norma bilaterale ha ricorso qualora il criterio X non si realizzi in assoluto, qualora cioè non vi sia una cittadinanza comune (in questi casi hanno bensì corso le norme italiane, ma non in virtù della norma unilaterale, bensì in virtù di quella bilaterale di cui al primo comma dell'articolo in esame); la seconda è che la legge dello Stato straniero B (o C o D) in cui si concretizza vuoi il criterio X, cioè la legge dello Stato della cittadinanza comune, vuoi

¹²⁶⁸ Identica ci pare la conclusione di BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, p. 281: « l'application de la règle unilatérale française est subordonnée [a] à la désignation de la loi successorale [la legge designata deve essere straniera] et [b] à la consultation de son contenu ».

¹²⁶⁹ V. per un commento a tale articolo, fra gli altri, BALLARINO, *D.i.p.*, p. 436 s. (che sottolinea – a p. 438 – il « notevole rilievo » di tale disposizione); CONETTI, *Commentario NLCC*, p. 1179 s.; CLERICI, *Commentario RDIPP*, p. 167 s.

il criterio X¹, cioè la legge dello Stato in cui la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata, non « preveda » la separazione personale o lo scioglimento del matrimonio¹²⁷⁰.

198. Ebbene, ci chiediamo: può una norma di d.i.p., accessoria ad una norma bilaterale, la quale prevede l'intervento delle norme del foro qualora le norme straniere richiamate dalla norma bilaterale non consentano di approdare ad un certo esito materiale, definirsi *unilaterale*? Da un lato, è evidente che tale norma è connotata da una formulazione unilaterale poiché fissa le condizioni di applicazione delle sole norme materiali del foro. Essa presenta nondimeno una caratteristica specifica: la condizione o criterio cui è subordinata l'applicazione delle norme materiali di A prevista da tale norma non è di natura *localizzatrice* o *spaziale*, come lo sono, nelle norme passate in rassegna fin qui, tanto il criterio di collegamento unilaterale derogante Y quanto il criterio di collegamento bilaterale derogato X, ma di natura – come si suol dire – *materiale*. Si tratta nondimeno di una condizione di applicazione, possiamo senz'altro dire anzi di un criterio di applicazione – che chiameremo nel prosieguo « criterio di applicazione Z » –, delle norme materiali di A, esattamente come lo sono sia il criterio di collegamento X (nei limiti, beninteso, in cui designa le norme di A), sia il criterio di collegamento Y. Il quale criterio di applicazione, laddove è ammesso ad operare, produce infatti un effetto giuridico identico a quello prodotto dal funzionamento del criterio di collegamento Y, cioè quello di rendere applicabili le sole norme del foro, in deroga a quanto disposto da una norma bilaterale più generale, che prevede, nel caso di specie, la designazione della legge straniera. E' appena il caso di rilevare che, poiché il criterio di applicazione Z non può funzionare se non verso il foro, cioè per rendere applicabili le sole norme materiali del foro in luogo di quelle straniere richiamate dal criterio di collegamento bilaterale X e non già dunque anche verso le norme materiali di uno Stato estero e per designare

¹²⁷⁰ Attenendosi alla lettera della norma unilaterale, sembra dunque necessario, perché essa « si attivi », richiamando le norme italiane « permissive » (altrimenti non vi sarebbe utilità nel farvi ricorso), che la legge straniera designata dalla norma bilaterale ignori del tutto l'istituto del divorzio (o della separazione personale), e che non sia dunque sufficiente che tale legge, pur prevedendo il divorzio (o la separazione personale), non ne consenta nel caso di specie la pronuncia: v. BALLARINO, *D.i.p.*, p. 440; v. anche CONETTI, p. 1181, che fa salvo in ogni caso il ricorso all'ordine pubblico, quando « il motivo del diniego » sia « irrilevante » o « futile ». L'omologo art. 61, comma 3, LDIP – « [l]orsque le droit étranger commun ne permet pas la dissolution du mariage ou la soumet à des conditions extraordinairement sévères (...) » – pare più flessibile, anche se è discusso se arrivi al punto da consentire comunque di ottenere il divorzio sulla base della legge svizzera, benché cioè la legge straniera richiamata, pur non ignorando l'istituto né sottoponendolo a condizioni suscettibili di essere oggettivamente definite « straordinariamente severe », non lo consente *nel caso di specie*: per la negativa DUTOIT, p. 189 ed implicitamente anche SIEHR, *Das IPR der Schweiz*, p. 53; per l'affermativa propendono invece BUCHER/BONOMI, p. 181. Quest'ultima è la soluzione interpretativa maggioritaria in Germania (SCHURIG, *Soergel Kommentar*, p. 818) riguardo all'art. 17, comma 1, seconda proposizione, dell'EGBGB il quale contiene, come vedremo (*infra*, para. 202 A), una norma analoga.

quest'ultime in luogo delle norme del foro, si tratta di criterio di applicazione *Z unilaterale*¹²⁷¹.

Se così è, la natura di norma *unilaterale* della norma, accessoria e correttiva di una norma bilaterale localizzatrice, che prevede che, qualora operi il criterio di materialità *Z* a favore del foro, si applicano le norme materiali del foro in luogo di quelle straniere rese applicabili dalla norma bilaterale, non pare discutibile¹²⁷². Non per il fatto che il criterio unilaterale non sia di natura spaziale ma materiale, esso cessa di essere appunto unilaterale e, dunque, di trasmettere tale natura unilaterale alla disposizione che lo incorpora¹²⁷³. Si riscontrano, del resto, due ulteriori conferme di tale carattere unilaterale, che considereremo qui di seguito.

¹²⁷¹ Una norma in cui il criterio di applicazione unilaterale *Y* ha natura localizzatrice dispone che, se, pur sussistendo il criterio (di natura spaziale) *X* in uno Stato non-*A*, sussiste nondimeno in *A* il criterio *Y* (di natura pure spaziale), allora non si applica la legge di *B*, ma si applica la legge di *A*; analogamente, una norma in cui il criterio unilaterale *Y* ha natura materiale, dispone che, se, pur sussistendo il criterio (di natura spaziale) *X* in uno Stato non-*A*, si realizza il criterio di applicazione *Z* (di natura non spaziale ma materiale), allora si applica la legge di *A* e non si applica la legge di *B*. Il criterio unilaterale in questa seconda norma non è un criterio di *collegamento*, cioè di localizzazione spaziale od oggettiva, ma produce un effetto identico a tale tipo di criterio di *collegamento*: in deroga alla norma bilaterale, che richiamerebbe sul punto un diritto straniero, si applicano le norme di *A*, e non quelle di *B*. Se non si tratta di un criterio di collegamento, si tratta pur sempre di un *criterio di applicazione* delle norme materiali di *A*.

¹²⁷² Cfr. BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, p. 281, il quale conclude che, in materia successoria, la combinazione della norma bilaterale e della norma unilaterale, non dà « rien d'autre qu'une règle de rattachement à finalité matérielle, puisque sa mise en œuvre suppose la consultation du contenu de la loi successorale désignée afin de parvenir à une réglementation satisfaisante, du point de vue de l'ordre juridique français, de la succession transfrontalière ».

¹²⁷³ Se le norme di d.i.p. a carattere materiale hanno fatto oggetto di studi ormai numerosi (v. BUCHER, *Sur les règles de conflit à caractère substantiel*, Liber amicorum Schnitzer, Genève, 1979, p. 55 s.; LABORDE, *La pluralité du point de rattachement dans l'application de la règle de conflit*, thèse, Bordeaux, 1981; PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Genève, 1985; FOYER, *Problèmes de conflits de lois en matière de filiation*, RCADI, 1985-IV; JORGE, *Les rattachements alternatifs en droit international privé*, thèse Paris, 1988; BAUM, *Alternativanknüpfungen*, Tübingen, 1985; GAUDEMET-TALLON, *L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales*, Mélanges Y. Loussouarn, Paris, 1994, p. 9 s.; SOIRAT, *Règles de rattachement à caractère substantiel*, thèse Paris, 1995; SCHRÖDER, *Das Günstigkeitsprinzip im internationalen Privatrecht*, Frankfurt a.M.-Berlin, 1996), le norme *unilaterali* a carattere materiale non hanno ancora destato attenzione. Che una norma di d.i.p. a carattere materiale possa avere struttura unilaterale è tuttavia ammesso apertamente da colui al quale si deve probabilmente la prima sistemazione delle norme bilaterali a carattere materiale, cioè PATOCCHI (*op. cit.*). L'A., chiedendosi (p. 258) se la tendenza alla « materializzazione » delle norme di conflitto sia « indissociable de la bilatéralité [ou] si l'unilatéralisme pourrait lui faire une part », riconosce che « même dans l'unilatéralisme il serait concevable d'admettre une exception à la localisation: la volonté d'application d'une règle matérielle pourrait être subordonnée à la réalisation d'un effet matériel particulier, et la règle matérielle d'un système peut se désister en faveur de la

199. Nei sistemi moderni di d.i.p., si danno, e con frequenza sempre maggiore¹²⁷⁴, norme di d.i.p. che individuano una serie di circostanze di collegamento (nel senso proprio del termine: cioè criteri di natura *spaziale*) e che isolano dunque una potenziale cerchia di Stati fra le cui leggi va individuata quella applicabile; e che affidano tale seconda ed ultima selezione appunto ad un criterio *materiale* (scelto dal foro)¹²⁷⁵. Sono, come è noto, le c.d. *norme di conflitto alternative* o *a carattere materiale*. Lasciando per il momento da parte la questione del se e della misura in cui tale tipo di norma possa conciliarsi con l'impostazione « savigniana » dei conflitti di leggi¹²⁷⁶, tali norme di conflitto alternative sono largamente considerate norme di conflitto *bilaterali*¹²⁷⁷: e ciò perché il criterio di individuazione della legge applicabile da esse adottato, spaziale o materiale che sia, è il medesimo sia per le norme del foro che per le norme straniere.

La conclusione che ci pare di potere trarre è dunque la seguente: una norma di d.i.p. può individuare un criterio di designazione della legge applicabile che è di natura localizzatrice o spaziale oppure di natura materiale: *ma ciò non ha incidenza sulla struttura o sulla formulazione della norma*. La quale sarà *bilaterale*, se tale criterio funziona propriamente quale criterio d'identificazione della legge applicabile – cioè se opera sia « verso l'esterno che « verso l'interno » –, *unilaterale* se funziona come criterio di applicazione delle (sole) norme del foro, cioè se opera soltanto « verso l'interno ». Sicché, *come possono aversi norme bilaterali localizzatrici e norme bilaterali materiali, così possono darsi norme unilaterali localizzatrici e norme unilaterali materiali*.

200. Ma la natura unilaterale della norma che utilizza un criterio unilaterale di materialità Z non dà a nostro avviso luogo a dubbi anche per un'altra ragione. E cioè perché in

règle d'un autre système lorsque celle-ci veut s'appliquer et aboutit au résultat escompté par la règle du for » (corsivo nostro). L'A. cita come esempio l'art. 12 dell'*AGB-G* tedesco il quale rende applicabili le disposizioni contenute in tale legge (protettive del contraente reputato debole nei contratti per adesione) se e soltanto se la legge scelta dalle parti non appresta una protezione equivalente a quella risultante appunto da tali disposizioni.

¹²⁷⁴ Già BUCHER, uno dei primi autori in Europa ad interessarsi a questo tipo di norme, le pronosticava destinate ad occupare « une place de plus en plus importante »: *Sur les règles de conflit à caractère substantiel*, p. 55; v., quindici anni dopo, la constatazione di SOIRAT, *Règles de rattachement à caractère substantiel*, p. 4: « aucune province du droit privé ne paraît plus désormais à l'abri de la tentation de la substantialisation ».

¹²⁷⁵ Si tratta dunque di norme di d.i.p., cioè di norme « sulla competenza legislativa »; v. però MAYER/HEUZÉ, p. 96 s., i quali considerano invece tali norme non già come di d.i.p., bensì come norme materiali interne, le quali ordinano « la prise en considération d'une [] ou plusieurs règles étrangères ». Tale ricostruzione è criticata fra gli altri da PICONE, *Cours général*, p. 91-92.

¹²⁷⁶ Vigorosamente negata, fra gli altri, da PICONE: v. per un riassunto delle « profonde differenze » di struttura e funzionamento che l'A. individua fra le « règles de conflit alternatives » rispetto alle « règles de conflit traditionnelles », v. *Cours général*, p. 117.

¹²⁷⁷ V. per tutti PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices*, p. 258: « Le phénomène des règles de rattachement à caractère substantiel se manifeste comme une diversification de la règle de rattachement *bilatérale* » (p. 256: corsivo nostro).

pratica sempre il criterio di materialità Z si accompagna, a ben guardare, ad un criterio di collegamento unilaterale Y, sicché la norma unilaterale che deroga alla norma bilaterale localizzatrice è, in questi casi, non già a carattere soltanto materiale, ma a carattere materiale ed *insieme* localizzatore. Spieghiamoci meglio, muovendo anche qui dall'omologo bilaterale delle norme in questione.

Le norme bilaterali a carattere materiale, o « norme di conflitto alternative », sono in pratica sempre *anche* a carattere « localizzatore », e ciò nel senso che, prima di « attivare » il criterio materiale di selezione della legge applicabile, esse individuano una cerchia di Stati, più o meno ristretta, ma sempre numericamente definita, i quali presentano tutti un certo collegamento spaziale con la fattispecie da regolare¹²⁷⁸. Tale criterio spaziale o localizzatore, a differenza di quanto avviene nelle norme di conflitto bilaterali a carattere *solo* localizzatore, nelle quali esso identifica da sé la legge applicabile, ha qui il compito, più ristretto ma egualmente delicato, di ridurre la pluralità indistinta e potenzialmente vasta di tutti gli Stati che hanno un contatto, anche tenue e trascurabile, con la fattispecie, ad una cerchia ristretta e controllabile di Stati, il cui legame con la fattispecie è ritenuto sufficientemente forte da candidarli, su un piede di parità, all'applicazione delle proprie norme¹²⁷⁹. Ma poiché ad una fattispecie, o meglio ad ogni singolo aspetto di essa, non possono applicarsi più leggi, o meglio più norme, regolanti la medesima questione ma con conseguenze diverse, non è possibile lasciare sussistere tale pur ridotta pluralità, ma è necessario comprimerla ulteriormente, fino ad arrivare all'*unità*, fino cioè ad identificare, anche in queste situazioni, una ed una sola legge applicabile. Il compito di effettuare tale ulteriore riduzione viene appunto affidato ad un secondo criterio di selezione o scelta od identificazione delle (sole) norme applicabili, il quale criterio ha, questa volta, natura materiale¹²⁸⁰.

¹²⁷⁸ Cfr. PATOCCHI, p. 248: « Le caractère matériel est bien l'aspect propre de certaines règles de rattachement; il ne suffit cependant pas à expliquer à lui seul la détermination de la loi applicable, car l'éventail des lois potentiellement applicables est toujours plus ou moins limité »; ed ancora, a p. 251: « la méthode localisatrice et la méthode matérielle sont ainsi mises en oeuvre dans la même règle, et chacune exclut l'autre dans son champ d'application » (corsivo nostro).

¹²⁷⁹ Cfr. ancora PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices*, p. 251: « l'approche localisatrice déterminera seule les lois entrant en ligne de compte, et l'approche substantielle permettra seule de déterminer, parmi ces lois, laquelle est applicable en l'espèce ». V. sul punto anche AUDIT, *D.i.p.*, p. 88, secondo il quale, a giustificazione di tali norme, « on pourrait avancer qu'une situation internationale ayant par hypothèse des rattachements avec plusieurs lois, aucune d'entre elles ne présente un titre *exclusif* à s'appliquer tandis que *chacune* peut raisonnablement être désignée » (corsivo nostro).

¹²⁸⁰ Cfr. l'*incipit* di BONOMI/BUCHER, p. 1, in cui gli A. spiegano, con queste semplici parole, « le rôle du droit international privé »: « Les droits nationaux étant normalement, de par leur origine, différents les uns les autres, il n'est pas concevable en principe d'en appliquer plusieurs, cumulativement, au même rapport juridique. Il faut donc trancher la question du droit applicable ou du conflit de lois (...) ». Così lucidamente anche JACQUET, *Principe d'autonomie*, p. 321: « régler un conflit

Ebbene, lo stesso è a dirsi delle norme *unilaterali* a carattere *materiale*: le quali sono sempre *anche* a carattere localizzatore, perché mai fanno funzionare il criterio materiale di applicazione delle norme del foro riguardo ad *ogni* fattispecie, dovunque si localizzi nel mondo – il che implicherebbe la volontà da parte del foro (volontà che sarebbe « imperialistica » ed anzi in probabile contrasto con il diritto internazionale pubblico)¹²⁸¹ di assicurare che il risultato materiale perseguito dalle sue norme si produca appunto riguardo ad ogni fattispecie, ovunque e fra chiunque si svolga – ma soltanto ad *alcune* di queste fattispecie, a quelle cioè particolarmente integrate nel foro. Il carattere *anche* localizzatore di tali norme unilaterali vale dunque ad attenuare, e di molto, la differenza fra le norme unilaterali a carattere soltanto localizzatore, di cui abbiamo parlato nella sezione precedente, e le norme unilaterali a carattere materiale, di cui è parola in questo. Tale carattere anche localizzatore va tuttavia ora meglio precisato. Esso si manifesta, non può che manifestarsi, nell'esigenza che, accanto al criterio (unilaterale) di materialità Z, si concretizzi nel foro un criterio (unilaterale) di *collegamento* Y, distinto dal criterio (bilaterale) di collegamento X, che attesti di una certa « prossimità » con il foro, sufficiente a fargli volere imporre le sue valutazioni giuridiche, se quelle proprie delle norme straniere hanno contenuto opposto o comunque significativamente diverso.

Due sono i tipi di norme unilaterali a carattere localizzatore ed insieme materiale: quelle in cui il carattere localizzatore è *espresso*, e quelle in cui tale carattere è *implicito*. Ci pare consigliabile una loro trattazione separata.

de lois, c'est indiquer à *quelles lois* l'on peut déroger en même temps qu'indiquer à *quelle loi* l'on doit déférer » (corsivo nostro).

¹²⁸¹ Nonostante sia comune, fra gli autori dell'Europa continentale, il rilievo che il ruolo spiegato dal diritto internazionale pubblico nella nostra materia sia scarso od addirittura nullo (probabilmente si vuole ancora esorcizzare lo « spettro » della vecchia concezione del d.i.p. come dirimente conflitti di sovranità, cioè dell'assegnazione al d.i.p. di una « fonction répartitrice »: *supra*, para. 96): v. per tutti MAYER/HEUZÉ, p. 18: « tout Etat peut édicter les normes – lois, jugements, actes publics – à qu'il lui plaît, et *les déclarer applicables à qui il veut* » (corsivo nostro), la letteratura anglosassone, specie americana, si va da ormai diversi decenni interessando ai legami fra le due discipline: oltre all'ormai classico studio di MANN, *The Doctrine of International Jurisdiction* (in *RCADI*, 1964, t. 111), nonché la « rivisitazione » compiutane dallo stesso A. vent'anni dopo (*The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years*, *RCADI*, 1984, t. 186), v. ad es. i contributi raccolti da MEESSEN (ed.), *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*, The Hague, 1996, nonché il *General Course* di LOWENFELD, *International Litigation and the Quest for Reasonableness*, *RCADI*, 1995, t. 245. Un dato che sembra emergere da tale « filone » scientifico è che la pretesa di uno Stato di regolare (« jurisdiction to prescribe ») con le proprie norme di diritto privato una fattispecie internazionale che non presenta alcuni contatti con tale Stato (eviteremo per ora di specificare in quale momento) è contraria al diritto internazionale pubblico in quanto manifestamente « extraterritoriale » (né importa qui se, come ed in che misura tale Stato possa concretamente riuscire a imporre anche coattivamente il rispetto di tali sue norme affermando altresì la « jurisdiction to adjudicate » rispetto a tale fattispecie).

201. Il carattere localizzatore è ben visibile, e propriamente innegabile, nel caso, frequente, in cui il criterio materiale Z si cumula con un espresso criterio di collegamento Y, distinto rispetto al criterio di collegamento X, impiegato dalla norma bilaterale. La norma unilaterale dispone che ricevano efficacia le norme del foro se, pur non realizzandosi nel foro il criterio bilaterale di collegamento X, operano nondimeno a favore del foro il criterio di collegamento Y, esso pure, come X, localizzatore, e il criterio di materialità Z, il che ha luogo – come abbiamo visto – quando le norme del foro consentono di raggiungere un risultato materiale che le norme materiali straniere richiamate da X non abilitano invece a conseguire. Ciò significa che, rispetto a quelle fattispecie riguardo alle quali il collegamento Y non sussiste in A, il criterio di applicazione Z *non è da sé sufficiente* per mettere in opera le norme del foro, in deroga alla norma bilaterale: a tali fattispecie si applicheranno dunque pianamente le norme dello Stato estero (B o C o D) a favore del quale interviene il criterio di collegamento bilaterale X, non dandosi al riguardo deroga alcuna.

A. Si prenda l'art. 17 dell'*EGBGB*, in tema di divorzio. Tale articolo si apre con una norma *bilaterale*: la prima proposizione del primo comma dichiara applicabile la legge (del foro o straniera) che risulta applicabile alle *allgemeine Wirkungen* del matrimonio, la quale è, in sostanza¹²⁸², in base all'art. 14, comma 1, quella della (ultima) cittadinanza comune ovvero, in mancanza, quella della (ultima) residenza comune ovvero, in ulteriore subordine, quella dello Stato con cui i coniugi sono entrambi più strettamente collegati. Una *seconda* proposizione dispone tuttavia che, se la legge così individuata *non* rende possibile il divorzio, e se colui che chiede il divorzio è cittadino tedesco (alternativamente: al momento della domanda di divorzio o al momento della celebrazione del matrimonio), si applicano le *norme materiali tedesche* (il che ha senso, evidentemente, soltanto se queste consentono, nel caso di specie, il divorzio)¹²⁸³. L'applicazione delle norme materiali tedesche in materia di divorzio in virtù della norma unilaterale di cui è qui questione è subordinata alle seguenti condizioni, la quali vengono a tracciare, delimitandolo, l'ambito di applicazione del (solo) diritto del foro: il realizzarsi in uno Stato diverso dalla Germania del criterio di collegamento X (cittadinanza comune) ovvero di X¹ (residenza comune) ovvero ancora di X² (luogo della prevalente localizzazione della vita matrimoniale); il realizzarsi in Germania di un criterio di collegamento (cioè di un criterio di localizzazione spaziale) Y, cioè la cittadinanza tedesca del richiedente; e il realizzarsi a favore della Germania di un criterio di applicazione di tipo

¹²⁸² Si prescinde qui dalla limitate possibilità di scelta della legge applicabile che i commi 2, 3 e 4 di tale articolo riconoscono ai coniugi.

¹²⁸³ Il testo dell'art. 17, comma 1, *EGBGB* è il seguente: « Die Scheidung unterliegt dem Recht, das im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgebend ist. Kann die Ehe hiernach nicht geschieden werden, so unterliegt die Scheidung dem deutschen Recht, wenn der die Scheidung begehrende Ehegatte in diesem Zeitpunkt Deutscher ist oder dies bei der Eheschließung war ».

materiale (criterio di applicazione Z), il che avviene se la legge dello Stato estero in cui si realizza il criterio X (ovvero X¹ ovvero X²) non consente di pervenire alla pronuncia di divorzio, la quale è invece possibile sulla base della legge tedesca¹²⁸⁴.

B. Un altro esempio è fornito dal secondo comma dell'art. 17 delle « preleggi », ora abrogate¹²⁸⁵, relativo allo stato e alla capacità delle persone ed ai rapporti di famiglia. Il primo comma dispone che « lo stato e la capacità delle persone e i rapporti di famiglia sono regolati dalla legge dello Stato al quale esse appartengono » e detta dunque una norma bilaterale, la quale utilizza come criterio di collegamento la cittadinanza del soggetto della cui capacità o del cui stato si tratta. Nel secondo comma si legge che « [t]uttavia, uno straniero, se compie nella Repubblica un atto per il quale è considerato incapace secondo la sua legge nazionale, è considerato capace se per tale atto secondo la legge italiana sia capace il cittadino »¹²⁸⁶. Tale secondo comma racchiude dunque una

¹²⁸⁴ La dottrina tedesca parla al riguardo vuoi di « norma d.i.p. di ordine pubblico » (« Kollisionsnorm des ordre public »: JAYME, *IPrax*, 1987, p. 167), vuoi di una « norma di conflitto alternativa qualificata » (« qualifizierte Alternativanknüpfung »: SCHURIG, *Soergel Kommentar*, p. 819; VON BAR, *IPR*, II, no. 251), vuoi ancora di una « clausola di riserva speciale » (« spezielle Vorbehaltsklausel »: KROPHOLLER, *IPR*, p. 819). Benché alcuni degli A. citati paiano convinti del contrario (v. per es. SCHURIG, *op. cit.*, p. 818: « Mit einer Kollisionsnorm des ordre public im eigentlichen Sinne hat es... nichts zu tun »), non ci pare esservi incompatibilità fra le tre spiegazioni messe innanzi, ciascuna evidenziando un aspetto, particolare e senz'altro vero, della norma in questione. La prima spiegazione ne illumina il « fine »: assicurare l'applicazione della legge del foro ad una fattispecie particolarmente integrata nell'ordinamento tedesco. La seconda mette in rilievo lo « strumento » con cui tale fine perseguito: il richiamo della *lex fori* in alternativa ad un'altra legge, necessariamente straniera. La terza scolpisce la « struttura » della norma (se colta nell'aspetto *statico*) ovvero il suo « funzionamento » (se colta nell'aspetto *dinamico*) rispetto alla norma bilaterale: la prima è derogatoria rispetto alla seconda, sicché, quando si attiva, ne blocca il funzionamento. Neppure – e questo soprattutto ci interessa rilevare qui – vi è incompatibilità fra alcuna delle tre spiegazioni riportate con l'affermazione della natura di norma di d.i.p. unilaterale (KEGEL/SCHURIG, p. 254). La prima spiegazione non nega tale natura ma anzi la sottintende (la norma è riconosciuta come « norma di d.i.p. »; l'ordine pubblico è *del foro*). La seconda fa risaltare il carattere (anche) *materiale* della norma di d.i.p., il quale, così com'è innegabile, è pure innegabilmente unilaterale: due coniugi aventi cittadinanza tedesca non potranno chiedere, in alternativa alla legge tedesca che in ipotesi non consenta il divorzio, l'applicazione della legge della (seconda) cittadinanza straniera di uno di essi, che in ipotesi lo consente (così SCHURIG, *op. loc. cit.*); la norma è insomma sicuramente *alternativa*: ma altrettanto sicuramente l'« alternatività » non è qui « ancipite » o « bifronte ». Quanto infine al carattere « speciale » e « derogatorio » di tale norma, alla sua natura insomma di « spezielle Vorbehaltsnorm », essa è implicita in tutte le norme di d.i.p. unilaterali finora studiate.

¹²⁸⁵ Una norma analoga è in vigore in diversi Paesi: v. ad es. l'art. 28, comma 1, del Codice civile portoghese e l'art. 10 della legge polacca sul d.i.p. Altri, fra cui l'Italia, hanno invece proceduto ad una « bilateralizzazione », il che fa risaltare per contrasto la natura « unilaterale » della disposizione precedente: oltre l'art. 23, comma 2, della legge di riforma, l'art. 11, comma 3, *EGBGB*, l'art. 17 della legge sul d.i.p. rumena, e così via.

¹²⁸⁶ Tale norma era efficace in pratica soltanto rispetto ai negozi della pratica commerciale, non applicandosi né a quelli di diritto successorio ed alle donazioni, né agli atti di disposizione di beni immobili siti all'estero: v. BALLARINO, *D.i.p.*, 1^a ed., p. 653.

norma unilaterale¹²⁸⁷ per la quale, trattandosi di un atto compiuto in Italia, se chi lo compie è cittadino straniero, e se dunque la sua capacità dovrebbe essere sottoposta ad una legge straniera, si applica nondimeno la legge italiana qualora questa riguardi la persona come capace mentre la legge straniera non la considera capace¹²⁸⁸. Tale norma si applica dunque in presenza delle seguenti condizioni: il non realizzarsi in l'Italia del criterio di collegamento bilaterale X, il che ha luogo quando la persona della cui capacità o del cui stato si tratta è cittadina straniera; il realizzarsi in Italia del criterio di collegamento unilaterale Y, cioè il trovarsi in Italia del luogo di compimento dell'atto; il realizzarsi a favore dell'Italia del criterio di materialità Z, il che avviene quando le norme italiane in materia di capacità validano l'atto mentre le norme straniere lo invalidano¹²⁸⁹. Se tali

¹²⁸⁷ Su ciò che si tratta di una norma unilaterale, v. in sostanza BALLARINO, *D.i.p.*, 1^a ed., p. 653, il quale dichiara l'art. 17, comma 2, essere « una norma di conflitto », seppure a carattere « materiale », che « costituisce[] una deroga ad una norma di conflitto di carattere generale » (aggiungiamo: bilaterale), non estensibile, secondo l'A., « a norma completa »: l'A. si richiama alla terminologia dei primi unilateralisti tedeschi, i quali definivano le norme bilaterali « vollseitig » o « vollkommen », per distinguerle da quelle « unvollseitig » o « unvollkommen », cioè le norme unilaterali.

¹²⁸⁸ Una norma simile, che si ricava dall'*arrêt Lizardi* del 16 gennaio 1861 (v. ANCEL / LEQUETTE, *Grands arrêts*, n. 5; per una discussione del fondamento di tale decisione, v. JOBARD-BACHELLIER, *L'apparence en droit international privé. Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, Paris, 1984, n. 204 s.), è in vigore in Francia, con la precisazione che essa sembrerebbe operare, e rendere dunque applicabili le norme materiali francesi che validano in ipotesi l'atto, non soltanto se quest'ultimo è stato compiuto in territorio francese (il criterio di collegamento Y, il luogo di compimento dell'atto, si realizza nel foro), ma altresì se si tratta di negozio contratto con un soggetto cittadino francese (il criterio di collegamento Y¹, la cittadinanza dell'altro contraente, pure opera in favore del foro; BALLARINO, *D.i.p.*, 1^a ed., p. 653, ricorda che si è parlato al riguardo di « teoria dell'interesse nazionale »), e purché il contraente capace abbia agito « sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi ». Così in sostanza AUDIT, *D.i.p.*, p. 500. Che si tratti di norma di d.i.p. unilaterale è implicitamente riconosciuto da MAYER/HEUZÉ, p. 349, i quali, da un lato, rilevano che l'art. 11 della Convenzione di Roma « reprend cette solution en la bilatéralisant » (l'art. 11 ignora tuttavia la cittadinanza dei contraenti come collegamento e specifica che si deve trattare di due contraenti « che si trovino nello stesso Paese »), dall'altro, s'interrogano sulle modalità di una « bilateralizzazione » anche riguardo alla norma nazionale francese derivante dalla giurisprudenza *Lizardi*: l'uno e l'altro rilievo confermano la natura di norma di d.i.p. unilaterale della norma in questione, poiché ha senso parlare di « bilateralizzazione » soltanto rispetto ad una norma che è di diritto internazionale privato (e non materiale) e ha formulazione unilaterale (e non bilaterale). Una di tale modalità – opinano gli A. – consisterebbe nel lasciare al giudice francese il compito di verificare « si la loi locale a une volonté d'application fondée sur la protection du commerce, et si oui, l'appliquer en tant que loi de police étrangère » (corsivo nostro). Il che vuol dire richiamare le norme materiali straniere validanti l'atto del luogo di conclusione di esso non già in virtù di una « bilateralizzazione » del criterio unilaterale, ma in virtù della sola volontà d'applicazione delle norme straniere, ed al fine di uniformarsi alle valutazioni giuridiche dello Stato che intende prescrivere l'osservanza delle sue norme in casi reciproci a quelli in cui la Francia intende applicare le proprie. Per una « bilateralizzazione » pura e semplice parrebbe invece optare AUDIT, *D.i.p.*, p. 501.

¹²⁸⁹ Fra le condizioni di « attivazione » della norma unilaterale, e dunque delle norme italiane in ipotesi validanti l'atto, non figura dunque la cittadinanza italiana del « contraente capace »: cfr.

condizioni sono riunite, la norma unilaterale, applicandosi, produrrà il suo effetto proprio e tipico, cioè di designare quali applicabili le norme del foro, in deroga alla norma bilaterale, la quale avrebbe disposto l'applicazione delle norme straniere.

C. Un altro esempio ancora è fornito dall'art. 46, comma 2, della legge di riforma. Tale disposizione, nella sua prima parte, consente, al *de cuius*, seppure con alcuni limiti, di scegliere, come legge applicabile alla sua successione, la legge dello Stato in cui egli ha la sua residenza¹²⁹⁰. E' questa una norma apparentemente « bilaterale », nel limitato senso che il criterio di designazione della legge applicabile da essa utilizzato – l'*atto di volontà* del *de cuius* – opera sia che esso designi la legge italiana (se la scelta del *de cuius* cade su tale legge) sia che esso designi la legge straniera (se la scelta del *de cuius* cade su tale legge straniera)¹²⁹¹. La seconda parte della disposizione in analisi prevede tuttavia che « la scelta di tale legge non pregiudica i diritti che la legge italiana attribuisce ai legittimari residenti in Italia al momento della morte della persona della cui successione si tratta ». Le condizioni per la messa in opera delle norme italiane in materia di successione necessaria risultanti da quest'ultima norma sono dunque le seguenti: che la norma bilaterale generale derogata richiami una legge straniera, cioè che la scelta del *de cuius* (criterio di applicazione X) sia stata compiuta a beneficio di una legge straniera; che si realizzi in Italia un primo criterio di collegamento Y, costituito dalla cittadinanza italiana del *de cuius*¹²⁹²; che si realizzi in Italia un secondo criterio di collegamento Y¹, cioè che si trovi in Italia la residenza del successore necessario; che sussista a favore della legge italiana un criterio di materialità Z, cioè che la legge straniera scelta dal *de cuius*

BALLARINO, *D.i.p.*, 1^a ed., p. 653, il quale rileva che – a differenza della giurisprudenza *Lizardi* (v. nota precedente) – « la norma sembra applicabile anche agli atti intervenuti fra due stranieri, eventualmente fra due stranieri della medesima nazionalità, entrambi incapaci secondo la legge nazionale, ma in possesso delle condizioni che farebbero ritenere capace un cittadino italiano ».

¹²⁹⁰ « Il soggetto della cui eredità si tratta può sottoporre, con dichiarazione espressa in forma testamentaria, l'intera successione dalla legge dello Stato in cui risiede. La scelta non ha effetto se al momento della morte il dichiarante non risiedeva più in tale Stato »: v., per l'ambito di efficacia, i limiti e le modalità di funzionamento della *professio iuris* nel sistema italiano di d.i.p., DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, 2001, spec. p. 159 s.; PICONE, *La legge applicabile alle successioni*, *Atti del convegno di studi in onore di M. Marano*, (Napoli, 30-31 marzo 1990), Milano, 1991, p. 57 s., ripubblicato in *La riforma*, p. 55 s.

¹²⁹¹ Che l'« autonomia della volontà », che è sicuro criterio di individuazione della legge applicabile, mentre discussa e discutibile è la sua natura di « criterio di localizzazione spaziale », operi qui, come del resto la più parte delle volte, quale criterio bilaterale, è confermato *a contrario* da ciò che esso può operare *unilateralmente*, come avviene nell'art. 107 del *Código civil* in materia pure di divorzio, il quale – come vedremo: v. *infra*, para. 208 – consente ai coniugi, in presenza di certi contatti con il sistema socio-economico spagnolo, di « scegliere » la sola legge spagnola, e non già anche un'altra legge.

¹²⁹² Esplicita sul punto DE CESARI, *Autonomia della volontà*, p. 186: « E' una condizione che interviene solo nel caso di *de cuius* italiano ».

tratti il successore necessario con minor favore di quanto non facciano le corrispondenti norme italiane¹²⁹³.

¹²⁹³ Cfr. la ricostruzione delle « condizioni d'applicazione » di tali norme proposta da BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, p. 339, nota 1278. Anche riguardo alla più opportuna « qualificazione » da attribuire all'art. 46 comma 2 della legge di riforma, e alle norme materiali richiamate, non ci pare esservi incompatibilità fra le tesi proposte dai commentatori. Si è al riguardo parlato di codificazione o concretizzazione di *principi di ordine pubblico* (CONETTI, Artt. 16-31, *Commentario al Codice civile*, diretto da CENDON, Torino, 1991, p. 99), di *norme di applicazione necessaria* (BONOMI, *Norme imperative*, p. 206-207), di *norma di diritto internazionale privato materiale* (DE CESARI, *Autonomia della volontà*, p. 201 s.). 1) L'art. 46 comma 2 è senza dubbio una *norma di d.i.p.* (come rileva DE CESARI, *op. cit.*, p. 201: « la norma... rientra nell'ambito delle *norme di diritto internazionale privato*), cioè una norma che non contiene da sé una regolamentazione materiale, ma la cui « conseguenza giuridica » è piuttosto quella di rendere applicabili un certo numero di norme materiali, più precisamente quelle che ricadono nella sfera di applicazione *materiale* di essa norma di d.i.p. (qui quelle che attengono alla « protezione del legittimario »), delimitandone la sfera di efficacia nello spazio, anche internazionale. 2) Che si tratti poi di una norma di d.i.p. *materiale*, cioè di una norma che si faccia guidare, per attivarsi, non (solo) da criteri di prossimità « spaziale », bensì anche dall'attitudine di tali norme materiali a raggiungere un determinato risultato, è pure evidente: v. ancora DE CESARI, *op. cit.*, p. 201: « la norma rientra nell'ambito delle norme di d.i.p. *materiale* », cioè di quelle norme, nelle parole dell'A., in cui la « determinazione della legge regolatrice applicabile [avviene] in funzione di un particolare risultato »; di « règle de rattachement à finalit  matérielle » parla pure BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, p. 339, nota 1278. Opportuno ci pare pure l'« accostamento » di tale disposizione agli artt. 5 e 6 della Convenzione di Roma, già del resto proposto da BONOMI, *La loi applicable aux successions dans le nouveau droit international privé italien et ses implications dans les relations italo-suisse*, RSDIE, 1996, p. 499-500. Si rilevi però che tale norma, come del resto tutte le norme d.i.p. a carattere *materiale*, ha anche carattere *localizzatore*, nel senso che essa rende applicabili le norme materiali « richiamate » soltanto se vi è una certa *prossimit * con il sistema cui esse appartengono, espressa qui dal « cumulo » di due criteri di « localizzazione »: la cittadinanza del « dante causa » del rapporto successorio e la residenza dell'« avente causa » di tale rapporto. 3) Neppure è discutibile la natura *unilaterale* di tale « norma di diritto internazionale privato materiale », nel senso che le norme materiali che essa richiama sono soltanto quelle *interne* e mai quelle straniere (vedi in tal senso BILLARANT, *op. loc. cit.*: « la disposition pose également une règle de droit international priv  unilatérale », e gi  BONOMI, *La loi applicable aux successions*, spec. p. 500-501). Non si potr , ad esempio, in base a tale sola norma, fare applicazione delle norme materiali di uno Stato estero, in ipotesi pi  « protettive » del legittimario rispetto a quelle italiane, quando la *professio iuris*, ammessa dall'art. 46, comma 1, sia stata operata da un *de cuius* straniero a favore della legge italiana, e si tratti di legittimario residente nello Stato straniero di cittadinanza del *de cuius*. 4) Se si chiarisce che « d'ordine pubblico » sono le *norme materiali italiane richiamate* dall'art. 46, comma 2, cio  insomma gli articoli 536 s. del Codice civile, nulla ci pare ostare a tale caratterizzazione: n  l'esigenza che, per la loro « attivazione », sussistano due « condizioni spaziali », che, quali *Inlandsbeziehungen*, ne circoscrivano la sfera di efficacia; n  il fatto che l'ordine pubblico non ci si presenti qui sotto l'aspetto grezzo ed un po' informe di semplici « principi » ma sia « incapsulato » in norme specifiche, l'esistenza di positive *règles d'ordre public* essendo da tempo ammessa dalla dottrina europea (v. BUCHER, *Ordre public*, p. 30 s.; JAYME, *Methoden der Konkretisierung des ordre public im Internationalen Privatrecht*, Heidelberg, 1988). E il fatto che le norme materiali della *lex volun-*

D. Si potrebbe infine ancora citare, fra i numerosi altri esempi, l'art. 370-3 del Codice civile francese in materia di adozione, introdotto con la legge del 6 febbraio 2001¹²⁹⁴. In

tatis non siano messe da parte sempre e comunque, ma soltanto previo accertamento, ad opera del giudice, del loro contenuto, ben traduce quel *confronto* fra valutazioni straniere e concezioni giuridiche interne che si vuol rinvenire alla radice dell'ordine pubblico (v. per tutti LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public*, Paris, 1959, p. 158). 5) Quanto infine alle *norme di applicazione necessaria*, se si serba a mente ancora una volta che d'« applicazione necessaria » sono le norme materiali *richiamate* (gli artt. 536 s. del Codice civile) e non già la norma d.i.p. *richiamante*, la sfera di efficacia che tali norme materiali vengono ad avere è in effetti – sembrerebbe – loro attribuita, come recita l'art. 17 della legge di riforma, « in considerazione del loro oggetto e del loro scopo ». Ciò è, anzi, *in re ipsa*, e fa tutt'uno con la ricerca del « risultato materiale » che rende ragione della *materialità* della norma di d.i.p. in questione. Che poi tali norme materiali italiane, *rectius*, qui, la norma di d.i.p. di cui all'art. 46, comma 2, che le rende applicabili, *deroghi* – nella « deroga alle norme di conflitto ordinarie » si tende infatti a vedere una caratteristica strutturale *imprescindibile* delle norme di applicazione necessaria: v. per tutti BONOMI, *Norme imperative*, p. 143 s. – alla norma di d.i.p. bilaterale generale, quella di cui all'art. 46, comma 1, che designa la *lex voluntatis*, è innegabile. Né d'altra parte vale osservare, di contro alla qualificazione degli artt. 536 c.c. quali « norme di applicazione necessaria », che qui il « limite » rappresentato da tali norme rispetto alle norme straniere « scalzate » giochi *posteriormente* all'accertamento del contenuto di quest'ultime, e non già *preventivamente* ed indipendentemente da esso, perché la natura invariabilmente *preventiva* del funzionamento delle norme di applicazione necessaria pare essere stata ormai sconfessata dalla dottrina, e si è riconosciuto che ben possono dunque darsi norme imperative che fissano uno *standard* minimo di protezione di una parte, e che entrano dunque in funzione soltanto quando la legge straniera non raggiunge tale « minimo » (v. BONOMI, *Norme imperative*, p. 207, che introduce al riguardo – *loc. cit.* nota 196 – la distinzione fra « imperatività internazionale assoluta » ed « imperatività internazionale relativa »). A noi pare piuttosto che, alla radice dell'esitazione che si rinviene presso diversi A. a mettere in campo, con riferimento all'art. 46, comma 2, le « norme di applicazione necessaria » o le (norme codificatrici di) « principi d'ordine pubblico », si rinvenga il dubbio istintivo circa l'*utilità* effettiva di servirsi di tali meccanismi: i quali sono nati per giustificare un intervento giurisprudenziale (v. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi*, p. 17) che si era palesato quale *necessario al fine rimediare ad una redazione normativa imperfetta* (la formulazione degli artt. 16 e 17 della legge di riforma depone del resto in questo senso). Qui, non essendo più necessario invocare una simile giustificazione, perché l'applicazione giudiziale degli artt. 536 s. già si giustifica in virtù di una volontà compiutamente espressa del legislatore, l'uno e l'altro meccanismo non paiono avere qui alcun compito d'assolvere (v. per una discussione, *infra*, para. 228): o, per meglio dire, paiono averlo già compiutamente assolto in altra e più opportuna sede, cioè nella fase dell'*elaborazione* delle norme, sicché ad essi non è più necessario ricorrere nella fase in cui la loro attivazione non è immune dall'inconveniente serio del difetto di prevedibilità, cioè nella fase dell'*applicazione giudiziale* di esse.

¹²⁹⁴ Sugli aspetti internazionalprivatistici di tale legge, v. LAGARDE, *La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale: une opportune clarification*, *Rev. crit.*, 2001, p. 276 s.; RÉVILLARD, *La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale*, *Défrenois*, 2001, p. 333 s.; BOULANGER, *Une réforme médiatique mais porteuse de controverses: la codification de l'adoption internationale (loi du 6 février 2001)*, *Dalloz*, 2001, p. 78; v. anche LOUSSOUARN/BOUREL, p. 436 s.; MAYER/HEUZÉ, 418 s. Il nuovo art. 370-3 recita così: « (1) Les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par deux époux, par la loi qui régit les effets de leur union. L'adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale de l'un et l'autre époux la prohibe. (2)

punto a presupposti per la pronuncia di un'adozione in Francia, tale articolo prevede, fra l'altro, che l'adozione debba essere permessa dalla legge nazionale dell'adottando. Il criterio di collegamento X, la cittadinanza dell'adottando, è dunque bilaterale¹²⁹⁵. Tuttavia, se si tratta di adottando minore nato e residente in Francia, laddove la sua legge nazionale proibisce l'adozione, le nuove norme prevedono l'intervento della legge francese, se quest'ultima l'autorizza. Il criterio Y della residenza dell'adottando e il criterio Y¹ del di lui luogo di nascita¹²⁹⁶ vengono a costituire altrettanti criteri di localizzazione unilaterali¹²⁹⁷. La natura unilaterale di essi, e dunque della norma che li incorpora, è

L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France. (3) Quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant. Le consentement doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie, après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier, s'il est donné en vue d'une adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant ». La legge del 6 febbraio 2001 ha inserito altresì due ulteriori articoli, l'art. 370-4 e l'art. 370-5, in materia rispettivamente di effetti dell'adozione pronunciata in Francia e di effetti in Francia dell'adozione pronunciata all'estero, i quali saranno esaminati più oltre (v. *infra*, para. 257).

¹²⁹⁵ Art. 370-3, comma 2: v. il testo alla nota precedente. In realtà tale articolo prevede l'applicazione della sola legge nazionale straniera, e non già anche della legge nazionale francese. Che però l'adozione in Francia di un minore francese non possa essere pronunciata, anche laddove la legge dell'adottante (cfr. art. 370-3, comma 1) lo permetterebbe, se la legge francese non lo ritiene « adottabile », parrebbe scontato: v. al riguardo LAGARDE, *La loi du 6 février 2001*, p. 284.

¹²⁹⁶ Non è dunque sufficiente la sola residenza in Francia. LAGARDE, *La loi du 6 février 2001*, p. 287 spiega al riguardo che « le Sénat, qui est à l'origine de cette règle, a visiblement craint que le rattachement subsidiaire à la loi française en cas de simple résidence en France de l'enfant ne soit une incitation à provoquer frauduleusement le déplacement en France de l'enfant et ne suscite un contentieux sur les conditions dans lesquelles la venue en France de l'enfant s'est produite ». V. anche la nota seguente.

¹²⁹⁷ I commentatori non si soffermano in pratica sulla struttura della norma in questione, mentre sono concordi nel rilevare la natura *unilaterale* di quella, in materia di *effetti* dell'adozione pronunciata in Francia, di cui all'art. 370-4, che certo è più manifesta, e su cui v. *infra*, para. 257. Che anche la « porzione » dell'art. 370-3 che fa salva l'applicazione della legge francese nel caso di un collegamento spaziale con la Francia sia una norma di conflitto *unilaterale*, ci pare tuttavia confermato indirettamente da ciò che MUIR WATT (*L'adoption internationale, Statut et Protection de l'enfant, Rapport du Conseil d'Etat, La documentation française*, 1990, p. 193 e s., p. 199) aveva proposto in origine una norma a formulazione « bilaterale », che rendesse applicabile, in luogo della legge nazionale, la legge della residenza abituale del bimbo « dans le cas où celui-ci ne résiderait plus dans le pays dont il est ressortissant et que sa loi nationale ne connaîtrait pas l'adoption ou l'adoption plénière ». Pur essendo il proposito alla radice di tale redazione pur sempre quello di consentire l'adozione di bimbi residenti in Francia laddove la legge francese permettesse tale adozione e la legge nazionale la proibisse, qui la norma poteva in teoria (ma anche in pratica, data la larghezza con cui i tribunali francesi affermano la propria giurisdizione in materia di adozione: v. *infra*, para. 257) rendere possibile l'applicazione *alternativa* della legge nazionale o della residenza abituale del bimbo. Il cittadino di uno Stato B *proibitivo* residente in uno Stato C *permissivo*, la cui adozione viene chiesta in Francia da due francesi, avrebbe cioè potuto essere pronunciata sulla base della for-

provata da ciò che, trattandosi ad esempio di un minore cittadino francese nato e residente in un Paese straniero che consente nel caso di specie l'adozione, mentre la Francia non la consente, tale criterio non funzionerebbe, e s'applicherebbero le norme francesi della legge nazionale, le quali prescrivono per ipotesi il rigetto della richiesta di costituzione del rapporto adottivo. E' appena il caso di rilevare che tali criteri unilaterali Y e Y¹ si cumulano qui, a loro volta, con un criterio di materialità Z, nel senso che essi operano, rendendo applicabili le norme francesi, soltanto se le norme straniere sono nella specie proibitive dell'adozione mentre le norme francesi risultano permissive di essa. Il che conferma che la norma unilaterale in questione, oltre che avere carattere localizzatore, ha anche carattere materiale.

202. In tutti gli esempi riportati nel paragrafo precedente, la norma unilaterale ha carattere non solo *materiale*, nella misura in cui fa prevalere sulle norme straniere le norme del foro qualora le prime non consentano di pervenire ad un certo risultato materiale, assicurato invece dalle seconde; ma ha altresì, ed innanzitutto, carattere *localizzatore*, nella misura in cui richiede, per funzionare, che sussista con il foro un certo collegamento di natura appunto *spaziale*. Tale collegamento è *espressamente* indicato nella norma stessa: la cittadinanza dello Stato del foro ovvero la residenza nel foro di una delle due parti del rapporto; l'essere l'atto compiuto nel foro; la residenza o la nascita nel foro del soggetto primamente coinvolto nel rapporto, e così via.

Va tuttavia rilevato che, anche nei casi in cui la norma unilaterale non richiede espressamente, perché possa operare, cioè perché possa designare come applicabili le norme materiali del foro, la presenza di un criterio di collegamento Y, distinto dal criterio di collegamento X, in aggiunta al criterio di materialità Z, sarebbe alquanto affrettato concludere che l'unico criterio cui è subordinata la messa in opera della norma unilaterale, quindi delle norme materiali del foro che questa richiama, sia la circostanza che tali norme consentano di raggiungere un certo risultato. La quale conclusione obbligherebbe a trarne logicamente che il foro intenda imporre il « risultato materiale » avuto di mira a *tutte* le fattispecie ovunque esse siano localizzate nel mondo, anche cioè a quelle fattispecie che siano interamente localizzate all'estero, che siano cioè sprovviste di qualunque legame, anche tenue e di scarso rilievo, con lo Stato del foro. Si ritorni alla norma di cui all'art. 17 delle preleggi. Sarebbe davvero concepibile che il foro disponesse, da un lato, che la capacità di compiere un certo atto sia regolata dalla legge nazionale dell'autore dell'atto, e, dall'altro, che si applichi tuttavia la legge italiana se questa considera tale autore capace mentre la legge nazionale straniera non lo considera tale? Che cioè la condizione di materialità che, qualora operi a favore della legge del foro, comporta la messa in opera della legge di quest'ultimo, possa appunto condurre al risultato avuto di mira *indipendentemente* dalla sussistenza di un collegamento spaziale con il

mulazione proposta in origine ma non può invece esserlo in forza di quella accolta nel codice, dato appunto il suo carattere unilaterale.

foro che possa giustificare, nell'interesse delle parti o dello Stato italiano, l'applicazione delle norme materiali italiane, quale appunto il luogo di compimento dell'atto o, eventualmente, anche il coinvolgimento nell'atto, come controparte, di un cittadino del foro?¹²⁹⁸ Allo stesso modo, sarebbe concepibile che, avuto riguardo all'art. 46, comma 2, il foro, da un lato, dichiarasse di volere applicare la legge scelta dal *de cuius*, e, dall'altro, intendesse prescrivere l'efficacia delle norme italiane in materia di protezione del successore necessario non appena la legge straniera non garantisca una protezione equivalente, e ciò indipendentemente dall'esistenza di qualsiasi contatto con l'Italia? Non è difficile mostrare che ciò sarebbe difficilmente concepibile: innanzitutto, perché svuoterebbe di significato la norma bilaterale generale, dal momento che questa non potrebbe in pratica se non richiamare vuoi la legge italiana vuoi una legge straniera che, come la legge italiana, considera valido l'atto, nel primo caso, o assicura al legittimario una protezione equivalente o maggiore, nel secondo; la *lex fori*, o comunque le valutazioni giuridiche materiali che il legislatore ha espresso al riguardo, s'imporrebbero in pratica sistematicamente. In secondo luogo, perché, non presentando la fattispecie alcun contatto con l'Italia, le parti – ed in particolare quella che risulta avvantaggiata da tale validità o da tale protezione – non potrebbero sostenere di avere agito facendo in qualche modo, anche soltanto istintivamente, affidamento sulla « copertura » della legge italiana, perché per ipotesi non vi era, nel momento di compimento dell'atto o nel momento di redazione del testamento, alcun collegamento con l'Italia che rendesse legittimo o comunque degno di protezione tale affidamento. Vero è che il foro ha di rado motivo di far funzionare il criterio unilaterale di materialità *Z indipendentemente* dal realizzarsi nel foro di un criterio di localizzazione Y. Esattamente come, nelle norme di conflitto bilaterali alternative, le norme materiali dello Stato B che consentono di raggiungere il risultato da esse perseguito intervengono, ad esclusione delle norme degli Stati C, D ed E, *soltanto* laddove la fattispecie presenta un contatto con lo Stato B, sicché le norme bilaterali a carattere materiale sono sempre anche a carattere localizzatore, lo stesso è a dirsi delle norme a carattere materiale unilaterali, *le quali sono sempre a carattere anche localizzatore*. Soltanto che, in un certo numero di casi, tale criterio di collegamento unilaterale Y *non figura nella norma stessa, non è cioè in essa espresso, ma è « nascosto »*, più precisamente, sotto i criteri di giurisdizione, che vi si trovano giustapposti.

Delle ragioni sulla base delle quali la vicinanza con il foro implicita in ogni criterio di giurisdizione, in una cerchia ben definita ma piuttosto ampia di casi in cui si chiede alle autorità del foro la *costituzione* di una situazione giuridica, possa essere, e sia spesso, utilizzata anche ai fini di dichiarare applicabili le norme del foro (cioè dello Stato con cui il criterio di giurisdizione rivela che la fattispecie presenta quanto meno una *certa* prossimità), si dirà diffusamente più oltre¹²⁹⁹. Si osservi intanto che il criterio di giurisdi-

¹²⁹⁸ E' questo il caso della norma di d.i.p. francese che si ricava dalla giurisprudenza *Lizardi*: v. *supra*, nota 1288.

¹²⁹⁹ V. *infra*, Parte Terza, para. 316 s.

zione, o meglio la *prossimità* con il foro che esso esprime, viene a spiegare, o può venire a spiegare, in questi casi, una *doppia* valenza: esso, da un lato, serve a garantire un legame con il foro sufficiente per attribuire al giudice il potere di *constituire* la situazione giuridica richiesta; dall'altro, esprime una « localizzazione » nel foro della costituenda fattispecie suscettibile di esercitare quanto meno una certa influenza ai fini della scelta della legge applicabile¹³⁰⁰. La quale influenza può assumere due distinte forme: vuoi il collegamento con il foro implicito nel criterio di giurisdizione vale da sé ad assicurare l'applicabilità delle norme materiali del foro, e si versa allora in quel metodo che in Italia si suole denominare ormai « applicazione generalizzata della *lex fori* », e di cui mostreremo più oltre i legami con l'unilateralismo; vuoi tale vicinanza, se non è ancora tale da escludere ogni rilevanza della legge straniera, tradisce nondimeno una localizzazione *sufficiente* perché il foro intenda comunque – anche cioè se dovesse, sulla base delle norme bilaterali ordinarie, risultare applicabile una legge straniera – garantire un *certo* risultato favorito dal foro: e si è allora in presenza di una norma unilaterale a carattere localizzatore ed insieme materiale, cioè del tipo di norma unilaterale di cui ci stiamo qui occupando.

203. Torniamo alla norma italiana di cui all'art. 31, comma 2, in materia di separazione personale e di scioglimento del matrimonio. Di essa abbiamo già visto la natura unilaterale *materiale*. Resta qui da dimostrare la natura unilaterale *anche localizzatrice*. Soltanto apparentemente è sufficiente, per l'applicazione delle norme materiali italiane in materia, che la legge straniera richiamata dalla norma bilaterale non consenta il divorzio. Ché le condizioni di applicazione delle norme materiali italiane sono in realtà più complesse: oltre alla non sussistenza in Italia del criterio di collegamento bilaterale X (cittadinanza comune) o X¹ (prevalente localizzazione della vita matrimoniale), ed oltre all'essere la separazione o il divorzio ignorati dalla legge dello Stato B in cui si concretizzano X o X¹ (criterio di materialità Z), vi è un'ulteriore condizione, di natura spaziale o localizzatrice (criterio di collegamento Y, o piuttosto più criteri di collegamento – Y, Y¹, Y², Y³ – *alternativi* l'uno all'altro): cioè che vuoi il convenuto sia domiciliato o residente in Italia¹³⁰¹, o trattandosi di divorzio, che lo sia il coniuge ricorrente¹³⁰², vuoi che

¹³⁰⁰ Vogliamo insistere su ciò che i due *momenti* rispetto ai quali valutare la vicinanza della fattispecie, l'una ai fini della determinazione della legge applicabile, l'altra della giurisdizione, *coincidono*: il momento in cui si pone la questione di quale legge è applicabile ad una fattispecie è quello stesso in cui la fattispecie nasce; ed è dunque naturale che coincidano anche i fattori da considerare per misurare la vicinanza dell'una e dell'altra.

¹³⁰¹ E' il criterio generale di cui all'art. 3, comma 1, della legge di riforma, cui l'art. 32 fa espresso rinvio. Sull'impossibilità di invocare qui l'ulteriore criterio previsto dall'art. 3, cioè quello relativo al « rappresentante autorizzato a stare in giudizio ex art. 77 c.p.c. », v. DAVÌ, *Sui limiti della giurisdizione italiana in materia di divorzio*, RDI, 1975, p. 682 s.; in questo senso anche la Relazione ministeriale (lo ricorda MOSCONI, *D.i.p.*, II, p. 55).

uno dei coniugi abbia la cittadinanza italiana, vuoi, infine, che il matrimonio sia stato celebrato in Italia¹³⁰³. Sono questi i criteri che fondano la giurisdizione italiana, indicati o richiamati dall'art. 32 della legge di riforma¹³⁰⁴. Ora, se si eccettua il criterio di giurisdizione dato dalla celebrazione del matrimonio in Italia, che da più parti si qualifica del resto esorbitante, ecco che le condizioni di applicazione delle norme italiane coincidono in definitiva con quelle stesse previste dall'art. 17 dell'*EGBGB*¹³⁰⁵. La differenza è che la Germania ha inserito tali condizioni nella norma sulla legge applicabile; in Italia sono invece implicite nelle norme sulla giurisdizione, dalle quali devono pertanto ricavarsi. Ma perché le norme materiali in tema di divorzio e separazione italiane e tedesche siano applicabili ad una fattispecie, è necessario che tale fattispecie sia integra-

¹³⁰² E', nel caso di domicilio o residenza all'estero del coniuge convenuto, il criterio di « competenza per territorio » di cui all'art. 4, comma 1, della legge sul divorzio (legge n. 898 del 1970), cui l'art. 3, comma 2, ultima parte, della legge di riforma attribuisce dignità di titolo di giurisdizione.

¹³⁰³ Criterio nuovo rispetto al passato, e giudicato « eccessivo »: v. BALLARINO, *D.i.p.*, p. 435-436, il quale l'aveva prospettato soltanto in concorso con la cittadinanza dell'attore: BALLARINO, *D.i.p.*, 1^a ed., p. 751. Così anche MOSCONI, *D.i.p.*, p. 54, che considera esorbitante anche l'altro criterio di giurisdizione « speciale », cioè la cittadinanza di uno dei coniugi, nonché CONETTI, *Commentario NLCC*, p. 1183.

¹³⁰⁴ Non possiamo pertanto convenire del tutto con BALLARINO, *D.i.p.*, p. 440, laddove opina che l'Italia abbia voluto qui tutelare un vero e proprio « diritto al divorzio » « spettante anche allo straniero *pur in assenza di ogni legame con l'ordinamento italiano* (salva l'esistenza di quei punti di contatto su cui si fonda, nel caso concreto, la giurisdizione del giudice italiano) ». Se, in ogni caso, la giurisdizione del giudice italiano deve sussistere affinché le norme italiane possano, applicandosi, dar vita alla nuova situazione giuridica che è quella conseguente alla pronuncia di divorzio, è escluso che le norme italiane in materia di divorzio si trovino ad essere applicate in assenza di ogni legame con il nostro ordinamento (lo stesso A. del resto riconosce in pratica che, in materia di adozione dei minori di cui all'art. 38, ultima proposizione, della legge di riforma, i criteri di giurisdizione vengono a tracciare la « sfera di efficacia delle norme italiane »: *D.i.p.*, p. 482; v. su tale norma, *infra*, para. 254). Non ci pare insomma che l'Italia abbia voluto imporre la sua *visione* della dissolubilità del matrimonio al *mondo intero*, e correlativamente consentire che delle sue disposizioni che traducono normativamente tale visione si serva *chiunque*. A noi pare piuttosto che, per ragioni di coerenza e d'eguaglianza, l'Italia abbia inteso garantire a tutti coloro che sono cittadini o domiciliati o residenti in Italia, ovvero a tutti coloro che, pur stranieri e domiciliati e residenti all'estero, sono nondimeno coniugati con un cittadino o con un domiciliato o con un residente in Italia, il *diritto* di servirsi delle sue norme e di chiedere dunque, sulla base di esse, il divorzio, nonché beninteso l'*obbligo* di accettare e rispettare le conseguenze, personali e patrimoniali, che ne derivano. E ciò perché il legislatore italiano ha comprensibilmente considerato tali soggetti, più ancora che legati all'ordinamento italiano, come *vera e propria parte di esso*, come *parte* del « sistema (sociale)-Italia » (di « connessione con la società italiana » parla CONETTI, *Commentario NLCC*, p. 1184): sì da potere da essi *pretendere* che si uniformino – accettando il divorzio come organizzato dalla legge italiana – ai *valori* espressi dalla maggioranza dei soggetti che cooperano a formare tale ordinamento o meglio tale sistema, e da dovere consentire loro di *beneficiare* di tali valori, chiedendo appunto loro stessi il divorzio sulla base della legge italiana.

¹³⁰⁵ I quali sono vuoi la cittadinanza tedesca vuoi la residenza abituale in Germania di uno dei coniugi: v. *supra*, para. 201 A.

ta nella collettività dell'uno o dell'altro Stato mediante contatti pressoché identici: il che significa che le norme dell'uno e dell'altro Stato che fanno appunto dipendere tale applicabilità da tali contatti, cioè le loro norme d.i.p., a formulazione unilaterale, sono largamente le stesse.

204. Concludiamo dunque su questo punto importante. Le norme unilaterali a carattere materiale sono in pratica sempre a carattere *anche* « localizzatore ». Il criterio di « collegamento » ovvero di « localizzazione spaziale » – il quale è anch'esso, come il criterio di materialità, *unilaterale* – è talvolta *espresso* nella norma stessa talvolta *implicito* nella norma sulla giurisdizione. Il che, come si è anticipato e come meglio si vedrà in seguito, pare legittimo e naturale quando si tratta di costituire una *nuova* situazione giuridica soggettiva, e non già di dichiarare l'esistenza ed il contenuto di una situazione giuridica già costituita. La norma unilaterale che dichiara applicabile le norme materiali del foro non è dunque *indifferente* al livello d'integrazione della fattispecie con il sistema del foro; le norme materiali del foro, rese applicabili dalla norma unilaterale, sono fatte prevalere rispetto alle norme materiali straniere, rese applicabili dalla norma bilaterale, sempre se e soltanto se vi è con il foro una certa vicinanza *spaziale*. Nei casi in cui si chiede all'autorità del foro di dare vita ad una nuova situazione giuridica, poiché tale vicinanza spaziale può essere implicita nel criterio di giurisdizione, non vi è necessità di porre, come ulteriore condizione per il funzionamento del criterio di materialità Z, un criterio di collegamento Y, o più criteri alternativi, distinti rispetto a tale criterio. In tali casi, il legame di prossimità non è perciò diverso ed ulteriore rispetto a quello sicuramente garantito dalla sussistenza del criterio di giurisdizione, ma è appunto quello stesso. Sicché, accertando la presenza di tale criterio, si è accertata contemporaneamente anche la presenza del legame cui è subordinata l'applicazione della norma unilaterale e, per questa via, delle norme del foro richiamate da essa.

205. Vogliamo studiare qui di seguito alcuni modelli di funzionamento di norme unilaterali a carattere localizzatore ed insieme materiale, i quali ci saranno d'aiuto per gli svolgimenti successivi.

A. In alcuni casi, il criterio di materialità, perché operi quale criterio di applicazione della legge del foro, è subordinato a sua volta ad una particolare condizione: non è sufficiente, cioè, che le norme straniere *non* consentano di approdare ad un certo risultato, e che quelle del foro vi consentano, ma è altresì necessario che le prime *non* vi consentano per ragioni *particolari*, che il foro non condivide. Un esempio significativo è offerto dall'art. 13 dell'*EGBGB* in tema di condizioni per contrarre matrimonio¹³⁰⁶. Tale articolo

¹³⁰⁶ I primi due commi dell'art. 13 *EGBGB*, rubricato « Eheschließung », così recitano: « (1) Die Voraussetzungen der Eheschließung unterliegen für jeden Verlobten dem Recht des Staates, dem er angehört. (2) Fehlt danach eine Voraussetzung, so ist insoweit deutsches Recht anzuwenden, wenn 1. ein Verlobter seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat oder Deutscher ist, 2. die Verlobten die zumutbaren Schritte zur Erfüllung der Voraussetzung unternommen haben und 3. es mit der

dispone, al primo comma, che le condizioni per contrarre matrimonio sono sottoposte, per ciascun nubendo, alla legge dello Stato di cittadinanza. La norma è fin qui bilaterale. Tuttavia, prosegue tale articolo al secondo comma, se tale legge non consente al nubendo di contrarre matrimonio, si potrà applicare la legge tedesca se il nubendo è cittadino tedesco ovvero ha la sua residenza abituale in Germania¹³⁰⁷; ma ciò però se e soltanto se il divieto di matrimonio posto dalla legge nazionale non è conciliabile con la « libertà di matrimonio » quale concepita dall'ordinamento tedesco¹³⁰⁸. Il che avviene – esemplifica la norma – quando il precedente matrimonio che, sulla base della legge nazionale, fa ostacolo al nuovo matrimonio, è stato sciolto in Germania (ovvero il suo scioglimento è stato quivi riconosciuto), ovvero ancora nel caso di dichiarazione di morte dell'altro coniuge. La norma di d.i.p. di cui al secondo comma dell'art. 13 dell'*EGBGB* è dunque unilaterale, dal momento che essa indica soltanto le condizioni di applicazione del diritto tedesco¹³⁰⁹; essa è a carattere localizzatore ed insieme materiale, perché tali condizioni presentano, nel loro insieme, l'uno e l'altro carattere. Le quali sono le conseguenti: (i) la norma bilaterale, sulla base di un criterio di collegamento X (cittadinanza del nubendo), designa una legge straniera (si deve insomma trattare di un nubendo straniero); (ii) uno dei due nubendi (evidentemente l'altro) è cittadino tedesco ovvero straniero residente in Germania (criteri di collegamento unilaterali *espressi* – rispettivamente – Y e Y¹); (iii) la legge nazionale straniera non consente il matrimonio, mentre la legge tedesca lo consente (criterio di materialità Z a favore della legge tedesca); (iv) l'applicazione di tale divieto è contraria alla libertà di contrarre matrimonio come concepita dal legislatore tedesco. Quest'ultima condizione, a ben guardare, più che essere distinta dalla condizione di materialità, la « completa » e la precisa.

B. Alcune norme subordinano l'applicazione delle norme materiali del foro, se e nella misura in cui queste consentono di raggiungere un certo risultato, all'ulteriore condizione che tale risultato non sia ottenuto né in grazia delle norme straniere applicabili in virtù di un primo criterio di collegamento bilaterale, né attraverso quelle applicabili in virtù di un secondo ed eventualmente di un terzo collegamento. Qui, il criterio di mate-

Eheschließungsfreiheit unvereinbar ist, die Eheschließung zu versagen; insbesondere steht die frühere Ehe eines Verlobten nicht entgegen, wenn ihr Bestand durch eine hier erlassene oder anerkannte Entscheidung beseitigt oder der Ehegatte des Verlobten für tot erklärt ist ».

¹³⁰⁷ Il che costituisce l'*Inlandsbezug* (KROPHOLLER, *D.i.p.*, p. 324) o l'*Inlandbeziehung* (SCHURIG, *Soergel Kommentar*, p. 616).

¹³⁰⁸ « Grundrecht der Eheschließungsfreiheit » la definisce SCHURIG, *Soergel Kommentar*, p. 619 il quale indica come possibili esempi di « Unvereinbarkeit mit der Eheschließungsfreiheit » la previsione della necessità del consenso di un terzo ovvero di un'età minima eccessivamente elevata.

¹³⁰⁹ I commentatori ritengono che si tratti vuoi di una « Kollisionsnorm des ordre public » (v. SCHURIG, *Soergel Kommentar*, p. 616), vuoi di una « spezielle Vorbehaltsklausel » (KROPHOLLER, *IPR*, p. 324): sulla compatibilità di tali spiegazioni, sia fra di loro sia con la natura unilaterale qui sostenuta (e sulla quale v. anche KEGEL/SCHURIG, p. 254), valgano le considerazioni svolte *supra*, nota 1284, a proposito dell'art. 17 *EGBGB*.

rialità Z funziona dunque, rendendo applicabili le norme del foro (di A), se né le norme B né le norme di C né eventualmente le norme di D consentono di approdare all'esito materiale avuto di mira. L'art. 18 *EGBGB*, commi 1 e 2, in tema di alimenti designa, al primo comma, la legge della residenza del creditore¹³¹⁰; tuttavia, se questa non consente a quest'ultimo di conseguire gli alimenti, si farà ricorso alla legge nazionale comune; se neppure questa abilita ad ottenerli (o se una cittadinanza comune nella specie non si dà), il secondo comma prescrive l'applicazione della legge tedesca¹³¹¹. La norma di cui al secondo comma di tale articolo è *unilaterale*, dal momento che determina l'applicabilità delle sole norme materiali tedesche; le condizioni spaziali di applicabilità internazionale di tale norme sono dunque: in primo luogo, che la norma bilaterale, che adotta il criterio di residenza del creditore e, in alternativa, il criterio della legge nazionale comune, dichiarare applicabile una legge straniera; in secondo luogo, che né l'una né l'altra legge designate da tali fattori di collegamento consentano al creditore di conseguire gli alimenti.

C. Talvolta il risultato materiale cui è subordinata l'applicazione delle norme materiali del foro è espresso in forma *negativa*. Le quali norme si applicano cioè se e soltanto se le norme materiali della legge straniera designata dalla norma bilaterale prevedono il prodursi di determinate conseguenze *positive* non previste dalle corrispondenti norme materiali del foro. L'art. 38 dell'*EGBGB* in tema di atti illeciti, abrogato a seguito della grande riforma dell'*EGBGB* intervenuta nel 1999¹³¹², ne costituisce una buona illustrazione. Esso disponeva che, nel caso di un atto commesso all'estero, se l'autore era cittadino tedesco, non era possibile far valere contro di lui pretese risarcitorie maggiori di quelle consentite dal diritto tedesco¹³¹³. Tale norma presupponeva l'esistenza di una

¹³¹⁰ Segnaliamo che l'art. 18, comma 5, *EGBGB*, contiene invece una distinta norma unilaterale (v. in questo senso KEGEL/SCHURIG, p. 254) a carattere soltanto localizzatore, la quale rende applicabile il diritto tedesco (anche dunque se questo *non* consente nel caso di specie di ottenere gli alimenti) quando, nonostante la residenza abituale del creditore sia all'estero, e dunque la norma bilaterale generale renda applicabile una legge straniera, tanto il debitore quanto il creditore abbiano cittadinanza tedesca e il debitore abbia in Germania la sua residenza abituale. Sull'abbondante giurisprudenza che ha applicato questa norma, v. SCHURIG, *Soergel Kommentar*, p. 930, nota 10.

¹³¹¹ Il testo dei primi due commi dell'art. 18 *EGBGB* in materia di « Unterhalt » è il seguente: « (1) Auf Unterhaltspflichten sind die Sachvorschriften des am jeweiligen gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten geltenden Rechts anzuwenden. Kann der Berechtigte nach diesem Recht vom Verpflichteten keinen Unterhalt erhalten, so sind die Sachvorschriften des Rechts des Staates anzuwenden, dem sie gemeinsam angehören. (2) Kann der Berechtigte nach dem gemäß Absatz 1 Satz 1 oder 2 anzuwendenden Recht vom Verpflichteten keinen Unterhalt erhalten, so ist deutsches Recht anzuwenden ».

¹³¹² Riforma attuata con il « Gesetz zum IPR für ausservertragliche Schuldverhältnisse und für Sachen » (BGBl. 1999 I 1026), entrato in vigore l'1 giugno 1999.

¹³¹³ L'art. 38 *EGBGB*, il quale a sua volta riproduceva l'art. 12 dell'*EGBGB* del 1896, recitava così: « Aus einer im Ausland begangene Handlung können gegen einen Deutschen nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden, als nach den deutschen Gesetzen begründet sind ». Tale dispo-

norma bilaterale, ricostruita giurisprudenzialmente, che designava in pratica, a prescindere da casi particolari, la *lex loci delicti*¹³¹⁴. Le norme materiali tedesche in tema di danno risarcibile, e di misura del risarcimento, erano dunque richiamate dalla norma di cui all'art. 38 *EGBGB* in presenza delle seguenti condizioni: il criterio di collegamento bilaterale X (il luogo di commissione dell'illecito) si concretizza all'estero; il criterio unilaterale di collegamento Y (la cittadinanza dell'autore dell'illecito) orienta verso la Germania; la condizione di materialità Z, in base alla quale, fra la legge del foro e la legge straniera, una legge consente un risarcimento minore rispetto a quello consentito dall'altra legge, opera pure a favore della legge tedesca. Le norme tedesche reclamavano dunque efficacia nella misura in cui non consentivano al danneggiato di richiedere ciò che la legge straniera l'abilitava invece a pretendere, mentre, negli esempi riportati finora, le norme materiali del foro sono applicabili proprio nella misura in cui conducono positivamente ad un certo risultato, ed a scanso delle norme materiali straniere che invece vi ostano. Le norme tedesche valgono, qui, a fissare il limite oltre il quale un risarcimento non può riconoscersi: fino a tale limite, sono le norme straniere che intervengono, e le norme materiali tedesche, anche se attribuiscono nella specie il diritto ad un più ampio risarcimento, sono accantonate; oltre tale limite sono invece applicabili le norme del foro, le quali escludono le norme straniere, proibendo ogni ulteriore pagamento¹³¹⁵.

D. Talvolta la condizione di materialità da cui dipende l'operare delle norme del foro non è espressa a mezzo di un « risultato » determinato, ma, genericamente, sul fondamento di un « interesse » particolare. L'art. 9 dell'*EGBGB*, in tema di *Todeserklärung*

sizione, che conteneva la c.d. *Inländerschutzklausel* (KROPHOLLER, *IPR*, 3. Aufl., p. 456), è stata traspunta ora nel nuovo art. 40 *EGBGB*, che contiene una disciplina assai più dettagliata.

¹³¹⁴ Dove il *locus delicti* (« Begehungsort » o « Tatort ») veniva inteso dalla giurisprudenza, sin dal 1888 (RG 20.11.88, RGZ, p. 305), alternativamente come « Handlungsort » o come « Erfolgsort », in funzione del « Günstigkeitsprinzip » (a favore del danneggiato): KROPHOLLER, *IPR*, 3. Aufl., p. 459.

¹³¹⁵ Sui limiti dell'ambito di applicazione personale, spaziale e materiale di tale articolo, v. LÜDERITZ, *Soergel Kommentar*, p. 1898 s. L'A. sostiene (*op. cit.*, p. 1900) trattarsi di una « Regel des materiellen Rechts »: ora, « Regel des materiellen Rechts » non è l'art. 38 in sé, ma sono le norme tedesche che esso richiama (per tale distinzione, spesso trascurata, v. *infra*, para. 211 s.), le quali sono rese applicabili dall'art. 38, seppure soltanto subordinatamente alla verifica che le norme straniere abbiano un certo contenuto, a fattispecie bensì internazionali (come l'A. ricorda, a p. 1899: « die Tat muss im Ausland begangen sein »), ma giudicate sufficientemente integrate con il foro perché questi voglia imporre il rispetto di almeno alcune delle sue norme. Funzione dell'art. 38 è allora quella di richiamare le norme materiali tedesche in deroga alle norme straniere (cfr. lo stesso A., il quale, trattando dello « Zweck » della disposizione in esame, dichiara che « (...) schränkt Art. 38 die Geltung des Rechts des Tatorts [] ein (...) »), fissandone dunque sia la condizione di applicazione *materiale*, sia la condizione di applicazione *spaziale*. L'art. 38 è insomma una norma di richiamo (« Verweisungsnorm ») o di applicazione (« Anwendungsnorm ») od ancora di delimitazione (« Abgrenzungsnorm »), di norme materiali *distinte* da essa; è cioè, ed in una parola, una *norma di d.i.p.*, seppure a carattere unilaterale, e seppure a carattere non soltanto localizzatore ma anche materiale, e non già dunque una norma materiale pura e semplice.

ne è una buona illustrazione¹³¹⁶. Una prima proposizione dispone che la dichiarazione di morte, la constatazione del decesso e del momento in cui questo è avvenuto, nonché le eventuali presunzioni al riguardo, sono regolate dal diritto dello Stato di cui lo scomparso aveva la cittadinanza nell'ultimo momento in cui, sulla base delle notizie disponibili, risultava essere ancora in vita. Tuttavia – precisa una seconda proposizione – se in tale momento lo scomparso aveva cittadinanza straniera, può essere dichiarato morto sulla base della legge tedesca se vi è un « fondato interesse » (« ein berechtigtes Interesse ») in questo senso. Nella concretizzazione di tale interesse, si ha per lo più riguardo vuoi ad uno o più criteri di *localizzazione spaziale*¹³¹⁷ vuoi al criterio di *materialità* consistente in ciò che la dichiarazione di morte, quanto meno equivalente a quella tedesca, non è nella specie autorizzata della legge nazionale¹³¹⁸. Il contatto spaziale potrà essere

¹³¹⁶ Il testo dell'art. 9 *EGBGB*, rubricato « Todeserklärung », è oggi il seguente: « die Feststellung des Todes und des Todeszeitpunkts sowie Lebens- und Todesvermutungen unterliegen dem Recht des Staates, dem der Verschollene in dem letzten Zeitpunkt angehörte, in dem er nach den vorhandenen Nachrichten noch gelebt hat. War der Verschollene in diesem Zeitpunkt Angehöriger eines fremden Staates, so kann er nach deutschem Recht für tot erklärt werden, wenn hierfür ein berechtigtes Interesse besteht ». Tale articolo, sulla cui natura di norma unilaterale v. KEGEL/SCHURIG, p. 254, ha sostituito l'art. 12 del « Verschollenheitsgesetz » (che a sua volta aveva preso il posto dell'art. 9 dell'*EGBGB* del 1896), il quale conteneva una norma unilaterale localizzatrice non accessoria ad alcuna norma bilaterale: esso fissava le sole condizioni in presenza delle quali le norme materiali incluse in tale legge avevano efficacia internazionale (cfr. il primo comma di tale disposizione: « Ein Verschollener kann im Inlande nach diesem Gesetz für tot erklärt werden wenn »). Per il testo di tutte queste disposizioni, nonché per un commento al nuovo art. 9 *EGBGB*, si rinvia a KEGEL, *Soergel Kommentar*, p. 328 s.

¹³¹⁷ KROPHOLLER, *IPR*, p. 315: « Es handelt sich um eine spezielle Vorbehaltsklausel zugunsten des deutschen Rechts, deren Eingreifen eine *Inlandsberührung* voraussetzt ».

¹³¹⁸ V. le considerazioni del BGH, secondo cui lo scopo della disposizione è di consentire ai tribunali tedeschi di pronunciare la dichiarazione di morte di un soggetto straniero « [i]n den Fällen, in denen nach dem Heimatstatut keine Todeserklärung möglich ist, die einer deutschen gleichwertig ist »: citato da KEGEL, *Soergel Kommentar*, p. 335, il quale non ritiene invece necessaria tale condizione di materialità, opinando piuttosto che « die Anwendung deutschen Rechtes [ist] nicht nur subsidiär » sicché « wer die Todeserklärung beantragt, kann die Anwendung deutschen Rechts verlangen ». L'A. conclude dunque al riguardo che il « Gesetzgeber ging aus vom *Gleichlauf* von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht ». Sembrerebbe dunque che, ogni volta che le autorità tedesche siano competenti (v. *infra* nel testo), la dichiarazione possa essere pronunciata sulla base della legge tedesca, il che parrebbe però contrastare con la norma bilaterale di cui alla prima proposizione dell'art. 9 *EGBGB*. Di contro alla qualificazione proposta dall'A., si potrebbe ancora rilevare che di un « *Gleichlauf* » pieno non si può invero parlare nella misura in cui si riconosce, che, trattandosi di cittadino straniero, rimarrebbe comunque quanto meno *possibile* chiedere che la dichiarazione di morte sia resa sulla base delle norme straniere. Che se poi si intende il « *Gleichlauf* » come riferito ai soli casi in cui esiste un « berechtigtes Interesse », parlare di « applicazione generalizzata della *lex fori* » è poco utile: sarebbe come dire che si applica sempre ed in modo « generalizzato » la *lex fori* a quelle fattispecie che, in virtù di una norma unilaterale, sono sottoposte alle norme del foro, ed anche, a ben guardare, come dire che si applica sempre ed in modo « generalizzato » la *lex fori* a quelle fattispecie che, in virtù di una norma *bilaterale*, risultano sottoposte alla *lex fori*.

innanzitutto quello stesso che è implicito nel criterio di giurisdizione, la quale sussiste se lo scomparso era cittadino tedesco ovvero aveva in Germania la sua residenza abituale nel momento a cui risalgono le ultime sue notizie¹³¹⁹: contatto che – come meglio diremo in seguito – è lecito qui prendere in considerazione anche a fini dell'identificazione delle norme applicabili, dal momento che si tratta di dar vita, per il tramite della collaborazione di un'autorità statale, ad una situazione giuridica nuova, analoga a quella che s'origina dalla morte di una persona ovvero, a seconda dei casi e delle materie, dallo scioglimento del suo matrimonio¹³²⁰. Ma si potrà pure trattare di un diverso contatto ancora, quale l'esistenza di rapporti disciplinati dal diritto tedesco, di beni situati in Germania, o di una precedente cittadinanza tedesca dello scomparso¹³²¹.

206. Come nei casi di norma unilaterale (soltanto) localizzatrice, anche nei casi di norma unilaterale insieme localizzatrice e materiale, la norma in questione può derogare totalmente alla norma bilaterale, nel quale caso la deroga ha luogo unicamente rispetto al campo di applicazione *spaziale*, ovvero soltanto *parzialmente*, nel quale caso la deroga ha luogo anche rispetto al campo di applicazione *materiale*. Un esempio del primo tipo è dato dalle norme di d.i.p., di cui si è già avuto occasione di parlare, italiane e tedesche, in materia di divorzio e di separazione. Qui, se opera il criterio di applicazione della norma unilaterale (non sussistenza nel foro del criterio bilaterale X; sussistenza a favore del foro del criterio di materialità Z; sussistenza a favore del foro del criterio di collegamento Y coincidente con il criterio di giurisdizione) hanno efficacia le norme del foro (italiane o tedesche) relativamente a *tutte* le questioni che rientrano nello « statuto del divorzio » o della separazione, e non già soltanto ad *alcune* di tali questioni¹³²². In questi casi, dunque, non residua alcuno spazio per l'applicazione della norma bilaterale e dunque per la legge straniera dichiarata applicabile da essa. Un esempio di deroga parziale è invece fornito dalla seconda proposizione dell'art. 46, comma 2, della legge di riforma. Essa prevede, come si è ricordato, che la scelta da parte del *de cuius* della legge della residenza non possa avere per effetto di pregiudicare i diritti che la legge italiana attribuisce ai legittimari residenti in Italia al momento della morte della persona della

¹³¹⁹ Art. 12, comma 1, del « Verschollenheitsgesetz »: v. KEGEL, *Soergel Kommentar*, p. 337; KROPHOLLER, *IPR*, p. 315 (il comma 2 di tale articolo prevede invece una generica « Fürsorgebedürfniszuständigkeit », che potrà intervenire nel caso di « schlichter Aufenthalt », cioè di semplice soggiorno in Germania).

¹³²⁰ Cfr. art. 63, 64 e 65 del codice civile in tema di *effetti* della dichiarazione di morte presunta.

¹³²¹ Cioè di quei casi in cui l'art. 12 *VerschG* ora abrogato rendeva possibile la dichiarazione di morte di uno straniero: KEGEL, *Soergel Kommentar*, p. 333 s.; KROPHOLLER, *IPR*, p. 315.

¹³²² Il che lascia ovviamente impregiudicata la questione circa l'accertamento appunto dell'esatto contenuto dello « statuto del divorzio » (cioè delle questioni che vi ricadono), del quale si sta osservando un fenomeno di « progressiva espansione »: v., nella dottrina italiana, PICONE, *I provvedimenti temporanei ed urgenti in pendenza di separazione e di divorzio nel d.i.p.r. e processuale italiano*, RDI, 1994, p. 372; e già GAROFALO, *Il divorzio nel d.i.p.*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1989, p. 158 s.; cfr. anche BALLARINO, *D.i.p.*, p. 441.

cui successione si tratta. Ora, se sussistono tali condizioni (criterio di collegamento X: residenza in Italia del legittimario; criterio di materialità Z: maggiore protezione accordata ad esso da parte delle norme italiane rispetto a quelle straniere), le norme italiane sono bensì rese applicabili, ma soltanto limitatamente alla questione della protezione dei legittimari (e neppure d'altronde di *tutti* i legittimari, ma soltanto di quelli residenti in Italia), e non già dunque all'intera successione, la quale rimarrà per il resto soggetta alla legge straniera della residenza scelta dal *de cuius*¹³²³. Un altro esempio di deroga parziale è offerto dall'art. 38 dell'*EGBGB*. Esso dispone l'applicazione (sia pure condizionata) del diritto tedesco soltanto alla questione dell'*ammontare* del danno risarcibile, e non già alla questione dei presupposti della responsabilità, quali il carattere illecito del comportamento, la causalità, la colpa, ovvero a quella riguardante le « voci » o « poste » di danno risarcibile; e così via¹³²⁴. Questioni, tutte, che rimangono regolate dalla norma bilaterale generale, e dunque dalle norme materiali straniere da questa richiamate. Un esempio analogo è dato dall'art. 137 della LDIP elvetica. Esso dispone che le pretese derivanti da violazioni della normativa sulla concorrenza sono regolate dal diritto dello Stato sul cui mercato il danneggiato è direttamente colpito¹³²⁵: la norma è fin qui *bilaterale*. Tuttavia, il secondo comma prevede che, se si tratta di pretese fondate su un diritto straniero, non possono in Svizzera attribuirsi indennità ulteriori rispetto a quelle che sarebbero riconosciute in virtù del diritto svizzero¹³²⁶. Qui il diritto svizzero si applica soltanto alla questione dell'entità del risarcimento¹³²⁷, e non già, ad esempio, a quella, egualmente delicata, di determinare se o meno il comportamento sia effettivamente illecito, se sussistano la causalità e la colpa, e così via¹³²⁸.

¹³²³ La norma bilaterale di cui all'art. 46, comma 1 (che adotta come criterio di collegamento la cittadinanza del *de cuius*), e quella, distinta e speciale rispetto ad essa, di cui all'art. 46, comma 2, prima proposizione (che prevede come criterio di collegamento la volontà del *de cuius*), comprendono grosso modo, nella loro sfera di applicazione materiale, tutte le questioni regolate dagli artt. 456-712 del codice civile, ed anche eventualmente quelle diverse, previste e regolate da una legge straniera, che siano però in qualche misura analoghe a quelle regolate in tali articoli.

¹³²⁴ V. per un elenco delle questioni rientranti nel « Deliktstatut », LÜDERITZ, *Soergel Kommentar*, p. 1893.

¹³²⁵ La versione francese di tale articolo, rubricato « Entrave à la concurrence », è il seguente: « Les prétentions fondées sur une entrave à la concurrence sont régies par le droit de l'Etat sur le marché duquel l'entrave produit directement ses effets sur le lésé. Si des prétentions fondées sur une entrave à la concurrence sont régies par le droit étranger, on ne peut, en Suisse, accorder d'autres indemnités que celles qui seraient allouées pour une entrave à la concurrence en vertu du droit suisse ».

¹³²⁶ Tale norma è per lo più ritenuta essere una « concretizzazione dell'ordine pubblico » (v. VISCHER, *Zürcher Kommentar*, p. 1196; SCHNYDER, *Wirtschaftskollisionsrecht*, Zürich, 1990, n. 292). Sulla non incompatibilità di questa qualificazione con la natura *conflittuale* ed *unilaterale* della norma in questione, v. *supra*, nota 1284, nonché *infra*, para. 212.

¹³²⁷ V. ad es. DUTOIT, p. 447: « cette disposition (...) ne vise que le montant des indemnités, de même que leur nature, mais non pas l'illicéité du comportement lui-même » (corsivo in originale).

¹³²⁸ VISCHER, *Zürcher Kommentar*, p. 1197: « Die Haftungsvoraussetzungen insgesamt (Widerrechtlichkeit, Verschulden, Vorausssehbarkeit, etc.) werden dem ausländischen Recht entnommen »; RENOLD,

207. Rimane da precisare che le norme materiali richiamate dalla norma unilaterale possono essere indicate genericamente *per relationem* ovvero indicate *espressamente*, mediante il richiamo degli articoli di legge in cui esse sono contenute. Pressoché tutti gli esempi che abbiamo riferito, non soltanto dei casi di coincidenza del campo di applicazione materiale della norma unilaterale rispetto a quello della norma bilaterale, ma anche dei casi in cui soltanto una od alcune, particolari e specifiche, questioni ricadono nella sfera di applicazione della norma unilaterale, e dunque delle norme del foro da essa richiamate, designano le norme del foro *per relationem*, con riferimento alla questione o alla categoria giuridica. L'art. 46 della legge di riforma menziona i « diritti che la legge italiana attribuisce ai legittimari », l'art. 38 dell'*EGBGB* evoca dal canto suo le « pretese (...) fondate sul diritto tedesco », l'art. 137 della LDIP richiama le « pretese (...) soddisfatte nella misura prevista in simili casi dal diritto svizzero ». E' dunque l'interprete che deve reperire le *singole* norme materiali del foro, oggetto della delimitazione operata dalle norme di d.i.p., e che pertanto regolano tali questioni, cioè, rispettivamente, i diritti attribuiti ai legittimari nel primo caso, e l'entità del danno risarcibile nel secondo e nel terzo caso.

Non mancano tuttavia esempi in cui una norma unilaterale a carattere assieme localizzatore e materiale enumera espressamente e *singulatim* le disposizioni di legge che essa rende applicabili. Si pensi al secondo comma dell'art. 16 *EGBGB* in tema di *protezione dei terzi*¹³²⁹, il quale dispone che se, versandosi in materia di rapporti patrimoniali fra coniugi, vengono in considerazione negozi conclusi in Germania, si applica, nei rapporti con i terzi, l'art. 1357 *BGB* (in materia di « Schlüsselgewalt »¹³³⁰) nella misura in cui tale norma risulta più favorevole al terzo in buona fede rispetto all'analogia norma prevista dal diritto straniero (applicabile in virtù della norma bilaterale generale di cui all'art. 15 *EGBGB*)¹³³¹; se, poi, il negozio ha ad oggetto cose che si trovano in Germania, si farà ricorso all'art. 1362 *BGB* (in tema di « Eigentumsvermutungen »), purché sussista la medesima condizione di maggior favore per il terzo; qualora infine si tratti di un negozio relativo ad un'azienda esercitata in Germania operano gli artt. 1431 e 1456 del *BGB* (in materia appunto di « selbständige Führung eines Erwerbsgeschäfts »), sempre che,

Les conflits de lois en droit antitrust, Zurich, 1991, p. 458 s., esclude dalla sfera di applicazione materiale dell'art. 137, comma 2, anche la questione della prescrizione.

¹³²⁹ Il testo di tale disposizione è il seguente: « Auf im Inland vorgenommene Rechtsgeschäfte ist § 1357, auf hier befindliche bewegliche Sachen § 1362, auf ein hier betriebenes Erwerbsgeschäft sind die §§ 1431 und 1456 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sinngemäß anzuwenden, soweit diese Vorschriften für gutgläubige Dritte günstiger sind als das fremde Recht ». Per un commento generale di tale norma, v. SCHURIG, *Soergel Kommentar*, p. 776 s.

¹³³⁰ Cioè in materia di autorizzazione a concludere negozi giuridici per il soddisfacimento delle esigenze di sussistenza della famiglia (« Befugnis, Geschäfte zur Deckung des Lebensbedarfes zu schliessen »).

¹³³¹ V. per la diversa possibile concretizzazione del « Günstigkeitsprinzip » a seconda della natura unilaterale o contrattuale del negozio concluso, v. SCHURIG, *Soergel Kommentar*, p. 779.

anche qui, il « *Günstigkeitsprinzip* » propenda a favore delle norme tedesche. Il secondo comma dell'art. 16 dell'*EGBGB* contiene insomma più norme unilaterali¹³³², ciascuna delle quali dispone della sola applicazione delle norme del foro; tali norme hanno carattere insieme localizzatore (criterio di collegamento Y: conclusione in Germania dei negozi in questione; situazione in Germania del luogo di situazione delle cose; azienda esercitata in Germania) e materiale (le norme straniere dello Stato B richiamato dai criteri di collegamento X o X¹ di cui all'art. 15 dell'*EGBGB* risultano meno favorevoli per il terzo di buona fede rispetto alle norme materiali del foro A); tali norme unilaterali indicano da sé con precisione i singoli *articoli* di legge in cui sono contenute le norme materiali che esse rendono applicabili.

208. V'è infine da dire delle norme unilaterali derogatorie localizzatrici che prevedono come criterio materiale l'essersi orientata la *volontà* di uno o più soggetti verso l'efficacia della legge del foro: la *professio iuris* è, qui, criterio d'*applicazione* delle sole norme del foro e non già anche delle norme straniere. L'art. 25 dell'*EGBGB* in materia successoria prescrive, al primo comma, l'applicabilità della legge nazionale del defunto al momento della morte: la disposizione è dunque sin qui bilaterale. Il secondo comma autorizza nondimeno il testatore ad optare per il diritto tedesco se titolare di immobili siti in Germania, e limitatamente a questi. Il quale diritto tedesco s'applica, dunque, in virtù di tale disposizione, se, da un lato, il criterio di collegamento della cittadinanza del *de cuius* (criterio di collegamento X) non opera a favore della Germania, e, dall'altro, se si trova in Germania il luogo di situazione dei beni immobili (collegamento X), unitamente all'essersi espressa in favore della legge tedesca la scelta del testatore (criterio di applicazione Z)¹³³³. Altro esempio è il nuovo art. 107 del *Código civil* spagnolo¹³³⁴, il cui

¹³³² Cfr. SCHURIG, *Soergel Kommentar*, p. 775: « Die Vorschrift (l'A. si riferisce qui all'*intero* art. 16 *EGBGB*) ist (...) *einseitig* auf das deutsche Recht und den Schutz des deutschen Verkehrs bezogen » (corsivo nostro); in questo senso anche KROPHOLLER, *IPR*, p. 351, il quale compie altresì il fondamentale rilievo che « die kasuistische und *einseitig* – corsivo nostro – auf deutsche Verkehrsschutzbestimmungen bezogene Regelung des Art. 16 schliesst eine *Analogie* in ungeregelt gebliebenen Fällen nicht aus ». Cioè, insomma, proprio come la Germania vuole applicare le sue norme per proteggere il « traffico interno » (« inländischer Verkehr »), così non vi sono ostacoli a che in Germania si riconosca e si dia effetto alla corrispondente volontà di uno Stato estero di proteggere il « traffico estero » (« ausländischer Verkehr ») in casi reciproci a quelli cui la Germania intende estendere la propria protezione (cioè « bei Vorliegen eines Auslandsbezugs, der dem in Art. 16 II geforderten Inlandsbezug entspricht »). Che ciò abbia senso, e possa dunque avvenire, soltanto in quei casi in cui lo Stato estero intenda da parte sua applicare le sue « Verkehrsschutzbestimmungen », è evidente. Il che significa che si procede qui meno ad una « bilateralizzazione » della norma di d.i.p. del foro che non ad un richiamo del diritto straniero sulla base della sola volontà di applicazione delle norme straniere quale a sua volta risulta dalle norme che, in tale ordinamento, ne delimitano la sfera di efficacia. V. comunque *infra*, par. 224 s.

¹³³³ KEGEL/SCHURIG, p. 254 e p. 857.

¹³³⁴ Per un commento, v. CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, p. 171 s. e QUIÑONES ESCÁMEZ, *Espagne – Divorce – Loi applicable*, *Rev. crit.*, 2003, p. 783.

primo comma enuncia che la separazione ed il divorzio sono regolati dalla legge nazionale comune dei coniugi al momento della presentazione della domanda, ovvero, in subordine, nel caso di assenza di una cittadinanza comune, della legge della residenza abituale comune pure al momento della presentazione della domanda ovvero, in ulteriore subordine, della legge dell'ultima residenza abituale comune. Il secondo comma prevede, però, che si darà efficacia alla legge spagnola qualora, (a) nella domanda presentata innanzi al giudice spagnolo, la separazione o il divorzio venga richiesta da parte di entrambi i coniugi o da parte di uno con il consenso dell'altro, e (b) uno di essi sia o cittadino spagnolo o residente in Spagna. Si tratta di una norma unilaterale nel senso che, anche qui, la *professio iuris* è ammessa soltanto a favore della legge spagnola¹³³⁵. Tale norma si applica, producendo la conseguenza tipica di richiamare le norme materiali spagnole, qualora sussista il cumulo di due circostanze: che uno dei due coniugi abbia la sua residenza o la cittadinanza in Spagna (criterio di collegamento alternativo: Y o Y¹, Y² o Y³) e che i coniugi abbiano manifestato la volontà di sottoporsi alla legge spagnola (criterio di applicazione Z)¹³³⁶.

¹³³⁵ V. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Espagne – Divorce – Loi applicable*, *Rev. crit.*, 2003, p. 785.

¹³³⁶ Cfr. le spiegazioni di CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, p. 171: « La separación y el divorcio se rigen por la *Ley española* si se dan *cumulativamente* dos circunstancias: a) Que la separación o divorcio se pida por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro; y b) Que uno de los cónyuges sea español o tenga su residencia habitual en España »: corsivo degli A., i quali così commentano: « Es una norma de extensión, y por tanto, adopta un enfoque típicamente unilateral ». Cfr. anche QUIÑONES ESCAMEZ, *Espagne – Divorce – Loi applicable*, *Rev. crit.*, 2003, p. 784: « il faut mettre l'accent sur la coexistence de la règle bilatérale (...) et d'une règle unilatérale qui a été ajoutée ».

Capitolo Quinto

LE NORME UNILATERALI IMPLICITE E IL RICHIAMO DEL DIRITTO STRANIERO

Introduzione

209. Le osservazioni svolte nel Capitolo precedente, aventi ad oggetto le norme unilaterali espresse, servono ad introdurci nel più complesso campo delle norme unilaterali *implicite*. Il che è particolarmente importante perché sui rapporti fra le norme unilaterali del tipo sin qui esaminato, le norme di applicazione necessaria e l'unilateralismo – o meglio le norme *di conflitto unilaterali* del tipo da esso raccomandato in via generale – regna a tutt'oggi una grande incertezza. Occorre innanzitutto studiare la struttura ed il funzionamento delle norme unilaterali implicite, le quali rendono *di applicazione necessaria* le norme materiali richiamate. (I). Si prenderanno successivamente in considerazione le presunte differenze fra le norme unilaterali studiate, implicite od esplicite che siano (si avrà riguardo dunque *anche* alle norme unilaterali espresse studiate nel Capitolo Quarto), e le norme *di conflitto* unilaterali preconizzate dalle dottrine unilaterali. Vedremo che queste differenze o non sussistono o non sono decisive (II). Ci chiederemo allora come abbia luogo il richiamo del diritto straniero nello spazio lasciato libero dalle norme unilaterali del foro. Essendo operante qui il criterio del rispetto della « volontà d'applicazione », e suggerendo la dottrina, per lo più, di risolvere i casi di conflitti di norme d'applicazione necessaria a mezzo di quegli stessi criteri suggeriti dagli unilateralisti per risolvere i conflitti positivi, si concluderà che le norme unilaterali studiate, sia espresse che implicite, rappresentano altrettante manifestazioni particolari dell'unilateralismo (*Einzeleinseitigkeit*) (III). Ci accosteremo infine alla *nozione* di norma di applicazione necessaria, e concluderemo che, in base ad una ricostruzione di tale concetto più conforme e fedele alla quintessenza dell'imperatività, i sistemi moderni che ammettono la presa in considerazione delle norme di applicazione necessaria straniere paiono avere aperto la via ad un unilateralismo più generale (*Systemeinseitigkeit*) (IV).

Sezione I

Le norme unilaterali implicite e il fenomeno delle norme di applicazione necessaria

SOMMARIO: – 210. Un esempio di norma unilaterale implicita: l'articolo 333 del Codice civile. – 211. La distinzione fra norma *materiale* e norma *unilaterale* nelle norme d'applicazione necessaria. – 212. Due differenze di trattamento fra le norme unilaterali *implicite* e le norme unilaterali *esplicite*. – 213. Il meccanismo di *deroga*. Deroga parziale e deroga totale. – 214. Norme unilaterali implicite a carattere *localizzatore* e norme unilaterali implicite a carattere *localizzatore* e *materiale*. – 215. Norme unilaterali implicite e *ordine pubblico di prossimità*. – 216. Conclusioni.

210. Le norme unilaterali che accedono ad una norma bilaterale, derogandovi, si ritrovano con frequenza ancora maggiore nella variante *implicita*. La norma unilaterale è qui ricavata (se vi sono già precedenti in diritto positivo) o ricavabile (se ciò avviene dietro proposta della dottrina) per interpretazione, cioè muovendo, come si dice, dalla *ratio*¹³³⁷ delle norme materiali richiamate, dalla « natura »¹³³⁸, dall'« oggetto », dallo « scopo »¹³³⁹, dal « tenore »¹³⁴⁰, dal « contenuto », dalla « finalità » di esse¹³⁴¹.

Si prenda una norma di d.i.p. di uno Stato A, la quale dichiara che, ad una certa questione, si applica la legge dello Stato – A o B o C – in cui si realizza il criterio di collegamento X. La norma è dunque, fin qui, bilaterale. Quando però, in virtù di tale norma, dovrebbe applicarsi la legge di B, il giudice di A si avvede che, poiché la fattispecie è integrata con A non già a mezzo del criterio di collegamento X, che sussiste in ipotesi in favore di B, ma a mezzo del criterio di collegamento Y, vi sono certe disposizioni di A, le quali rientrano fra quelle che avrebbero ricevuto efficacia qualora il criterio di collegamento X si fosse realizzato in A, che non possono non aver corso egualmente, data appunto l'integrazione della fattispecie con A espressa dal criterio di collegamento Y.

¹³³⁷ Trib. minorenni Torino, 23 febbraio 1973, *Dir. fam. pers.*, 1973, p. 788.

¹³³⁸ TREVES, *Norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983, p. 36.

¹³³⁹ Cfr. il testo dell'articolo 17 della legge di riforma italiana: « E' 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 alla legge straniera »: su questa disposizione, v. fra i tanti BONOMI, *Norme imperative*, p. 165 s., BOSCHIERO, *Commentario NLCC*, p. 1062 s., TREVES, *Commentario RDIPP*, 1995, p. 986 s. Cfr. l'articolo 18 LDIP: « Sont réservées les dispositions du droit suisse qui, en raison de leur *but* particulier, sont applicables quel que soit le droit désigné par la présente loi ».

¹³⁴⁰ AUDIT, *D.i.p.*, p. 103.

¹³⁴¹ MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 292.

Un'illustrazione è offerta da un noto caso giurisprudenziale italiano¹³⁴². L'articolo 20, comma 1, delle preleggi ora abrogate, avente ad oggetto i rapporti fra genitori e figli, stabiliva l'applicabilità ad essi della legge della cittadinanza del padre¹³⁴³. Nel caso di specie, la norma conduceva all'applicazione del diritto di un Paese straniero (la Francia). Il giudice italiano ha nondimeno ritenuto che, riguardo alla questione dei requisiti circa l'allontanamento del figlio dalla casa familiare di cui si discuteva, la legge italiana, cioè la norma contenuta all'articolo 333 c.c., dovesse applicarsi nonostante il richiamo alla legge straniera, poiché il minore si trovava in Italia, dove pure aveva, sembrerebbe, la sua residenza abituale. Il giudice ha insomma, « dalla *ratio* o dallo scopo » dell'articolo 333 c.c.¹³⁴⁴, dedotto che la legge italiana in materia di allontanamento dalla casa familiare dovesse essere messa in opera quando sussiste in Italia il criterio della residenza (non è chiaro se attuale o abituale) del minore (collegamento *unilaterale* Y), anche qualora non si concretizzi in Italia la cittadinanza del padre (collegamento *bilaterale* X). Tale fattore di collegamento unilaterale *implicito* può dirsi contenuto in una *norma* unilaterale implicita, speciale e derogatoria rispetto alla norma bilaterale generale esplicita, appunto l'articolo 20 delle preleggi.

Le norme materiali rese applicabili da una norma unilaterale implicita sono per lo più dette in Italia « di applicazione necessaria »¹³⁴⁵, e tale è infatti la qualifica che si è attribuita all'articolo 333 del Codice civile¹³⁴⁶. Sono anche chiamate, come è noto, norme internazionalmente imperative¹³⁴⁷ (per distinguerle dalle norme internamente imperative), « leggi di applicazione immediata » (« lois d'application immédiate »), « lois de

¹³⁴² Trib. minorenni Torino, 23 febbraio 1973, citato *supra*, note 1241 e 1337, p. 787 s., seguito sul punto da Trib. minorenni Napoli, 3 aprile 1989 (decr.), *RDIPP*, 1990, p. 150 s. L'articolo 333 dispone che « [q]uando la condotta di uno o di entrambi i genitori non è tale da dare luogo alla pronuncia di decadenza prevista dall'art. 330, ma appare comunque pregiudizievole al figlio, il tribunale, secondo le circostanze, può adottare i provvedimenti convenienti e può anche disporre l'allontanamento di lui dalla residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore. Tali provvedimenti sono revocabili in qualsiasi momento ».

¹³⁴³ BALLARINO, *D.i.p.*, 1^a ed., p. 759 s.; VITTA, *D.i.p.*, II, p. 369 s.

¹³⁴⁴ V. la motivazione della decisione, riportata in BONOMI, *Norme imperative*, p. 104-105, nota 325.

¹³⁴⁵ La denominazione è stata a quanto sembra proposta in Italia da SPERDUTI, *Sulla capacità in diritto internazionale privato con particolare riguardo alla capacità di obbligarsi per fatto illecito*, Riv. it. scienze giur., 1950, p. 305 s.; v. anche, dello stesso A., *Ordine pubblico e divorzio*, Scritti F. Carnelutti, vol. IV, Padova, 1950, p. 313 s.; *Ordine pubblico internazionale ed ordine pubblico interno*, RDI, 1954; e *Norme di applicazione necessaria ed ordine pubblico*, RDIPP, 1976, p. 469 s.; cfr. BONOMI, *Norme imperative*, p. 105 e BOSCHIERO, *Commentario NLCC*, p. 1062.

¹³⁴⁶ BONOMI, *Norme imperative*, p. 104.

¹³⁴⁷ La paternità di tale espressione è attribuita a NEUMAYER, *Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations*, Rev. crit., 1957, p. 579 s., e 1958, p. 53 s., spec. p. 53 e 70; v. anche BUCHER, *Ordre public*, p. 43 e AUDIT, *D.i.p.*, p. 99.

police », norme interventistiche¹³⁴⁸ (*Eingriffsnormen*)¹³⁴⁹, norme perentorie,¹³⁵⁰ e così via: tutte denominazioni che, prescindendo dalle sfumature, ed ai limitati fini che qui interessano, possono dirsi designare un medesimo fenomeno¹³⁵¹. Giova ricordare che la denominazione di « lois d'application immédiate » riflette il ragionamento della giurisprudenza da cui mosse lo studio di queste norme. Come già faceva notare l'ideatore di tale espressione¹³⁵², le norme in questione non sono tecnicamente in pratica mai di applicazione *immediata*. Se per pervenire alla loro applicazione non si passa, è vero, per il tramite del collegamento *bilaterale* (scelto dal foro¹³⁵³), si transita nondimeno per il collegamento *unilaterale* (esso pure scelto dal foro), non dubitandosi da alcuno né che la norma si applichi soltanto in virtù appunto di uno o più *collegamenti*¹³⁵⁴ né che questi siano appunto *unilaterali*¹³⁵⁵, né, per lo più, che possano essere analoghi a quelli incorporati da norme bilaterali¹³⁵⁶. Che talvolta questo tramite non risulti manifesto dal ragionamento giudiziario, rimanga sotterraneo, non affiori alla superficie, il che comunica una sensazione di immediatezza, necessità, perentorietà, imperatività di applicazione, è altra faccenda, e non può influire sulla costruzione teorica della categoria¹³⁵⁷.

211. La dottrina, talvolta sulla falsariga della giurisprudenza, tende per lo più ad attribuire la qualifica di norme di applicazione necessaria anche alle norme materiali rese

¹³⁴⁸ Per l'espressione italiana, v. BONOMI, *Norme imperative*, p. 12.

¹³⁴⁹ V. KEGEL/SCHURIG, p. 136 s., VON BAR, *IPR*, I, p. 254 s., KROPHOLLER, *IPR*, spec. p., 490 s., SIEHR, *Das IPR der Schweiz*, p. 601 s.

¹³⁵⁰ EEK, *Peremptory Norms and Private International Law*, *RCADI*, 1973-II, p. 1-73.

¹³⁵¹ Così AUDIT, *D.i.p.*, p. 99; cfr. GUEJ, *The Theory of the Lois de Police, A Functional Trend In Continental Private International Law – A Comparative Analysis With Modern American Theories*, 39 *Am. J. Comp. L.* 661 (1991).

¹³⁵² FRANCESKAKIS, *Quelques précisions sur les lois d'application immédiate*, *Rev. crit.*, 1966, p. 9: « Pris à la lettre, ce terme de 'lois d'application immédiate' ne présente pas seulement l'inconvénient d'être uniquement descriptif, il risque d'être trompeur. Nos lois sont soumises, en effet, bel et bien à des règles de conflit et ne sont immédiates que par rapport au type de règles de conflit de lois considéré comme universel par la doctrine contemporaine ».

¹³⁵³ FRANCESKAKIS, *Quelques précisions*, p. 4; DÉBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit*, p. 48; MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 306.

¹³⁵⁴ DÉBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit*, p. 48: « on n'échappe (...) pas, pour leur application concrète, à la détermination de facteurs de rattachements » (corsivo dell'A.); LOUSSOUARN / BOUREL, p. 135: « Un tel rattachement est indispensable, que ce soit le législateur qui détermine lui-même le champ d'application dans l'espace de la loi de police ou que ce soit le juge qui procède à cette détermination dans le silence du législateur »; v. anche AUDIT, *D.i.p.*, p. 101, il quale fornisce diversi esempi dei « rattachements des lois de police ».

¹³⁵⁵ V. fra i tanti BALLARINO, *D.i.p.*, p. 187, BONOMI, *Norme imperative*, p. 161, MAYER/HEUZÉ, p. 81 s., VISCHER, *Zürcher Kommentar*, p. 18.

¹³⁵⁶ DÉBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit*, p. 48, secondo la quale i « facteurs de rattachement » delle « lois de police » ne « présenteront guère de différence appréciable avec les critères de rattachement caractérisant les règles de conflit classiques »; v. anche LOUSSOUARN/BOUREL, p. 136; BUCHER, *Ordre public*, p. 56.

¹³⁵⁷ Cfr. DÉBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit*, p. 53.

applicabili da una norma unilaterale derogatoria *espressa*¹³⁵⁸. La caratteristica strutturale – essenzialmente: la deroga ad una norma bilaterale – è in effetti, come stiamo per vedere, identica nelle due norme. Si è detto, ad esempio, in Italia, che gli artt. 85, 86, 87 n. 1, 2 e 4, 88 e 89 del Codice civile, richiamati dall'articolo 116, comma 2, dello stesso Codice civile, sono norme di applicazione necessaria¹³⁵⁹; e che pure lo sono gli articoli 536 s. in materia di protezione dei legittimari, resi applicabili dall'articolo 46, comma 2, della legge di riforma¹³⁶⁰. Si è detto in Francia che l'articolo 311-15 del *Code civil* in materia di filiazione rende di applicazione necessaria le disposizioni materiali relative alle conseguenze del possesso di stato¹³⁶¹; si è detto in Svizzera che sono norme di applicazione necessaria (*Eingriffsnormen*) le disposizioni in materia di forma di matrimonio, essenzialmente l'articolo 101 del Codice civile svizzero, in virtù dell'articolo 44, comma 3, LDIP¹³⁶².

E' tuttavia di fondamentale importanza – ciò che si fa talvolta, ma non sempre – distinguere, e tenere concettualmente separate, la norma di applicazione necessaria, che è una norma *materiale*, dalla sua norma unilaterale di delimitazione, che è una norma, quanto meno in senso lato, di d.i.p.¹³⁶³; e precisare dunque che la norma *unilaterale* è l'articolo 46, comma 2, della legge di riforma, mentre le norme materiali di *applicazione necessaria* sono gli articoli 536 s. del Codice civile; che la norma *unilaterale* è l'articolo 116, comma 2, le norme materiali di *applicazione necessaria*¹³⁶⁴ gli articoli 85, 86, 87, n. 1, 2 e 4, 88 e 89 del Codice civile¹³⁶⁵; che la norma *unilaterale* è l'articolo 311-15 del *Code civil*, le norme di *applicazione necessaria* gli articoli del *Code civil* in materia di conseguenze del possesso di stato; che la norma *unilaterale* è l'articolo 44 LDIP, al. 3, la norme di *applicazione necessaria* la disposizioni di cui all'articolo 101 del Codice civile svizzeri in materia di forma del matrimonio.

¹³⁵⁸ BONOMI, *Norme imperative*, p. 102 s.; v. Trib. minorenni di Bologna, 5-9 febbraio 1990 (decr.), in *Stato civile*, 1990, II, p. 410 s.; cfr. BALLARINO, *D.i.p.*, 2^a ed., p. 380 e NASCIMBENE, *Il matrimonio del cittadino italiano all'estero e dello straniero in Italia alla luce della riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Studi G. Brogini, Milano, 1997, p. 360.

¹³⁵⁹ BONOMI, *Norme imperative*, p. 103.

¹³⁶⁰ BONOMI, *Norme imperative*, p. 51-52.

¹³⁶¹ MAYER/HEUZÉ, p. 407.

¹³⁶² SIEHR, *Das IPR der Schweiz*, p. 599.

¹³⁶³ Di « règle de droit international privé étrangère adjointe à la règle substantielle de police » parla, ad es. MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 319.

¹³⁶⁴ V. MAYER/HEUZE, p. 407, i quali, a proposito dell'articolo 311-15 del *Code civil*, a tenore del quale « [t]outefois, si l'enfant légitime et ses père et mère, l'enfant naturel et l'un de ses père et mère ont en France leur résidence habituelle, commune ou séparée, la possession d'état produit toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française, lors même que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère », affermano che tale articolo « apparaît (...) comme une règle qui transforme en lois d'application nécessaire, les règles internes qui font produire des effets à la possession d'état (corsivo degli A.). »

¹³⁶⁵ BONOMI, *Norme imperative*, p. 102-103.

Lo stesso è dirsi per il caso in cui la norma unilaterale è *implicita*. Nell'esempio citato, la norma di *applicazione necessaria* è l'articolo 333 del Codice civile, la norma *unilaterale* quella che prevede l'applicabilità di tale articolo ai minori *residenti* in Italia. Ancora, in materia di divorzio, gli articoli 229 ss. del *Code civil* sono stati considerati dalla giurisprudenza d'oltralpe come di *applicazione necessaria*, la norma unilaterale essendo quella che prescrive che tali articoli si applichino se il coniuge richiedente ha sia la cittadinanza francese che il domicilio in Francia¹³⁶⁶ (qui, come si vede, il collegamento unilaterale deriva dal realizzarsi del *cumulo* di due contatti con la Francia); le norme di applicazione necessaria sono quelle che, negli ordinamenti cui appartengono, proteggono, di volta in volta, il minore, il conduttore, l'alloggio familiare, il lavoratore, il consumatore, l'assetto concorrenziale, e così via, mentre le norme unilaterali sono quelle che dichiarano applicabili le prime nei casi in cui si trovano nello Stato di appartenenza, rispettivamente e di volta in volta, il luogo di residenza del minore¹³⁶⁷, il luogo di situazione dell'immobile¹³⁶⁸, il luogo di residenza della famiglia¹³⁶⁹, il luogo di esecuzione della prestazione lavorativa¹³⁷⁰ o della sede dell'impresa datrice di lavoro¹³⁷¹, il luogo di residenza del consumatore¹³⁷², il luogo di produzione degli effetti anticoncorrenziali¹³⁷³, e così via¹³⁷⁴.

¹³⁶⁶ Cour de cassation, 1° aprile 1981, *Clunet*, 1981, p. 812. Sulla natura di « lois de police » che è stata in tal modo attribuita giurisprudenzialmente a tali norme, v. PULJAK, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Aix-Marseille, 2003, p. 315; per MAYER/HEUZÉ, p. 141 si tratta di « mécanisme proche de celui des lois d'application nécessaire ».

¹³⁶⁷ V. ad es. AUDIT, *D.i.p.*, p. 101.

¹³⁶⁸ V. ad es. BONOMI, *Norme imperative*, p. 117 s., per quanto riguarda l'inclusione della normativa italiana sull'equo canone di cui alla l. 27 luglio 1978, n. 392, nella categoria delle norme d'applicazione necessaria quando il luogo di situazione dell'immobile è situato in Italia; v. in giurisprudenza Pret. Milano, 9 marzo 1981, *Arch. locaz.*, 1981, p. 270; Pret. Parma, 15 dicembre 1990, *Arch. locaz.*, 1991, p. 352; Pret. Verona, 30 maggio 1994, *Arch. locaz.*, 1994, p. 622. Per la Svizzera, v. BUCHER, *Ordre public*, p. 56 e VISCHER, *Zürcher Kommentar*, p. 281; per la Francia HOLLEAUX, FOYER, GEOUFFRE DE LA PRADELLE, p. 323; AUDIT, *D.i.p.*, p. 101.

¹³⁶⁹ BUCHER, *Ordre public*, p. 56.

¹³⁷⁰ HOLLEAUX, FOYER, GEOUFFRE DE LA PRADELLE, p. 333.

¹³⁷¹ VISCHER, *Zürcher Kommentar*, p. 281

¹³⁷² BUCHER, *Ordre public*, p. 56; MAYER/HEUZÉ, p. 85; AUDIT, *D.i.p.*, p. 101.

¹³⁷³ Per una rassegna dei diversi punti di contatto, costituenti il criterio di collegamento di altrettante « règles de conflit » vuoi « légales » (cioè esplicite) vuoi « non-écrites, mais déduites du but poursuivies par les normes matérielles », di tipo « unilatéral », v. lo studio comparativo di BASEDOW, *Souveraineté territoriale et globalisation des marchés: le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence*, RCADI, 1997, t. 264, p. 22 s., spec. p. 36 s. e 47 s.; sull'unilateralità del metodo utilizzato in tale settore, v. anche IDOT, *Les conflits de lois en droit de la concurrence*, *Clunet*, 1995, p. 327 s.; cfr. pure MAYER/HEUZÉ, p. 85, HOLLEAUX, FOYER, GEOUFFRE DE LA PRADELLE, p. 333; AUDIT, *D.i.p.*, p. 101, BUCHER, *Ordre public*, p. 56, KROPHOLLER, *IPR*, p. 493, VISCHER, *Zürcher Kommentar*, p. 280. Tra le ormai numerose norme unilaterali espresse nel settore, ricorderemo l'art. 98, comma 2, del *GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)* tedesco, che

La distinzione fra norma *materiale* (di applicazione necessaria), che, in sé presa, non presenta alcuna particolarità rispetto alle altre norme di diritto privato¹³⁷⁵, e la norma *unilaterale*, che è norma di d.i.p., che la rende applicabile, non è sempre tenuta presente dagli interpreti¹³⁷⁶. Il che ha dato luogo, come stiamo per vedere, ad alcuni inconvenienti non lievi.

212. Questo raggruppare sotto una medesima etichetta le norme unilaterali implicite e le norme unilaterali esplicite è senz'altro condivisibile dal punto di vista teorico. La dottrina ha tuttavia portato interesse di gran lunga maggiore a quelle norme materiali la cui natura di applicazione necessaria (e la cui norma unilaterale) è implicita, e va ricavata per interpretazione, tanto che spesso il gergo specialistico riserva l'appellativo di norme di applicazione necessaria a queste sole¹³⁷⁷. Non è tanto, crediamo, la prevalenza numerica di tali norme (e delle relative norme unilaterali implicite), destinata forse a diminuire in futuro a misura che i legislatori interverranno, come in parte stanno già facendo¹³⁷⁸, a sanzionare legislativamente le norme unilaterali scoperte dalla giurisprudenza, quanto il carattere praticamente più problematico di queste, che giustifica tale maggiore interesse. Due ci sembrano infatti le peculiarità delle norme unilaterali implicite rispetto alle norme unilaterali esplicite, entrambe dovute a ciò, esclusivamente a ciò, che è l'interprete, e non il legislatore, che le deve ricavare ed esplicitare. Sono peculiarità che attengono meno alle norme in sé che non al *trattamento* che è naturalmente portato a farne l'interprete, all'*atteggiamento mentale* di quest'ultimo quando si trova di fronte ad esse. E' essenziale tenere presente queste due peculiarità, e, soprattutto, la loro origine, tutta *pratica*, e come *psicologica*, per intraprendere la discussione circa il rapporto fra le norme unilaterali di cui stiamo discorrendo, da un lato, e l'unilateralismo, dall'altro.

Se la norma unilaterale è espressa, non ha per lo più importanza sapere qual è la *ratio*, il particolare oggetto o scopo delle norme materiali rese necessariamente applicabili, e che ha indotto il legislatore a prevedere una deroga alla norma bilaterale generale. Il legislatore ha già fatto la sua analisi, e la norma unilaterale che ne incorpora le risultanze è,

rende applicabili le norme materiali contenute nella legge stessa « auf alle Wettbewerbsbeschränkungen, die sich im Geltungsbereich dieses Gesetzes auswirken, auch wenn sie ausserhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes veranlasst werden ».

¹³⁷⁴ Secondo LOUSSOUARN/BOUREL, p. 136-137 si tratta « à quatre-vingt-quinze pour cent de critères de rattachement d'ordre territorial ».

¹³⁷⁵ Cfr. RIGAUX, *Précis de droit international privé*, Bruxelles, 1968, p. 123.

¹³⁷⁶ V. però DÉBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit*, p. 48 s.

¹³⁷⁷ Così diversi autori francesi, per i quali les « lois de police » sono considerate « internationalement impératives en fonction de leur teneur et leur but »: per es. AUDIT, *D.i.p.*, p. 101 e MAYER/HEUZÉ, p. 84.

¹³⁷⁸ Nel settore della concorrenza, v. BASEDOW, *Souveraineté territoriale et globalisation des marchés*, p. 22 s.

agli occhi dell'interprete, « sans plus à respecter »¹³⁷⁹. Qui insomma si è per lo più nella fase dell'*applicazione* del diritto, il quale è stato *elaborato* in altra e più qualificata sede, quella legislativa. Il ragionamento dell'interprete muove dalla norma *unilaterale* per arrivare alla norma *materiale*. Il « motore » del procedimento è costituito dalla norma *unilaterale*: è questa che comanda l'applicazione delle norme materiali, le quali non appaiono all'interprete sotto luce diversa rispetto alle norme materiali del foro richiamate da una qualsiasi norma bilaterale. Se la norma unilaterale è implicita, il fuoco dell'attenzione dell'interprete si sposta sulle *norme materiali*: solo uno studio di esse, della loro *ratio*, oggetto o scopo, consente di determinare se esse sono applicabili necessariamente o meno alla fattispecie in questione¹³⁸⁰. Qui si versa nella fase dell'*elaborazione* del diritto. Il legislatore non si è qui pronunciato ed è dunque l'interprete a doverlo fare colmando il vuoto lasciato dal primo e nel modo in cui il primo l'avrebbe presumibilmente colmato. Il procedimento muove qui dalla norma materiale, che è d'altra parte l'unica esplicita: è questa che sembra generare a sé, quale corpo vivente, la norma unilaterale. La norma *materiale*, nel reclamare un trattamento particolare, cattura e trattiene l'attenzione dell'interprete. Se prima era la norma *unilaterale* che comandava l'applicazione della norma materiale, ora è la norma *materiale* che prescrive d'essere applicata.

La seconda differenza è che il processo d'attribuzione, per via giurisprudenziale, a certe norme materiali interne, della qualifica di applicazione necessaria, è lento, graduale e tiene dell'incompiuto. I giudici non si propongono di stabilire in generale ed una volta per tutte né quali e quanti sono i collegamenti unilaterali che giustificano la necessità della messa in opera di certe norme materiali, né quali e quante sono le norme materiali da essi designate. I giudici danno per lo più risposte nei limiti in cui ciò serve al caso concreto loro sottoposto, il resto lo lasciano nel silenzio. La norma unilaterale implicita è dunque spesso incompleta: sia nel numero e nella qualità dei criteri di collegamento, sia nell'ampiezza della categoria da essa coperta, cioè delle norme materiali da essa richiamate¹³⁸¹. Essa è, come si è detto, una « norma in formazione »¹³⁸².

¹³⁷⁹ FRANCESCAKIS, *Quelques précisions*, p. 9-10. Talvolta, tutt'al più, solleva problemi la precisa estensione della categoria cui la norma unilaterale inerisce (v. ad es., per un'incertezza di questo tipo circa l'articolo 311-15 del *Code civil*, MAYER/HEUZÉ, p. 407), il che non può destare sorpresa, tale incertezza potendo ben sussistere anche riguardo alle norme di conflitto bilaterali.

¹³⁸⁰ BONOMI, *Norme imperative*, p. 165 s.; MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 292 s.; AUDIT, *D.i.p.*, p. 101 s.

¹³⁸¹ Per quanto riguarda i collegamenti, si pensi alla decisione della Corte di cassazione francese in materia di divorzio, che ha riconosciuto ad un cittadino francese domiciliato in Francia il diritto di chiedere il divorzio sulla base della legge francese (Civ. 1^{re}, 1^o aprile 1981, *De Pedro*, *Clunet*, 1981, p. 812, note ALEXANDRE): è necessario che, perché la legge francese possa applicarsi, sia il richiedente ad avere la cittadinanza francese e il domicilio in Francia, o può anche, *alternativamente*, possederli il coniuge contro il quale si chiede il divorzio? La questione pare essersi posta alla giurisprudenza per il solo coniuge richiedente, il che lascia l'interrogativo nell'incertezza: favorevoli all'estensione MAYER/HEUZÉ, p. 390, invocando il principio di eguaglianza dei coniugi, inclinano

per la negativa invece ANCEL/LEQUETTE, p. 299, per i quali la lettera della decisione non pare lasciare alternative. E per quanto riguarda l'articolo 333 del Codice civile, è necessaria la residenza *abituale* del minore in Italia, come, sembrerebbe, era il caso nella fattispecie che ha dato luogo all'intervento di Trib. minorenni Torino, 23 febbraio 1973, citato *supra*, nota 1337, ovvero è sufficiente una sua presenza *attuale*, come, sembrerebbe, avviene in Francia per le norme in materia di assistenza educativa ai minori? (v. Civ. 1°, 27 ottobre 1964, *Maro*, e lo studio di FOYER, *Les mesures d'assistance éducative en droit international privé*, *Rev. crit.*, 1965, p. 39 s., nonché Civ. 1°, 16 gennaio 1979, secondo cui gli articoli 375 s. del *Code civil* devono applicarsi « sur le territoire français à tous les mineurs qui s'y trouvent » quale che sia la legge applicabile allo statuto personale degli interessati: cfr. HOLLEAUX, FOYER, GEOUFFRE DE LA PRADELLE, p. 322, i quali indicano, come criteri di collegamento delle citate norme francesi, « la résidence ou même simplement la présence du mineur en France »; cfr. anche LEQUETTE, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Paris, 1976, p. 141 s.). Ma la natura di norma in *formazione* vale soprattutto per il richiamo delle norme *materiali*. L'articolo 333 del Codice civile è stato, come si è visto, dichiarato di applicazione necessaria, perché, nel caso in questione, si richiedeva al giudice l'*allontanamento* dalla residenza familiare. Ma se si fosse richiesta la *decadenza* dalla potestà sul minore, di cui all'articolo 330, ovvero ancora la *nomina di un curatore speciale* per il compimento di atti d'interesse del figlio, di cui all'articolo 321, ovvero ancora la *rimozione dei genitori* dall'amministrazione per cattiva gestione, di cui all'articolo 334, come si sarebbe comportato il giudice italiano? E' lecito desumere che, per identità di *ratio*, se non l'intero titolo IX del Libro primo, che riguarda l'ampia materia della potestà dei genitori, una parte non trascurabile di esso, e cioè, quanto meno, gli articoli 330, 332, 333, 334, 335, ma forse anche l'articolo 321, e senz'altro, parrebbe, i nuovi 342-bis, 343-ter in materia di ordini di protezione contro gli abusi familiari, siano da applicare necessariamente se il minore ha la sua residenza (abituale) in Italia (o, nel caso degli abusi familiari, se la residenza familiare è in Italia). E' significativo ricordare, a questo riguardo, che l'articolo 330 sulla decadenza della potestà dei genitori è stato ritenuto dovere applicarsi comunque (Trib. minorenni Bari, 4 giugno 1987, *RDI*, 1988, p. 226) ad una fattispecie in cui il minore era residente in Italia, dove voleva essere adottato (e il luogo di futura residenza sarebbe stato l'Italia, e italiani, sembrerebbe, erano entrambi i futuri genitori adottivi). La giurisprudenza ha fatto ricorso, in questo caso, allo strumento dell'ordine pubblico internazionale (v. BONOMI, *Norme imperative*, p. 105), ma è chiaro che si trattava di *ordine pubblico di prossimità*, in cui il legame di prossimità, cioè il *collegamento con l'Italia*, cioè il collegamento di *natura unilaterale*, era appunto la residenza del figlio (sui rapporti fra ordine pubblico di prossimità e l'unilateralismo, v. *infra*, para. 214 s.). Poiché la giurisprudenza è intervenuta qui e lì, per dir così, a macchia di leopardo, secondo le necessità del caso, e senza alcuna ambizione sistematica generale, si ha avuto e si ha spesso l'impressione, e talvolta s'insegna, che le norme di applicazione necessaria (si hanno peraltro qui in mente soltanto quelle tali in virtù di norme unilaterali implicite) siano norme singole isolate, puntuali, sparse qua e là. Il che – come si dirà: *infra*, para. 227 – non è esatto: non si tratta di norme singole, ma di grappoli di norme, formanti una categoria spesso non meno ampia di quanto non lo sia quella coperta da certe norme di conflitto bilaterali *codificate*, le quali sono in effetti sempre più « specializzate » e dunque ridotte in ampiezza (v. GONZÁLEZ CAMPOS, *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé*, *RCADI*, 2000, spec. p. 156 s.; AUDIT, *D.i.p.*, p. 113). Ciò è del resto provato dalle norme di applicazione necessaria rese applicabili da norme unilaterali *esplicite*, le quali hanno volta a volta ad oggetto la categoria delle società, la categoria della forma del matrimonio o della forma dei contratti aventi ad oggetto beni immobili, la categoria delle condizioni per contrarre matrimonio o per chiedere il divorzio, la categoria della protezione del lavoratore, la categoria della protezione della concorrenza, e così via. Queste categorie giuridiche, che

213. Si conviene per lo più che la cifra delle norme di applicazione necessaria consista in ciò che esse *derogano* alla norma di d.i.p. bilaterale¹³⁸³, « forzando » la competenza della legge del foro¹³⁸⁴. Su ciò avremo da tornare in seguito. Si compia intanto una precisazione. Il rapporto di generalità-specialità, implicito in ogni deroga, non può che instaurarsi fra due norme omogenee: o entrambe *materiali*, o entrambe *di delimitazione*¹³⁸⁵. Ci si può dunque esprimere in due modi: o dicendo che la norma materiale del foro, richiamata da una norma unilaterale implicita, che la rende d'applicazione necessaria, deroga alla norma straniera, richiamata dalla norma bilaterale esplicita; o, meglio ancora, che la norma unilaterale implicita deroga alla norma bilaterale esplicita, nel senso che dove si applica la prima, e ha luogo l'effetto tipico di questa, cioè l'applicazione delle norme materiali del foro, che sono di applicazione necessaria, non si applica la seconda, cioè non si verifica l'effetto tipico di questa, o meglio della parte estroversa di questa, cioè il richiamo della norma straniera. Se si dice che la norma generale derogata è la norma *bilaterale*, coerenza vuole che pure si dica che la norma speciale derogante non è la norma materiale richiamata sibbene la norma *unilaterale richiamante*¹³⁸⁶.

Nell'ambito delle norme d'applicazione necessaria, la deroga apportata dalla norma unilaterale implicita alla norma bilaterale è, per lo più, anche se non sempre, *parziale*. Il rapporto di specialità s'instaura dunque sia *spazialmente*, fra i collegamenti utilizzati, che *materialmente*, fra le categorie giuridiche interessate. Ciò nel senso che, per lo più, la norma unilaterale che sta alla base delle norme di applicazione necessaria non copre tutte le questioni coperte dalla norma bilaterale generale, ma solo alcune; le altre rimangono soggette alla norma bilaterale generale. Così, nell'esempio dell'articolo 333 del Codice civile, non sembrerebbe che tutte le questioni ricomprese nella categoria « rapporti fra genitori e figli » siano necessariamente regolate dalla legge italiana se il figlio è

in alcuni Paesi sono oggetto di una norma unilaterale esplicita, sono in altri oggetto di norme bilaterali: v., per una discussione al riguardo, *infra*, para. 227 s.

¹³⁸² I rilievi più suggestivi sono svolti da DÉBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit*, p. 53: « Ce n'est pas se montrer aventureux que d'estimer que de telles règles de rattachement nouvelles sont *en voie de formation* dans la jurisprudence (...). Ce travail de gestation est toujours lent, souvent pénible, mais il ne représente, dans chaque cas particulier, qu'une étape transitoire. S'il est donc permis de prendre pour objet de son étude la chrysalide *en formation*, c'est sous la condition de ne l'étudier qu'en tant que chrysalide, non en tant qu'être parfait » (corsivo nostro).

¹³⁸³ V. per tutti BONOMI, *Norme imperative*, p. 149 s.; limpidamente, sul punto, anche RIGAUX, *Précis de droit international privé*, p. 120.

¹³⁸⁴ La fortunata espressione è, sembrerebbe, di MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 284, ripresa da GUEJ, *The Theory of the Laws of Police*, p. 679, e da AUDIT, *D.i.p.*, p. 99.

¹³⁸⁵ DÉBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit*, p. 53 s., che contrappone la « règle de conflit spéciale » ad una « règle de conflit ordinaire » che definisce « générale »; così già MAURY, *Rev. crit.*, 1958, p. 603 (recensione della « Théorie du renvoi » di Francescakis); v. recentemente BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, p. 258 e p. 288.

¹³⁸⁶ Cfr. DÉBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit*, p. 52-53.

residente in Italia; ma soltanto quelle che attengono immediatamente alla protezione del minore. Talvolta la deroga è invece *totale* (cioè soltanto in senso spaziale): in materia di divorzio, la norma unilaterale ricavata dalla giurisprudenza, che implica l'applicazione della legge francese alle coppie delle quali è parte un cittadino francese domiciliato in Francia che ne fa richiesta, ha, sembrerebbe, la stessa ampiezza categoriale di una qualsiasi norma bilaterale in materia di divorzio, ed in particolare dell'articolo 310 del *Code civil* cui essa deroga (qui si ha una deroga da norma unilaterale implicita a norma unilaterale esplicita). Viene tuttavia fatto di ripetere qui quello che si è detto sopra, cioè che se la norma unilaterale è stata ricavata per interpretazione giurisprudenziale, si tratta di una norma *in formazione*, e bisogna dunque guardarsi dal circoscrivere la latitudine della categoria da essa coperta a quelle sole questioni riguardo alle quali, in un dato momento storico, la giurisprudenza ha già avuto modo di pronunciarsi.

214. Veniamo piuttosto alla delicatissima questione se, anche riguardo alle norme unilaterali *implicite*, è possibile distinguere fra norme unilaterali a carattere soltanto *localizzatore* e norme unilaterali a carattere localizzatore insieme e *materiale*. E chiediamoci: esistono nome unilaterali implicite che intervengono, rendendo applicabili le norme materiali da esse richiamate e facendo di queste altrettante norme di necessaria applicazione, soltanto quando, oltre che sussistere il collegamento con il foro da esse previsto, la norma straniera *non* ha un certo contenuto, e non invece quando essa *ha* un certo contenuto?

All'interno dell'alquanto eterogenea categoria delle norme di applicazione necessaria, si è proposta la distinzione, a seconda degli interessi prevalentemente protetti, fra « norme di applicazione necessaria di protezione »¹³⁸⁷, che hanno ad oggetto la tutela di una parte o di un terzo (*lois de police de protection, Parteischutzvorschriften*), e « norme di applicazione necessaria di direzione », o norme interventistiche (*lois de police de direction, Eingriffsnormen*)¹³⁸⁸: le prime aspirano a proteggere direttamente una categoria di soggetti, ritenuti meritevoli di tutela (*Schutz oder Ausgleich privater Interessen*), quali minori, consumatori, lavoratori, legittimari, assicurati, terzi, azionisti minoritari, mutuatari; le seconde richiedono un'applicazione uniforme perché mettono in gioco certi interessi della collettività (*wirtschaftlich- oder staatspolitische Ziele*), quali le norme sulla concorrenza, ed in genere sull'economia nazionale, le norme sulle importazioni ed esportazioni, le norme in materia sanitaria, le norme che proteggono l'ambiente naturale

¹³⁸⁷ BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, Paris, 1999, p. 357.

¹³⁸⁸ V. su questa distinzione, tra i tanti, BONOMI, *Norme imperative*, p. 165 s., VON BAR, *IPR*, t. I, p. 231, SCHLOSSER, *Sonderanknüpfung von zwingendem Verbraucherschutzrecht und europäisches Prozessrecht*, Festschrift E. Steindorff, Berlin-New York, 1990, p. 1379 s.; cfr. AUDIT, *D.i.p.*, p. 100-101, LEQUETTE, *Protection familiale*, p. 239, il quale rinvia sul punto a PILLET, *De la déchéance de la puissance paternelle considérée au point de vue international*, *Clunet*, 1892, p. 25 s.; cfr. anche la tripartizione proposta da MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 290-291.

o beni culturali, e tante altre¹³⁸⁹. Se si accoglie tale differenza, e l'opinione, che pare maggioritaria, secondo cui appunto anche le norme di protezione possono essere ascritte alla categoria delle norme d'applicazione necessaria, sembra che, per lo più, queste ultime siano rese applicabili da una norma unilaterale a carattere *localizzatore e materiale* assieme, mentre le seconde da una norma unilaterale a carattere *soltanto localizzatore*¹³⁹⁰.

Così, ad esempio, l'articolo 333 del Codice civile difficilmente sarebbe stato applicato dal giudice italiano se la norma nazionale straniera avesse avuto un contenuto più favorevole al minore. Il giudice è stato sospinto alle norme italiane *proprio* perché la norma straniera non permetteva, nel caso di specie, l'allontanamento dalla residenza familiare. La norma unilaterale pare dunque essere la seguente: in materia di allontanamento dalla residenza familiare (ma anche, sembrerebbe, come si è detto, in materia di decadenza dalla patria potestà, di rimozione dall'amministrazione, e così via), si applica la legge italiana se sussistono due condizioni: a) la norma straniera dello Stato della cittadinanza del figlio, resa ora applicabile dall'articolo 36 della legge di riforma, *non* consente l'allontanamento dalla residenza familiare (o la pronuncia della decadenza dalla patria potestà, o della rimozione dell'amministrazione dei beni del figlio); b) il minore, pur cittadino straniero, è residente in Italia. Se siamo nel giusto, allora, la norma unilaterale è a *carattere localizzatore ed insieme materiale*.

In materia di protezione del *lavoratore* e del *consumatore* si è, in diversi Paesi, fatto ricorso alla tecnica delle norme di applicazione necessaria. Ebbene, ci chiediamo: se, pur concretizzandosi nel foro il criterio di collegamento unilaterale speciale previsto dalla norma del foro, la norma straniera resa applicabile dal criterio di collegamento ordinario, cioè essenzialmente quella designata dalla volontà delle parti, risulta più protettiva del lavoratore o del consumatore, le norme del foro, il quale è rispettivamente il luogo di esecuzione della prestazione e di residenza del consumatore (cumulata per lo più con il luogo di conclusione del contratto), si applicano comunque o no? Se la

¹³⁸⁹ Vi è chi, specie in Germania (con riguardo all'articolo 34 dell'*EGBGB*, che riproduce l'articolo 7, comma 2, della Convenzione di Roma: v. ad es. VON BAR, *IPR*, t. I, p. 231, SCHLOSSER, *Sonderanknüpfung von zwingendem Verbraucherschutzrecht*, p. 1379 s.), ha negato che possano essere definite « norme internazionalmente imperative » quelle protettive di interessi individuali; la tesi è però rigettata da altra dottrina tedesca (VON HOFFMAN, *Inländischer Sachnormen mit zwingendem internationalem Anwendungsbereich*, *IPRax*, 1989, p. 261 s.; GRUNDMANN, *Europäisches Vertragsrechtsübereinkommen, EWG-Vertrag und § 12 AGBG*, *IPRax*, 1992, p. 1 s.; ROTH, *Zum Verhältnis von Art. 7 Abs. 2 und Art. 5 der Römer Schuldvertragskonvention*, *Festschrift Reichert-Facilides*, Tübingen, 1995, p. 35 s.). La dottrina italiana (BALLARINO, *D.i.p.*, p. 188, BONOMI, *Norme imperative*, p. 176, TREVES, *Norme imperative*, p. 45, BOSCHIERO, *Commentario NLCC*, 1996, p. 1065) e francese (MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 290 s., JACQUET, *Principe d'autonomie*, p. 279, p. 283 s., AUDIT, *D.i.p.*, p. 100-101) non dubita che sia norme « protettive » che norme « interventistiche » trovino posto in tale categoria.

¹³⁹⁰ V. *supra*, nota precedente.

risposta è negativa, e sembra che dovrebbe per lo più esserlo¹³⁹¹, allora la norma unilaterale implicita è a carattere localizzatore ed anche materiale – come, ad esempio, riferendoci ad una norma esplicita, l'articolo 46, comma 2 in materia di protezione dei legittimari – altrimenti è norma a carattere soltanto localizzatore, come, sembrerebbe, è il caso dell'articolo 120 della LDIP¹³⁹².

Che vi possano essere norme di applicazione necessaria che intervengono – o meglio sono fatte intervenire dalle rispettive norme unilaterali – soltanto previo accertamento del contenuto delle norme straniere richiamate dalla norma bilaterale, è ormai per lo più riconosciuto. Il che ha indotto a revocare in dubbio l'idea, pur diffusa, secondo la quale la distinzione fra queste e l'ordine pubblico sia da rinvenire in ciò che le prime fisserebbero un « limite preventivo » e il secondo un « limite successivo »¹³⁹³. Anzi vi è chi autorevolmente sostiene che questo confronto fra il contenuto delle due norme, del foro e straniera, valga addirittura a *distinguere* le norme di applicazione necessaria, o meglio le norme unilaterali che stanno alla base di esse, dalle norme *di conflitto* unilaterali¹³⁹⁴. Del resto, se il carattere anche materiale di una norma unilaterale può senz'altro darsi per le norme *esplicite*, com'è il caso dell'articolo 46, comma 2¹³⁹⁵, non si vede perché debba escludersi per le norme unilaterali *implicite*, la cui struttura, pur nella sua varietà d'articolazione e di forme, è – non può che essere – la medesima. Vero è tuttavia che, se prima di applicare la norma del foro richiamata dalla norma unilaterale implicita, si svolge un *confronto* fra essa e la norma straniera richiamata dalla norma bilaterale, e si dà efficacia alla norma materiale del foro soltanto nei casi in cui la norma straniera non presenta un certo contenuto, il procedimento è sorprendentemente simile a quello tipico dell'*ordine pubblico*.

215. Parte della dottrina tedesca riconosce a diverse norme dell'*EGBGB*, che, in presenza di un fattore specifico d'integrazione nel foro, prescrivono l'« evizione » della norma straniera nelle ipotesi in cui quest'ultima non consenta di raggiungere il risultato materiale assicurato dalla norma del foro, la natura di norme di conflitto d'ordine pubblico

¹³⁹¹ V. ad es. MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 299: « une règle protectrice des consommateurs ou des salariés n'évincera la loi d'autonomie que dans la mesure où elle assure une protection supérieure à celle réalisée par cette dernière »; cfr. la formulazione degli artt. 5, comma 2, e 6, comma 1, della Convenzione di Roma.

¹³⁹² L'articolo 120 LDIP dispone in effetti l'applicazione sempre e comunque della legge del luogo di residenza del consumatore nei casi da esso previsti, analoghi a quelli contemplati dall'art. 5, comma 2, della Convenzione di Roma, escludendo il funzionamento dell'autonomia della volontà, indipendentemente cioè da ogni esame « sinottico » del contenuto delle due leggi in presenza.

¹³⁹³ Così BALLARINO, *D.i.p.*, p. 192, BONOMI, *Norme imperative*, p. 207, TREVES, *Il controllo dei cambi*, p. 56 s., BOSCHIERO, *Commentario NLCC*, p. 1064. Sulla distinzione fra limite preventivo e limite successivo, v. SPERDUTI, *Sulla capacità*, p. 310, in nota, GOTHOT, *Le renouveau*, p. 214-215, VITTA, *D.i.p.*, t. I, p. 167, PALAIA, *L'ordine pubblico*, p. 124 s., MOSCONI, *D.i.p.*, I, p. 135 s.

¹³⁹⁴ MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 299.

¹³⁹⁵ BONOMI, *Norme imperative*, p. 206-207.

(*Kollisionsnormen des ordre public*)¹³⁹⁶. Ad esse attribuisce senz'altro la natura di norme di conflitto *unilaterali* discutendo talvolta dell'opportunità di una loro eventuale bilateralizzazione¹³⁹⁷. Lo stesso è a ripetersi della dottrina svizzera in ordine a numerose norme della LDIP¹³⁹⁸, anch'esse qualificate indifferentemente quali « clausole speciali di ordine pubblico » o « di riserva » (*spezielle Vorbehaltsklausel*) e norme di conflitto unilaterali¹³⁹⁹. Pure certa dottrina italiana riconosce, ad esempio, che l'art. 46, comma 2, di cui si conviene che adotta un collegamento unilaterale¹⁴⁰⁰, rende d'ordine pubblico le disposizioni del Codice civile in materia di protezione dei legittimari¹⁴⁰¹.

E' da precisare innanzitutto che – a differenza di quanto talvolta si ritiene o lascia intendere – parlare simultaneamente, riguardo agli esempi citati, di *norme unilaterali*, di *norme o clausole speciali d'ordine pubblico*¹⁴⁰², di *norme di applicazione necessaria*, non significa, a ben guardare, almeno in principio, contraddirsi, come ben osserva autorevole dottrina elvetica¹⁴⁰³. Una norma unilaterale è una norma di *delimitazione*, che fissa cioè la sfera d'applicazione delle norme materiali interne da essa richiamate; essa rende per ciò stesso di *applicazione necessaria* tali norme materiali, le quali devono infatti ricevere efficacia, anche cioè qualora la norma bilaterale generale designi una legge; e tale efficacia si spiega alla luce dei valori di cui esse norme materiali sono portatrici, giudicati particolarmente importanti o d'ordine pubblico, i quali devono essere pertanto

¹³⁹⁶ KEGEL/SCHURIG, p. 128 s.; per VON HOFFMAN, *IPR*, p. 254, si tratta di « besondere Vorbehaltsklauseln » (cfr. KROPHOLLER, *IPR*, p. 257 s.: « spezielle Vorbehaltsklauseln ») le quali sono tuttavia, per l'A., racchiuse in norme di conflitto unilaterali.

¹³⁹⁷ KEGEL/SCHURIG, p. 129; VON HOFFMAN, *IPR*, p. 166 s.

¹³⁹⁸ VISCHER, *Zürcher Kommentar*, p. 267 s.; SIEHR, *Das IPR der Schweiz*, p. 603 s.

¹³⁹⁹ V. per tutti VISCHER, *Zürcher Kommentar*, p. 282-283; cfr. anche BUCHER, *Ordre public*, p. 57.

¹⁴⁰⁰ BONOMI, *Norme imperative*, p. 47 s. (con riferimento anche agli artt. 25, comma 1, 31, comma 2, 38 comma 2 della legge di riforma).

¹⁴⁰¹ CONETTI, Artt. 16-31, *Commentario al Codice civile*, diretto da CENDON, Torino, 1991, p. 99; non esclude tale qualifica, anche se gli preferisce quella di norme d'applicazione necessaria, BONOMI, *Norme imperative*, p. 50 e 206 s., il quale ricorda che la Relazione dichiara che « non si è accolta la tesi che i diritti dei legittimari debbano essere tutelati rispetto a qualsiasi successione, in quanto essi rifletterebero in un limite di ordine pubblico ».

¹⁴⁰² V. per la denominazione di *règles d'ordre public*, BUCHER, *Ordre public*, p. 34 s.

¹⁴⁰³ VISCHER, *Zürcher Kommentar*, p. 282, il quale, nel trattare delle « spezielle gesetzliche ordre-public Bestimmungen », dichiara che « der Gesetzgeber hat in verschiedenen Fällen dem ordre public durch spezielle Regeln Rechnung getragen, welche die Anwendung des schweizerischen Rechts sichern. So gemäss der *einseitigen Kollisionsnorm* » (segue un'enumerazione; corsivo dell'A.); v. anche BUCHER, *Ordre public*, p. 20: « En droit positif, l'ordre public a, en effet, infiltré de façon sensible les règles de conflit, dans la mesure où un grand nombre de celles-ci sont en réalité fondées sur des considérations tenant à l'ordre public. Tel est le cas de nombreuses règles unilatérales de conflit ».

perseguiti nell'area d'applicabilità tracciata dalle norme unilaterali, e ciò a dispetto di ogni legge straniera che non consentirebbe di recarli ad attuazione¹⁴⁰⁴.

In secondo luogo, ed ai fini che qui interessano, la norma di delimitazione espressa, e che, come si dice, rende d'ordine pubblico le norme richiamate, è una sicura norma unilaterale. Se ci si muove nella zona concettuale dell'idea germanica dell'ordine pubblico, cioè dell'« ordine pubblico di prossimità », la *Inlandsbeziehung*, cioè appunto la connessione (*Beziehung*) « introversa » o « con il foro » (*Inlands-*) che giustifica la disapplicazione delle norme straniere, e l'applicazione delle norme interne, non è nient'altro che la realizzazione di uno o più collegamenti unilaterali. Certo, se si ha riguardo alla norma *materiale*, essa è d'ordine pubblico o di applicazione necessaria. Ma qualora si abbia a mente la norma di delimitazione – che è ciò quanto interessa qui – si tratta di *norma unilaterale a carattere localizzatore ed anche materiale*, nel senso che essa vuole applicarsi, rendendo applicabili le norme interne, nelle ipotesi in cui a) sussiste un criterio di collegamento Y con il foro, e b) la legge straniera richiamata non consente di approdare ad una determinata soluzione materiale assicurata invece dalla norma del foro (criterio di materialità Z). Lo strumento di attuazione e di esplicitazione *legislativa*¹⁴⁰⁵ dell'« ordine pubblico di prossimità » è dunque una *norma unilaterale* che promuove alla dignità di collegamenti, operanti esclusivamente verso l'interno, *uno o più fattori d'integrazione* con il sistema socio-economico del foro.

Anche qui, tuttavia, se la norma che riflette ed attua l'ordine pubblico, fissando il collegamento con il foro entro cui opera, è *espressa*, ha poco senso insistere sulla natura di norme d'*ordine pubblico*: norme di questo tipo devono infatti ricevere efficacia nelle circostanze previste dal legislatore, e tanto basta. Il problema sorge, invece, quando l'ordine pubblico non è legislativamente concretizzato da alcuna norma espressa, ed è infatti in queste ipotesi che il ricorso all'ordine pubblico si palesa come praticamente utile. Se però si è d'accordo su ciò che, nei casi in cui l'ordine pubblico è legislativamente concretizzato, lo è per il tramite di una norma unilaterale *esplicita*, vien fatto di pensare che, quando l'ordine pubblico è concretizzato giurisprudenzialmente, pure lo è per il tramite di una norma unilaterale, qui *implicita*, quanto meno in alcuni casi, cioè in quelli in cui solo s'attiva in virtù di una certa *prossimità*, di un certo *collegamento* con il foro. Si è condotti per questa via a ritenere che, laddove l'ordine pubblico interviene soltanto nel caso in cui sussiste una *Inlandsbeziehung*, come è, sembrerebbe, di giurisprudenza costante in Svizzera ed in Germania¹⁴⁰⁶, questa *Inlandsbeziehung* non sia altro

¹⁴⁰⁴ Cfr. AUDIT, *D.i.p.*, p. 99, sulla differenza fra le denominazioni « lois d'application immédiate ou nécessaire », che descrive un « mécanisme », e « lois de police », che descrive un « contenu ».

¹⁴⁰⁵ Di « expression normative » dell'ordine pubblico parla ad es. BUCHER, *Ordre public*, p. 26.

¹⁴⁰⁶ Così BUCHER, *Ordre public*, p. 52; v. per la Germania VON BAR, *IPR*, p. 717, KROPHOLLER, *IPR*, p. 244, KEGEL/SCHURIG, p. 128 e per la Svizzera, VISCHER, *Zürcher Kommentar*, p. 265 e, in giurisprudenza, le seguenti decisioni del Tribunale federale: ATF 67 II 215 s., *Hungarian Discount &*

che un collegamento unilaterale *implicito*, del quale si può dire che esso sia adottato da una norma unilaterale *implicita*¹⁴⁰⁷. E' vero che l'ordine pubblico suppone sempre un confronto fra il contenuto, o meglio gli *effetti* che tale contenuto spiega sulla fattispecie di cui si discute, di una norma straniera e il diritto del foro. Ma il fatto che, per produrre la conseguenza di designare la legge del foro, l'*Inlandsbeziehung*, cioè il collegamento unilaterale, debba cumularsi con un esame « sinottico » del contenuto materiale della norma straniera e della norma del foro, è, come si è visto, perfettamente compatibile con la dignità di applicazione necessaria della norma materiale e, dunque, con la stessa unilateralià della norma di d.i.p. che ne è alla radice. E, del resto, la necessità di un tale confronto è perfettamente compatibile con la natura bilaterale di una norma di conflitto, il che è confermato dalle norme di conflitto bilaterali *alternative*. Se la norma è unilaterale (seppure a carattere materiale) quando è *esplicita*, allora si deve riconoscere che essa è egualmente unilaterale (seppure a carattere materiale) quando è *implicita*.

La difficoltà, certo, risiede in ciò che, innanzitutto, non emerge talvolta in modo limpido quale sia il *collegamento* verso il foro, necessario e sufficiente perché l'ordine pubblico possa attivarsi (non è chiaro, ad esempio, se un solo contatto – e quale – sia sufficiente, ovvero se non sia piuttosto necessario un *cumulo* di contatti), né quale sia quello *standard* di contenuto della norma straniera a partire dal quale la norma unilaterale, che tale collegamento incorpora, interviene, rendendo necessariamente applicabili le norme materiali del foro. Ma ciò non toglie che si possa egualmente parlare di norme *unilaterali*, come se ne parla, ad esempio, riguardo all'art. 13, comma 2, dell'*EGBGB*¹⁴⁰⁸, il quale prevede l'applicazione della norma tedesca se sussiste *uno* fra quattro collegamenti unilaterali alternativi, e se la norma straniera ha un contenuto « non conciliabile con la libertà di matrimonio » quale prevista dalla legge tedesca¹⁴⁰⁹. Cioè: pare del tutto compatibile con la natura unilaterale di una norma, che questa intervenga, nell'ambito spaziale da essa delimitato, non già sistematicamente, quando la norma straniera è meno protettiva rispetto alla norma del foro, come avviene, ad esempio, per lo più, in materia di contratti di consumo e lavoro, ma soltanto nelle ipotesi in cui essa non raggiunge un certo *standard* di protezione, pur inferiore a quello che la norma del foro ha creduto di dovere fare proprio.

Exchange Bank Ltd; 68 II 377 s., spec. 382, *Heynau*; 78 II 243 s., spec. 248 s., *Loudon*; 94 II 297 s., spec. 303 s.; *Koerfer*, 102 Ia 574 s., spec. p. 581, *Bangladesh*.

¹⁴⁰⁷ Cfr. BONOMI, *Norme imperative*, para. 22, intitolato « Criterio di collegamento unilaterale ed *Inlandsbeziehung* », p. 208-209.

¹⁴⁰⁸ KEGEL/SCHURIG, p. 254, VON HOFFMAN, *IPR*, p. 166.

¹⁴⁰⁹ BUCHER, *Ordre public*, p. 56, il quale rileva che, dove la *Binnenbeziehung* è precisata, come avviene ad esempio nell'articolo 61, al. 3 LDIP, « l'appel à la notion générale de la *Binnenbeziehung* est alors dépourvu d'intérêt, celle-ci ayant rempli son but. La *Binnenbeziehung* laisse ainsi la place à des critères de délimitation qui se retrouvent dans les *règles unilatérales* de conflit de lois » (corsivo nostro).

Ad una *Inlandsbeziehung* hanno fatto allusione diverse decisioni di altri Paesi, sicché il meccanismo in analisi ha ricevuto l'attenzione della dottrina anche altrove, segnatamente in Italia ed in Francia. Vero è che, se talvolta, a differenza di quanto avviene nelle sentenze svizzere e tedesche, l'*Inlandsbeziehung* non risulta dalle decisioni giurisprudenziali, e che dunque i commentatori non si soffermano, ciò non significa che non sia presente e implicitamente ritenuta decisiva¹⁴¹⁰. Una decisione italiana già ricordata¹⁴¹¹ ha ritenuto la norma greca in materia di presupposti per la pronuncia della decadenza dalla patria potestà, che non consentiva tale pronuncia nel caso di specie, in cui l'articolo 330 del Codice civile la consentiva, contraria all'ordine pubblico, ha applicato l'articolo 330, e ha pronunciato la richiesta decadenza. A differenza della decisione che ha spinto a dichiarare l'articolo 333 di necessaria applicazione, non viene qui menzionato il legame con l'Italia. Cionondimeno, il minore, anche qui, era *residente* in Italia e pure lo erano, sembrerebbe, la madre ed il futuro padre adottivo. Pare verosimile che l'articolo 330 non si sarebbe imposto se il minore fosse stato residente in Grecia. Si può dunque affermare che l'articolo 330, esattamente come l'articolo 333, è applicabile nelle ipotesi in cui sussiste un collegamento con l'Italia (la residenza del minore) e la norma straniera altrimenti designata non permette, nel caso di specie, quel risultato che è assicurato dalla norma italiana (qui la pronuncia della decadenza dalla patria potestà). Che si sia convocato, per l'articolo 330, lo strumento delle norme d'applicazione necessaria, e, per l'articolo 333, l'ordine pubblico (di prossimità) non ha rilievo qui, trattandosi, come si è detto, di due concetti per lo più non esclusivi l'uno dell'altro¹⁴¹². Allo stesso modo, la giurisprudenza italiana ha trovato sostegno nell'ordine pubblico per giustificare l'osservanza dell'impedimento di cui all'articolo 84 del c.c., non richiamato dall'articolo 116, comma 2, ad un minore cittadino straniero, il luogo di celebrazione del matrimonio trovandosi in Italia¹⁴¹³. Gli articoli 85, 86, 87, 88 e 89 sono, si dice, norme d'applicazione necessaria, quando il luogo di celebrazione si trova in Italia; l'articolo 84 è, si dice, d'ordine pubblico, quando il luogo di celebrazione si trova in Italia¹⁴¹⁴. Pare allora di potere dire pure che gli articoli 85 e seguenti, come l'articolo 84, sono d'applicazione necessaria per motivi d'ordine pubblico, e che l'articolo 84, applicabile per motivi d'ordine

¹⁴¹⁰ Tanto più che può essere sufficiente il legame che fonda la giurisdizione del foro, nel quale caso anche in Germania ed in Svizzera « la jurisprudence renonce (...) souvent à évoquer expressément cette condition »: BUCHER, *Ordre public*, p. 53.

¹⁴¹¹ Trib. minorenni Bari, 4 giugno 1987, *RDI*, 1988, p. 226; cfr. BONOMI, *Norme imperative*, p. 106 s.

¹⁴¹² BUCHER, *Ordre public*, p. 26 s.

¹⁴¹³ Trib. minorenni, 24 luglio 1989 (decr.), *RDIPP*, 1991, p. 114; v. anche Trib. minorenni Bologna, 9 febbraio 1990 (decr.), *RDIPP*, 1992, p. 997; v. BONOMI, *Norme imperative*, p. 204, NASCIBENE, *Il matrimonio del cittadino*, p. 360, nota 21.

¹⁴¹⁴ Se si ritiene, seguendo Trib. minorenni Bologna, citato alla nota precedente (v. in questo senso BONOMI, *Norme imperative*, p. 204), che, perché l'art. 84 si applichi, sia necessario, oltre al luogo di celebrazione in Italia (criterio di collegamento Y), il fatto che la legge nazionale di X consenta il matrimonio ad un infrasedicenne (criterio di materialità Z), allora la norma unilaterale è a carattere, oltre che localizzatore, anche, appunto, materiale.

pubblico se il matrimonio deve avere celebrato in Italia, sia, entro quest'ambito spaziale, d'applicazione necessaria, perché deroga all'articolo 27 della legge di riforma. La questione rischia di diventare allora puramente verbale.

Il fatto che l'ordine pubblico « di prossimità » trovi la sua espressione normativa in una norma unilaterale, pare ammesso da certa dottrina recente francese. Questa, disserendo di alcune recenti ed importanti decisioni della Corte di cassazione transalpina¹⁴¹⁵, ha rilevato come esse, gettando un po' di scompiglio nella concezione tradizionale dell'ordine pubblico, sembrano imbracciare lo strumento dell'« ordre public de proximité »¹⁴¹⁶, e potrebbero financo lasciare presagire una nuova concezione dell'« eccezione », direttamente ispirata al diritto tedesco¹⁴¹⁷. La Corte ha in effetti deciso che un minore di *cittadinanza francese* ovvero *abitualmente residente* in Francia non può vedersi privato, dalla legge straniera competente, del diritto di invocare la legge francese per stabilire la sua filiazione naturale, e ciò anche quando la legge straniera competente (quella della cittadinanza della madre)¹⁴¹⁸, pur proibitiva dello stabilimento della filiazione naturale, *non* è, in assoluto, contraria alla concezione francese dell'ordine pubblico¹⁴¹⁹. Si è commentato che la legge francese, della cittadinanza ovvero della residenza del figlio, *rivendica* positivamente la sua competenza, in deroga al criterio bilaterale della legge nazionale della madre, quando la legge straniera non consente lo stabilimento della filiazione. La giurisprudenza – si è concluso – è venuta a creare una nuova « règle de conflit subsidiaire », che opera « verso l'ordre juridique du for » (« introversa »), che ha vocazione a sovrapporsi alla « règle de conflit ordinaire » per correggerne il criterio di collegamento bilaterale, la cittadinanza della madre, e che ha come « domaine spatial » la cittadinanza ovvero la residenza abituale in Francia del minore. Alcuni autori, dopo avere osservato che si tratta di un tipo molto diverso di ordine pubblico, sostengono che si possa nondimeno continuare a parlare di « ordine pubblico dello statuto personale dei cittadini francesi » (o dei residenti in Francia)¹⁴²⁰, altri che si debba piuttosto fare ricorso al metodo delle *lois de police*¹⁴²¹. Queste formule importano qui poco. Ciò che ben più

¹⁴¹⁵ MAYER/HEUZÉ, p. 141: « Le mécanisme qui est ainsi mis en jeu est en fait profondément différent de la classique exception d'ordre public international ».

¹⁴¹⁶ AUDIT, *D.i.p.*, p. 275; e *Cours général*, p. 334; MAYER/HEUZÉ, p. 141.

¹⁴¹⁷ PULJAK, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination*, p. 300 s.

¹⁴¹⁸ Articolo 311-14: « La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant ».

¹⁴¹⁹ Civ. 1^e, 10 febbraio 1993, *Rev. crit.*, 1993, p. 620, nota FOYER; *Clunet*, 1994, p. 124, nota BARRIÈRE-BROUSSE; *D.* 1994, Som. 32, nota KERCKHOVE.

¹⁴²⁰ MAYER/HEUZÉ, p. 142: « En définitive, il est encore permis de parler d'exception d'ordre public, protégeant non l'ordre juridique *du for* en tant que tel (mécanisme classique), mais l'ordre juridique français *en tant que désigné par le critère de la nationalité*. On peut appeler cet ordre public particulier l'ordre public du statut personnel des Français » (corsivo degli A.).

¹⁴²¹ PULJAK, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination*, p. 315.

importa, e su cui la dottrina pare essere d'accordo, è che la legge francese reclama efficacia – e sarà d'ora in poi, presumibilmente, messa in opera – se il minore ha la sua *residenza* in Francia ovvero ha la *cittadinanza* francese, laddove la legge straniera non consente l'instaurarsi del legame di filiazione naturale in circostanze in cui la legge francese lo consente. Questa « norma di conflitto sussidiaria », che opera « verso l'ordinamento giuridico del foro », è dunque una norma *unilaterale, implicita*, a carattere *localizzatore* (che fa assurgere a criteri di collegamento *alternativi* la cittadinanza francese del figlio, criterio Y¹, o la sua residenza abituale in Francia, criterio Y²) e *materiale*, il criterio di materialità Z consistendo in ciò che il diritto straniero richiamato dal criterio di collegamento bilaterale X, la cittadinanza della madre, non autorizza, nel caso di specie, lo stabilimento della filiazione mentre la legge francese lo autorizza¹⁴²². Lo stesso è dirsi delle norme francesi sul divorzio. Come si è già segnalato, la Corte di cassazione francese ha ritenuto che chiunque abbia la cittadinanza francese e il domicilio in Francia possa chiedere il divorzio conformemente alla legge francese e sollecitarne il beneficio¹⁴²³. Si è fatto ricorso, anche qui, sia all'ordine pubblico di prossimità¹⁴²⁴ che alle norme di applicazione necessaria¹⁴²⁵. Il collegamento (qui nella forma di un *cumulo* di legami: Y¹, la cittadinanza francese del richiedente, e Y², il domicilio in Francia dello stesso) è *unilaterale*, e può dunque dirsi inserito in una *norma* unilaterale, simile, nella struttura e nella *ratio*, a quella contenuta nell'articolo 310 del *Code civil*, quale norma di conflitto ad essa speciale, soltanto che, a differenza di questa, è *implicita*, e, sembrerebbe, a carattere non soltanto localizzatore, ma anche *materiale*¹⁴²⁶.

216. Conclusivamente, tutte le norme di applicazione necessaria, e tutte le norme d'ordine pubblico, quando sono tali in virtù di una *Inlandsbeziehung*¹⁴²⁷, sia che il criterio di

¹⁴²² V. ancora PULJAK, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination*, p. 313: « En effet, par la limitation des critères d'intégration de la personne dans l'ordre socio-juridique du for qu'elle instaure, elle revient à consacrer l'existence d'une règle de conflit de lois subsidiaire, permettant de substituer les dispositions de la loi française chaque fois que la règle ordinaire de conflit a désigné une loi étrangère pour gouverner les rapports juridiques impliquant un Français ou une personne ayant son domicile ou sa résidence habituelle en France ». Dopodiché, l'A. precisa che la « localisation » fatta per il tramite dello strumento dell'ordine pubblico « ne s'opère (...) qu'au seul bénéfice de l'ordre du for ».

¹⁴²³ Decisione del 1° aprile 1981, *Clunet*, 1981, p. 812, *de Pedro*, secondo la quale la legge spagnola che ignora il divorzio « est contraire à la conception française actuelle de l'ordre public international qui impose la faculté pour un Français domicilié en France de demander le divorce » (v. *supra*, nota 1381).

¹⁴²⁴ AUDIT, *D.i.p.*, p. 276 e *Cours général*, p. 334-335; v. anche GAUDEMET-TALLON, *La désunion du couple*, *RCADI*, t. 226, 1991-I, p. 108 s. e LAGARDE, *Le principe de proximité*, p. 111-113.

¹⁴²⁵ PULJAK, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination*, p. 315-316; MAYER/HEUZÉ, p. 386 s.; cfr. BUCHER, *Ordre public*, p. 67.

¹⁴²⁶ Sul fatto che la Corte abbia ricavato una « regola », v. BUCHER, *Ordre public*, p. 67.

¹⁴²⁷ V. per tutti BUCHER, *Ordre public*, p. 44: « Aucun Etat ne peut prétendre, en effet, à l'application universelle de son droit, même si celui-ci relève de son ordre public ».

collegamento (o *Inlandsbeziehung* per quelle d'ordine pubblico) che delimita il campo d'efficacia entro il quale devono necessariamente applicarsi (in quanto d'ordine pubblico) sia esplicito, ed incorporato in una disposizione legislativa, sia che non lo sia, e sia (stato) ricavato per interpretazione, hanno un campo d'efficacia limitato e definito nello spazio, appunto da tale criterio di collegamento. Non vi è per converso alcuna norma, fra quelle dette norme di applicazione necessaria o d'ordine pubblico, che voglia imporsi riguardo a qualsiasi fattispecie, indipendentemente dai soggetti del rapporto da regolare e dovunque esso rapporto sorga, si svolga e produca effetti; mentre *tutte* intendono applicarsi soltanto in presenza ed in virtù di uno o più *fattori* specifici d'*integrazione* con il sistema dello Stato d'origine, e che dunque individua l'ambito di applicazione spaziale entro cui esse sono di applicazione necessaria, perché d'ordine pubblico. Sulla scorta di questi rilievi, passiamo ad analizzare i rapporti fra le norme unilaterali che si sono studiate finora e l'unilateralismo che si è studiato nella Parte Prima.

Sezione II

Critica alle presunte differenze fra le norme unilaterali e le norme *di conflitto* unilaterali

SOMMARIO: – 217. Norme unilaterali e norme *di conflitto* unilaterali. – 218. Le presunte differenze fra le norme unilaterali studiate e le norme di conflitto unilaterali. – 219. Il punto decisivo della discussione: le modalità di richiamo del diritto straniero.

217. Che i sistemi positivi impieghino criteri di collegamento unilaterali è generalmente ammesso¹⁴²⁸. Noi abbiamo convenzionalmente detto, sulla scorta di certa dottrina italiana, tedesca, svizzera e francese, che questi collegamenti, se inseriti in una norma, espressa od implicita, le conferiscono la natura di *norma unilaterale*. Abbiamo peraltro evitato consapevolmente di parlare di norma *di conflitto* unilaterale (espressa od implicita). Se la maggioranza degli autori fa uso di questa espressione, segnatamente la dottrina tedesca¹⁴²⁹ e svizzera¹⁴³⁰, ma anche certa dottrina francese¹⁴³¹, senza per lo più approfondire la questione che ci occupa qui, presso altri autori, i quali hanno ad essa

¹⁴²⁸ Ed anche da chi è in principio ostile all'idea unilaterale quale metodo generale di soluzione dei conflitti di leggi: v. ad es., MAYER/HEUZÉ, p. 81: « Le rejet de la théorie unilatéraliste, en ce qu'elle entend prétend nier la légitimité de tout rattachement bilatéral, n'exclut pas le recours éventuel à un rattachement unilatéral ».

¹⁴²⁹ KEGEL/SCHURIG, p. 123.

¹⁴³⁰ BUCHER/BONOMI, p. 4.

¹⁴³¹ DÉBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit*, p. 46 s.

dedicato maggiore attenzione, si scorge una certa esitazione. Si tratta in particolare di chiedersi se le norme unilaterali di cui si è detto fin qui siano o meno *proprio* quelle norme di *conflitto* unilaterali del *tipo* suggerito in modo generalizzato dalle dottrine unilaterali che abbiamo studiato nella Parte Prima. Se e nella misura in cui lo sono, allora si dovrà concludere che ciascuna di esse costituisce un'applicazione parziale dell'unilateralismo (*Einzeleinseitigkeit*). Se invece non lo si può dire, allora si avrà una sorta di *tertium genus*: né applicazione del bilateralismo, né applicazione dell'unilateralismo, ma qualcos'altro, un metodo a sé, il « metodo delle norme unilaterali che non sono norme di *conflitto* unilaterali ».

Che il fenomeno delle norme di applicazione necessaria sia un'epifania dell'unilateralismo, è invero da molti ammesso¹⁴³², avuto riguardo a quel rispetto della « volontà d'applicazione » che pare governarne il procedimento. Ciò è da altri autorevolmente messo in dubbio¹⁴³³, ovvero recisamente negato¹⁴³⁴. E' delle differenze rilevate da tali ultimi autori che vogliamo occuparci qui di seguito. Si vuole anticipare che la chiarezza della discussione è stata – crediamo – per lo più compromessa da tre fattori: il confronto è stato instaurato pressoché sempre fra la norma di *conflitto* unilaterale e la norma *materiale*, di applicazione necessaria, anziché, in luogo di questa, la sua norma *unilaterale* di delimitazione; non si è distinto fra norme unilaterali *espresse* e norme unilaterali *implicite*, e ci si è riferiti per lo più alle norme implicite, la cui origine giurisprudenziale imprime, dal punto di vista pratico, i caratteri propri di cui si è detto; soprattutto, non si è avuta una nozione chiara, nella sua complessità, dell'archetipo di norma di conflitto unilaterale predicata dall'unilateralismo, da assumere a termine di confronto.

Non è dunque inutile ricordare rapidamente che l'unilateralismo, nella sua versione più elaborata, suggerisce tre cose: che ciascuno Stato, a mezzo di norme unilaterali (denominate « norme di delimitazione », « norme spaziali » o « rules of scope »), innanzitutto delimiti lo spazio di applicazione internazionale del suo diritto interno, e che ciò possa fare liberamente, in particolare, avendo riguardo alla natura degli istituti che vengono di volta in volta in linea di conto, alla *ratio* delle norme materiali o piuttosto dei gruppi o categorie di norme materiali che li regolano, secondo cioè gli obiettivi di politica legislativa da queste perseguite; che ciascuno Stato recepisca e faccia applicazione delle norme straniere nella misura in cui queste sono dichiarate applicabili dallo Stato che le ha emanate; nel caso di conflitti fra due o più leggi – fra i quali è, secondo certo unilate-

¹⁴³² V. ad es. AUDIT, *Cours général*, p. 279 s., e *D.i.p.*, p. 94 s.; GOTHOT, *Le renouveau*, p. 212; CARILLO SALCEDO, *Le renouveau du particularisme*, p. 199 s.; LAGARDE, *Principe de proximité*, p. 51; LEQUETTE, *La protection familiale*, p. 213 s., spec. 231 s.; IDOT, *Les conflits de lois en droit de la concurrence*, *Chunet*, 1995, p. 340; JACQUET, *Fonction supranationale*, p. 211.

¹⁴³³ BALLARINO, *D.i.p.*, p. 187 (il quale tuttavia osserva che i due tipi di norme sono « spesso assai simili dal punto di vista tecnico »); BONOMI, *Norme imperative*, p. 164.

¹⁴³⁴ MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 299 s. (v. anche MAYER/HEUZÉ, p. 81 s.), il quale ha persuaso GUEDEJ, *The Theory of the Laws of Police*, p. 677 s.

ralismo americano, opportuno, per le ragioni che si sono viste, che s'includano quelli cui partecipa la legge del foro – si può pensare, si è visto, a privilegiare quella delle leggi in conflitto che prevede l'attuazione più piena di un certo risultato perseguito dal foro (tipicamente la valida costituzione di una situazione giuridica) ovvero la legge più *effettiva*, cioè quella che è « più in grado di imporsi in fatto alle parti » e che si è di fatto già loro imposta, che si è già concretamente attuata. Ciò ricordato, veniamo dunque alle differenze, che, secondo certa dottrina, farebbero delle norme unilaterali studiate qualcosa di *diverso* dalle norme di conflitto unilaterali propugnate dall'unilateralismo.

218. 1. Si sostiene in primo luogo che, mentre le norme di applicazione necessaria sono tali proprio in considerazione dell'*oggetto* e dello *scopo* che perseguono, la norma di conflitto unilaterale, esattamente come la norma di conflitto bilaterale, non tiene conto dell'*oggetto* e dello *scopo* delle disposizioni contenute nelle norme ch'essa rende applicabili¹⁴³⁵. Preferendosi qui parlare di *ratio* di una norma, e poiché il confronto deve svolgersi tra due entità omogenee, la critica, riformulata, significa che la norma unilaterale che sta alla base delle norme di applicazione necessaria rende applicabili queste ultime in funzione della loro *ratio*, mentre la norma di conflitto unilaterale non rende applicabili le norme che richiama in funzione della loro *ratio*, ma di qualcos'altro. Cioè, più precisamente, il *criterio* di collegamento scelto dalle norme unilaterali (non di conflitto) ha riguardo alla *ratio* delle norme che richiama, il *criterio* di collegamento scelto dalle norme di conflitto unilaterali *non* ha invece riguardo alla *ratio*, ma a qualcos'altro.

Ebbene, a parte il rilievo che l'unilateralismo americano, come si è ricordato, predica proprio la libertà per ogni Stato di configurare le « rules of scope » sulla base della *ratio* delle norme da esse richiamate; ed a parte quell'altro, secondo cui di *ratio* non v'è più ragione di parlare quando la norma unilaterale che risiede a fondamento delle norme di applicazione necessaria è *esplicita*, vediamo, qualche esempio alla mano, a quali conseguenze condurrebbe la tesi esposta. Mentre la norma di *conflitto* unilaterale francese, che prevede che due cittadini domiciliati in Francia possano chiedere il divorzio in Francia¹⁴³⁶, *non* si fonda sulla *ratio* delle norme francesi sul divorzio¹⁴³⁷, la norma *unilaterale* implicita francese, che prevede che un cittadino francese domiciliato in Francia possa ottenere il divorzio in Francia conformemente alla legge francese¹⁴³⁸, è invece giustificata dalla *ratio* di tali norme. Che la norma *unilaterale* implicita italiana, che prevede che, in materia di protezione dei minori da abusi della potestà dei genitori, o quando meno in tema di allontanamento dalla residenza familiare e di decadenza dalla patria potestà, siano applicabili le norme del foro nelle ipotesi in cui la *residenza* del

¹⁴³⁵ MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 299.

¹⁴³⁶ Si tratta dell'articolo 310, che lo stesso MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 297 assume a modello di norma di conflitto unilaterale.

¹⁴³⁷ MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 297.

¹⁴³⁸ Lo stesso Mayer riconosce che il meccanismo utilizzato dalla *Cour de cassation* è « proche de celui des lois d'application nécessaire » (MAYER/HEUZÉ, p. 141).

figlio si trova in Italia, è fondata sulla *ratio* delle relative norme, mentre *non* lo è, ad esempio, la norma prevista dalla Convenzione dell'Aja del 1961¹⁴³⁹, che prevede, fra l'altro, che le norme del foro ricevano efficacia quando la residenza abituale del minore si trova nel foro e vengono adite le autorità del foro¹⁴⁴⁰. Il collegamento della residenza è scelto nel primo caso avuto riguardo alla *ratio* di protezione del minore, nel secondo caso *non* è scelto avuto riguardo a tale *ratio* di protezione del minore. Ancora: la norma unilaterale che prescrive che il matrimonio celebrato in Italia sia sottoposto alla maggiore parte delle disposizioni materiali italiane in materia di condizioni per contrarre matrimonio è dettata dalla *ratio* delle disposizioni in questione, mentre la norma unilaterale della LDIP svizzera che prevede che, in materia di condizioni per contrarre matrimonio, si applichi la legge svizzera qualora il matrimonio sia celebrato in Svizzera, non è motivata dalla *ratio* delle norme del Codice civile elvetico così richiamate.

Come si è mostrato, e come si è giustamente detto, la differenza rilevata fornisce un'« immagine caricaturale e non realistica » delle norme di conflitto unilaterali¹⁴⁴¹, perché sempre esiste un legame *funzionale* fra il criterio di collegamento e la categoria di norme rese applicabili, di guisa che il primo è scelto riguardo proprio alla *funzione* della seconda¹⁴⁴². Dove si è invece, crediamo, nel vero è quando si sostiene che la norma di conflitto unilaterale, come la norma di conflitto bilaterale, non ha, nella scelta del fattore di collegamento, riguardo tanto al contenuto *specifico*, nel suo minuto e peculiare articolarsi, delle norme *del foro*, ma piuttosto, innalzandosi ad un piano d'astrazione più generale¹⁴⁴³, alla concezione (pur propria del foro) della *natura* del rapporto, della *funzione* della *categoria* di norme che lo disciplinano, della fisionomia delle *questioni* da esse regolate¹⁴⁴⁴. Ma, a ben riflettere, come lascia intendere taluno¹⁴⁴⁵, ciò vale anche per le norme unilaterali che rendono di necessaria applicazione le norme materiali da esse richiamate. Ché tutti i collegamenti unilaterali così impiegati sono scelti in funzione della *ratio* complessiva, della funzione della categoria cui le norme appartengono,

¹⁴³⁹ Entrata in vigore in Italia il 23 aprile 1995: v. BONOMI, *Norme imperative*, p. 105.

¹⁴⁴⁰ BUCHER, *L'enfant en droit international privé*, Genève [etc.], 2003, p. 118.

¹⁴⁴¹ BONOMI, *Norme imperative*, p. 163; cfr. DÉBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit*, p. 50: « Peut-on nier que, en matière de statut personnel, par exemple, le choix entre le domicile et la nationalité comme critère de rattachement, ne soit fait en fonction d'impératifs démographiques ainsi que de la considération d'un nécessaire domaine d'application que l'on veut assurer à la loi? ». L'A. continua: « Le but poursuivi par le législateur peut donc parfaitement se satisfaire de la découverte d'un nouveau rattachement qui permettra à la loi nouvelle une application différente dans son étendue de celle qui aurait résulté d'une règle de conflit de type classique, déjà existante ».

¹⁴⁴² Il carattere funzionale delle principali norme di conflitto è messo in luce da AUDIT, *Le caractère fonctionnel*, spec. p. 270 s., il quale ha significativamente mosso, fra l'altro, da un'analisi delle dottrine unilaterali americane.

¹⁴⁴³ BUCHER/BONOMI, p. 99.

¹⁴⁴⁴ MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 298.

¹⁴⁴⁵ BONOMI, *Norme imperative*, p. 163.

dell'istituto o della questione giuridica che regolano¹⁴⁴⁶. La verità della quale affermazione è confermata da ciò che, nel d.i.p. comparato, si riscontra una significativa convergenza nella selezione di tali criteri, anche se le discipline materiali rimangono significativamente diverse¹⁴⁴⁷.

2. Bisogna dunque pure respingere l'ulteriore, ma collegato rilievo, che fa leva sulla convinzione che le norme di applicazione necessaria intervengano a carattere *puntuale* ed *episodico*, mentre le norme di conflitto unilaterali vere e proprie comprenderebbero, esattamente come le norme di conflitto bilaterali, intere « categorie »¹⁴⁴⁸ o « questioni giuridiche ». Ancora una volta, si hanno qui in mente soltanto le norme di applicazione necessaria *implicite*, che sono bensì ricavate puntualmente ed episodicamente, ma

¹⁴⁴⁶ Su ciò che anche le norme unilaterali, come le norme di conflitto bilaterali, includano, nel loro « présupposé », delle « questions de droit », v. BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, p. 255, p. 290: « La règle unilatérale peut également prendre en charge une partie du rapport privé international de manière autonome. C'est dire qu'elle gouverne seule la question de droit que son présupposé comprend. Il ne faut toutefois pas en inférer qu'elle forme un isolat au sein de la réglementation des conflits de lois. La relation privée internationale lui est en partie soumise (...) ».

¹⁴⁴⁷ Cfr. DÉBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit*, p. 55, la quale richiama le « règles de conflit spéciales » circa la « matière qu'elles concernent ». Insomma: non è per il fatto che la norma del foro in materia di licenziamenti prescrive un termine di preavviso di *tre* mesi – e non, ad esempio, di *sei* – che essa norma intende operare nei casi in cui la prestazione lavorativa viene eseguita nel foro, bensì perché la *funzione* della categoria cui appartiene questa norma, come tante altre, è quella di *proteggere* il lavoratore che presta la sua attività nel foro, sicché avrebbe poco senso dichiarare di intendere proteggerlo se poi gli si permettesse di acconsentire a sottoporsi ad una legge diversa e meno protettiva. Il collegamento del luogo di esecuzione del lavoro rimane, cioè, opportuno sia che il preavviso sia di tre mesi, sia che sia di sei mesi, sia che le norme prevedano un'indennità di fine rapporto, sia che non la prevedano. Lo stesso è a dirsi del collegamento della *residenza* del figlio: non è che la giurisprudenza lo abbia scelto perché la legge italiana prevedeva particolari presupposti per l'allontanamento della residenza familiare, di guisa che, se ne avesse previsti di diversi, ne avrebbe scelto uno diverso, ma perché la *funzione* di questa, come di tante altre norme attigue, è quella di *proteggere* il minore. Parimenti, non è per il fatto che le norme italiane in materia successoria riservano ai legittimari, in certe circostanze, poniamo, 1/3 e non 1/4 della massa ereditaria, che queste vogliono applicarsi anche se il *de cuius*, cittadino italiano, ha optato per la legge straniera della sua residenza, ma è la concezione del *rapporto successorio*, propria dell'Italia, e di altri Paesi, che impone di impedire al *de cuius* che pregiudichi mediante una *professio iuris* gli interessi dei prossimi congiunti.

¹⁴⁴⁸ MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 298: « Or, les lois de police ne soustraient pas à l'ordre juridique étranger une partie de la *matière* qui lui est attribuée par la règle de conflit bilatérale; elles se substituent ponctuellement, en fonction de leur contenu, aux *règles* correspondantes de cet ordre » (corsivo dell'A.). Viene invece naturalmente a parlare di *matière*, come dell'oggetto delle norme unilaterali che risiedono a fondamento delle norme d'applicazione necessaria DÉBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit*, p. 55: « Si l'on a mis parfois l'accent sur le caractère exorbitant de ces critères de rattachement, ceux-ci se révèlent cependant comme des critères objectifs de même nature que ceux traditionnellement utilisés dans la mise en œuvre de la règle de conflit, spécialement établis et adaptés, non pas à une ambition, mais à la *matière* qu'ils concernent » (corsivo nostro).

perché la necessità della loro messa in luce deriva da casi giurisprudenziali singoli ed occasionali. Si pensi invece alle norme unilaterali *esplicite*. L'articolo 44 LDIP, che la dottrina svizzera annovera fra quelle che dichiarano « d'ordine pubblico » le norme richiamate¹⁴⁴⁹, riguarda la categoria « forma del matrimonio », esattamente come l'articolo 28 della legge italiana, che è una norma di conflitto (pur bilaterale). La categoria « condizioni per contrarre matrimonio » è, in Italia, retta quasi integralmente quanto meno *anche* dalla legge italiana quando il matrimonio è da celebrarsi in Italia, le norme materiali italiane al riguardo essendo, come si è visto, di applicazione necessaria o d'ordine pubblico: nel loro insieme, tali norme coprono in pratica la medesima categoria, ad esempio, dell'articolo 44, comma 1, della LDIP (norma unilaterale) e dell'articolo 13 dell'*EGBGB* (norma di conflitto bilaterale). Le norme in materia di protezione della concorrenza sono – vi è in pratica l'unanimità dei consensi – « di applicazione necessaria », anche nei casi, e sono la maggioranza, in cui la norma unilaterale che ne delimita il campo d'applicazione è *implicita*; eppure possono senz'altro dirsi formare una « categoria », la quale può essere inserita in una norma di conflitto apposita, come avviene in Svizzera, con l'articolo 137 LDIP, che ha formulazione bilaterale. Le norme francesi sul divorzio, di applicazione necessaria se si tratta di cittadino francese domiciliato in Francia, coprono la stessa categoria di una qualsiasi norma di d.i.p. sul divorzio, in particolare dell'articolo 310 del *Code civil*. Lo stesso è a dirsi delle norme in materia di protezione dei lavoratori e dei consumatori: se le prime decisioni emesse al riguardo rendevano applicabile questa o quest'altra *singola* norma, ciò era semplicemente perché la questione concreta venuta al vaglio della giurisprudenza necessitava della sola applicazione di questa o quest'altra norma; ma vi sono ormai norme sicuramente *di conflitto* che racchiudono le relative norme materiali in una *categoria* autonoma, come gli articoli 120 e 121 LDIP, bilateralmente formulati.

3. Altra presunta differenza è che la norma unilaterale che sta alla radice della norma di applicazione necessaria entra in funzione soltanto se la legge straniera altrimenti applicabile non consente di raggiungere lo scopo perseguito dal legislatore del foro, mentre la norma di conflitto unilaterale impone comunque l'osservanza delle norme da esse richiamate indipendentemente dal contenuto della legge straniera altrimenti designata (quella, nel sistema unilaterale, che vuole applicarsi), e non tollera un'applicazione neppure concorrente di questa¹⁴⁵⁰. Chi brandisce tale differenza, da un lato, trascura l'esistenza di norme di applicazione necessaria che s'applicano senza alcun preliminare confronto fra il loro contenuto e quello della norma straniera altrimenti applicabile, dall'altro, e soprattutto, non ha riguardo alla sistemazione più evoluta della dottrina

¹⁴⁴⁹ VISCHER, *Zürcher Kommentar*, p. 267 (secondo il quale, con una tale disposizione, « will das Gesetz eine schweizerische *politique législative* durchsetzen »); BUCHER, *Ordre public*, p. 57; SIEHR, *Das IPR der Schweiz*, p. 603.

¹⁴⁵⁰ V. BONOMI, *Norme imperative*, p. 164; MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 299 il quale così conclude: « C'est une différence fondamentale avec les règles de conflit unilatérales ».

unilaterale. Innanzitutto, come si ammette che le norme di conflitto bilaterali possano orientare il loro funzionamento (bilaterale) verso un certo risultato, perseguito dal foro, così si è costretti ad ammettere che le norme di conflitto unilaterali possano orientare il loro funzionamento (unilaterale) verso un certo risultato, perseguito dal foro, senza rinnegare loro essenza di norme di conflitto *unilaterali*. Ma, soprattutto, si ricordi, appunto, il *terzo* momento dell'unilateralismo: se vi sono conflitti positivi, e se si ammette che ad essi – e allora loro risoluzione – partecipi anche la legge del foro, una delle proposte escogitate per risolverli consiste proprio nel privilegiare la legge, del foro o straniera, che consente, nel caso di specie, di raggiungere uno specifico risultato materiale. Sicché la norma materiale richiamata da una norma di conflitto unilaterale non s'impone automaticamente, ma, nel caso di conflitto, soltanto se il criterio di collegamento unilaterale si *cumula* con un criterio materiale, il quale pure gioca a favore delle norme del foro. Il meccanismo delle norme unilaterali a carattere *localizzatore* ed insieme *materiale* sembra allora il medesimo di quello delle norme di conflitto unilaterali suggerite dall'unilateralismo più maturo.

4. Simile è l'osservazione secondo cui, nelle materie rette dalla *lex fori* per effetto di una norma di conflitto unilaterale, non residua alcuno spazio per il richiamo del diritto straniero: il giudice applica le norme interne senza tener conto delle leggi degli altri ordinamenti con cui il rapporto è collegato; le norme di applicazione necessaria invece, si sostiene, si sovrappongono alle norme straniere¹⁴⁵¹. Ora, da un lato, l'unilateralismo, nella sua forma più piena, si preoccupa di risolvere i conflitti dando priorità all'una o all'altra legge nella misura in cui l'operare congiunto delle loro norme sia *incompatibile*; sicché non è contrario al postulato dell'unilateralismo che si tenti una messa in opera *cumulativa* di entrambe le leggi, ed anzi, secondo alcuni avversari dell'unilateralismo, questa sarebbe la posizione più coerente, perché più rispettosa della « volontà d'applicazione » delle leggi in presenza¹⁴⁵². Vi è inoltre da rimarcare che una sovrapposizione delle norme di applicazione necessaria, nella categoria cui queste ineriscono, e delle norme straniere, è possibile soltanto quando e nella misura in cui non v'è incompatibilità, il che avviene di rado. E ciò non solo per quanto riguarda le norme di applicazione necessaria c.d. di *direzione*¹⁴⁵³, per le quali ogni concorso della legge straniera pare per ipotesi escluso *a priori*, ma anche per le norme di applicazione necessaria c.d. di *protezione*: qui, infatti, o le norme straniere permettono di raggiungere il risultato perseguito, ed allora le norme del foro non ricevono efficacia, o non lo permettono, ed allora si mettono in opera le norme del foro, ad esclusione, sul punto, delle norme straniere.

¹⁴⁵¹ BONOMI, *Norme imperative*, p. 165; MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 298 s.; LIPSTEIN, *General Principles*, p. 204.

¹⁴⁵² WIETHÖLTER, *Einseitige Kollisionsnormen*, p. 29.

¹⁴⁵³ Cfr. BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, p. 289: « Dans ce cas de figure, la règle unilatérale ne souffre guère la compétition; elle prend en charge seule une question de droit particulière ».

Così, ad esempio, per applicare l'articolo 333 del Codice civile s'è dovuta lasciare da parte la norma straniera corrispondente, e, similmente, l'articolo 46, comma 2, quando entra in gioco, rende applicabili le norme italiane ad esclusione, in punto a tutela dei legittimari, delle norme straniere corrispondenti, per ipotesi meno vantaggiose¹⁴⁵⁴.

5. Ulteriore differenza consisterebbe in ciò che le norme di conflitto unilaterali non si applicano se sono norme di uno Stato terzo, mentre le norme di applicazione necessaria, o meglio le norme unilaterali straniere che ne prescrivono l'applicazione, sono suscettibili di intervenire anche se lo sono¹⁴⁵⁵. Con il quale argomento si è addirittura perso di vista il cuore dell'istanza unilaterale, per la quale l'applicazione della norma unilaterale straniera (per l'unilateralismo tutti gli Stati sono terzi) è addirittura il programma. Il principio, che vedremo tra breve, secondo cui le norme unilaterali che stanno alla base di norme di applicazione necessaria straniere possono essere rispettate e chiamate ad operare nel foro, di nuovo, sembra venire incontro a quest'istanza, ed è anzi, come pure stiamo per vedere, promosso con argomenti *identici* a quelli messi innanzi dagli unilateralisti.

6. Da petizione di principio è affetto infine il rilievo che le norme di applicazione necessaria, *rectius*, le norme unilaterali che ne stanno alla base, possono essere anche *implicitae*, mentre le norme di *conflitto* unilaterali non lo sarebbero mai. A parte che non è chiaro perché le norme di conflitto bilaterali possano essere implicite, e ricavate per via giurisprudenziale, e le norme conflitto unilaterali, che nella visione unilateralista sono, fatta salva la debilateralizzazione, analoghe alle norme di conflitto bilaterali, non sia possibile, qui si dà per presupposta proprio l'esistenza di quella distinzione che è ci si è invece proposti di verificare. Vero è invece che bisogna *prima* determinare se le norme unilaterali studiate sono appunto norme di conflitto unilaterali e, se lo sono, ciò costituisce la migliore riprova di ciò che queste ultime possono anche essere implicite¹⁴⁵⁶.

¹⁴⁵⁴ Né si confonda l'applicazione *coordinata* di norme straniere e di norme del foro ad una medesima fattispecie che interessa due o più *categorie* o *questioni diverse*, di guisa che per l'una, coperta da norme d'applicazione necessaria (*rectius*: dalla norma unilaterale che vi risiede alla base), si applicano le norme del foro, per l'altra o le altre, di cui si occupano una o più norme bilaterali, operano le norme straniere da esse richiamate, con la *sovrapposizione* o *concorso*, nell'ambito della sola categoria coperta dalle norme d'applicazione necessaria, delle norme del foro e delle norme straniere (v. ancora BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, p. 288 s.). In materia di *concorrenza*, ad esempio, se sussiste il collegamento con il foro che designa le relative norme materiali del foro, non si applicano le norme straniere, ma solo, ovviamente, per quanto riguarda la categoria « protezione della concorrenza », tutto il resto esorbitando dalla categoria coperta dalla norma unilaterale.

¹⁴⁵⁵ MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 300.

¹⁴⁵⁶ Un'altra presunta differenza (MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 299) è costituita dai (presunti) diversi effetti prodotti da una modificazione legislativa. Si sostiene che una norma di applicazione necessaria non possa essere modificata senza che ci si debba chiedere se essa ha conservato la sua posizione rafforzata, ciò che invece parrebbe da escludere se la norma materiale modificata è

219. In conclusione, nessuno degli argomenti esaminati fin qui è davvero convincente. Nondimeno, ve ne è un ultimo, che, anche se non sempre ben isolato ed esplicitato, è tuttavia in qualche modo avvertito, almeno da alcuni, e che varrebbe da solo a dare piena ragione all'opinione, o al sentimento, di chi esita ad includere il fenomeno delle norme unilaterali, implicite od esplicite, a carattere localizzatore o materiale, fin qui studiate, fra le incarnazioni dell'unilateralismo tradizionale. Si tratta dell'argomento che fa leva sull'osservazione delle *modalità di richiamo del diritto straniero* nello spazio lasciato libero dalle norme unilaterali del foro. La norma unilaterale speciale, si è detto, *deroga* alla norma bilaterale generale e, di conseguenza, quando la norma unilaterale speciale non opera, sembrerebbe che ci si muova nell'ambito d'efficacia della norma *bilaterale generale*¹⁴⁵⁷. Se è così, le norme unilaterali in questione non sono una manifestazione dell'unilateralismo semplicemente perché, al di fuori dell'area rivendicata dalla norma unilaterale del foro, la designazione del diritto straniero avviene per mano della norma bilaterale generale, e non secondo lo schema unilaterale; se è così, insomma, dei tre articoli dell'unilateralismo se ne compie uno solo, quello che protesta la libertà di ogni Stato di fissare la sfera d'applicazione delle proprie norme in funzione della politica legislativa perseguita, né il secondo né il terzo, più qualificanti, vengono invece attuati. Avrebbe allora ragione chi vede in tali norme unilaterali derogatorie un semplice espediente per allargare il campo d'applicazione delle norme interne, il che sembra peraltro procedere da una preoccupazione nazionalistica addirittura *in contrasto* con l'afflato internazionalistico che ispira l'unilateralismo tradizionale e moderno ad un tempo¹⁴⁵⁸.

Ma il richiamo del diritto straniero, nelle norme studiate, avviene davvero per opera della porzione *estroversa* della norma bilaterale *generale* derogata? Interessandosi ormai da

richiamata da una norma di conflitto unilaterale. Ancora una volta, la portata di tale considerazione è circoscritta ai casi in cui la norma d'applicazione necessaria è tale in virtù di una norma unilaterale *implicita* (è evidente infatti che se anche dovesse apportarsi una modifica alla legge italiana sull'adozione, innalzando p. es. l'età minima dell'adottante, la normativa sull'adozione, resa applicabile dall'articolo 38, *in fine*, della legge di riforma, non per questo cessa di applicazione necessaria qualora l'adozione venga chiesta in Italia). Se la norma unilaterale è implicita, è bensì corretto chiedersi se la disciplina modificata continui a richiedere uno spazio di efficacia privilegiato, ma ciò equivale ad interrogarsi sulla permanenza di tale norma unilaterale.

¹⁴⁵⁷ MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 298: « Ces règles de conflit normales ne constituent pas des applications même limitées de la doctrine de l'unilatéralisme. En effet, elles ne procèdent nullement du souci internationaliste de respecter les limites que les souverainetés s'assignent à elles-mêmes: la compétence de la loi étrangère est au contraire déterminée par la règle de conflit bilatérale du for qui complète la règle unilatérale » (v. anche nota seguente); così anche, per lo più, DÉBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit*, p. 54 s.

¹⁴⁵⁸ MAYER/HEUZÉ, p. 81: « Ce procédé est très différent du véritable unilatéralisme, puisqu'il n'exclut, mais complète, un rattachement bilatéral; il est de plus *nationaliste*, élargissant la compétence de la loi du for, alors que l'unilatéralisme de Niboyet ou de Quadri se veut au contraire respectueux de la souveraineté étrangère, et peut donc être qualifié d'internationaliste ».

decenni al problema, anche se concentrando la sua attenzione per lo più sulle norme unilaterali *implicite*, e per giunta circoscrivendola ad una materia particolare, quella *contrattuale*, la dottrina ha per lo più propeso per la *negativa*. Essa ha suggerito innanzitutto l'elaborazione di una norma bilaterale *speciale*, il che le ha consentito di permanere nell'alveo del bilateralismo; presto ha tuttavia proposto che si richiamino le norme straniere dichiarate *applicabili* dallo Stato che le ha poste, in forza dunque del criterio del rispetto della « volontà d'applicazione » del diritto straniero, con il che è venuta a preconizzare l'adesione all'unilateralismo. Studiamo questo interessante processo.

Sezione III

Il richiamo del diritto straniero: l'esclusione della « bilateralizzazione » e i conflitti di *lois de police*

SOMMARIO: – 220. Originarie proposte di *bilateralizzazione* del criterio di collegamento unilaterale. Successivo, unanime rifiuto di essa. – 221. Le ragioni di tale rifiuto: l'incoerenza rispetto allo scopo perseguito, cioè il coordinamento e l'armonia della soluzioni. – 222. Le proposte di soluzione dei conflitti fra norme di applicazione necessaria (*conflits de lois de police*). Ricerca di una « shared policy » e principio di prossimità. – 223. (segue): Riserve circa la prevalenza automatica delle norme imperative del foro nei casi di conflitto internazionale d'imperatività. – 224. Conclusioni: l'unilateralismo del metodo delle norme d'applicazione necessaria. – 225. Contraddizione fra rifiuto dell'unilateralismo generale e suo accoglimento in tema di norme d'applicazione necessaria. – 226. La parzialità di tale unilateralismo: i due tipi di *limiti*.

220. Identificata la norma unilaterale alla base delle norme di applicazione necessaria, si è da principio proposto di *bilateralizzarla*. I primi suggerimenti in tal senso, avanzati soprattutto in Germania, negli anni cinquanta e sessanta, avevano per vero piuttosto il fine di rompere con il postulato dell'inapplicabilità del diritto pubblico e delle leggi c.d. politiche straniere, le prime *lois de police* ad essere messe in luce avendo in effetti impronta marcatamente pubblicistica¹⁴⁵⁹. Non è tanto, dunque, che si fosse disposti ad aprirsi a quelle *sole* norme straniere rese applicabili in virtù dello *stesso* collegamento scelto dal foro per le proprie, e si volesse negare ingresso nel foro alle altre: l'obiettivo piuttosto era, per intanto, di creare una prima breccia che aprisse la via all'accoglimento del diritto imperativo straniero *in generale*. Certa dottrina francese dei primi anni

¹⁴⁵⁹ NEUMAYER, *Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations*, *Rev. crit.*, 1958, p. 53 s.; ZWEIGERT, *Droit international privé et droit international public*, *Rev. crit.*, 1965, p. 656.

settanta ha pure parteggiato per la bilateralizzazione, essenzialmente anch'essa per reagire al *particolarismo* delle norme di applicazione necessaria, e riportarle nell'alveo familiare del metodo conflittuale tradizionale¹⁴⁶⁰. Si è allora parlato di « neo-conflittualismo »¹⁴⁶¹ e i suoi fautori sono stati talvolta designati quali « neo-conflittualisti ». Ma sin dagli albori della nuova teoria, la grande maggioranza degli autori ha negato che la bilateralizzazione sia, diciamo genericamente, opportuna, sostenendo che, se alle norme imperative straniere conviene certo fare spazio, non ci si può limitare a farlo nei casi reciproci rispetto a quelli nei quali reclamano di intervenire quelle del foro. Il che appare oggi il punto di vista largamente dominante, ed invero pressoché unanime¹⁴⁶², tanto che la *querelle* sembra ormai superata ed oggi quasi dimenticata¹⁴⁶³. Gli argomenti avanzati *contro* la bilateralizzazione sono, per il tema che ci occupa, ovviamente, del più grande interesse e si vogliono dunque qui di seguito riesumare.

221. Il ricorso ad essa è « illogico », si è detto da numerose voci¹⁴⁶⁴, ed addirittura « illecito »¹⁴⁶⁵, perché la specificità di tali norme risiederebbe nel legame che unisce il loro *tenore* e il loro *campo d'applicazione spaziale*¹⁴⁶⁶, legame concreto, specifico, che finisce per essere disatteso e messo nel nulla dalla bilateralizzazione¹⁴⁶⁷. Una norma di applicazione necessaria – si è precisato da parte di alcuno – non può essere qualificata tale, e il suo campo di applicazione non può essere tracciato, se non con riferimento alla

¹⁴⁶⁰ E' la posizione di DÉBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit*, p. 52 s. e, ancora prima, di TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, Paris, 1972, p. 286 s. e di RIGAUD, *Droit international privé*, p. 118 s. V. in senso analogo, SCHURIG, *Kollisionsnorm und Sachrecht*, p. 146 s.; SCHUBERT, *Internationale Verträge und Eingriffsrecht – Ein Beitrag zur Methode des Wirtschaftskollisionsrechts, Recht int. Wirtschaft*, 1987, p. 743; MENTZEL, *Sonderanknüpfung von Eingriffsrecht im internationalen Vertragsrecht*, Mainz, 1993, p. 232.

¹⁴⁶¹ V., ad es., per questa terminologia, LEQUETTE, *La protection familiale*, p. 230, e MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 293.

¹⁴⁶² Fra i tanti, v. WENGLER, *Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht. Eine rechtsvergleichende Studie, ZVerglRWiss.*, 1941, p. 168-212, spec. p. 183 s.; DE NOVA, *Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application*, p. 399-400; FRANCESCAKIS, *Quelques précisions*, p. 16, nota 2; GRAULICH, *Règles d'application immédiate*, p. 638; GOLDMAN, *Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence, RCADI*, 1969-III, p. 722 s.; LEQUETTE, *La protection familiale*, p. 302; FADLALLAH, *La famille légitime en droit international privé*, p. 127; HAGE-CHAHINE, *Les conflits dans l'espace et dans le temps en matière de prescription*, Paris, 1977, p. 257 s.; CHAPPELLE, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, thèse Paris II, 1979, multigr. n. 312; MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 293; BATIFFOL/LAGARDE, t. I, p. 429; ANCEL/LEQUETTE, p. 508 s.; HOLLEAUX, FOYER, GEOUFFRE DE LA PRADELLE, p. 333; AUDIT, *D.i.p.*, p. 106; LOUSSOUARN/BOUREL, p. 100.

¹⁴⁶³ V. ancora il rapido accenno di AUDIT, *Cours général*, p. 287.

¹⁴⁶⁴ MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 293, e la letteratura da lui citata alla nota 41.

¹⁴⁶⁵ MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 293.

¹⁴⁶⁶ FADLALLAH, *La famille légitime en droit international privé*, Paris, 1977, n. 127: « Le propre d'une loi de police (...) est dans le lien qui unit sa teneur à son domaine dans l'espace ».

¹⁴⁶⁷ FADLALLAH, *La famille légitime en droit international privé*, n. 127; cfr. BONOMI, *Norme imperative*, p. 233.

politica legislativa perseguita dal *legislatore che l'ha posta*¹⁴⁶⁸. Si è ulteriormente spiegato che non è soltanto la caratterizzazione di tali norme quali d'applicazione necessaria che viene fatta secondo la concezione dello Stato straniero di appartenenza, ma è l'« indicazione del criterio di *collegamento* che precisa lo spazio di applicazione necessaria che è *mutuato* dalla legge straniera »¹⁴⁶⁹. Insomma, alla radice della loro efficacia non risiede la ricerca della « *simmetria* rispetto all'applicazione delle norme di applicazione necessaria del foro, ma il *riflesso* della *necessità di applicazione* che è loro propria nell'ordinamento di appartenenza »¹⁴⁷⁰. Le quali ultime considerazioni hanno indotto altri autori a precisare che non è tanto il rispetto dello *scopo* o della *finalità* specifica delle norme di applicazione necessaria straniera¹⁴⁷¹, di cui si riconosce oggi che, almeno in numerosi settori, è in pratica largamente *comune* da Paese a Paese, che impedisce la bilateralizzazione¹⁴⁷²; tanto è vero, del resto, che, se anche tale finalità dovesse rendere oggettivamente opportuna un'applicazione più estesa, o diversa, rispetto a quella adottata dal legislatore che ha posto le norme in questione, si ammette che non è consigliabile dare loro efficacia in tale ambito più esteso o diverso¹⁴⁷³. La ragione

¹⁴⁶⁸ MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 294; GRAULICH, *Règles d'application immédiate*, p. 638; DE NOVA, *Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application*, p. 400.

¹⁴⁶⁹ MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 295: « C'est en effet non seulement la caractérisation, mais l'indication du critère spatial précisant le domaine nécessaire d'application de la règle, qui sont demandées à la loi étrangère ».

¹⁴⁷⁰ MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 295: « l'application des lois de police étrangères en tant que telles ne constitue pas le symétrique de l'application des lois de police du for, mais le reflet, dans un for qui n'est pas le leur, de la nécessité d'application qui les caractérise dans leur propre for ».

¹⁴⁷¹ WENGLER, *Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts*, p. 183 s.

¹⁴⁷² BOUCOUBZA, *L'acquisition internationale de société*, spec. p. 311: « Les objectifs poursuivis par de nombreux pays dans des domaines couverts par des lois de police sont aujourd'hui fréquemment identiques ».

¹⁴⁷³ V. ancora MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 322: « Enfin, il n'est pas utile de reconnaître à la loi de police étrangère une compétence plus grande qu'elle n'en revendique pour elle-même. Il n'y aurait là aucune impossibilité théorique, car le droit international privé étranger ne s'impose pas au juge saisi: mais l'objectif d'harmonie des solutions incite à ne pas se montrer plus royaliste que le roi ». Il chiaro A. sembra combattuto fra il desiderio di negare che, dal punto di vista *teorico*, la « volontà d'applicazione » debba considerarsi come necessaria (« on a vu, en effet, que la loi de police n'est pas rendue applicable parce qu'elle a la volonté de s'appliquer, mais parce que la politique qu'elle poursuit le commande objectivement »), e la consapevolezza che, dal punto di vista degli obiettivi *praticamente* avuti di mira, è contro-produttore applicare una norma d'applicazione necessaria che *non voglia applicarsi*. Per conciliare questi due punti di vista, è costretto a postulare una quasi-infallibilità del legislatore straniero nel calibrare il campo d'applicazione della norma sulla politica legislativa perseguita: « (...) les chances sont fortes pour que les critères dégagés par le législateur étranger, et surtout, dans le silence du législateur, par la jurisprudence étrangère, soient exactement adaptés à ce que commande la politique poursuivie par la règle ». Che il problema si ponga soltanto quando la norma di applicazione necessaria straniera *vuole* essere applicata, e che ciò che rilevi nel foro sia piuttosto il dato *formale* che non *materiale* (v. *infra*, nel testo, nota seguente), l'A.

– si è dunque concluso – del rigetto della bilateralizzazione quale tecnica di richiamo nel foro delle norme d'applicazione necessaria straniera risiede piuttosto in ciò che la bilateralizzazione non sarebbe conforme agli obiettivi che ispirano l'attribuzione di efficacia a tali norme da parte del foro, i quali suggeriscono di tenere conto non tanto del loro contenuto *materiale*, quanto piuttosto del momento *formale*, cioè appunto della loro « necessità d'applicazione » o « volontà d'applicazione » nell'ordinamento che le ha emanate¹⁴⁷⁴. Poiché, si è limpidamente osservato, « l'applicazione delle norme di applicazione necessaria straniera è fondata sull'idea di cooperazione internazionale, la quale a sua volta fa leva sulle nozioni di reciprocità, di armonia internazionale delle soluzioni, di efficacia internazionale delle decisioni, *conviene scegliere un modo di designazione che permetta di raggiungere questi obiettivi* »¹⁴⁷⁵. L'alternativa è – si è proseguito – fra « metodo bilaterale e il metodo unilaterale »¹⁴⁷⁶. Ora, applicare il metodo bilaterale, pare inadeguato, perché esso risulta « assolutamente inadatto a soddisfare gli obiettivi fondanti l'applicabilità delle norme di applicazione necessaria straniera »¹⁴⁷⁷. Se si applica una norma imperativa al di fuori del suo campo d'applicazione « l'armonia delle soluzioni, la speranza di un'eventuale reciprocità, l'efficacia internazionale delle decisioni, non sarebbero realizzate ». E' bene dunque, si è detto, che l'interprete applichi la norma d'applicazione necessaria straniera « come il giudice straniero l'avrebbe applicata, ed in particolare con la sfera d'applicazione che gli è riconosciuta » nell'ordinamento d'origine¹⁴⁷⁸.

I « neo-conflittualisti » hanno dal canto loro obiettato che il risultato potrebbe essere raggiunto mediante un uso sistematico del rinvio¹⁴⁷⁹. Ma, si è replicato, non si tratta

pare del resto ammettere senza ambagi a p. 306 (« le juge, saisi d'un litige, qui constate qu'une loi de police étrangère veut y être appliquée »).

¹⁴⁷⁴ V. i rilievi di BONOMI, *Norme imperative*, p. 83, secondo cui, mentre Neumayer fonda l'applicabilità o inapplicabilità nel foro sulla « natura » e la « finalità » delle norme straniere, Wengler « si limita a constatare che ogni Stato applica determinate norme interne indipendentemente dalla legge regolatrice del rapporto, ma non indaga le ragioni *materiali* di tale diverso trattamento », la sua « costruzione » collocandosi dunque « su un piano meramente *formale* » (corsivo nostro).

¹⁴⁷⁵ LEQUETTE, *La protection familiale*, p. 231.

¹⁴⁷⁶ LEQUETTE, *La protection familiale*, p. 231; cfr. BONOMI, *Norme imperative*, p. 232-233.

¹⁴⁷⁷ LEQUETTE, *La protection familiale*, p. 230: « Les néoconflittualistes proposent d'élaborer à partir du critère de délimitation du for une règle de conflit bilatérale susceptible de désigner la loi étrangère compétente. Cette méthode nous paraît inadéquate, car absolument inapte à satisfaire les objectifs fondant l'applicabilité des lois de police étrangères ».

¹⁴⁷⁸ LEQUETTE, *La protection familiale*, p. 231: « L'application d'une loi de police étrangère qui n'atteindrait pas le but fixé n'aurait aucune signification pour cet Etat; l'harmonie internationale des solutions, l'espoir d'une éventuelle réciprocité, l'efficacité internationale des décisions ne seraient évidemment pas réalisés. Dans cette perspective, il faut donc que l'interprète applique la loi de police étrangère comme le juge étranger l'aurait lui-même appliquée et notamment avec le domaine qui lui est reconnu par le législateur ».

¹⁴⁷⁹ TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, n. 289; DÉBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit*, p. 73-74.

d'altro che di « un antidoto parziale ad un'insufficienza congenita della dottrina da loro propugnata »¹⁴⁸⁰. Il rinvio « permette di evitare che si applichi una norma imperativa che si riconosca incompetente, non permette di applicare le norme imperative straniere che vogliono applicarsi alla fattispecie, quando le norme di applicazione necessaria del foro non vi fanno ostacolo »¹⁴⁸¹. L'inconveniente della bilateralizzazione è, insomma, che essa impedirebbe l'applicazione delle norme di applicazione necessaria che, pur dichiarate applicabili dallo Stato d'origine in forza di fattore di collegamento diverso da quello del foro, sono egualmente legittime¹⁴⁸². Solo la messa in opera delle norme straniere così come esse sono effettivamente, e nelle circostanze in cui sono effettivamente, applicate nei rispettivi Paesi « consente di soddisfare pienamente gli interessi che giustificano la loro efficacia nel foro »¹⁴⁸³.

Insomma, se l'obiettivo ultimo del richiamo delle norme d'applicazione necessaria straniere è, come per lo più ormai si riconosce – e detto in una parola – l'armonia delle soluzioni¹⁴⁸⁴, dunque la prevedibilità di esse che ne deriva per i soggetti coinvolti¹⁴⁸⁵, il metodo bilaterale sembra risultare inadeguato perché inadatto a tale scopo, mentre il

¹⁴⁸⁰ LEQUETTE, *La protection familiale*, p. 233.

¹⁴⁸¹ LEQUETTE, *La protection familiale*, p. 233.

¹⁴⁸² HOLLEAUX, FOYER, GEOUFFRE DE LA PRADELLE, p. 333: « Mais l'inconvénient de cette thèse [bilateralisation] est de faire éventuellement négliger des lois de police étrangères dont les critères d'application internationale, bien que différents de ceux du for, peuvent être légitimes parce qu'ils correspondent à des besoins qui, pour n'être pas ressentis ou pas ressentis de la même manière dans le pays du for, méritent néanmoins d'être satisfaits ».

¹⁴⁸³ LEQUETTE, *La protection familiale*, p. 233.

¹⁴⁸⁴ V. già WENGLER, *Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts*, p. 183; v. ora, per tutti, BONOMI, *Norme imperative*, p. 330, il quale, dopo un capillare studio sulle diverse tesi messe innanzi circa la determinazione della *ratio* delle disposizioni che danno rilevanza alle norme imperative di Stati terzi alla luce degli interessi rilevanti, così conclude: « riteniamo di potere affermare che l'art. 7, par. 1, della Convenzione di Roma e l'art. 19 LDIP abbiano la funzione di favorire il raggiungimento dell'armonia delle decisioni, cioè quello stesso obiettivo che giustifica, in termini generali, l'applicazione del diritto straniero e, in alcuni casi particolari, la considerazione delle regole di conflitto straniere attraverso l'istituto del rinvio. La presa in considerazione delle norme di applicazione necessaria straniere appartenenti ad un ordinamento distinto da quello che è reso applicabile dalla regola di conflitto del foro, permette di realizzare un certo coordinamento con i sistemi stranieri di diritto internazionale privato, favorendo decisioni uniformi delle controversie fra privati e il riconoscimento delle sentenze all'estero ».

¹⁴⁸⁵ V. l'intervento di MAYER, dopo la comunicazione di SCHULTSZ, *Les lois de police étrangères*, *Trav. com. fr.*, Année 1983, p. 58: « Je ferai une observation sur la prévisibilité. Je comprends bien que la notion même de loi de police puisse être inquiétante pour la prévisibilité mais à partir du moment où on ne peut pas éviter le phénomène de l'application des lois de police du for, alors il me semble qu'il vaut mieux admettre aussi l'application des lois de police étrangères pour l'intérêt de la prévisibilité sinon les solutions seront différentes selon le tribunal saisi; ce qui n'est pas un avantage pour la prévisibilité ».

metodo unilaterale, cioè il rispetto della « volontà d'applicazione » di tali norme, pare costituire la soluzione più soddisfacente perché più congruente rispetto ad esso¹⁴⁸⁶.

Se il richiamo delle norme imperative straniere deve dunque avvenire secondo il modulo tipicamente suggerito dall'unilateralismo, ciò non manca di far sorgere il problema dei conflitti *positivi*, i quali in effetti si producono quando due o più Stati intendono prescrivere imperativamente l'osservanza delle loro norme rispetto ad un medesimo rapporto interindividuale internazionale. Tali conflitti si sono in effetti presentati alla dottrina sotto la forma di « conflitti di norme d'applicazione necessaria » o « conflits de lois de police ». Vediamo quali proposte sono state avanzate per dirimerli.

222. Se anche, come è stato osservato, dei conflitti fra due norme di applicazione necessaria di Stati diversi « deve ancora elaborarsi una teoria »¹⁴⁸⁷, gli autori che se ne sono occupati, soprattutto in Francia, non sono pochi¹⁴⁸⁸. La finalità cui aspira la risoluzione dei conflitti internazionali di norme che vogliono applicarsi simultaneamente alla fattispecie, « non è diversa da quella perseguita dalla risoluzione dei conflitti di leggi in generale »¹⁴⁸⁹. L'esistenza di una « rivendicazione simultanea d'efficacia » da parte di più leggi statali diverse non significa tuttavia, necessariamente, che si sia in presenza di un conflitto reale: richiamandosi alla distinzione, appunto, fra « conflitti falsi » e « conflitti veri », avuta presente dalla dottrina americana, si è precisato doversi verificare preliminarmente che il risultato cui le norme in conflitto praticamente conducono non sia, nel caso di specie, lo stesso, nel qual caso la questione perde di interesse¹⁴⁹⁰. Nel caso che la diversità del contenuto materiale delle norme rechi con sé una diversità effettiva quanto all'esito pratico conseguente alla messa in opera dell'una o dell'altra, si sono allora avanzati sostanzialmente due espedienti per rimediare, conciliandola, a tale diversità: l'applicazione di un criterio di *favor* o, in alternativa, il principio dell'*effettività*.

¹⁴⁸⁶ LEQUETTE, *La protection familiale*, p. 236: « le système unilatéraliste nous paraît constituer la solution plus satisfaisante – car permettant la coopération internationale plus réelle – au problème de la désignation des lois de police étrangères »; v. anche BONOMI, *Norme imperative*, p. 231, nota 19, secondo cui « non si può dubitare che si tratti di una tecnica di tipo unilaterale ».

¹⁴⁸⁷ IDOT, *Les conflits de lois en droit de la concurrence*, p. 340.

¹⁴⁸⁸ Sulla questione si soffermano, in particolare, ANCEL/LEQUETTE, p. 518; MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 328 s.; LEQUETTE, *La protection familiale*, p. 236 s.; BONOMI, *Norme imperative*, p. 374 s.; LOUSSOUARN/BOUREL, p. 140; AUDIT, *D.i.p.*, p. 106; BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, spec. p. 356 s. (in ambito societario); IDOT, *Les conflits de lois en droit de la concurrence*, p. 321 s. (nell'ambito del diritto della concorrenza); fuggevolmente anche BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, p. 283.

¹⁴⁸⁹ IDOT, *Les conflits de lois en droit de la concurrence*, p. 339.

¹⁴⁹⁰ IDOT, *Les conflits de lois en droit de la concurrence*, p. 337 s.

Se le norme in conflitto hanno una *ratio* comune¹⁴⁹¹, è probabile, si è detto, che l'applicazione di quella che la realizza nella maggiore misura soddisfi anche le finalità dell'altra¹⁴⁹². Acclarata la volontà d'applicazione di entrambe le norme, se queste perseguono un obiettivo comune, una *shared policy*, quella che fissa lo *standard* più elevato è (può essere o deve essere) disposta a cedere a favore di quella che fissa lo *standard* meno elevato, cioè in qualche modo « ritira » la sua volontà d'applicazione, riguardo a quello specifico caso, a beneficio dell'altra. Gli esempi che si citano in proposito riguardano la protezione, da un lato, dei *consumatori*, dove si propone di dare efficacia alla norma, appunto, più protettiva del contraente ritenuto vulnerabile, per esempio quella che definisce la categoria delle clausole abusive in modo più largo¹⁴⁹³, dall'altro dei *mutuatari*, dove si consiglia di dare preferenza alla legge che fissa il limite legale più basso alla pattuizione d'interessi convenzionali¹⁴⁹⁴, ovvero ancora degli *azionisti di minoranza*, dove si raccomanda di privilegiare la norma che assicura a questi, nel caso di specie, la tutela maggiore, sempreché, si ricorda, entrambe le leggi concorrenti perseguono, di massima, tale obiettivo¹⁴⁹⁵.

Se invece le norme attuano politiche legislative diverse, si propone, da taluni, dove e fin dove possibile, una sorta di « conciliazione », di « coordinamento materiale », cercando di esaudire le istanze più irrinunciabili di entrambe¹⁴⁹⁶. Qualora esse norme regolino la fattispecie in modo inconciliabile¹⁴⁹⁷, vi è chi ha suggerito di ripiegare in favore del criterio di applicazione delle corrispondenti norme del foro¹⁴⁹⁸, soluzione che per altri non può che avere un « valore meramente indicativo »¹⁴⁹⁹ e per i più non ha pregio alcuno, in quanto « non tiene conto della specificità delle norme di applicazione necessaria »¹⁵⁰⁰. La maggior parte dei commentatori propone allora di convocare la direttiva dell'*effettività* di cui si riconosce che essa è fornita dall'unilateralismo¹⁵⁰¹. Questa, si è pur

¹⁴⁹¹ BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, p. 356 s., il quale distingue « l'application cumulative de lois de police de même objet » dall'« application cumulative de lois de police d'objet différent ».

¹⁴⁹² MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 328: « presque toujours l'application de l'une des lois satisfait en même temps les exigences des autres ».

¹⁴⁹³ MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 328: « Si plusieurs lois protègent les consommateurs en prohibant les clauses abusives, il suffit d'appliquer celle qui les définit de la façon la plus large »; v. anche BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, p. 357, nota 1.

¹⁴⁹⁴ MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 329.

¹⁴⁹⁵ BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, p. 357.

¹⁴⁹⁶ BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, p. 365 s.

¹⁴⁹⁷ MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 329.

¹⁴⁹⁸ LOUSSOUARN/BOUREL, p. 140; già LOUSSOUARN, *Cours général*, p. 336.

¹⁴⁹⁹ LEQUETTE, *La protection familiale*, p. 238; DELAPORTE, *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, thèse Paris, 1974, n. 242.

¹⁵⁰⁰ MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 329.

¹⁵⁰¹ Cfr. già WENGLER, *Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts*, p. 180, nota 1; GOTHOT, *Le renouveau*, p. 240 s.; IDOT, *Les conflits de lois en droit de la concurrence*, p. 340; CHAPPELLE, *Les*

detto, si risolve, in sostanza, nel « principio di prossimità », nella ricerca dei « legami più stretti »¹⁵⁰². Si deve insomma compiere dunque un « bilanciamento », un esame comparativo, fra l'integrazione complessiva della fattispecie con l'uno e con l'altro Stato. Se il « titolo », cioè il collegamento, dell'una, è manifestamente più forte rispetto a quello dell'altra, si darà preferenza alla prima¹⁵⁰³. Taluni vedono tale maggiore effettività operare a profitto a favore dello Stato sul territorio del quale la decisione dovrà essere eseguita, ciò che favorirebbe l'efficacia internazionale delle soluzioni: proposta di cui si riconosce però l'insufficienza nel caso di pluralità di luoghi di esecuzione. La ricerca di tale effettività deve comunque tenere anche conto, si fa notare, degli obiettivi perseguiti dai due Stati: opportuna è dunque un'analisi, oltre che *spaziale*, anche *materiale*, cioè del contenuto delle norme, o piuttosto degli effetti generati dalla loro messa in opera nel caso di specie, eventualmente della affinità del loro contenuto con quello delle norme del foro. Si riconosce, certo, che il giudice sarà chiamato ad un accertamento delicato e complesso. Nondimeno, questa « souplesse » del criterio di effettività non solo – si lascia intendere – non pare evitabile, ma è addirittura definita quale « virtù dell'unilateralismo »¹⁵⁰⁴.

223. *Quid se*, fra le più norme che rivendicano applicazione, vi sono *anche* quelle del foro? Se certo la primazia della norma del foro è per lo più ribadita¹⁵⁰⁵, vi sembra essere una certa propensione ad escludere la sua prevalenza « automatica e cieca »¹⁵⁰⁶. Ciò innanzitutto nel caso di *comunanza di obiettivi*: se la legge straniera è più favorevole all'obiettivo perseguito dalla norma del foro, non pare esservi ostacolo a che si privilegi la norma straniera¹⁵⁰⁷. Si è suggestivamente parlato, a questo riguardo, di « effetto attenuato delle norme di applicazione necessaria »¹⁵⁰⁸. Altri, richiamandosi a Currie,

fonctions de l'ordre public, n. 415; LEQUETTE, *La protection familiale*, p. 237-238; DELAPORTE, *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, n. 241; BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, p. 283.

¹⁵⁰² IDOT, *Les conflits de lois en droit de la concurrence*, p. 340: « Si on fait appel au principe de proximité, il faut rechercher la loi la plus effective, c'est-à-dire la loi qui présente les liens les plus étroits avec la situation ».

¹⁵⁰³ MAYER/HEUZÉ, p. 89.

¹⁵⁰⁴ LEQUETTE, *La protection familiale*, p. 238: « la souplesse des solutions – faiblesse du système unilatéraliste – devient ainsi dans le domaine des lois de police une de ses vertus ».

¹⁵⁰⁵ MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 329; BONOMI, *Norme imperative*, p. 374; BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, p. 361.

¹⁵⁰⁶ BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, p. 359 (« deux objections à l'application automatique et aveugle de la loi de police du for peuvent toutefois être soulevées »: v., per il contenuto delle due obiezioni, *infra*, nota 1510).

¹⁵⁰⁷ MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 328; BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, p. 356: « L'ensemble des lois de police de protection peuvent poursuivre le même objectif. Dès lors, appliquer la loi du for à titre de loi de police ou une loi étrangère désignée par une règle de conflit ne devrait pas conduire à des résultats profondément différents. L'application de la loi étrangère permet alors de ne pas perturber l'application de la loi normalement applicable ».

¹⁵⁰⁸ BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, spec. p. 303 s.

allude all'esigenza, per il giudice del foro, di compiere un'interpretazione « moderata e ristretta » della volontà d'applicazione della propria norma, o, comunque, di verificare che il grado d'inserimento della fattispecie nello Stato estero non sia manifestamente preponderante rispetto a quello del foro¹⁵⁰⁹. Altri ancora ha intrapreso a revocare generalmente in dubbio l'opportunità dell'indiscriminata preferenza della legge del foro, già autorevolmente definita, vent'anni fa, « un po' conservatrice », e della quale si è detto che « è oggi meno giustificata che in passato »¹⁵¹⁰. Questa « asimmetria » fra il trattamento delle norme del foro e quelle straniere¹⁵¹¹ potrebbe infatti condurre a situazioni intollerabili per i destinatari di tali norme¹⁵¹², sicché quanto meno una certa flessibilità pare opportuna¹⁵¹³.

224. Vogliamo fare il punto su questo stadio dell'analisi. Ci siamo chiesti come operi il richiamo del diritto straniero nello spazio lasciato libero dalla norma unilaterale del foro, avendo intuito che è proprio dalle modalità di tale richiamo che dipende la legittimità dell'esclusione o dell'inclusione, fra le applicazioni contemporanee dell'unilateralismo, delle norme unilaterali di cui si è discusso, implicite od esplicite, e dunque del fenomeno delle norme di applicazione necessaria, da esse rese applicabili.

Siamo ora in grado di escludere che tale richiamo intervenga per il tramite della norma bilaterale generale del foro, cui la norma unilaterale deroga. Su ciò regna ormai la pace dottrinale. Alcuni autori, i c.d. « neo-conflittualisti », ritengono, o piuttosto hanno

¹⁵⁰⁹ BONOMI, *Norme imperative*, p. 374, note 457; cfr. AUDIT, *D.i.p.*, p. 106: « En pareil cas, il serait encore possible de reconsidérer l'intérêt du for pour se livrer à une appréciation des intérêts respectifs en fonction de toutes les circonstances, acceptant le cas échéant de faire céder sa propre loi ».

¹⁵¹⁰ AUDIT, *Cours général*, p. 282-283; IDOT, *Les conflits de lois en droit de la concurrence*, p. 338: « La préférence donnée automatiquement à la loi du for ne paraît plus aussi justifiée que dans le passé (...). Ne faut-il pas là, aussi, comme dans toutes les autres matières, chercher à appliquer la loi qui présente les liens les plus étroits? »; cfr. BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, p. 359: « Ne faut-il pas faire prévaloir une législation étrangère qui présente indéniablement un intérêt plus important que celle du for à voir ses dispositions s'appliquer? ». Se la risposta che l'A. dà in principio è *de lege lata* per lo più negativa, questi riconosce, da un lato, che « nul ne peut se satisfaire de situations absurdes » (come sarebbero quelle in cui « les différentes autorités de contrôle formulent des exigences contradictoires aux parties intéressées à l'opération » o quelle in cui « un pays peu touché par l'opération prohibe la concentration alors que le ou les pays principalement concernés admettent sa validité, avec ou sans conditions »), dall'altro che « il n'est pas certain que l'[] application [des lois de police du for] soit toujours possible ».

¹⁵¹¹ LAGARDE, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, Année 1983, p. 56-57: « Dans l'article 7 de la Convention de Rome, le § 2 réserve l'application des lois de police du for et crée une asymétrie, en tout cas entre les lois de police du for et les lois de police étrangères. Ce qui est peut-être un peu contraire, me semble-t-il, au point de départ des sacrifices réciproques ».

¹⁵¹² BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, citato *supra*, alla nota 1510.

¹⁵¹³ LAGARDE, *op. cit.*, p. 57: « je serais assez porté à explorer davantage cet aspect de la question et me demander si au fond notre § 2 de l'Article 7 n'a pas été un réflexe un peu conservateur et si le § 1^{er} n'aurait pas pu rester unique et permettre une certaine flexibilité du côté des lois de police du for pour les cas où cela pouvait être utile ».

ritenuto (si tratta di opinione per lo più del passato), che debba intervenire la norma bilaterale speciale sviluppata, mediante bilateralizzazione, a partire dalla norma unilaterale speciale. L'idea è ormai obsoleta. La dottrina moderna ritiene invece che il foro debba richiamare la norma materiale straniera resa applicabile dalla rispettiva norma unilaterale straniera, cioè che debba applicare la norma unilaterale straniera che *vuole* applicarsi, rendendo applicabili le relative norme materiali, sia che tali norme appartengano alla *lex causae*, sia che appartengano ad uno Stato terzo. Se è così, è giocoforza concludere che, nelle categorie coperte dalle norme di applicazione necessaria del foro, il richiamo del diritto straniero, nello spazio lasciato libero dalla norma unilaterale che ne delimita la sfera d'applicazione, non avviene secondo lo schema bilaterale: perché né si designa la legge dello Stato in cui si concretizza il criterio di collegamento bilaterale *generale* adottato dal foro, né si richiama quella dello Stato in cui si concretizza il criterio di collegamento *speciale*, unilaterale in origine poi bilateralizzato, esso pure adottato dal foro.

Per le categorie coperte dalle norme di applicazione necessaria del foro, cioè per le questioni giuridiche che ricadono nel campo d'applicazione materiale delle norme unilaterali del foro che ne stanno alla base, ovvero per le fattispecie o i rapporti o piuttosto per quelle porzioni di fattispecie o di rapporti che ricadono in tale campo di applicazione, si ha dunque un'applicazione piena dell'unilateralismo. Tale applicazione è verificabile in ciascuno dei tre momenti che gli sono intimi: il foro dichiara applicabile le sue norme in virtù di uno o più criteri di collegamento da lui scelti autonomamente, avuto riguardo alla *ratio*, alla politica legislativa perseguita dalle sue norme materiali, che a sua volta riflettono la sua visione del rapporto in questione; il foro rispetta la sfera d'applicazione delle norme straniere quale essa è fissata dagli Stati esteri, essendo disposto a riconoscere efficacia alle norme dichiarate applicabili dai rispettivi legislatori; il foro risolve il conflitto internazionale di norme derivante dalla loro simultanea applicabilità facendo prevalere la sua norma o quella di uno degli Stati in conflitto previa valutazione circa la forza complessiva del collegamento della fattispecie o la politica perseguita dalle norme in conflitto. Reciprocamente, per le categorie coperte dalle norme di applicazione necessaria del foro, cioè per le questioni giuridiche che ricadono nel campo d'applicazione materiale delle norme unilaterali del foro che ne stanno alla base, il bilateralismo viene messo da canto. Questo, infatti, nella sua versione perfetta o pura, raccomanda che ricevano efficacia le norme straniere richiamate in virtù del collegamento speciale scelto dal foro per delimitare la sfera di operatività delle proprie norme materiali di applicazione necessaria e, in una versione meno perfetta, che ricevano efficacia le norme straniere richiamate in virtù del collegamento generale scelto dal foro per ripartire fra il diritto del foro ed il diritto straniero le questioni giuridiche che ricadono nella categoria cui attiene la norma bilaterale appunto generale. Vi è ora da soffermarsi sulle ragioni di quest'adesione al metodo unilaterale e del correlativo e conseguente abbandono, in questi casi, del metodo bilaterale.

225. Il motivo per cui chi ha studiato le norme imperative straniere ha per lo più rigettato l'opportunità o la legittimità del metodo bilaterale nei settori cui esse ineriscono è, non sarà sfuggito, *identico*, proprio identico, a quello messo innanzi dagli unilateralisti di ogni generazione ed area culturale, dai primi tedeschi giù fino agli americani contemporanei, per negare l'opportunità della bilateralizzazione *tout court*. Tale motivo consiste nel rilevare che la bilateralizzazione del criterio di collegamento scelto dal foro al fine di rendere applicabili nel foro le norme di applicazione necessaria straniere, per gli uni, il diritto straniero *tout court* per gli altri, non è conforme al *fondamento* dell'accoglimento nel foro delle norme di applicazione necessaria straniere per gli uni, del diritto straniero *tout court* per gli altri, cioè agli obiettivi che il foro si propone di perseguire quando decide di aprirsi al diritto imperativo straniero, per gli uni, al diritto straniero *tout court* per gli altri. Tale *fondamento* è, si sostiene, costituito dall'armonia delle soluzioni, dalla cooperazione internazionale, dalla prevedibilità per le parti che deriva da tutto ciò. Ed è interessante rilevare che taluni fra gli autori che più irriducibilmente si oppongono alla bilateralizzazione del criterio di collegamento scelto dal foro nel comparto delle norme di applicazione necessaria riconoscono che le ragioni che stanno a fondamento dell'opportunità di richiamare le norme di applicazione necessaria straniere rispettando la loro volontà d'applicazione, cioè secondo modulo unilaterale, sono quelle stesse per cui si rinvia, in generale ed in assoluto, alla legge straniera *tout court*: cioè, appunto, l'armonia delle soluzioni, la cooperazione internazionale, la prevedibilità per le parti che deriva da tutto ciò¹⁵¹⁴.

Pare scientificamente naturale e legittimo chiedersi allora perché, se l'obiettivo che il foro persegue quando è disposto a dare efficacia al diritto straniero è il medesimo, sia che questo sia imperativo, sia che non lo sia, la bilateralizzazione è tanto vigorosamente rifiutata nel primo caso, *proprio* perché contraria allo scopo di assicurare armonia e dunque prevedibilità, quanto è difesa nel secondo, e ciò anche se tale bilateralizzazione non assicura appunto armonia e prevedibilità. Rimane da spiegare inoltre perché, nei settori, si dice, più fortemente impregnati di « sovranità », di « dirigismo » statale, quali quelli in cui – si sostiene non di rado – intervengono le norme d'applicazione necessaria, si è disposti a *cedere* alle norme straniere in cui si esplicano tale « dirigismo » e tale « sovranità », e ciò si fa, si sottolinea, non già per *inclinarsi* alla volontà dello Stato

¹⁵¹⁴ MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 320: « on constate qu'il existe des considérations positives en faveur de l'application des lois de police étrangères dans le domaine qu'elles s'assignent. Elle résulte de la concordance entre l'intérêt de l'Etat étranger, celui des particuliers, et celui de l'Etat du for, et ne sont en réalité que les raisons mêmes qui motivent le phénomène général de l'application par un juge d'une loi étrangère » (corsivo nostro); BONOMI, *Norme imperative*, p. 330, secondo cui il ricorso alle norme di applicazione necessaria straniere aspira al « raggiungimento dell'armonia delle decisioni, cioè quello stesso obiettivo che giustifica, in termini generali, l'applicazione del diritto straniero e, in alcuni casi particolari, la considerazione delle regole di conflitto straniere attraverso l'istituto del rinvio » (corsivo nostro) ».

straniero¹⁵¹⁵, il che costituisce il semplice *strumento*, ma per soddisfare le esigenze degli *individui* parti di un rapporto a beneficiare della sicurezza e della prevedibilità che derivano dall'armonia delle soluzioni, dal coordinamento fra gli ordinamenti, che è il *fine vero*; mentre in quei settori in cui il foro, per soddisfare tali esigenze di sicurezza e di prevedibilità, non dovrebbe neppure passare per un ossequio ad alcun dirigismo straniero, ma dovrebbe piuttosto, come predica l'unilateralismo, sforzarsi di conciliare la propria visione della giustizia conflittuale, di cui si riconosce la relatività, con quella di un altro Stato, non si è disposti a farlo. Chi rigetta l'unilateralismo come proposta *generale* di soluzione dei conflitti di leggi, ma lo ammette sul piano delle norme imperative, è chiamato a spiegarsi sul punto.

226. Come che sia, pare di potere concludere che quei sistemi di d.i.p. che consentono l'applicazione nel foro di norme imperative straniere si sono colorati di unilateralismo. Due paiono tuttavia esserne i *limiti*. Il *primo* deriva dall'ambito *materiale* in cui l'ingresso delle norme imperative straniere è ammesso. Il *secondo* dalla natura appunto *imperativa* delle norme straniere la cui volontà d'applicazione viene (o può venire) rispettata. Per quanto riguarda il *primo* limite, attinente alla *materia* in cui tale ingresso è consentito, il pensiero corre innanzitutto alla Convenzione di Roma: gli Stati contraenti, e che non hanno apposto al riguardo la riserva, hanno accettato di abilitare ai rispettivi giudici di riconoscere efficacia alle norme imperative straniere (è il noto articolo 7, comma 1)¹⁵¹⁶ nella materia oggetto della Convenzione, cioè in materia *contrattuale*. Ci affrettiamo ad aggiungere che, in altre codificazioni recenti, tale possibilità è stata riconosciuta in modo generalizzato, cioè *senza limiti* di materia. Si tratta della Svizzera (articolo 19 LDIP¹⁵¹⁷), del Quebec (articolo 3079 del Codice civil¹⁵¹⁸), della Tunisia

¹⁵¹⁵ MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 300.

¹⁵¹⁶ « Nell'applicazione, in forza della presente Convenzione, della legge di un Paese determinato, potrà essere data efficacia alle norme imperative di un altro Paese con il quale la situazione presenti uno stretto legame, se e nella misura in cui, secondo il diritto di quest'ultimo Paese, le norme stesse siano applicabili quale che sia la legge regolatrice del contratto. Ai fini di decidere se debba essere data efficacia a queste norme imperative, si terrà conto della loro natura e del loro oggetto, nonché delle conseguenze che deriverebbero dalla loro applicazione e non applicazione ».

¹⁵¹⁷ « Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative d'un droit autre que celui désigné par la présente loi peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit. Pour juger si une telle disposition doit être prise en considération, on tiendra compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit »: per un commento, v., fra i tanti, BONOMI, *Norme imperative*, p. 333, il quale riconosce che tale disposizione « ha un ambito di applicazione potenzialmente molto più ampio della disposizione convenzionale, potendo applicarsi anche nelle materie diverse dai contratti »; cfr. VISCHER, *Zürcher Kommentar*, p. 290 (« die Möglichkeit, dass Normen eines andern Staates als diejenigen der lex causae unbedingte Anwendung verlangen, ist allerdings nicht auf Vertragsrecht beschränkt »).

¹⁵¹⁸ « Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants l'exigent, il peut être donné effet à une disposition impérative de la loi d'un autre Etat avec lequel la situation présente un lien étroit.

(articolo 38, comma 2, del codice civile)¹⁵¹⁹, dell'Unione sovietica (articolo 1192, comma 2, del Codice civile)¹⁵²⁰, del Belgio (articolo 21, comma 3, del Codice belga sul d.i.p.¹⁵²¹). Il primo limite dunque, almeno in questi sistemi, non sembra operare. Nei sistemi in cui non vi è al riguardo alcuna disposizione espressa, si manifesta per lo più un atteggiamento di cauta apertura: è questo il caso, ad esempio, di Francia¹⁵²² ed Italia¹⁵²³. Per quanto riguarda il *secondo* limite, per intenderne la portata, si deve finalmente muovere allo studio della nozione di norma d'applicazione necessaria.

Pour en décider, il est tenu compte du but de la disposition, ainsi que des conséquences qui découleraient de son application » (v. GOLDSTEIN/GROFFIER, *Droit international privé*, t. I, Cowansville, 1999, p. 101: « la disposition québécoise est applicable à l'ensemble des rapports juridiques et non au seul domaine des contrats »).

¹⁵¹⁹ « Le juge donne effet aux dispositions d'un droit étranger non désigné par les règles de conflit s'il s'avère que ce droit a des liens étroits avec la situation juridique envisagée et que l'application desdites dispositions est indispensable, eu égard à la fin poursuivie »: v. ad es. MEZGHANI, *Les innovations du code tunisien du droit international privé*, *RabelsZ.*, 2001, p. 91-92.

¹⁵²⁰ « According to the rules of the present section, when the law of any country is applied, a court may take into account imperative norms of another country closely related to the relationship if under the law of that country such norms are to govern relevant relations, irrespective of the law that is subject to application. In such cases the court shall take into account the purpose and nature of such norms and also the consequences of their application or non-application » (trad. a cura di LEBEDEV, pubblicata in *Yearbook of Private International Law*, 2002, p. 334 s.).

¹⁵²¹ « Lors de l'application, en vertu de la présente loi, du droit d'un État, il peut être donné effet aux dispositions impératives ou d'ordre public du droit d'un autre État avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier État, ces dispositions sont applicables quel que soit le droit désigné par les règles de conflit de lois. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions, il est tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application » (il testo del Codice è disponibile sul sito <www.ipr.be>).

¹⁵²² V. ad es. MAYER/HEUZÉ, p. 86 s.; BATIFFOL/LAGARDE, t. I, p. 300; ANCEL/LEQUETTE, p. 517.

¹⁵²³ La Relazione, al riguardo, dichiara che l'art. 7 della Convenzione di Roma « potrebbe costituire un utile punto di riferimento ». In favore dell'utilizzo di tale clausola, seppure con prudenza, in materie anche diverse dai contratti, si sono pronunciati PICONE, *La teoria generale*, p. 296 (v. anche, dello stesso A., *Cours général*, p. 78), secondo cui l'articolo 7, comma 1, è « per sua natura suscettibile di predisporre (anche al di là cioè della materia contrattuale) una soluzione valida in generale », DAVI, *Le questioni generali*, spec. p. 638, TREVES, *Commentario RDIPP*, 1995, p. 988, BOSCHIERO, *Commentario NLCC.*, 1996, p. 1070; per una discussione al riguardo, distinguendo le varie materie e il fondamento delle rispettive norme di conflitto, v. BONOMI, *Norme imperative*, p. 379 s.

Sezione IV

La visione unilaterale delle « norme internazionalmente imperative »: dalla *Einzeleinseitigkeit* alla *Systemeinseitigkeit*?

SOMMARIO: – 227. La diffusione del fenomeno delle norme d'applicazione necessaria. – 228. La natura puramente accidentale della deroga. Esclusione di essa quale elemento definitorio. – 229. Alla ricerca di un nuovo elemento distintivo delle norme d'applicazione necessaria. – 230. Il contatto fra volontà *imperativa* d'applicazione della norma straniera e volontà *ordinaria* d'applicazione della norma del foro. Il senso dell'indagine circa l'imperatività della volontà d'applicazione delle norme del foro. – 231. La visione unilaterale dell'imperatività internazionale delle norme del foro. Il conflitto fra « volontà normatrici ». – 232. Le ragioni che impediscono di scorgere l'anomalia della visione bilaterale tradizionale delle norme d'applicazione necessaria. – 233. Gli elementi per valutare l'imperatività delle norme del foro: criterio *spaziale* e criterio *materiale*. – 234. Le norme d'applicazione necessaria straniere accoglibili nel foro. La volontà d'applicazione. – 235. L'esempio classico della capacità dell'inglese domiciliato in Francia. – 236. Da un unilateralismo *parziale* ad un unilateralismo *generalizzato*? I due criteri per risolvere il conflitto positivo.

227. Norme di applicazione necessaria si danno un po' ovunque¹⁵²⁴. Non pare esservi alcun settore del diritto privato che ne sia risparmiato: successioni¹⁵²⁵, condizioni per contrarre matrimonio¹⁵²⁶, forma del matrimonio¹⁵²⁷, rapporti patrimoniali fra coniugi¹⁵²⁸, condizioni per ottenere il divorzio¹⁵²⁹, effetti personali¹⁵³⁰ e patrimoniali¹⁵³¹ della

¹⁵²⁴ Cfr. BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, p. 299.

¹⁵²⁵ BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, p. 290 s.

¹⁵²⁶ Si tratta degli articoli 85 s. del Codice civile italiano richiamati dall'art. 116, comma 2.

¹⁵²⁷ Per es. le norme svizzere in materia, dichiarate applicabili dall'articolo 44, comma 3, LDIP.

¹⁵²⁸ Articoli 214-226 del *Code civil*: v. Tribunal de grande instance di Parigi, 25 giugno 1976, *Clunet*, 1978 p. 325, nota LEQUETTE, e Cour de cassation, 20 ottobre 1987, *Rev. crit.*, 1988, p. 540, nota LEQUETTE, e *Clunet*, 1988, nota HUET; cfr. MAYER, *Les lois de police étrangères*, p. 290, KARAQUILLO, *Etude de quelques manifestations des lois de police*, Limoges, 1977, n. 319; BONOMI, *Norme imperative*, p. 101.

¹⁵²⁹ Si tratta, ad es., delle norme svizzere (alle condizioni spaziali previste dall'articolo 61 LDIP: v. SIEHR, *Das IPR der Schweiz*, p. 600) e francesi (se si tratta di cittadino francese domiciliato in Francia: v. *supra*, note 1381 e 1423).

¹⁵³⁰ Ad es. le disposizioni del *Code civil* in materia di assegnazione della prole: LOUSSOUARN/BOUREL, p. 406, i quali citano Trib. civ. Seine, 29 novembre 1904, *Rev. crit.*, 1905, p. 671, Trib. Toulon, 5 agosto 1980, *Clunet*, 1982, p. 138, nota KAHN.

pronuncia di divorzio, stabilimento della filiazione naturale e possesso di stato¹⁵³², rapporti fra genitori e figli¹⁵³³, adozione¹⁵³⁴, contratti di lavoro, di consumo, d'affitto¹⁵³⁵, d'assicurazione¹⁵³⁶, esecuzione del contratto¹⁵³⁷, diritti reali¹⁵³⁸, forma degli atti¹⁵³⁹, responsabilità civile per fatto di prodotti¹⁵⁴⁰ o per danno al diritto d'autore¹⁵⁴¹, fallimento¹⁵⁴², tutela della concorrenza¹⁵⁴³, società, e così via. Non si tratta per lo più di norme sparute, « spigolate » qua e là, ma pressoché sempre di gruppi di norme, e spesso d'interi settori normativi: tutte le norme in materia di forma del matrimonio (in Svizzera), tutte le norme in materia di adozione legittimante (in Italia, almeno per certa dottrina), tutte le norme in materia di divorzio (in Francia, almeno per certa dottrina), tutte (o quasi) le norme in materia di condizioni per contrarre matrimonio (in Svizzera), tutte le norme

¹⁵³¹ LOUSSOUARN/BOUREL, p. 407.

¹⁵³² V. ad es. le disposizioni francesi, dichiarate tali se il minore è cittadino francese o residente in Italia: MAYER/HEUZÉ, p. 407, nonché quelle tedesche, dichiarate tali se il figlio risiede abitualmente in Germania o è nato da madre tedesca (Bundesgerichtshof, 28 febbraio 1973, BGHZ, 60, p. 247, citato da BUCHER, *Ordre public*, p. 53).

¹⁵³³ L'articolo 333 del Codice civile; cfr. anche gli articoli 375 s. del *Code civil*.

¹⁵³⁴ Per la qualifica di norme d'applicazione necessaria delle norme italiane della legge 4 maggio 1983, n. 184, prima della riforma, v. MIGLIAZZA, *I problemi dell'adozione internazionale alla luce della nuova normativa italiana; conflitti con leggi straniere e attuazione delle convenzioni internazionali*, Roma, 1983, p. 20; BALLARINO, *ibidem*, p. 32; CAFARI PANICO, *Minori (Adozione internazionale)*, *Noviss. Digesto, Appendice IV*, Torino, 1984, p. 68 s.; DAVÌ, *Adozione nel diritto internazionale privato, Digest, Sez. civ., Disc. priv.*, I, 1987, p. 138; BONOMI, *Norme imperative*, p. 107; v. del resto Corte costituzionale, 11 dicembre 1989 n. 536, *Foro it.*, 1990, I, c. 5, secondo cui gli scopi « solidaristici ed egualitari » perseguiti dal legislatore « ha[nno] comportato che si deve dare preminenza alla *lex fori*, assegnando alle disposizioni italiane il carattere di norme d'applicazione necessaria ».

¹⁵³⁵ BUCHER, *Ordre public*, p. 77.

¹⁵³⁶ FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, Padova, 1990, p. 1 s., in particolare p. 49 s.

¹⁵³⁷ LOUSSOUARN/BOUREL, p. 475.

¹⁵³⁸ MAYER/HEUZÉ, p. 660, per quanto riguarda le norme che tutelano gli interessi dei terzi; a proposito delle norme in materia di riserva della proprietà v., per la Francia, Cour de cassation, 8 gennaio 1991, *Clunet*, 1991, p. 118, p. 993 s. (cfr. HANISCH, *Deutscher Eigentumsvorbehalt im französischen Insolvenzverfahren*, *IPRax*, 1992, p. 187 s.), e, per la Svizzera, ATF 93 III 96, *Konkursmasse Meier*, e 106 II 197 s., *Auto J. GmbH*.

¹⁵³⁹ MAYER/HEUZÉ, p. 511-513: « de nombreuses règles de forme constituent des lois d'application nécessaire »; v. l'art. 44 LDIP: « Die Form der Eheschliessung in der Schweiz untersteht schweizerischem Recht », e il commento di SIEHR, *Das IPR der Schweiz*, p. 599; v. anche BUCHER, *Ordre public*, p. 27, a proposito dell'art. 119 comma 3 LDIP e in giurisprudenza ATF 102 II 143 s., p. 149, *Overterra Española SA*.

¹⁵⁴⁰ Ad es. l'articolo 135 LDIP: v. SIEHR, *Das IPR der Schweiz*, p. 600.

¹⁵⁴¹ V. in Francia, Civ. 1°, 28 maggio 1991, *Rev. crit.*, 1991, p. 752, nota GAUTIER.

¹⁵⁴² Civ. 1°, 5 febbraio 1991, *Revue de l'arbitrage*, 1991, p. 625; cfr. BUCHER, *Ordre public*, p. 35.

¹⁵⁴³ V. *supra*, nota 1373.

protettive del lavoratore o del consumatore, tutte le norme in materia di concorrenza, numerose norme in materia societaria¹⁵⁴⁴.

228. Una norma di applicazione necessaria, si è soliti dire, è tale quando, per applicarla ad una certa fattispecie internazionale, si rende necessaria una *deroga* ad una norma bilaterale¹⁵⁴⁵. La *storia*, e la *teoria*, delle norme d'applicazione necessaria appaiono tutte impennate su questa *deroga*. Se dunque, data una norma materiale qualsiasi, perché sia possibile la sua applicazione ad una *certa* fattispecie internazionale, *non* è necessaria alcuna deroga ad alcuna norma bilaterale, perché quest'ultima già la dichiara applicabile a tale fattispecie, allora, si dice, è *superfluo* parlare di norma di applicazione necessaria¹⁵⁴⁶. L'utilità della quale tecnica o categoria risiede infatti nel fornire una giustificazione all'attribuzione di efficacia ad una certa norma, quando non è possibile fondare tale applicabilità *altrimenti*, cioè sul criterio bilaterale ordinario. Non per questo, però, la norma cessa, o cessa automaticamente, d'essere, riguardo a *quella* fattispecie, d'applicazione *necessaria* od *imperativa*. Gli è piuttosto, come certa dottrina lascia intendere, che la qualità di norma imperativa è, in questo caso, *nascosta*, *latente*, non viene alla luce¹⁵⁴⁷. E' un po' come avviene con le norme imperative nel diritto interno: se le parti, in una data fattispecie, non hanno pattuito alcunché, le norme (internamente) imperative si applicano egualmente, senza cessare di essere imperative, soltanto che, riguardo a tale fattispecie, la natura *imperativa* non emerge, non ha *motivo* di emergere, perché nascosta sotto la veste *suppletiva* con la quale tali norme sono, riguardo ad essa, chiamate ad intervenire. Soffermiamoci su questo punto assai delicato, formulando alcuni esempi.

Le norme sul divorzio in Francia s'applicano *necessariamente*, sembrerebbe, se il richiedente è cittadino francese domiciliato in Francia¹⁵⁴⁸. Se il richiedente è cittadino svizzero domiciliato in Svizzera, questi può chiedere il divorzio sulla base delle norme svizzere¹⁵⁴⁹. Ebbene, non pare ragionevole affermare che, da un punto di vista generale, l'applicazione delle norme svizzere sul divorzio richiesto da un cittadino svizzero domiciliato in Svizzera sia *meno imperativa* o *meno necessaria* dell'applicazione delle norme francesi ad un cittadino francese domiciliato in Francia. E' piuttosto, se vogliamo, che in Svizzera si è avuto riguardo a questo tipo di fattispecie al momento stesso dell'*ela-*

¹⁵⁴⁴ BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, p. 280 s.

¹⁵⁴⁵ V. *supra*, para. 215.

¹⁵⁴⁶ BONOMI, *Norme imperative*, p. 106 e p. 384; per MAYER/HEUZÉ, p. 85, la qualifica di « loi de police » è « apparemment sans portée si la compétence qui s'en déduit pour la loi du for coïncide avec celle qui résulte de l'application de la règle de conflit bilatérale en la matière ».

¹⁵⁴⁷ Cfr. MAYER/HEUZÉ, p. 85, per i quali, se la caratterizzazione quali « lois de police » delle norme del foro già rese applicabili dalla norma di conflitto bilaterale è « apparemment senza portata » (v. nota precedente), « cependant le caractère de lois de police se révèle parfois dans la mise en œuvre des règles de conflit bilatérales qui leur donnent ainsi compétence » (corsivo nostro).

¹⁵⁴⁸ V. *supra*, note 1381, 1423 e 1529.

¹⁵⁴⁹ Arg. dagli articoli 59 e 61 della LDIP.

borazione legislativa, in Francia, non ci si è pensato in tale momento, e ci ha pensato la *giurisprudenza*, una volta che se ne è presentata l'occasione, ciò che l'ha però costretta ad una *deroga* alla norma scritta. Ancora, si prendano, da un lato, gli articoli 330 e 333 del Codice civile italiano in materia di protezione del figlio contro abusi dei genitori esercenti la patria potestà e, dall'altro, gli omologhi articoli 307 s. del Codice civile svizzero. Se il figlio ha la residenza in Svizzera, le norme svizzere si applicano in virtù del criterio bilaterale della residenza abituale del figlio, posto all'articolo 82, comma 1, della LDIP. Anche qui, non pare potersi dire che, in Svizzera, l'applicazione di tali norme ad un minore residente in Svizzera sia meno *imperativa*, cioè d'applicazione *meno* necessaria, agli occhi della collettività svizzera, di quanto non lo sia, a quelli della collettività italiana, l'applicazione degli articoli 330 e 333 ad un minore residente in Italia. Gli è piuttosto che, a differenza di quanto avviene in Italia, la norma bilaterale svizzera, utilizzando il criterio della residenza abituale, soddisfa già da sé le esigenze di applicazione delle norme materiali che richiama quando tale criterio si concretizza nel foro, ed il ricorso alla *deroga* diventa *superfluo*.

Quanto andiamo dicendo ci pare confermato da uno sguardo all'evoluzione recente vissuta in certi settori da alcuni sistemi di d.i.p. Vi sono casi di norme che, per essere applicate ad una certa categoria di fattispecie, necessitavano, prima dell'ultima riforma legislativa, di una *deroga* rispetto alla norma bilaterale di riferimento, e, per le quali, a seguito della riforma, il criterio di collegamento, in origine dunque unilaterale ed implicito, è stato inserito in una norma bilaterale esplicita. Si pensi all'articolo 137 LDIP in materia di concorrenza. Non è ragionevole affermare che, prima dell'entrata in vigore della LDIP, quando cioè i tribunali svizzeri, per applicare le norme in materia di concorrenza, dovevano ricorrere ad una norma unilaterale speciale implicita, mettendo da parte la norma bilaterale generale, le norme svizzere in materia di concorrenza fossero *più imperative* di quanto non lo siano ora, che la loro applicazione deriva pianamente dall'articolo 137¹⁵⁵⁰. Lo stesso è a dirsi, sempre per la Svizzera, degli articoli 120 LDIP, in materia di contratto di consumo, e 121 LDIP, in materia di contratto di lavoro: la protezione accordata dalle norme svizzere al consumatore residente abitualmente in Svizzera o al lavoratore che presta qui il suo lavoro viene ora assicurata dal criterio di collegamento bilaterale *ordinario*. Ma non è che l'applicazione di tali disposizioni fosse, in tali fattispecie, *più imperativa* prima della riforma di quanto non lo sia ora¹⁵⁵¹. Si danno peraltro anche casi inversi, destinati probabilmente ad aumentare, casi cioè in cui la qualità d'applicazione necessaria di certe norme è venuta alla luce a seguito di un mutamento del criterio di collegamento bilaterale. Si pensi all'articolo 46, comma 2, della legge di riforma. E' difficile sostenere che, trattandosi di un *de cuius* italiano che lascia legittimari residenti in Italia, le norme italiane di cui agli articoli 536 s. avessero, prima

¹⁵⁵⁰ E' significativo che VISCHER, *Zürcher Kommentar*, p. 280, si richiami a tale disposizione proprio commentando l'articolo 18 LDIP.

¹⁵⁵¹ Cfr. BUCHER, *Ordre public*, p. 78.

della riforma, *minore imperatività* di quanta non ne abbiano ora. Vero è semplicemente che, prima della riforma, per applicarle attribuire ad essi efficacia riguardo a tali fattispecie, non vi era bisogno di alcuna deroga, ora ve ne è invece la necessità¹⁵⁵².

229. Ebbene, è certamente opportuno, come sottolineano alcuni autori, che il legislatore intervenga da sé a delimitare con la maggiore precisione possibile la sfera d'applicazione delle sue norme materiali¹⁵⁵³. Se un legislatore intende far uso di un criterio di collegamento bilaterale, è ragionevole che adotti il criterio di collegamento più adatto a far sì che il campo di necessaria applicazione delle sue norme coincida, o comunque sia incluso od assorbito, in quello risultante dall'operare di tale collegamento¹⁵⁵⁴. Ma non è che, a misura che tale processo avanza, le norme del foro, prima d'applicazione necessaria, cessano, a causa di tale ricalibramento, di esserlo. E' piuttosto che del ricorso a tale *espediente* si può progressivamente fare l'economia.

In conclusione, data una norma qualsiasi di uno Stato, sembra di potere affermare che, non per il fatto che, perché la sua messa in opera sia assicurata riguardo ad una determinata cerchia di fattispecie con elementi di estraneità, *non* sia necessaria alcuna deroga ad una norma bilaterale generale, tale norma non sia, avuto riguardo a tale cerchia di fattispecie, d'applicazione *imperativa o necessaria*. Vero è piuttosto che la deroga è un meccanismo tutto formale, estrinseco e spesso, ed auspicabilmente, come rileva certa dottrina, *provvisorio*, perché, se si tratta, come avviene per lo più, di norma la cui qualifica d'applicazione necessaria viene ricavata implicitamente, in qualche modo procede da un'*insufficienza* del diritto internazionale privato scritto¹⁵⁵⁵. L'imperatività *interna-*

¹⁵⁵² Per analoghi esempi in materia di diritti reali, v. MAYER/HEUZÉ, p. 662; in materia di contratti di lavoro, v. KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, *Zürcher Kommentar*, p. 1331 s.

¹⁵⁵³ V. i seguenti rilievi di BUCHER/BONOMI, p. 99: « Il a été relevé que l'ordre public et le concept des lois d'application immédiate ont pour but d'assurer l'efficacité de lois ou de dispositions considérées comme impérativement applicables au plan international. Tel est le domaine impératif du droit matériel étatique dans les relations internationales de droit privé. Cette sphère d'application des lois impératives est assurée, idéalement, par des règles de conflit explicites, mais, à défaut, elle l'est sous la forme de règles implicites, intégrées au droit matériel (comme lois d'application immédiate) ou fondées sur la clause d'ordre public ». Cfr. PULJAK, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination*, p. 315.

¹⁵⁵⁴ BUCHER/BONOMI, p. 100; cfr. anche BONOMI, *Norme imperative*, p. 384-385, dove si legge che, in materia successiva, « il principio di sovranità che ispira la regola bilaterale [che segue il criterio della cittadinanza] si esaurisce in essa senza lasciare alcun residuo, al punto che il ricorso a norme d'applicazione necessaria appare superfluo ».

¹⁵⁵⁵ V. al riguardo i rilievi di BUCHER, *Ordre public*, p. 77-78. Secondo il chiaro A., l'impiego di quelle che egli chiama « règles d'ordre public » (specie se ricavate implicitamente), non è che una « étape intermédiaire verso une nouvelle règle bilatérale », di una norma che sia « conforme à leur véritable finalité, qui consiste en le respect de l'intérêt des Etats à l'application de leurs lois », che include « l'observation du domaine d'efficacité nécessaire à la mise en œuvre des règles d'ordre public ». Questa « fonction de transition » permette cioè « une adaptation progressive des règles de conflit au

zionale di una norma rispetto ad una certa cerchia di fattispecie, esattamente, del resto, come l'imperatività, diciamo così, *interna* di una norma, è invece *coessenziale* alla norma, è o non è; e non può dipendere, perché si affermi o si neghi, da un fattore appunto formale ed esteriore ed accidentale ad essa, mutevole nel tempo, quale l'esistenza o meno, in un dato momento storico, di una norma di conflitto bilaterale generale. Il che non significa che tale imperatività *internazionale* non possa ed anzi non debba dipendere, perché divenga *visibile*, dall'esistenza di una norma *distinta* da essa e con essa incompatibile.

230. Il prescindere dalla deroga quando ci s'interroga se una norma sia o meno internazionalmente imperativa ci sembra tuttavia comportare conseguenze *teoriche e pratiche* di un certo rilievo. Le conseguenze pratiche attengono essenzialmente all'individuazione delle norme d'applicazione necessaria straniere, e di esse ci occuperemo fra un istante; le conseguenze teoriche attengono alla costruzione stessa della categoria delle norme di applicazione necessaria, e vogliamo occuparcene qui.

Tale categoria, si è detto, è nata e ha preso corpo, ed ancor oggi è giustificata teoricamente, dal meccanismo di deroga, come tradiscono inequivocabilmente le denominazioni di « lois d'application immédiate » e di « norme di applicazione necessaria ». Se però si viene ad ammettere che, perché una norma sia qualificata come internazionalmente imperativa, non è tecnicamente indispensabile che questa deroghi ad alcuna norma bilaterale, la quale deroga, se si dà, si limita semplicemente a *rendere visibile* una qualità della norma che, attenendo all'essenza di essa, esiste anche indipendentemente dalla deroga, viene a mancare, ci sembra, la cifra, il « marchio di nascita », che è ritenuto distinguere le norme internazionalmente imperative dalle norme che internazionalmente imperative non sono¹⁵⁵⁶. Se si mette da parte la « derogatorietà », perché non attiene all'essenza delle norme imperative, pare logico ricercare il loro elemento distintivo e qualificante appunto in tale loro *essenza*. Questa – vien fatto di dire – risiede, appunto, nella loro « imperatività », nella loro « particolare intensità valutativa », nella loro « perentorietà ». Ma questa imperatività è, si riconosce, *relativa* nello spazio: cioè si dà in una cerchia di fattispecie determinate, e non si dà più al di fuori di essa. E questa cerchia di fattispecie è a sua volta tracciata, lo si è visto, per lo più a mezzo di un criterio di

domaine d'application nécessaire à l'efficacité des objectifs, tant de la loi du for, que des lois étrangères ».

¹⁵⁵⁶ Le norme di applicazione necessaria, si dice, vogliono applicarsi *comunque, in ogni caso*, alla fattispecie internazionale che rientra nel loro campo d'applicazione. Ma *comunque e in ogni caso* rispetto a che cosa? Il meccanismo della deroga consente di dare una risposta perfettamente plausibile: *comunque*, cioè nonostante, *in ogni caso*, cioè anche nei casi in cui la norma bilaterale renda applicabile le norme straniere. Se però si riconosce che tale deroga non è essenziale all'imperatività, cioè che una norma può essere imperativa anche quando di deroga non si può parlare, cioè anche quando la norma di conflitto bilaterale, nel campo d'imperatività, qualunque esso sia, della norma del foro, rende applicabile tale norma e mai una norma straniera, viene meno quel presupposto avuto riguardo al quale ha senso parlare di « applicabilità in ogni caso » o di « applicabilità comunque ».

collegamento, suscettibile di bilateralizzazione¹⁵⁵⁷. Ora, come lasciano intendere i « neoconflittualisti », *tutte* le norme materiali dispongono di un campo d'applicazione internazionale, tracciato da un criterio di collegamento, non importa che sia unilaterale o bilaterale¹⁵⁵⁸. Che se poi si dice che, se il criterio di collegamento è bilaterale, questo è *imperativo* quanto meno quando rende applicabili le norme del foro, ciò significa che il campo d'applicazione che da esso deriva è pure imperativo, cioè che le norme materiali richiamate sono pure e sempre *imperative*, appunto in tale campo d'applicazione, per il semplice fatto che hanno un campo d'applicazione, tracciato dal collegamento del foro, cui vogliono inderogabilmente applicarsi. Il che conduce a concludere che *tutte* le norme materiali di uno Stato sono internazionalmente imperative, seppure, certo, *soltanto* rispetto ad una certa cerchia di fattispecie, quella cui, in virtù del criterio di collegamento bilaterale, *vogliono* applicarsi. E allora?

Una via d'uscita potrebbe essere aperta dal ricorso all'idea d'*intensità*, introducendo le variabili « maggiore » o « minore ». Tutte le norme del foro hanno un certo campo d'applicazione internazionale, nel quale, in virtù del collegamento che lo delimita, vogliono applicarsi; ma ve ne sono alcune che, nel rispettivo campo d'applicazione, hanno un grado di imperatività *più* forte, altre che, nel rispettivo campo d'applicazione, hanno un grado d'imperatività *meno* forte¹⁵⁵⁹. Il che peraltro non può stupire perché una graduazione dell'imperatività è pacifica anche in diritto interno¹⁵⁶⁰. Ma come fare a distinguere le norme che hanno una particolare intensità valutativa da quelle norme che non ce l'hanno? E, prima ancora, *perché* effettuare tale distinzione? Poiché, infatti, in ogni caso, tutte le norme del foro che sono richiamate dalla norma di conflitto bilaterale paiono dovere applicarsi nell'ambito in cui sono richiamate, non c'è motivo, sembrerebbe, di chiedersi se una norma è *effettivamente* imperativa, è *poco* o *molto* imperativa, o se è più o meno imperativa di un'altra. Pare possibile uscire dall'*impasse* in cui sembra dovere insabbiarsi qualsiasi tentativo di ricostruire la *differentia specifica* del *genus* « norme internazionalmente imperative » rispetto a quello di « norme internazionalmen-

¹⁵⁵⁷ DÉBY GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit*, p. 48.

¹⁵⁵⁸ DÉBY GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit*, p. 49: « Une situation juridique, un facteur de rattachement, une loi – celle du for, mais il importe peu ici – (...) où se cache la différence avec le mécanisme classique de la règle de conflit? »; cfr. anche il rilievo di LOUSSOUARN, *Cours général*, p. 328-329, secondo il quale tra le « lois de police » e le, potremmo dire, « non-lois de police », « il n'y pas de différence de nature » ma « une simple différence de degré » (cfr. anche ANCEL/LEQUETTE, p. 513, HOLLEAUX/FOYER/GEOFFRE DE LA PRADELLE, n. 647).

¹⁵⁵⁹ Cfr. la formula di LOUSSOUARN, citata alla nota precedente.

¹⁵⁶⁰ V. ad es. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di dir. civ. comm.* (diretto da CICU/MESSINEO/MENGONI), p. 233: « il grado d'imperatività della norma violata, richiesto ai fini della nullità del contratto, è più elevato di quello che si esprime nella constatazione della non derogabilità per volontà delle parti »; cfr. SÉRIAUX, *Le droit: une introduction*, Paris, 1997, il quale, dopo avere ricordato che « poser une règle (...) c'est le rôle de la volonté », e che dunque « le droit positif est le droit voulu par qui détient, au sein du corps social, la compétence pour ce faire », rileva che « il existe dans le vouloir des degrés d'intensité ».

te non imperative » prescindendo dal meccanismo di deroga, se si ha riguardo al richiamo delle norme internazionalmente imperative straniere.

231. Se uno Stato accetta di dare efficacia, nel foro, a norme imperative straniere, che supponiamo, per ora e per semplicità, derogatorie, nell'ordinamento cui appartengono, ad una norma bilaterale generale, esso accetta, per ciò stesso, di rimettere in discussione l'applicazione, a queste fattispecie, delle norme, sia del foro – è questa l'ipotesi in cui ragioneremo – sia di un altro Stato, pur rese eventualmente applicabili dalla norma di conflitto ordinaria. Così facendo, il nostro Stato accetta, in certo modo, di confrontare la volontà d'applicazione *imperativa* della norma *straniera*, derivante dalla relativa norma unilaterale, implicita od esplicita, con la volontà d'applicazione, diciamo così *ordinaria*, della norma *del foro*, derivante dalla porzione unilaterale di una norma bilaterale appunto ordinaria, anch'essa implicita od esplicita. E' dunque nelle fattispecie alle quali una norma straniera vuole applicarsi imperativamente che la norma materiale del foro, dichiarata applicabile dalla norma di collegamento ordinaria, è spinta, per dir così, ad interrogarsi sulla sua *propria imperatività*. Detto altrimenti: è quando la volontà d'applicazione, diciamo così, *ordinaria* della norma del foro entra *in conflitto* con la volontà d'applicazione *imperativa* di una norma straniera, che ha senso esaminare l'intensità *effettiva* della volontà d'applicazione della norma del foro, cioè la sua *imperatività* o *perentorietà* o *necessità d'applicazione*, rispetto alla fattispecie in questione.

Siamo dunque, sembrerebbe, in grado di superare il punto morto segnalato più sopra. Non pare – si diceva – avere senso interrogarsi sull'imperatività di una norma materiale del foro rispetto ad una fattispecie ricompresa nel novero di quelle che rientrano nel campo d'applicazione fissato da una norma bilaterale del foro se l'applicazione di tale norma già deriva, appunto, dal criterio di collegamento ordinario. E ciò per la segnalata ragione che poiché, in ogni caso, non v'è luogo di condizionare l'applicazione di tale norma alla maggiore o minore imperatività, la ricerca diviene *sans objet*. Nella prospettiva in cui ci muoviamo ora, invece, l'analisi dell'imperatività o meno della norma del foro ha una sua precisa ragion d'essere: tale analisi mira ad accertare se la norma del foro, oltre che volere *ordinariamente* applicarsi, lo vuole anche, riguardo a quella fattispecie, *imperativamente*. Se sì, essa *prevarrà* rispetto alla norma imperativa straniera, altrimenti, prevarrà *quest'ultima*. L'indagine circa l'imperatività della norma del foro torna insomma ad essere fattore condizionante l'applicazione *effettiva* di tale norma, e recupera tutto il suo significato, ed il suo interesse.

Tutto ciò però fa emergere, ci sembra, gradatamente, una nozione d'*imperatività* nel campo del diritto internazionale privato un po' diversa da quella tradizionale. Una norma è imperativa, si è soliti dire, se e nella misura in cui *prevale* rispetto ad una norma straniera pur applicabile. Mentre, però, nella visione tradizionale, bilateralistica, la norma è imperativa perché si applica nonostante l'applicabilità di una norma *straniera* applicabile per *volontà* dell'ordinamento *del foro*, nella visione cui si approda muovendo dall'unilateralismo, recepito dai sistemi di d.i.p. in materia di richiamo di norme imperative straniere, la norma del foro è imperativa perché si applica nonostante

l'applicabilità di una norma straniera designata per *volontà* del *legislatore straniero*. Come si vede, lo scarto fra le due visioni riproduce quello, storico, fra bilateralismo ed unilateralismo. Sicché pare potersi dire che la prima è una visione *bilaterale* dell'imperatività internazionale, la seconda è una visione *unilaterale* di tale imperatività.

La visione unilaterale dell'imperatività internazionale, sembra, almeno ad un primo esame, più *affine* al concetto d'« imperatività », quale contrapposto a quello di « dispositività » o « suppletività », proprio del diritto interno. La necessità d'interrogarsi sulla natura imperativa di una norma, e di fare valere tale natura imperativa, presuppone l'esistenza di una *norma altra ed incompatibile*, proveniente da una fonte o volontà normatrice *distinta* rispetto a quella che ha posto la norma imperativa¹⁵⁶¹. Il presupposto è dunque, possiamo dire, un *conflitto di volontà normatrici*, il quale si concretizza in un *conflitto di norme*, diverse ed incompatibili, che da esse promanano¹⁵⁶². Nel diritto interno, il conflitto è fra norma posta dal *legislatore* e la norma, diversa ed incompatibile con la prima, posta dalla *volontà delle parti*¹⁵⁶³. Tale conflitto è risolto, appunto, interrogandosi sulla natura imperativa o meno della norma posta dal legislatore: se essa è imperativa, questa prevale, se è « dispositiva » o « suppletiva »¹⁵⁶⁴, prevale la norma elaborata dagli interessati. Il conflitto viene dunque risolto dalla imperatività o suppletività della norma posta dal legislatore¹⁵⁶⁵, il quale assurge dunque a vero e proprio *criterio di soluzione* del conflitto di norme¹⁵⁶⁶. Le due volontà normatrici in conflitto rimangono, si noti, distinte e poste in ordine gerarchico¹⁵⁶⁷: il legislatore, da un lato, le parti, dall'altro, pur essendo, certo, la volontà normatrice di queste ultime pur sempre riconosciuta come fonte normativa, seppure di *rango inferiore*, ed ammessa appunto a produrre norme, per volere del legislatore, e nei limiti in cui questo lo ritiene opportuno¹⁵⁶⁸. Se

¹⁵⁶¹ La necessità di una dualità di « sources » è rilevata da BODEN, *L'ordre public*, p. 96.

¹⁵⁶² Cfr. BODEN, *L'ordre public*, p. 96.

¹⁵⁶³ PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, Paris, 2004, spec. p. 135 s. Cfr. BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, p. 298, note 1113, il quale, dopo aver riprodotto la definizione di « impératif » tratta da CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, precisa che « plutôt que de volonté individuelle, c'est la norme résultant de l'expression de la volonté individuelle qui ne peut déroger à la règle impérative » (corsivo nostro).

¹⁵⁶⁴ Sulla « règle supplétive », l'imponente monografia di PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, Paris, 2004.

¹⁵⁶⁵ Questo « conflitto di norme » viene esplicitato da BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, p. 299, dove si legge che l'imperatività « [e]n droit interne (...) dénote la suprématie de la norme d'origine étatique sur la norme émanée de la volonté des sujets de droit », e da BODEN, *L'ordre public*, p. 96, il quale esordisce la trattazione dell'« imperatività » muovendo dall'esistenza di « normes contradictoires ».

¹⁵⁶⁶ Di « règle de prédominance » per risolvere un « conflit » de « normes contradictoires », parla ad es. BODEN, *L'ordre public*, p. 96.

¹⁵⁶⁷ BODEN, *L'ordre public*, p. 97.

¹⁵⁶⁸ BODEN, *L'ordre public*, p. 97: « S'interroger sur le caractère supplétif d'une norme, revient à rechercher deux éléments: 1) la source supérieure de la norme, qui interdit, permet ou rend obligatoire un certain comportement, et qui s'impose à ceux qui relèvent de son champ d'application à

la norma, di rango superiore, posta dal legislatore, è *imperativa*, allora prevale rispetto alla norma di rango inferiore, posta dalle parti. Se invece la norma, di rango superiore, posta dal legislatore, è *suppletiva*, allora essa cede di fronte alla norma, di rango inferiore, posta dalle parti¹⁵⁶⁹.

La visione unilateralista dell'imperatività conduce, nel diritto internazionale privato, a scorgere il medesimo fenomeno, con la sola differenza che le volontà normatrici fra le quali ha luogo il conflitto, che deve risolversi interrogandosi sull'imperatività o meno della norma posta dal legislatore (del foro), si esplicano sul piano non più *interno*, ma *internazionale*, e sono il *legislatore del foro*, da un lato, ed un *legislatore straniero*, dall'altro, che il legislatore del foro, anche qui, riconosce come fonte produttiva di norme. La necessità, per il foro, d'interrogarsi sull'imperatività o meno della norma da esso posta presuppone anche qui l'esistenza di una norma diversa ed incompatibile, ma *qui la norma è posta, appunto, da un legislatore straniero*. Il conflitto di norme, quella che promana dalla volontà normatrice del foro e quella che promana dalla volontà normatrice straniera riconosciuta dal foro, viene anche qui risolto, dal foro, ricorrendo alla natura *imperativa* o meno della norma da esso posta. Se la norma del foro, avuto riguardo a quella fattispecie, è *imperativa*, allora prevale, se non lo è, allora prevale la norma posta dall'altra volontà normatrice, il legislatore straniero, sicché la norma del foro può definirsi *internazionalmente suppletiva*.

La nozione d'imperatività cui conduce la bilateralità inclina invece ad escludere questa *dualità di fonti, di volontà normatrici*, sicché il conflitto, che pare presupposto di ogni indagine circa l'imperatività o suppletività della norma posta dalla fonte superiore, non ha più luogo fra due volontà distinte, ma diviene *tutt'interno ad una sola ed unica volontà*, quella del legislatore (del foro). Ciò perché, nella visione bilaterale tradizionale, non solo l'applicabilità della norma del foro alla fattispecie considerata viene *voluta* dal legislatore del foro, ma lo è altresì l'applicabilità di una norma straniera, e ciò indipendentemente dalla volontà del legislatore straniero (mettiamo da parte, per ora, il rinvio). Il legislatore, lungi dall'aprirsi ad una volontà normatrice distinta, si avviluppa qui in una *contraddizione*: dichiarando, da un lato, di volere che, ad una fattispecie, si applichi una norma *straniera* e, dall'altro che, alla medesima fattispecie, si attribuisca efficacia ad una norma *interna* incompatibile con la prima. Qui vi è dunque un'*unica* volontà

défaut de norme contraire de source inférieure et d'égale précision; 2) l'indication du type de norme inférieure habile à écarter la norme supérieure, et des conditions qu'elle doit remplir pour produire cette conséquence ».

¹⁵⁶⁹ Il fatto che vi sia un ordine gerarchico fra le due fonti non implica che l'antinomia sia risolta in virtù del criterio appunto gerarchico, il quale solo potrebbe condurre a privilegiare la norma di rango superiore, mentre, a seguito del funzionamento del criterio di soluzione delle antinomie usato qui, la norma di rango inferiore può ben prevalere, il che avviene appunto se la norma di rango superiore è suppletiva. Insomma, il criterio di soluzione è costituito proprio dalla natura, *imperativa* o *suppletiva*, della norma di rango superiore.

normatrice che si contraddice, dunque una volontà antinomica. Vi è qui un'unica fonte che ha « prodotto » due norme incompatibili¹⁵⁷⁰. Ora, per risolvere l'antinomia fra due norme poste da una *medesima* fonte, la norma (bilaterale) che vuole che si applichi una norma straniera, di cui si riconosce la *generalità*, e quella (unilaterale) che vuole che si applichi una norma interna, di cui si riconosce la *specialità*, la nozione d'*imperatività*, che sempre postula l'esistenza di due fonti fra le quali vi è un rapporto di superiorità-subordinazione, non pare né necessaria, né utile¹⁵⁷¹, mentre pare sufficiente ed adeguato ricorrere al criterio, appunto, di *specialità*¹⁵⁷²: si applica la norma unilaterale perché è *speciale* rispetto alla porzione unilaterale della norma bilaterale *generale*¹⁵⁷³.

232. Se siamo nel giusto, rimane da spiegare perché quella che ci pare essere un'anomalia del concetto comune di norma imperativa nel d.i.p. non balzi per lo più all'occhio. La ragione, crediamo, risiede in ciò che, nella grande maggioranza dei casi in cui tale concetto è praticamente intervenuto ed è stato teoricamente studiato, il criterio di collegamento cui la norma imperativa, *rectius*, la norma unilaterale che ne sta alla base, deroga, è l'*autonomia della volontà*, versandosi, per lo più, in materia *contrattuale*¹⁵⁷⁴. Ora, finché si rimane ancorati a tale criterio, ed a tale materia, la *dualità* di volontà normatrici, presupposto di ogni analisi circa l'imperatività della norma considerata, rimane tutt'intera, e con essa tutta l'utilità pratica e la pregnanza teorica della nozione d'imperatività. Vero è però che, se riguardata entro questi limiti, la nozione di norma *internazionalmente* imperativa perde l'essenziale della sua specificità, non distinguendosi in pratica più da quella di norma *internamente* imperativa se non per elementi estrinseci. Certo, si è soliti dire, non tutte le norme internamente imperative sono *anche* internazionalmente imperative¹⁵⁷⁵. Ma il fatto di introdurre una variabile spaziale non scalfisce la *medesimezza* del concetto: gli è soltanto che, in talune fattispecie non totalmente interne, la *ratio* dell'imperatività della norma del foro consiglia di non farla intervenire.

¹⁵⁷⁰ Cfr. il seguente rilievo di ANCEL/LEQUETTE, p. 508: « Cette divergence engendre elle-même un conflit de méthodes: lorsque le juge découvre dans son système juridique une loi de police qui entend régir la question de droit dont il est saisi alors que sa règle de conflit lui désigne un ordre juridique étranger, à laquelle de ces deux *normes contradictoires* doit-il obéir? » (corsivo nostro).

¹⁵⁷¹ Cfr. BODEN, *L'ordre public*, p. 97, nota 164: « en droit international privé, la prédominance des lois portant règles d'application nécessaire sur les lois portant règles de conflit bilatérales est-elle fréquemment appelée impérativité internationale, alors qu'on chercherait en vain une trace de supériorité hiérarchique entre les lois du premier genre et les lois du second » (corsivo nostro).

¹⁵⁷² Cfr. ANCEL/LEQUETTE, p. 508 (« il n'est pas interdit de déduire la réponse de la maxime *specialia generalibus derogant* »).

¹⁵⁷³ BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 221.

¹⁵⁷⁴ Così ad es. BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, p. 299-300; nonché già MAYER, *Les lois de police étrangères*, n. 26: « C'est surtout en matière contractuelle que la méthode des lois de police doit être considérée comme un correctif indispensable de la méthode conflictuelle »; v. anche MAYER/HEUZÉ, p. 86.

¹⁵⁷⁵ V. per tutti BONOMI, *Norme imperative*, p. 140.

Le norme internazionalmente imperative, in materia contrattuale, sono norme imperative *interne* delle quali il legislatore decide di non attuare, talvolta, diciamo così, l'imperatività, cioè decide di cedere, di fronte alla norma incompatibile posta dalla volontà delle parti, per il tramite della *scelta di legge*, proprio avuto riguardo alla *ratio*, al presupposto della sua imperatività, che, riguardo a certe fattispecie, data la loro minore o tenue integrazione con il sistema socio-economico del foro, non si dà. La qualifica di *internazionalità* attiene qui non già alla norma stessa, non già, soprattutto, alla natura o al *piano* su cui si situa il conflitto, riguardo al quale l'imperatività o non imperatività è chiamata ad intervenire quale criterio risolutore dello stesso, che è sempre fra volontà normatrice del legislatore (del foro) e volontà normatrice delle parti, ma unicamente alla qualità della *fattispecie* riguardo alla quale l'imperatività della norma del foro è affermata. Se l'attributo dell'*imperatività* della norma è qui perfettamente legittimo, la qualità d'*internazionale*, riferito alla norma, pare qui – ci sentiamo di dire – svilito.

Se ci si sposta a quei casi in cui il criterio di collegamento derogato è *altro* rispetto alla volontà delle parti, che sono poi quei casi in cui la nozione di norma *internazionalmente* imperativa è chiamata a rendere ragione della sua specificità rispetto a quella di norma *internamente* imperativa¹⁵⁷⁶, e si rifiuta di considerare la dualità di volontà normatrici – dello Stato del foro e dello Stato estero – non solo si chiudono gli occhi su un elemento che consentirebbe di individuare la *differentia specifica* del *genus* « norme internazionalmente imperative »; non solo si perde l'occasione di valorizzare, dandogli nuova freschezza, l'attributo dell'*internazionalità*, innalzando il conflitto in cui è coinvolta la norma imperativa del foro dal piano *interno* al piano appunto *internazionale*; ma, soprattutto, si abbandona il presupposto della dualità di volontà normatrici, che, fin quando il criterio di collegamento era l'autonomia della volontà, aveva legittimato il ricorso al concetto d'imperatività. Si muove insomma, qui, dal *conflitto* fra due volontà distinte, del foro e delle parti, alla *contraddizione* di una volontà unica, quella del foro, che ha posto ad un tempo una norma generale (che ha come conseguenza giuridica l'applicabilità, ad esempio, della legge *nazionale*) ed una norma speciale (che produce una conseguenza giuridica diversa, quale l'applicabilità della legge della *residenza*), per risolvere la quale, come si è visto, la nozione d'imperatività non pare né necessaria né utile.

233. Tornando al conflitto fra le norme del foro, rese applicabili dalla norma bilaterale ordinaria, e le norme d'applicazione necessaria straniera, questo è risolto, si è detto, interrogandosi sull'*imperatività internazionale* delle norme del foro. Le disposizioni positive sulla possibilità di applicare, nel foro, norme d'applicazione necessaria straniera, individuano, grosso modo, *due* elementi, destinati ad operare piuttosto *cumulativamente* che non *alternativamente*, per valutare se o meno darvi efficacia: si tratta dell'intensità

¹⁵⁷⁶ Cfr. BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, p. 298-299.

del « legame » (« étroitesse du lien ») di integrazione spaziale della fattispecie con lo Stato d'origine (criterio *spaziale*)¹⁵⁷⁷ e della « natura », dell'« oggetto », dello « scopo » o « fine » perseguito dalle, norme straniere, quale in particolare si concretizza nell'applicazione al caso di specie (criterio *materiale*)¹⁵⁷⁸.

Ora, utilizzando tali criteri, si viene per ciò stesso a valutare l'*imperatività* o la *suppletività*, nel senso sopra indicato, delle norme del foro. Si rifletta infatti su ciò che, se tutte le norme del foro hanno un certo campo d'applicazione internazionale, l'applicazione di una stessa norma è, come autorevole dottrina lascia intendere, *più* imperativa rispetto ad una fattispecie *maggiormente* collegata con la fattispecie, di quanto non lo sia rispetto ad una fattispecie meno collegata¹⁵⁷⁹. A parità di contatti (piuttosto a parità di *rilevanza* di contatti) con il foro, l'interesse che questi ha ad imporre imperativamente il rispetto delle proprie norme ad una medesima fattispecie dipende in qualche misura dall'*obiettivo* perseguito dalle stesse. In generale, i legislatori moderni sono ad esempio *meno* interessati al rispetto delle loro norme in materia di forma testamentaria rispetto a quanto non lo siano rispetto a quelle in materia di capacità di fare testamento. Infine, considerando una *stessa* norma, rispetto a due fattispecie che presentano *eguali* contatti con il foro, un ordinamento è spesso più interessato, come dimostrano le norme di conflitto alternative che utilizzano il criterio del *favor validitatis*, a vedere applicata tale sua norma nella sua parte « positiva » o « permissiva », cioè a quella fattispecie rispetto alla quale la sua applicazione *consentirebbe* l'insorgenza di quel fascio di diritti ed obblighi che la norma prevede come conseguenza giuridica, piuttosto che a vederla applicata nella sua parte « negativa » o « proibitiva », cioè a quella fattispecie rispetto alla quale una sua applicazione *impedirebbe* l'insorgenza di tale fascio di diritti ed obblighi.

Raccapizzando gli elementi enunciati fin qui, quando si discute dell'ingresso nel foro di una norma imperativa straniera, applicabile ad una fattispecie cui le norme di conflitto del foro rendono applicabili le norme del foro, si ha conflitto di volontà normatrici, che è presupposto perché abbia senso ricorrere alla nozione d'*imperatività-suppletività internazionale* delle norme del foro, se, avuto riguardo al collegamento complessivo della fattispecie con il foro, alla politica perseguita dalla norma del foro e alle conseguenze che avrebbe la sua applicazione o non applicazione all'ipotesi di specie, e confrontando tutto ciò con il collegamento della fattispecie con lo Stato che ha posto la norma imperativa straniera, con la politica perseguita da tale norma e con le conseguenze che derivano dalla applicazione o non applicazione di essa, il foro ritiene di *non*

¹⁵⁷⁷ Sia l'articolo 7, comma 1, della Convenzione di Roma, sia le altre disposizioni citate *supra*, para. 226, prescrivono il requisito degli « stretti legami ».

¹⁵⁷⁸ Di « natura » ed « oggetto », nonché « delle conseguenze che deriverebbero dalla loro applicazione e non applicazione » è menzione nell'articolo 7, comma 1, della Convenzione di Roma; le altre disposizioni citano a loro volta il « but », la « fin », la « nature » e l'« objet » (« purpose and nature »): v. *supra*, note 1516-1521.

¹⁵⁷⁹ V. ad es. AUDIT, *La fraude à la loi*, n. 38.

applicare la norma straniera, e dunque di applicare la norma *del foro*, è segno che la norma del foro è, rispetto a quella fattispecie, *internazionalmente imperativa*. Se invece il foro ritiene di applicare la norma *straniera*, e dunque di non applicare la norma del foro, è segno che questa è, rispetto a quella fattispecie, *internazionalmente dispositiva o suppletiva*, cioè che può essere derogata (non già dalla norma posta dalla volontà delle parti, perché qui si versa, per ipotesi, in una fattispecie in cui lo Stato del foro ha scelto ordinariamente un collegamento *oggettivo* ma) dalla norma posta da un *legislatore straniero*¹⁵⁸⁰.

234. Spostiamoci ora dal terreno dell'imperatività delle norme *del foro* a quello dell'imperatività delle *norme straniere*. E veniamo, oltre che ad illustrare le conseguenze *pratiche* che si sono preannunciate, anche a dimostrare la *vera e propria necessità*, non più solo *teorica*, ma anche e soprattutto *pratica*, di una revisione della concezione tradizionale bilaterale delle « norme internazionalmente imperative ». Finora si è presupposto che la qualità di norma imperativa straniera risaltasse dall'essere questa *derogatoria* nel suo ordinamento di origine. Ci si deve chiedere ora se, dal punto di vista del foro, una norma straniera possa dirsi *imperativa* soltanto quando è *derogatoria* o anche quando non lo è. Qui, come è evidente, non ne va più soltanto d'una corretta e coerente sistemazione teorica del concetto d'*imperatività*. Qui ne va dell'accertamento del novero stesso delle norme straniere suscettibili di applicazione nel foro in virtù della loro volontà d'applicazione, cioè con modulo unilaterale. Soltanto le norme o disposizioni *imperative* nel loro Stato d'origine, ma *tutte* le norme o disposizioni imperative nel loro Stato d'origine, hanno titolo per essere, non già applicate automaticamente, certo, ma quanto meno *incluse* nel ragionamento del giudice e suscettibili di esserlo.

Richiedere la *derogatorietà* delle norme straniere nello Stato di appartenenza pare assai poco ragionevole, potendo condurre financo a risultati assurdi. Non si può, ad esempio, dubitare che le norme in materia di protezione del consumatore di un Paese siano *imperative*, per tale Paese, se sussistono i relativi presupposti spaziali di applicazione (cioè, per lo più, la residenza abituale del consumatore), poco importa che questi siano contenuti nella porzione introversa di una norma perfettamente bilaterale, com'è il caso della Svizzera (art. 120 LDIP), ovvero in una norma unilaterale, implicita od esplicita,

¹⁵⁸⁰ Finora si è discusso di quelle norme del foro la cui imperatività non viene alla luce se non quando esse entrano in conflitto con una norma straniera. Certa dottrina ritiene, si è visto, seppure con prudenza, che anche quando la norma del foro, per applicarsi, necessita effettivamente di una *deroga* ad una norma bilaterale (cioè sia imperativa nel senso *tradizionale*), l'automatica prevalenza della norma del foro nel caso di conflitto con una norma imperativa straniera (si versa qui in un « conflit de lois de police ») non è sempre soluzione soddisfacente e propone che si confronti anche in questo caso l'intensità dei legami che la fattispecie presenta con il foro con quelli che essa presenta con lo Stato estero, nonché gli obiettivi perseguiti dalla norma del foro rispetto a quelli perseguiti dalla norma straniera, per determinare se la norma del foro, rispetto a quella fattispecie, è internazionalmente imperativa, cioè non può essere derogata dalla volontà di applicazione di una norma straniera, o se non lo è, cioè se è disposta a cedere di fronte a tale volontà: v. *supra*, para. 223.

come nella maggioranza degli altri Paesi. Pare francamente inopportuno ritenere che (lasciando per un istante da parte l'articolo 5 della Convenzione di Roma) l'articolo 21, comma 3, della nuova legge belga sul d.i.p. consenta al giudice belga di tener conto delle disposizioni protettive tedesche del luogo della residenza del consumatore, in quanto derogatrici rispetto al criterio d'applicazione ordinario, applicabile anche a tali contratti, cioè la volontà delle parti, e *non* alle disposizioni protettive svizzere, sempre del luogo di residenza del consumatore, in quanto rese applicabili da una norma bilaterale. Parimenti, avrebbe poco senso che il giudice svizzero fosse disposto a rispettare le norme materiali italiane sulla riserva successoria, trattandosi di *de cuius* italiano che lascia legittimari residenti in Italia, a motivo di ciò che queste norme, in Italia, sono dichiarate applicabili da una norma unilaterale derogatoria ad una norma di conflitto bilaterale, e rifiuti in principio di rispettare le corrispondenti norme spagnole, quando si tratta di un *de cuius* spagnolo che lascia legittimari residenti in Spagna, soltanto perché l'applicabilità di queste norme a questa fattispecie, nel sistema di d.i.p. spagnolo, non risulta da alcuna norma unilaterale derogatoria, ma dalla norma bilaterale ordinaria. Non può ragionevolmente dirsi che le norme italiane abbiano, riguardo alla prima fattispecie, una maggiore *imperatività* rispetto alle norme spagnole riguardo alla seconda fattispecie. Ciò è inopportuno, oltre che perché penalizza irragionevolmente proprio quello Stato che ha cercato di assicurare il più possibile l'efficacia internazionale delle sue norme mediante il collegamento ordinario, senza ricorrere ad alcuna deroga – che sempre sa, in qualche misura, di eccezione – perché è incongruo rispetto al *fondamento* dell'applicabilità nel foro delle norme imperative straniere, il quale, come insegnano gli avversari della bilateralizzazione¹⁵⁸¹, consiste *nella cooperazione internazionale, dunque nell'armonia delle soluzioni, dunque nella prevedibilità, per le parti, di queste*. Se, come si dice pressoché all'unanimità, per interrogarsi sulle modalità più opportune di richiamo delle norme imperative straniere, è ragionevole, ed anzi doveroso, avere riguardo a tale fondamento, e concludere che tale richiamo deve avvenire sulla base della semplice *volontà d'applicazione* della norma straniera; pare altresì ragionevole, e doveroso, *continuare ad avere riguardo a tale fondamento* per determinare quando una norma è da considerarsi « internazionalmente imperativa », ed è dunque suscettibile di essere presa in considerazione nel foro, e quando non lo è. Se è così, ciò che rileva, per potere affermare l'imperatività di una norma straniera, sembra dovere essere piuttosto il *fatto che la norma voglia applicarsi alla fattispecie*, che non la struttura e la natura della norma, unilaterale o bilaterale, implicita od esplicita, con cui l'ordinamento straniero cui essa appartiene ha fissato od esplicitato tale volontà.

La dottrina non pare per lo più essersi occupata *ex professo* della questione¹⁵⁸². E' comunque significativo che alcuni autori, nel commentare le disposizioni espresse che

¹⁵⁸¹ V. *supra*, para. 222.

¹⁵⁸² Ciò pare dovuto a due fattori. Il primo è che, ancora una volta, la categoria concettuale delle norme internazionalmente imperative è stata essenzialmente eretta a partire dalla materia *contrattuale*,

consentono l'ingresso delle norme imperative straniere, lascino in pratica intendere che il presupposto per l'applicazione nel foro di tali norme è appunto la sola *volontà d'applicazione* di esse, impressa dal rispettivo Stato, rispetto alla fattispecie in questione, e che tale volontà d'applicazione può derivare *sia* da un criterio di *delimitazione unilaterale*, *sia* dalle *ordinarie norme di d.i.p. bilaterali* dell'ordinamento cui la norma appartiene¹⁵⁸³. Altri autori formulano esempi in cui la norma imperativa straniera vuole applicarsi in virtù della *semplice norma bilaterale ordinaria espressa* e non già di una norma unilaterale derogatoria, implicita od esplicita che sia¹⁵⁸⁴. Si è autorevolmente detto che, in questi casi, la presa in considerazione di tale volontà « è del tutto analog[a] a quell[a] delle norme di applicazione necessaria appartenenti ad un ordinamento straniero »¹⁵⁸⁵. Pure si è detto, ed assai di recente, che il « carattere imperativo » delle norme di uno Stato, per esempio in materia personale o familiare, è « assicurato dai collegamento tradizionali del domicilio o della cittadinanza »¹⁵⁸⁶. Che se poi si sostiene, come si è sostenuto, che quelle stesse preoccupazioni legate alla sovranità di uno Stato, che giustificano l'applicazione necessaria di certe norme in un certo ambito d'applicazione spaziale, stanno alla radice di numerose norme di conflitto *bilaterali*, fondate, appunto, si sostiene, sul « principio di sovranità », quali, ad esempio, quelle che utilizzano il criterio di collegamento della cittadinanza, tanto che, nel foro, non è necessario, per giustificare l'applicazione, « ricorrere a regole derogatorie di carattere unilaterale per far prevalere le valutazioni della *lex fori* »¹⁵⁸⁷, si deve pure riconoscere che, se la fattispecie viene portata dinanzi ad un giudice straniero, il quale è autorizzato a tenere conto delle norme

dove, in ragione del pressoché universale impiego della volontà delle parti come criterio di collegamento bilaterale ordinario, il caso di una norma internazionalmente imperativa che *non* sia derogatoria si presenta di rado. Il secondo è che, la *derogatorietà* costituendo la cartina di tornasole delle norme d'applicazione necessaria *del foro* – perché è proprio da questo derogare che balzano all'occhio – si è dato per lo più per scontato che anche le norme di applicazione necessaria straniere debbano essere derogatorie.

¹⁵⁸³ VISCHER, *Zürcher Kommentar*, p. 293: « Die zwingende Bestimmung des 'ändern' Rechts will auf den zur Beurteilung stehenden Sachverhalt zwingend angewandt werden. *Entscheidend ist der Anwendungswille dieser Bestimmung*. Er ist vor allem nach den (einseitigen) Grenznormen und nach den IPR-Bestimmungen des Erlassstaates zu beurteilen » (corsivo nostro); all'espressione « IPR-Bestimmungen », che l'A. contrappone alle « norme unilaterali di delimitazione » (*Grenznormen*), non pare potersi dare altro significato se non quello di *norme di conflitto bilaterali* (e segnatamente quelle inserite in una codificazione).

¹⁵⁸⁴ BONOMI, *Norme imperative*, p. 393, il quale suggerisce, in materia successoria, il rispetto delle norme del luogo di situazione degli immobili che vogliono applicarsi, tale volontà derivando, ad esempio, in Francia, da una norma di conflitto bilaterale, che designa ordinariamente la *lex rei sitae*.

¹⁵⁸⁵ BALLARINO, *D.i.p.*, 2^a ed., p. 518.

¹⁵⁸⁶ AUDIT, *Cours général*, p. 295: « L'intérêt éventuel des Etats à l'application de leur loi en matière de droit privé (...) se manifeste par le caractère impératif d'un certain nombre de règles internes. En matière personnelle et familiale, cette impérativité est assurée par les rattachements traditionnels que constituent la nationalité et le domicile (...) ».

¹⁵⁸⁷ BONOMI, *Norme imperative*, p. 384.

imperative straniere, le norme la cui applicazione si fonda appunto su tale volontà *sovrana* « vogliono », dal punto di vista dello Stato che le pone, *imperativamente applicarsi* in tale loro ambito d'applicazione¹⁵⁸⁸, e che tale volontà non è meno forte od imperativa di quella che si manifesta quando la norma, per applicarsi, abbisogna della deroga ad una norma di conflitto bilaterale.

235. Se siamo nel giusto, si prenda il classico esempio del francese, domiciliato in Inghilterra – sia nel senso del diritto francese che nel senso del diritto inglese – che s'interroga sulla legge applicabile alla sua *capacità*, per esempio, in materia di testamento. La norma di conflitto francese, legislativamente unilaterale e giurisprudenzialmente bilateralizzata, dichiara applicabili le norme francesi; la norma di conflitto bilaterale inglese, d'origine giurisprudenziale, dichiara applicabili le norme inglesi. Le norme francesi, dal punto di vista francese, *vogliono* dunque applicarsi alla fattispecie; le norme inglesi, dal punto di vista inglese, *vogliono* pure applicarsi; nell'uno e nell'altro caso tale volontà deriva dal criterio di collegamento *bilaterale*, e non già da un criterio di collegamento unilaterale speciale. Ci chiediamo: le norme inglesi e le norme francesi sono, con riguardo a quella fattispecie, *imperative*? Se si accoglie la nozione d'imperatività tradizionale, si dovrebbe dire di no. Nondimeno è difficile negare che – come sostengono alcuni autori – la Francia abbia un preciso *interesse* a serbare il controllo sui propri cittadini¹⁵⁸⁹, ed è proprio per perseguire tale suo interesse che ha scelto, in queste materie, il criterio della cittadinanza. Si è parlato di recente, del resto, con riferimento alla filiazione, di « ordine pubblico dello statuto personale dei cittadini francesi »¹⁵⁹⁰. Se le norme francesi in tema di stabilimento della filiazione sono « d'ordine pubblico » nelle ipotesi in cui si tratta di un *cittadino francese*, dovrebbe pure potersi dire che le norme francesi in tema di capacità sono egualmente d'ordine pubblico se si tratta di un *cittadino francese*, tanto le prime quanto le seconde attenendo allo « statuto personale dei cittadini francesi ». E se ciò vale anche per le norme inglesi – e noi non vediamo quale ragione fondata impedisca di parlare, parallelamente, di « ordine pubblico dello statuto personale dei domiciliati in Inghilterra », dal momento che si potrebbe pure dire che la scelta del domicilio corrisponde ad un « preciso interesse » dell'Inghilterra a « controllare i domiciliati sul suo territorio » – non soltanto sia le norme francesi che le norme inglesi *vogliono* applicarsi, ma tale loro volontà pare fondarsi su un preciso interesse dei rispettivi legislatori, sicché la presa in considerazione di tale loro volontà « è del tutto analog[a] a quell[a] delle norme di applicazione necessaria appartenenti ad un ordinamento straniero ». Se poi si astraie dall'esigenza di un meccanismo di deroga nell'ordinamento dello Stato d'origine – come, lo si è visto, taluni commentatori sembrano suggerire, e come sembra imporre il fondamento stesso dell'applicabilità delle

¹⁵⁸⁸ Cfr. ancora BONOMI, *Norme imperative*, p. 384 s.

¹⁵⁸⁹ BONOMI, *Norme imperative*, p. 385; LAGARDE, *Le principe de proximité*, p. 223; PATAUT, *Le principe de souveraineté*, p. 190.

¹⁵⁹⁰ MAYER/HEUZÉ, p. 142.

norme imperative straniere, che è appunto la ricerca dell'*armonia* delle soluzioni, che passa attraverso una cooperazione fra gli Stati – le norme di entrambi gli Stati sono, in qualche modo, di per sé, *internazionalmente imperative*, per il semplice fatto che sono dichiarate applicabili dagli ordinamenti di appartenenza in virtù di un contatto forte della fattispecie con ciascuno di essi.

Si supponga ora che la questione della legge applicabile alla capacità del francese domiciliato in Inghilterra si ponga in Svizzera. La disposizione di cui all'articolo 19 LDIP autorizza la presa in considerazione delle, e l'attribuzione di efficacia alle, norme imperative straniere e sembra dunque quanto meno permettere all'interprete di ragionare in questo modo: agli occhi dell'ordinamento svizzero, le norme di entrambi i Paesi sono *imperative*, nel senso – sufficiente a tal fine – che vogliono entrambe applicarsi, e rientrano dunque, per dir così, nel campo di percezione del giudice elvetico. Il che non significa che esse *debbero* essere applicate – il problema consistendo proprio in ciò che *non possono esserlo l'una e l'altra* – ma semplicemente che *questa « applicabilità » nello Stato d'origine dà loro titolo per essere incluse nel ragionamento giudiziario*. Ai fini di un'applicazione effettiva devono essere valutati, come prescrive la disposizione in questione, sia la forza del *collegamento* con il rispettivo Stato, che la *politica materiale* perseguita dalle norme, e la conseguenza della loro applicazione o non applicazione. Dandosi qui un conflitto, il *giudice svizzero* sarà naturalmente portato a ricorrere a questi stessi *criteri*, cioè a confrontare gli elementi d'integrazione della fattispecie nel sistema dell'uno e dell'altro Stato, nonché gli obiettivi perseguiti dalle norme concorrenti e l'esito della loro messa in opera nel caso concreto. Se e nella misura in cui la Francia consente a sua volta la presa in considerazione delle norme imperative straniere, e constatando un conflitto internazionale fra le proprie norme in materia di capacità e quelle inglesi, il *giudice francese* sarà spinto ad interrogarsi sull'*imperatività* o *necessità d'applicazione effettiva*, a quella fattispecie, delle norme francesi. Gli elementi cui sarà portato a dare rilievo sono verosimilmente il collegamento complessivo della fattispecie con il proprio Stato – avuto istintivo riguardo a ciò che, come si è autorevolmente osservato, « *la loi française est moins applicable à un Français ayant son domicile à l'étranger qu'à un Français dont le domicile est en France* »¹⁵⁹¹ – e lo scopo perseguito dalle norme, privilegiando, ad esempio, la legge che, nel caso di specie, riguarda l'interessato come capace di testare e, una volta redatto il testamento, considera quest'ultimo *valido* sotto il profilo della capacità dell'autore, il che risponderebbe alla di lui aspettativa, *legittima*, perché supportata da una legge di copertura.

236. Pare di potere concludere che i sistemi moderni che consentono l'ingresso di norme d'applicazione necessaria straniera, qualora si ammetta – come sembrano suggerire alcuni commentatori, e come pare in ogni caso imposto dal « *telos* » del richiamo di esse nel foro, cioè l'*armonia* e la prevedibilità delle soluzioni – che queste norme imperative

¹⁵⁹¹ AUDIT, *La fraude à la loi*, p. 37.

non sono altro che le *norme straniere che sono dichiarate dallo Stato d'origine applicabili alla fattispecie*, gettano le premesse per il rispetto della volontà d'applicazione delle norme straniere predicato dall'unilateralismo. I criteri, previsti da tali disposizioni, a mezzo dei quali verificare ulteriormente se tale *applicabilità nello Stato d'origine* debba concretizzarsi in *applicazione effettiva nello Stato del foro*, cioè l'intensità del *collegamento complessivo* e la *natura o scopo di tali norme*, nonché le *conseguenze* di una loro applicazione o non applicazione, forniscono, nello stesso tempo, i criteri per la soluzione di un eventuale *conflitto* fra tali norme e quelle del foro ovvero di un altro Stato. Essi possono riassumersi nell'idea dell'« *effettività* » ed in quella di *favor* e del rispetto delle aspettative delle parti.

Dal che si deduce che non soltanto il richiamo del diritto straniero avviene qui con modulo unilaterale, il che realizza il *secondo* momento dell'unilateralismo; ma anche che i conflitti *positivi* fra « volontà d'applicazione » sono risolti, nel foro, a mezzo di quegli stessi criteri cui è approdato l'unilateralismo più maturo nel meditare su tali conflitti. Tali sistemi sembrano allora avere aperto la via ad un unilateralismo, non più soltanto parziale, ma *generalizzato* (*Systemeinseitigkeit*), avendo di mira, nel fare ciò, proprio quegli obiettivi che ispirano da sempre l'idea unilaterale: il raggiungimento dell'uniformità e della prevedibilità delle soluzioni nel rispetto, fin dove possibile, della autonomia e della libertà di ciascuno degli Stati coinvolti nel determinare la sfera di efficacia internazionale del proprio diritto privato.

Capitolo Sesto

NORME UNILATERALI « NON ACCESSORIE »: L'APPLICAZIONE GENERALIZZATA DELLA *LEX FORI* E IL « METODO DEL RICONOSCIMENTO »

Introduzione

237. Qui di seguito considereremo le diverse branche del diritto privato in cui il d.i.p. comparato sta registrando una forte espansione della c.d. applicazione generalizzata o quasi-generalizzata della *lex fori*, di volta in volta, ed a seconda della materia, denominata anche *lex loci celebrationis*, *lex loci registrationis*, *lex auctoritatis o auctoris*, « legge dell'istituzione », « legge della creazione » e « legge di costituzione »¹⁵⁹². Si tratta essenzialmente di quei settori in cui le autorità pubbliche di uno Stato sono chiamate a prestare il proprio concorso per la *costituzione* di un rapporto giuridico o comunque di uno *status* nuovo¹⁵⁹³. Tali autorità, si dica per ora genericamente, possono avere natura giudiziaria ma anche amministrativa. Ci riferiamo in particolare, da un lato, alla « registered partnership » ed al matrimonio omosessuale, all'adozione, al divorzio, alla celebrazione del matrimonio (Sezione I), dall'altro, alla costituzione delle persone giuridiche, in particolare delle società (Sezione II). Questi settori sono sempre più spesso

¹⁵⁹² Questa denominazione pare ormai in uso nella dottrina italiana, soprattutto per opera dei lavori di PICONE, *Il metodo dell'applicazione generalizzata della lex fori*, in *La riforma*, p. 371 s.; *Les méthodes de coordination*, p. 143 s.; v. da ultimo dello stesso A., *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità di metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 484 s. Di « application quasi-généralisée de la *lex fori* » parlarono già FRANCESCAKIS e GOTHOT a proposito della legge belga del 27 giugno del 1960 in materia di divorzio internazionale, in *Une réglementation inachevée du divorce international, La loi belge du 27 juin 1960*, *Rev. crit.*, 1962, p. 247 s. (su tale legge, e sull'unilateralità della norma che essa contiene, v. *infra*, para. 267).

¹⁵⁹³ VOLKEN, *Zürcher Kommentar*, p. 509: « Darin konkretisiert sich eine Hinwendung zum Gleichlauf von *ius* und *forum*, ein Grundsatz, der sich im internationalen Familienrecht der neueren Zeit zunehmender Beliebtheit erfreut. Dadurch sollen, namentlich in *familienrechtlichen Statusfragen*, der unkomplizierte Zugang zu Rechtspflege gesichert und die Rechtsanwendung erleichtert werden »; cfr. LAGARDE, *Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures*, *RabelsZ.*, 2004, p. 225-243, p. 235; cfr. OTHENIN-GIRARD, *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse*, Zurich, 1999, p. 347.

regolati da *norme unilaterali non accessorie ad alcuna norma bilaterale*. Le quali norme hanno, in effetti, ad oggetto una categoria per lo più *autonoma*, che non risulta inclusa, cioè, nella categoria cui inerisce alcuna norma bilaterale generale. Giova anticipare che tali norme si estraggono per lo più dal funzionamento congiunto di *due o più disposizioni*: una o più disposizioni sulla *competenza* dell'autorità, che fissa(no) le condizioni di accesso a tale autorità da parte degli interessati, ed una disposizione sulla legge applicabile, che prevede la messa in opera della legge del foro o dell'autorità (alla quale talvolta, ma di rado, si accompagnano una o più altre disposizioni, che riservano un certo spazio, viepiù ridotto, al diritto straniero). Talvolta è invece la legge del foro che determina l'ambito d'applicazione delle proprie norme materiali, sulla base, anche qui, di un certo numero di collegamenti, i quali, se operano a favore del foro, fondano la competenza dell'autorità di questi. Nel primo caso, possiamo dire, è il *forum* che attrae il *ius*, nel secondo, è il *ius* che attrae il *forum*. Nell'uno e nell'altro, la legge del foro risulta in sostanza richiamata in presenza di tanti collegamenti, alternativi l'uno all'altro, quanti sono i criteri di competenza dell'autorità.

Sezione I

L'unilateralismo in materia di « registered partnership » e matrimonio omosessuale

SOMMARIO: – 238. Introduzione. – § I. *Norme di diritto internazionale privato in materia di « registered partnership » e matrimonio omosessuale.* – 239. La rassegna dei Paesi considerati. – 240. « Registered partnerships » in Danimarca, Finlandia, Islanda, Svezia e Norvegia. – 241. « Registered partnerships » e matrimonio omosessuale nei Paesi Bassi ed in Belgio. – 242. Il PACS francese. – 243. Le norme delle Comunità autonome spagnole. Le norme tedesche e le norme svizzere. – 244. Cenni al dibattito svoltosi negli Stati Uniti. – § II. *La natura unilaterale delle norme di d.i.p. in materia di « registered partnerships » e matrimonio omosessuale.* – 245. La legge del « luogo di registrazione ». Spiegazione unilaterale e spiegazione bilaterale. – 246. La sfera d'applicazione internazionale delle nuove norme materiali. – 247. Modalità di individuazione dei beneficiari di esse: pluralità di criteri di *collegamento unilaterali alternativi*. – 248. Criteri di collegamento « nascosti » dietro criteri di competenza delle autorità a registrare l'unione. – 249. L'influenza esercitata dalla *ratio* delle nuove legislazioni sulla loro sfera di applicazione. – 250. Critica dell'opinione che vede nel criterio della *lex loci registrationis* un criterio bilaterale. L'equivalenza fra *lex loci registrationis* e *lex fori*. – 251. L'assenza di ogni elemento « localizzatore » rilevante nel criterio della *lex loci registrationis*. La « localizzazione » espressa dai singoli « contatti » che consentono l'accesso al registro del foro. – 252. La « volontà di applicazione » della legge straniera quale unico criterio di richiamo del diritto straniero applicabile. – 253. I conflitti positivi e loro soluzione mediante il criterio dell'effettività.

238. Intorno alle « registered partnerships » e, anche se in misura alquanto minore, data la ancora assai esigua diffusione dell'istituto, al matrimonio omosessuale, si è già formata una letteratura di una certa dimensione¹⁵⁹⁴, destinata probabilmente ad una ulteriore, rapida crescita. Non poche voci si sono già levate ad additare la natura

¹⁵⁹⁴ Ci limitiamo a segnalare le recenti monografie di JACOB, *Die eingetragene Lebenspartnerschaft im Internationalen Privatrecht*, Köln, 2002; GONZALEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión europea*, Madrid/Barcelona, 2004; KESSLER, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, Thèse Paris I, 2003; DEVERS, *Le concubinage en droit international privé*, Paris, 2004 (di cui un riassunto si rinviene in *Private International Law Aspects of Non-Marital Unions, Some French Reflections on the Applicable Law*, *Yearbook of Private International Law*, 2003, p. 191-221); nonché il volume collettivo, che riproduce gli atti della XVI^a « Journée de droit international privé », tenutasi il 5 marzo 2004, a Losanna, dal titolo: *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe*, Zurich, 2004. Anche in Italia l'interesse è crescente; sugli effetti che tali nuovi istituti sono suscettibili di produrre nell'ordinamento italiano: v. ROSSOLILLO, *Registered partnerships e matrimoni fra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano*, RDIPP, 2003, p. 363 s.

unilaterale delle norme di d.i.p. elaborate al riguardo, anche se sussiste ancora molta incertezza circa il metodo da esse impiegato. Curiosamente, invece, si registra una spontanea convergenza nelle *soluzioni* pratiche, legislative o giurisprudenziali o dottrinali che siano. La materia ci pare d'importanza anche per un altro motivo: tali soluzioni stanno già provocando una riflessione sui metodi o tecniche adottati in altri analoghi campi del d.i.p., specie quelle concernenti lo stato delle persone¹⁵⁹⁵, ed è altresì possibile ch'esse verranno prese a modello per una riforma di questi campi, come ad esempio è già stato proposto negli Stati Uniti per il matrimonio tradizionale¹⁵⁹⁶. Se abbiamo scelto di cominciare dalle « registered partnership », è perché, trattandosi di un terreno ancora in qualche modo vergine, la dottrina si è già mostrata più proclive a riconoscere l'unilateralità delle relative norme. Le considerazioni che formuleremo, e che ci porteranno a confermare tale unilateralità, potranno estendersi a tutti gli altri campi interessati dal metodo dell'applicazione generalizzata o quasi generalizzata della *lex fori*.

§ I. – Le norme di diritto internazionale privato in materia di « registered partnership » e matrimonio omosessuale

239. Intraprenderemo la rassegna dai Paesi nordici, pionieri nel settore. Sposteremo poi la nostra attenzione ai Paesi Bassi ed al Belgio, i soli due Stati ad avere « liberalizzato » il matrimonio omosessuale. Tratteremo quindi degli altri Paesi europei, cioè essenzialmente Francia, Germania, Spagna e Svizzera. Infine getteremo un rapido sguardo all'evoluzione negli Stati Uniti. Per alcuni di questi ordinamenti, le norme positive si reperiscono assai agevolmente (è il caso dei Paesi scandinavi e della Svizzera). Per altri, si è dovuto invece fare ricorso ai suggerimenti od alle direttive provenienti dai relativi ministeri (è il caso del Belgio e della Francia) ovvero alle soluzioni proposte dalla dottrina (come nei Paesi Bassi ed in Germania) ovvero infine a quelle che si deducono dalla prassi, spesso tuttavia ancora incerta.

240. L'art. 2, comma 1, dell'*Act on Registered Partnership* danese del 1989 prevede l'applicabilità di diverse norme danesi in materia matrimoniale alle « registered partnership » da costituirsi in Danimarca¹⁵⁹⁷. La quale costituzione è dunque retta sempre e

¹⁵⁹⁵ LAGARDE, *Développements futurs*, p. 235.

¹⁵⁹⁶ Così per es. FRUEHWALD, *Choice of Law and Same-Sex Marriages*, *Florida Law Review*, 1999, p. 799 s.; cfr. la nuova legge svedese di d.i.p. in materia di matrimonio, la quale allarga la sfera d'applicazione delle norme materiali svedesi in materia di condizioni per contrarre l'unione coniugale in Svezia secondo un modulo simile a quello previsto per la « registered partnership », di cui si dirà qui appresso: v. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Foreign Law in National Courts*, *RCADI*, 2003, t. 304, p. 212.

¹⁵⁹⁷ Per un recente commento alle norme materiali di tale *Act*, v. LUND-ANDERSEN, *The Danish Registered Partnership Act*, in BOELE-WOELKI/FUCHS (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Couple in Europe*, Antwerp, 2003, p. 13 s. Per una considerazione degli aspetti di d.i.p. di tali

soltanto dalla legge materiale *danese*, più precisamente da una serie di norme *materiali danesi* dettate per il matrimonio, cui l'*Act* in questione – quale tipico « Verweisungs-gesetz »¹⁵⁹⁸ – fa appunto rinvio. Il medesimo articolo prevede poi, al comma secondo, che la « partnership » possa registrarsi in Danimarca (sulla base dunque della legge danese), in presenza di una delle due seguenti condizioni: (a) una delle due parti è abitualmente residente in Danimarca *ed* ha la cittadinanza danese; *oppure* (b) entrambe le parti sono abitualmente residenti in Danimarca da almeno *due* anni: questa seconda condizione è stata aggiunta nel 1999, a seguito di un precedente giurisprudenziale¹⁵⁹⁹. Si tratta – come si vede – di due fattori di *collegamento* con la Danimarca, di due criteri cioè che esprimono una « prossimità » della fattispecie, cioè qui in pratica della coppia, con l'ordine sociale danese, e che fondano ciascuno, dunque alternativamente, l'applicabilità della legge danese circa la « registered partnership », e, conseguentemente, delle

norme, v. fra i primi JAYME, *Dänisches Partnerschaftsgesetz und Internationales Privatrecht, IPRax*, 1990, p. 197 s.; e di recente JÄNTERÄ-JÄREBORG, *Registered Partnerships in Private International Law: The Scandinavian Approach*, in BOELE-WOELKI/FUCHS (eds.), *Legal Recognition*, p. 150 s., nonché GONZÁLEZ-BEILFUSS, *Parejas de hecho*, p. 96 s.

¹⁵⁹⁸ Così VERSCHRAEGEN, *Gleichgeschlechtliche « Ehen »*, Wien, 1994, p. 107.

¹⁵⁹⁹ Act No. 360 del 2 giugno 1999. La genesi di questo innesto è di grande interesse (la riferisce HEIDE-JØRGENSEN, *An Expansion of Fundamental Right or an Erosion of Traditional Values? A Review Essay*, *Maastricht J. of European and Comparative Law*, 1996, p. 191-192). Nel 1993, dinanzi al *Højeste Ret* – la Corte suprema danese – si era posta la questione della validità dell'unione fra due uomini di cittadinanza russa, cui dunque l'accesso alla « registered partnership » danese era allora precluso, i quali erano riusciti comunque a registrarsi nella contea danese di Dragør. La Corte suprema, con decisione del 20 agosto 1993 (*Ugeskrift for Retsvoesnet*, 1993, p. 849), decise di considerare valida l'unione, motivando che la condizione della cittadinanza danese di uno dei richiedenti non poteva essere ritenuta necessaria per accedere alla « registered partnership » danese: « According to the rules concerning conclusion of marriage, a marriage and thus also a registration, is only valid if the parties declare at the same time, in front of the competent authority, their wish to enter into marriage or to conclude a registered partnership. This provision exhaustively mentions the conditions for the validity of a concluded marriage or registered partnership, and the law on registered partnership cannot contain further conditions » (la traduzione è di HEIDE-JØRGENSEN, *op. cit.*). Ora, tale motivazione è evidentemente discutibile: non solo e non tanto perché inverte il percorso logico dell'internazionalprivatista, il quale muove dalle norme di d.i.p. e successivamente s'interroga sul tenore delle norme materiali dichiarate applicabili, ma anche e soprattutto perché non sembra far menzione del requisito del domicilio in Danimarca come fattore d'applicabilità della legge danese, dando dunque a credere che questa sia accessibile a tutti gli interessati del mondo. Ma il merito della decisione, che pare essere stata ispirata dall'esigenza di non discriminare fra cittadini danesi e stranieri residenti in Danimarca relativamente all'accesso alla « registered partnership » di diritto danese, non pare irragionevole, ed è anzi stata fatta successivamente proprio dal legislatore, appunto nell'aggiunta di cui si è detto. E' pure interessante rilevare che, in origine, la proposta di legge menzionava la sola condizione che « one or both parties have their domicile in Denmark » (*Folketingets Arbejd, Tillaeg*, A. 2937). L'ulteriore requisito della cittadinanza danese (cui si è poi affiancato quello, alternativo, della residenza abituale comune ultrabiennale) fu inserito « in order to limit immigration and to prevent so-called fake-registrations being made just to obtain certain rights in Denmark ».

norme materiali danesi sul matrimonio cui essa rinvia. Ognuno di tali criteri è espresso, a sua volta, dal cumulo di *due* « contatti » o « legami » (« double connections ») con la Danimarca¹⁶⁰⁰; la combinazione della cittadinanza danese *unita* alla residenza in Danimarca di una delle parti¹⁶⁰¹; la combinazione della residenza « ultrabiennale » di un *partner* e della residenza « ultrabiennale » dell'altro. Il « modello danese »¹⁶⁰² è stato seguito negli altri Paesi scandinavi. L'*Act on Registered Partnerships* finlandese del 2001, l'ultimo in ordine cronologico, è ancora più esplicito nel prevedere, all'art. 11, che il « diritto di far registrare la 'partnership' dinanzi ad una autorità finlandese è regolato dalla *legge finlandese* » (cioè dalle norme materiali contenute nell'*Act* stesso, che rinviano anch'esse alla legge finlandese sul matrimonio)¹⁶⁰³. L'art. 10 dispone che la « partnership » può essere registrata in Finlandia sulla base della legge finlandese qualora sia soddisfatto almeno uno dei due requisiti spaziali sopra riportati: cumulo di residenza e cittadinanza in capo ad uno degli interessati; cumulo di residenza ultrabiennale di una parte e residenza ultrabiennale dell'altra. E' interpretato nello stesso modo l'art. 2 dell'*Act on Registered Partnership* del 1996 dell'Islanda, dalla formulazione per vero in sé un po' equivoca¹⁶⁰⁴.

¹⁶⁰⁰ JÄNTERÄ-JÄREBORG, *Registered Partnerships in Private International Law*, p. 150 s.

¹⁶⁰¹ Secondo JAYME, *Dänisches Partnerschaftsgesetz*, p. 197, tale « cumulo » può essere soddisfatto anche quando cittadinanza e residenza sussistano in capo l'uno ad una parte, l'altro all'altra.

¹⁶⁰² Così VERSCHRAEGEN, *Gleichgeschlechtliche « Ehen »*, p. 207.

¹⁶⁰³ Il tempo non è trascorso invano: l'*Act* finlandese è il solo della « famiglia » delle legislazioni nordiche a contenere una sezione, il « Chapter 4 » comprensivo degli artt. 10-15, dedicata alle « norme di diritto internazionale privato », ed è redazionalmente il più maturo e, per esempio, il solo a contenere una regola espressa in materia di riconoscimento della « registered partnership » celebrata all'estero: v. al riguardo HELIN, *Ulkomaisen avioliiton ja rekisteröidyn parisuhteen tunnustamisesta*, *Lakimies*, 2002, p. 550-551; JÄNTERÄ-JÄREBORG, *Registered Partnership in Private International Law*, p. 147-148; SAVOLAINEN, *Registered partnership Act adopted in Finland*, *Familia*, 2002, p. 775 s.

¹⁶⁰⁴ Esso dispone innanzitutto l'applicabilità alla « registered partnership » registrata in Islanda delle *norme islandesi* in materia di matrimonio; e precisa, in secondo luogo, che sono autorizzate a registrarsi in Islanda quelle coppie nelle quali « almeno uno dei soggetti interessati è cittadino islandese abitualmente residente in Islanda e entrambi i soggetti interessati hanno risieduto in Islanda per almeno due anni prima della registrazione ». La congiunzione « e », utilizzata in luogo di « o », farebbe piuttosto pensare qui alla natura cumulativa e non già alternativa dei due requisiti. Si confrontino le traduzioni inglesi degli *Acts* islandesi e danesi pubblicate dai rispettivi ministeri: « Partnership can only be registered if: a) both or at least one of the individuals concerned is an Icelandic national residing in this country; and b) both the individuals concerned have resided in Iceland for the two years preceding the registration »; « A partnership can only be registered if 1) either of the parties is resident in this country and is a Danish national; or 2) both parties were resident in this country during the two years immediately preceding the registration ». La dottrina non si sofferma su tale disparità e ci sembra allora probabile che si tratti più semplicemente di una *traduzione* difettosa (che, insomma, in luogo di « e » sia da leggere « e se » ovvero « o »). Sulla normativa islandese, v. BJÖRGVINSSON, *Iceland. General principles and recent developments in Icelandic family law*, in

Più ampia è invece la vocazione applicativa internazionale delle legislazioni svedese e norvegese. L'*Act on Registered Partnership* norvegese del 1993¹⁶⁰⁵ pone come condizioni per la sua messa – diciamo così – a disposizione delle « coppie internazionali », vuoi il cumulo di cittadinanza norvegese e di residenza in Norvegia di una delle parti, vuoi la residenza abituale ultrabiennale pure di una sola delle parti¹⁶⁰⁶. Identico sul punto è il *Registered Partnership Act* svedese del 1994. A differenza degli *Acts* danese, finlandese ed islandese, quelli norvegese e svedese non richiedono dunque, come *seconda* condizione alternativa di applicabilità delle norme materiali in essi contenute, la residenza ultrabiennale di *entrambi* gli interessati, bensì ritengono sufficiente quella di *uno* solo di essi¹⁶⁰⁷. Si potrebbe dunque dire che i requisiti alternativi su cui tali legislazioni fondano la propria sfera internazionale di efficacia sono in realtà *tre*: residenza abituale, anche « infrabiennale », di una parte combinata con la cittadinanza di essa; residenza ultrabiennale di una parte; residenza ultrabiennale dell'altra.

241. Muovendo ai Paesi Bassi, due istituti vengono in considerazione, anche se, come è stato rilevato, le norme sostanziali di essi non differiscono significativamente¹⁶⁰⁸: la « registered partnership », introdotta nel 1997¹⁶⁰⁹, e il matrimonio fra persone dello stesso sesso, autorizzato a partire dall'1 aprile 2001¹⁶¹⁰. Quanto alla prima, l'art. 80a, commi 1 e 2, del Codice civile olandese, nella sua formulazione originaria, laboriosa e

The International Survey of Family Law (1995 ed.), The Hague (etc.), 1997, p. 215 s., spec. 225 s. e 235.

¹⁶⁰⁵ Su tale legge, v. LØDRUP, *Norway. Registered Partnership in Norway*, *The International Survey of Family Law* (1994 ed.), The Hague (etc.), 1996, p. 387 s.; ROTH, *The Norwegian Act on registered partnership for homosexual couples*, *Journal of Family Law*, 1996-1997, p. 467 s.

¹⁶⁰⁶ V. JÄNTERÄ-JÄREBORG, *Registered Partnership*, p. 141, la quale riferisce altresì l'opinione di THUE, *Internasjonal privatrett*, Oslo, 2002, p. 491, secondo cui le norme di d.i.p. norvegesi in materia di matrimonio s'estendono alla « registered partnership » e, se la legge straniera designata ignora l'istituto, dovrà farsi ricorso alle disposizioni straniere sul matrimonio tradizionale.

¹⁶⁰⁷ Cfr. JÄNTERÄ-JÄREBORG, *Registered Partnership*, p. 151. Il fatto che ci si accontenti della residenza di una sola delle parti anziché esigerla da entrambe può, ad esempio, consentire la registrazione ad un cittadino straniero residente (da più di due anni) in Svezia che sia riuscito a far venire in Svezia il suo *partner*, senza che essi debbano attendere a tal fine altri due anni.

¹⁶⁰⁸ Cfr. BOELE-WOELKI, *Registered Partnership*, p. 45: « To put it concisely, the registered partnership hardly differs from the marriage ». Le due leggi hanno entrambe modificato il Codice civile olandese, inserendovi, rispettivamente, l'intero Titolo 5a, rubricato « registered partnership », comprensivo degli artt. 80a-80g, e l'art. 30, collocato entro il già esistente Titolo 5, relativo al matrimonio.

¹⁶⁰⁹ « Act on Registered Partnership of 17th December 1997 », *Staatsblad* 1997, p. 660, entrato in vigore il 1° gennaio 1998: v. al riguardo BOELE-WOELKI, *Registered Partnership*, p. 45-48 e *Die Rechtsstellung von Menschen mit homosexueller Veranlagung im niederländischen Recht*, in BASEDOW/HOPT/KÖTZ/DOPFFEL, *Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften*, Tübingen, 2000, p. 51-112.

¹⁶¹⁰ « Act Opening Marriage to Same-Sex Couples of 21 December 2000 » (*Staatsblad* 2001, p. 9): BOELE-WOELKI, *Registered Partnership and Same-Sex Marriage in The Netherlands*, in BOELE-WOELKI/FUCHS (eds.), *Legal Recognition*, p. 41 s.; GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho*, p. 45.

non inequivoca¹⁶¹¹, sembrava permettere la registrazione della « partnership » a chiunque avesse un *permesso valido di residenza* nei Paesi Bassi. Ora, il titolare di un tale permesso non ha già necessariamente, e potrebbe invero, ci sembra, non avere mai, la residenza *abituale* in tale Paese, nel senso del d.i.p.¹⁶¹² Il quale permesso è infatti rilasciato a chi prevede di risiedere nei Paesi Bassi per più di due terzi di un periodo di sei mesi, e dà dunque rilievo all'*animus* dell'interessato. Il « contatto » con i Paesi Bassi, necessario perché una coppia fosse autorizzata a registrare l'unione in tale Stato, sembrava dunque essere il *cumulo* di una breve residenza *futura* nei Paesi Bassi di una parte, non necessariamente abituale o principale, con l'analoga residenza dell'altra. Nel 1998, la Commissione olandese per il d.i.p. (*Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht*)¹⁶¹³, richiesta dal Ministero della giustizia di esaminare le questioni di d.i.p. sollevate dal nuovo istituto, avanzò una proposta di legge in 35 articoli, sulla base della quale è stato successivamente formulato un progetto di legge¹⁶¹⁴. Questo, pur non essendo stato adottato formalmente dal legislatore, pare già applicato dagli operatori quale diritto vigente¹⁶¹⁵. Vi si prevede, questa volta chiaramente, che la costituzione della « registered partnership », richiesta nei Paesi Bassi, non può che essere regolata dal *diritto olandese*¹⁶¹⁶, in particolare per quanto riguarda le condizioni per la registrazione e più in generale di capacità di ciascuno dei *partners*¹⁶¹⁷. Non si è invece compiuta alcuna precisazione circa i contatti che gli interessati devono presentare con i Paesi Bassi per potere beneficiare della legge¹⁶¹⁸. Nel 2001 si è finalmente provveduto a modificare l'art. 80a del Codice civile, il quale oggi prevede in pratica che, per potersi registrare nei

¹⁶¹¹ JESSURUN D'OLIVEIRA, *Registered Partnerships, Pacses and Private International Law, Some Reflections*, RDIPP, 2000, p. 302, note 11, che cita l'equivoco in cui sono caduti SENAIVE/COENE, *Geregistreerd partnerschap*, 1998, p. 199, i quali ritenevano che soltanto i cittadini dell'EU e dell'EFTA potessero unirsi in una « partnership » nei Paesi Bassi.

¹⁶¹² Cfr. JESSURUN D'OLIVEIRA, *Registered Partnerships*, p. 302: « Normally, a foreign partner is in possession of a residence permit, but this does not exclude that she will not be habitually resident in the Netherlands »; cfr. anche ROSSOLILLO, *Registered Partnership*, p. 369, che evoca la semplice « residenza » senza ulteriori specificazioni.

¹⁶¹³ Sull'attività della *Staatscommissie*, v. JESSURUN D'OLIVEIRA, *Registered Partnership*, p. 299-300; GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho*, p. 97.

¹⁶¹⁴ « Private International Law (Registered Partnership) Bill », il cui testo è pubblicato in SUMNER/WARENDORF, *Family Law Legislation in The Netherlands*, Antwerp [etc.], 2003, p. 244 s.

¹⁶¹⁵ JESSURUN D'OLIVEIRA, *Registered Partnerships*, p. 300; GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho*, p. 97.

¹⁶¹⁶ Articolo 1(1) del « Registered partnership Bill »: « The entry into a registered partnership in the Netherlands is subject to the provisions of Article 80a of Book 1, Dutch Civil Code ».

¹⁶¹⁷ Articolo 1(2) del « Registered partnership Bill »: « Dutch law governs the capacity of each of the partners to enter into a registered partnership in the Netherlands ».

¹⁶¹⁸ Cfr. JESSURUN D'OLIVEIRA, *Registered Partnerships*, p. 302, il quale rileva che il « Bill » in ciò si distingue dalla Convenzione dell'Aja sulla celebrazione e sul riconoscimento della validità dei matrimoni del 1978 in vigore nei Paesi Bassi, la quale prevede che uno dei due sposi abbia la cittadinanza dello Stato di celebrazione o vi risieda abitualmente.

Paesi Bassi, è necessaria e sufficiente la *residenza* nei Paesi Bassi o la *cittadinanza* olandese di uno dei richiedenti, rimanendo irrilevante la residenza o la cittadinanza dell'altro¹⁶¹⁹. La legge olandese è insomma fruibile dagli interessati che siano integrati nella società di quel Paese a mezzo di uno qualsiasi fra quattro fattori alternativi: la residenza abituale dell'uno, la residenza abituale dell'altro, la cittadinanza dell'uno o la cittadinanza dell'altro¹⁶²⁰. Il novero delle coppie internazionali cui l'istituto è messo a disposizione è dunque più ampio che nei Paesi scandinavi.

Venendo al matrimonio fra persone dello stesso sesso, in assenza di disposizioni di d.i.p. *ad hoc*, la *Staatscommissie* ha proposto l'estensione a tale istituto delle norme di d.i.p. già esistenti in materia di matrimonio eterosessuale, le quali trovano posto in una legge speciale, del 7 settembre 1989¹⁶²¹. L'art. 2 di essa prevede in sostanza che la capacità di creare un legame coniugale nei Paesi Bassi sia regolata dalla legge olandese se uno dei due coniugi possiede la cittadinanza olandese o la sua residenza abituale nei Paesi Bassi¹⁶²². Anche per potere dar vita ad un'unione matrimoniale omosessuale secondo la legge olandese, sembra dunque necessario, e sufficiente, che la coppia presenti uno qualsiasi fra i quattro contatti menzionati.

La medesima soluzione ha finito per prevalere in Belgio, anche se a seguito di un processo laborioso. Il 13 febbraio 2003 è stata approvata la legge sul matrimonio omosessuale¹⁶²³. Una prima circolare esplicativa del Ministero della Giustizia, del maggio del

¹⁶¹⁹ L'art. 80a, comma 4, enuncia, da un lato, che « Persons wishing to enter into a registered partnership must notify the Registrar of Births, Deaths, Marriages and Registered Partnerships of the *residency* of one of the parties and lodge information with respect to their civil status », il che suppone che una di esse almeno debba essere appunto *residente* nei Paesi Bassi; e, dall'altro che « if the prospective registered partners, of whom at least one possesses *Dutch nationality*, have their residency outside the Netherlands and wish to enter into a registered partnership in a Dutch municipality, they must notify the Registrar of Births, Deaths, Marriages or Registered Partnerships in The Hague » (il corsivo è nostro), il che significa che la « registered partnership » di diritto olandese è aperta anche a coppie residenti all'estero di cui uno soltanto dei soggetti interessati è cittadino olandese. Cfr. ROSSOLILLO, *Registered partnership*, p. 369.

¹⁶²⁰ Così in sostanza anche GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho*, p. 100.

¹⁶²¹ « Private International Law (Marriages) Act », in vigore dall'1 gennaio 1990, modificato il 20 marzo 2001, in *Staatsblad* 2001, n. 128, traduzione inglese in SUMNER/WARENDORF, *Family Law Legislation*, p. 220 s.). Tale legge speciale a sua volta riproduce in pratica le disposizioni della Convenzione dell'Aja del 1978 (*supra*, nota 1618).

¹⁶²² Art. 2: « The marriage shall be solemnised (a) where each of the future spouses meets the requirements of Dutch law for entry into a marriage and one of them possesses Dutch nationality or has his or her habitual residence in the Netherlands (...) ».

¹⁶²³ « Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil », in *Mon. belge* del 28 febbraio 2003. Sugli aspetti di d.i.p. della legge, v. PERTEGÁS, *Huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht in België: internrechtelijke en internationale implicaties*, in: *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, SENAEVE (et al., eds.), Antwerpen, 2003, p. 1; SCHMIDT, *Le dilemme de l'officier de l'état civil, Trait d'Union n°*

2003¹⁶²⁴, ha confermato l'applicabilità dell'art. 3.3 del Codice civile belga. Se ne è coerentemente derivata l'impossibilità di fruire del matrimonio omosessuale per quelle coppie in cui anche una sola delle leggi nazionali degli interessati non conosce l'istituto¹⁶²⁵. Una nuova circolare del Ministero della Giustizia del 24 gennaio 2004¹⁶²⁶, che ha sostituito quella precedente, ha tuttavia disposto – con un brusco *revirement*, il quale non ha mancato di sollevare aspre polemiche – che, in nome dell'ordine pubblico internazionale belga, debba comunque farsi ricorso alla legge belga a beneficio di tutte le coppie in cui uno dei nubendi è cittadino belga o residente in Belgio¹⁶²⁷. La legge belga ha finito dunque per essere dichiarata applicabile ove uno dei due coniugi richiedenti la celebrazione abbia la cittadinanza belga o la residenza in Belgio, quindi, in sostanza, sulla base di quegli stessi fattori d'integrazione cui il diritto olandese subordina l'efficacia delle due leggi sopra riferite¹⁶²⁸. Questa è la soluzione da ultimo fatta propria dall'art. 46, comma 2, del Codice belga sul diritto internazionale privato entrato in vigore il 1° ottobre 2004.

Per quanto riguarda invece la « *cohabitation légale* », introdotta nel 1998¹⁶²⁹, è vero che la dottrina belga, qualificando l'istituto per lo più come appartenente allo statuto personale¹⁶³⁰, ha ritenuto che debba applicarsi distributivamente la legge nazionale delle parti,

2, mars 2004, WAUTELET, *Note sur l'ouverture du mariage aux ressortissants étrangers de même sexe*, <www.ipr.be>, 2004, n. 1, p. 97.

¹⁶²⁴ « Circulaire du 8 mai 2003 relative à la loi du 13 février ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil », in *Mon. belge* del 16 maggio 2003.

¹⁶²⁵ Così WAUTELET, *Note sur l'ouverture du mariage aux ressortissants étrangers de même sexe*, p. 98.

¹⁶²⁶ « Circulaire du 23 janvier 2004 », spec. punto 2.1.

¹⁶²⁷ Sulle riserve che suscita qui l'impiego dell'ordine pubblico, v. ROMANO/GEEROMS, *La loi belge du 13 février 2003 et le droit international privé. Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe*, Zurich, 2004, p. 105 s.

¹⁶²⁸ Sullo stato di incertezza in cui, prima dell'inserimento dell'art. 46, comma 2, nella legge di d.i.p., versavano gli uffici dello stato civile belga, in ragione della probabile illegittimità formale e sostanziale delle Circolari ministeriali citate, v. ROMANO/GEEROMS, *La loi belge du 13 février 2003 et le droit international privé*, p. 116, nota 68.

¹⁶²⁹ « Loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », *Mon. belge* del 12 gennaio 1999. Sugli aspetti di d.i.p. di tale legge, v. BARNICH, *Union libre et cohabitation légale. Quelques questions de droit international privé*, *Mélanges Roland de Valkeneer*, Bruxelles, 2000, p. 1-16; ERAUW/VERHELLEN, *Het conflictenrecht van de wettelijke samenwoning. Internationale aspecten van een niet-huwelijkse samenlevingsvorm*, *Echtscheidingsjournaal*, 1999, 150-161; v. anche RIGAUX, *La loi applicable aux variétés nouvelles des relations personnelles*, in DEBEUCKELAER/MEEUSEN/WILLEKENS (eds), *Opstellen aangeboden aan Fons Heyvaert ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag*, Gand, 2002, p. 235-242.

¹⁶³⁰ Non sono mancate tuttavia qualificazioni differenti: BECKER, *Das Gesetz über die gesetzliche Lebensgemeinschaft in Belgien*, *Mitteilugen der Rheinischen Notar-Kammer*, 2000, p. 160 propone di qualificare tale coabitazione quale contratto, dal che deriverebbe l'applicabilità della Convenzione di Roma (opinione che pare tuttavia rimasta isolata).

in virtù della norma di cui all'art. 3.3 del Codice civile belga¹⁶³¹. Dal che si è derivato che non è possibile dar vita in Belgio ad una coabitazione legale se una delle due leggi nazionali delle parti ignora tale forme di unione¹⁶³². Ma non pare irragionevole che la soluzione cui si è recentemente pervenuti in tema di matrimonio omosessuale venga estesa anche alla coabitazione legale, nonostante sia mancato il tempo perché ciò potesse fare oggetto di riflessione da parte della dottrina, né forse ve ne sarà mai l'occasione, l'apertura del matrimonio a coppie omosessuali avendo già fatto cadere in desuetudine quest'unione dagli effetti più tenui e talvolta spregiativamente definita quale *mariage au rabais*.

242. In Francia, la legge del 15 novembre 1999 sul *Pacte civil de solidarité* (PACS)¹⁶³³ sta sperimentando una vicenda che ci pare simile¹⁶³⁴. Parte della dottrina francese, ritenendo per lo più che si versi in tema di statuto personale¹⁶³⁵, ha in origine opinato che debba applicarsi il criterio bilaterale della cittadinanza degli interessati, e che non si possa dunque concludere un PACS di cui è parte un soggetto la cui legge nazionale non conosce tale tipo di unione¹⁶³⁶. Altri, per eludere questa conseguenza, sentita come ingiusta, ha avanzato l'idea che il silenzio della legge straniera che ignora l'istituto potrebbe interpretarsi come « indifferenza non impeditiva » della conclusione del PACS,

¹⁶³¹ BARNICH, *Union libre*, p. 11; ERAUW/VERHELLEN, *Echtscheidingsjournaal*, 1999, p. 153. Tale soluzione pare fatta propria dal codice di d.i.p. belga, all'art. 60, § 1^{er}: « Les conditions de validité de la relation de vie commune sont régies, pour chacun des cohabitants, par le droit de l'Etat dont il a la nationalité au moment de l'enregistrement de la relation ».

¹⁶³² BARNICH, *La loi du 23 novembre instaurant la cohabitation légale: questions de droit international privé, Rapport du Comité d'études et de législation de la Fédération royale des notaires de Belgique*, 8 dicembre del 1999 (citato da GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho*, p. 101); ERAUW/VERHELLEN, *Echtscheidingsjournaal*, 1999, p. 153.

¹⁶³³ « Loi No. 99-944 », la quale ha introdotto la Sezione 12 del *Code civil*, intitolata « Du pacte civil de solidarité et du concubinage ».

¹⁶³⁴ Sugli aspetti di d.i.p. di tale legge, oltre alle citate tesi di Kessler e Devers (*supra*, nota 1594), v. CHATELOUP, *Menus propos autour du pacte civil de solidarité en droit international privé, Gazette du Palais*, 2000, n. 275, p. 4; JOSSELIN-GALL, *Pacte civil de solidarité. Quelques éléments de droit international privé, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, 2000, p. 489 s.; KHAIRALLAH, *Les partenariats organisés en droit international privé, Rev. crit.*, 2000, p. 317; FULCHIRON, *Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé, Chûnet*, 2000, p. 889; RÉVILLARD, *Les unions hors mariage, Regards sur la pratique du droit international privé, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Paris, 2002, p. 578 s.; IDEM, *Le pacte civil de solidarité en droit international privé, Defrénois*, 2000, p. 337 s.; MIGNOT, *Le partenariat enregistré en Droit international privé, Rev. int. dr. comparé*, 2001, p. 601 s. V. anche JACOB, *Die eingetragene Lebenspartnerschaft*, p. 63 s. e GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho*, p. 99 s.

¹⁶³⁵ In questo senso, risolutamente, KHAIRALLAH, *Les partenariats organisés*, p. 312: « (...) le Pacs est une institution de statut personnel, originale, ne correspondant à aucune notion jusqu'alors connue, mais devant obéir, pour son établissement, aux exigences qui sont celles du statut personnel ».

¹⁶³⁶ Così KHAIRALLAH, *Les partenariats organisés*, p. 314: « application doit être faite de la loi nationale de chacun des futurs partenaires et si l'une de ces lois interdit l'établissement de l'union en cause, celle-ci sera entachée de nullité »; v. anche MIGNOT, *Le partenariat enregistré*, p. 630.

anziché come « proibizione implicita »¹⁶³⁷. Nella pratica, le autorità dello Stato nazionale dell'interessato hanno esitato alquanto a rilasciare il « nulla-osta », richiesto dalle disposizioni francesi, data l'assenza nel loro ordinamento di un istituto analogo¹⁶³⁸, nel che sembra implicita una valutazione *negativa* della sussistenza delle condizioni per contrarre il PACS in base alla loro legge¹⁶³⁹. Il Ministro della Giustizia francese, interpellato sul punto, ha raccomandato che, nella verifica della non esistenza di impedimenti, « si faccia prova di flessibilità », e che ci si accontenti di verificare che l'interessato non sia unito in matrimonio od altra unione non-matrimoniale incompatibile¹⁶⁴⁰. Da ciò si è dedotto che è possibile concludere un PACS sia all'estero (negli uffici consolari francesi) sia, a più forte ragione, in Francia, anche qualora la legge nazionale non conosca l'istituto¹⁶⁴¹. Si è dunque proposto in sostanza di rinunciare al nulla-osta rilasciato sulla base della legge nazionale, dunque in pratica di rinunciare ad attribuire efficacia a tale legge, e di sottoporre le *conditions de fond* per stringere un PACS alla

¹⁶³⁷ MIGNOT, *Le partenariat enregistré*, p. 631.

¹⁶³⁸ In questo senso la risposta del Ministro, Mme Elisabeth Guigou, in *JO déb. Ass. Nat., Questions*, 13 agosto 2001, riportato in *Rev. crit.*, 2001, p. 771; il Guardasigilli ha in tale occasione spiegato ai parlamentari francesi che « les difficultés rencontrées par les personnes de nationalité étrangère souhaitant conclure... un pacte civil de solidarité avec un Français ne résident pas tant dans l'obtention d'un certificat de non pacte civil de solidarité auprès du tribunal de grande instance de Paris que dans celle d'un certificat de coutume de leurs autorités nationales. En effet, ces autorités se montrent parfois réticentes à délivrer de tels certificats notamment lorsque la loi locale ne reconnaît pas l'existence d'un tel contrat ».

¹⁶³⁹ Ciò ci sembra del resto assai logico e naturale: il silenzio della legge nazionale significa che *non* è possibile, alla stregua di tale legge, far sorgere questo tipo di unione non matrimoniale, tant'è vero che una richiesta di celebrazione di tale unione rivolta alle autorità di quel Paese sarebbe inevitabilmente respinta. E ci pare poco ragionevole sostenere, ad esempio, che, in forza della legge *italiana*, si è autorizzati a concludere un'unione non matrimoniale *in Francia*, mentre, in base ed in virtù di tale legge *italiana*, non si potrebbe concludere un'unione di questo tipo *in Italia*. Se si può concluderla in Francia è in virtù della legge *francese* e non già della legge *italiana* che vi è contraria. Tutto ciò che si può sostenere è che l'Italia, se nega ai suoi cittadini la possibilità di unirsi non matrimonialmente in Italia sulla base della sua legge, non può o non vuole o comunque non ha gli strumenti per negare ad essi il diritto di fruire in Francia delle leggi francesi, se, ben inteso, e nella misura in cui, queste ultime vogliono, direttamente od indirettamente, offrire loro tale diritto ed il beneficio che consegue dal suo esercizio.

¹⁶⁴⁰ Si legga il seguente passo della risposta di Mme Guigou (*supra*, nota 1638): « Devant ces difficultés, les agents diplomatiques et consulaires, chargés de vérifier l'absence d'empêchement à conclure un pacte civil de solidarité, ont été invités à faire preuve de souplesse et à accepter de la part de la personne étrangère un certificat de célibat et une attestation sur l'honneur indiquant qu'elle n'est pas sous tutelle ».

¹⁶⁴¹ Esplicita, sul punto, RÉVILLARD, *Les unions hors mariage*, p. 592: « En considérant que la loi française a été choisie pour régir le Pacs, les conditions de fond prévues par la loi française s'appliquent ».

legge *francese* nei riguardi di entrambi gli interessati. La pratica pare orientata in questo senso¹⁶⁴².

Ma quali sono i contatti con la Francia sufficienti per potere accedere al PACS francese? La legislazione sostanziale prevede che i candidati pronuncino una dichiarazione congiunta innanzi al *tribunal d'instance* nella cui circoscrizione intendono fissare la loro « residenza comune ». Secondo alcuni autori, non si tratterebbe della residenza « abituale » nel senso del d.i.p.¹⁶⁴³, anche se una circolare dell'11 ottobre 2000 sembra insistere sul carattere di « continuità » della stessa¹⁶⁴⁴. Non si richiede in ogni caso, sembrerebbe, che tale residenza esista, o comunque che abbia il carattere di « abitudine » o di « continuità », già al momento della registrazione del PACS, ma solo per l'avvenire¹⁶⁴⁵. E' interessante rilevare che anche qui, dunque, sembra darsi rilievo all'*animus* degli interessati, e non già alla situazione esistente al momento della richiesta alle autorità del foro. Se ne è dunque tratto che hanno diritto di dar vita ad un PACS francese sia un cittadino francese con uno straniero, sia due cittadini stranieri che intendano fissare la loro residenza comune in Francia (anche se risiedono abitualmente all'estero al momento della richiesta). In mancanza di tale residenza comune futura, l'art. 515.3 del *Code civil* stabilisce che gli agenti diplomatici e consolari francesi sono competenti a « raccogliere » la dichiarazione congiunta costitutiva del PACS se una delle due parti ha cittadinanza francese¹⁶⁴⁶. Insomma: anche due soggetti aventi la residenza abituale comune all'estero al momento della registrazione, e non desiderosi di trasferirla in Francia una volta costituitosi il PACS, possono ottenerne la costituzione purché almeno uno di essi sia cittadino francese. Il che consente di concludere che i contatti necessari per potere stabilire un PACS conformemente al diritto francese sembrerebbero essere i seguenti:

¹⁶⁴² Vi è chi giustifica tale soluzione qualificando il PACS come contratto: così per es. RÉVILLARD, *Les unions hors mariage*, p. 590 (« [à] titre de la qualification, comme nous l'avons proposé, la définition même du Pacs impose la qualification de contrat spécifique créant des obligations réciproques »).

¹⁶⁴³ RÉVILLARD, *Le pacte civil de solidarité*, p. 343; MIGNOT, *Le partenariat enregistré*, p. 629.

¹⁶⁴⁴ Più precisamente la circolare dell'11 ottobre 2000 parla di « lieu où ils entendent vivre ensemble de manière habituelle et continue », e precisa che « celle-ci doit s'entendre comme étant la résidence principale des intéressés, quel que soit le mode d'habitation (propriété, location, hébergement par un tiers) », ed ancora che « les intéressés n'ont pas besoin de résider déjà ensemble au moment de la déclaration. En revanche, ils doivent déclarer l'adresse qui sera la leur dès l'enregistrement du PACS » (ripr. da REVILLARD, *Le pacte civil de solidarité*, p. 592).

¹⁶⁴⁵ Arg. dal passo della circolare dell'11 ottobre 2000, citato *supra*, alla nota precedente.

¹⁶⁴⁶ Art. 515.3, comma 8: « Deux personnes qui concluent un pacte civil de solidarité en font la déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance dans le ressort duquel elles fixent leur résidence commune », ed ancora: « A l'étranger, l'inscription de la déclaration conjointe d'un pacte liant deux partenaires dont l'un au moins est de nationalité française et les formalités prévues aux deuxième et quatrième alinéas sont assurées par les agents diplomatiques et consulaires français ainsi que celles requises en cas de modification du pacte ». Una circolare del 10 novembre 1999 ha specificato che la residenza comune deve trovarsi nella circoscrizione consolare.

la residenza (abituale) comune in Francia, non però, a quanto pare, « attuale » ma futura, indipendentemente dalla cittadinanza degli interessati, oppure la cittadinanza francese di una delle parti¹⁶⁴⁷.

243. Diverse Comunità autonome spagnole si sono dotate di leggi in materia di unioni non matrimoniali (*parejas no casadas*). Si tratta della Catalogna¹⁶⁴⁸, dell'Aragona¹⁶⁴⁹, della Navarra¹⁶⁵⁰, delle Baleari¹⁶⁵¹ e dei Paesi Baschi¹⁶⁵², tutte Comunità provviste di una certa competenza legislativa in materia civile (c.d. *derecho foral*). Tali *leyes autonómicas* sono particolarmente parche in tema di questioni di d.i.p.¹⁶⁵³ Si dà innanzitutto per implicito che, nelle rispettive Comunità, si possa dar vita all'unione soltanto in virtù della legge da esse emanata. Quanto ai contatti richiesti per fruirne, i legislatori della Catalogna¹⁶⁵⁴, della Navarra¹⁶⁵⁵ e delle Baleari¹⁶⁵⁶ esigono che almeno uno degli interessati abbia la *vecindad civil*, la quale attesta di un legame di appartenenza alla Comunità. Poiché, per avere la *vecindad civil*, è necessario possedere la cittadinanza spagnola, nessuna di queste leggi è accessibile a soli stranieri, quand'anche residenti in Spagna, più particolarmente nella Comunità in questione. In Aragona si richiede invece che entrambi gli interessati abbiano qui la *vecindad administrativa* (una sorta di residenza per fini amministrativi e fiscali), qualunque sia la loro *vecindad civil*¹⁶⁵⁷. Il legislatore

¹⁶⁴⁷ V. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho*, p. 101, la quale conclude che « la ley francesa incluso va más allá que el Derecho nórdico, puesto que consagra un *privilegio de nacionalidad* en tanto se permite a los franceses de contratar un PACS en el extranjero por la vía consular ». Così sembrerebbe anche RÉVILLARD, *Les unions hors mariage*, p. 592, la quale, da un lato, spiega che « il suffit que les partenaires – étrangers ou Français et étranger – aient une résidence commune en France pour pouvoir faire enregistrer leur convention en France du moment où ils déclarent sur l'honneur fixer leur résidence commune en France où ils entendent vivre de façon habituelle et continue »; e, dall'altro, conclude che « la résidence commune n'est pas une condition de réalisation du PACS selon la loi française. Elle conduit à permettre à des Français ou à des partenaires dont l'un au moins est de nationalité française de conclure un PACS selon la loi française et à faire enregistrer leur PACS même si leur résidence commune est située hors France ».

¹⁶⁴⁸ « Llei 10/1998 d'unions estables de parella », del 15 luglio 1998, *DOGC* n. 2687, del 23 luglio 1998, p. 9155.

¹⁶⁴⁹ « Ley 6/1999, del 26 de marzo », relativa a « parejas estables no casadas ».

¹⁶⁵⁰ « Ley Foral 6/2000 para la igualdad jurídica de las parejas estables ».

¹⁶⁵¹ « Ley 18/2001 que establece las normas reguladoras de las parejas estables », del 19 dicembre 2001.

¹⁶⁵² « Ley del 23 de mayo 2003 ».

¹⁶⁵³ GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho*, p. 107.

¹⁶⁵⁴ Art. 20.2 della Legge catalana.

¹⁶⁵⁵ Art. 2.3 della Legge navarra.

¹⁶⁵⁶ Art. 2.2 della Legge delle Baleari.

¹⁶⁵⁷ Il Decreto del 203/1999 del 2 novembre, che regola la creazione ed il regime di funzionamento del Registro amministrativo di « coppie stabili non sposate », stabilisce in effetti all'art. 2 che « tendrán acceso a este Registro las uniones que formen una pareja no casada (...) siempre que sus miembros tengan la vecindad administrativa en Aragón, al estar empadronados en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma, cualquiera que sea su vecindad civil » (GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho*, p. 110).

basco si accontenta della *vecindad administrativa* di uno solo dei *partners*¹⁶⁵⁸. Tali ultime due leggi sono di conseguenza accessibili anche agli stranieri, purché aventi appunto, rispettivamente, entrambi od anche uno solo di essi, la *vecindad administrativa* nella relativa Comunità. Va rilevato che la costituzionalità di tali norme, alla cui emanazione le Comunità sono state condotte dall'inattività del legislatore di diritto comune, è stata bensì messa in dubbio, a motivo della loro natura di norme di d.i.p., campo che parrebbe costituzionalmente riservato alla potestà normativa del legislatore statale¹⁶⁵⁹, ma è anche vero che la regolamentazione localmente introdotta ha ricevuto, quanto alle soluzioni da essa consacrate, il plauso della più recente dottrina¹⁶⁶⁰.

Anche la Germania, con il *Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaft*, del 16 febbraio 2001¹⁶⁶¹, ha promulgato una normativa in materia. La Germania è anzi il primo Paese europeo ad avere inserito una norma nella propria legge organica di d.i.p. La legge menzionata ha infatti innestato nell'*EGBGB* una disposizione, l'art. 17a I (oggi 17b), la quale stabilisce che la costituzione e gli effetti generali e patrimoniali di una *eingetragene Partnerschaft* sono sottoposti alle norme materiali dello *Stato del registro*¹⁶⁶². Il che significa – questa è la

¹⁶⁵⁸ Art. 2.2 della normativa dei Paesi Baschi.

¹⁶⁵⁹ L'art. 149.1.8 della Costituzione spagnola, nella parte relativa alle « Comunidades autónomas », dispone che « El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias (...) n. 8: Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respecto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial ». La costituzionalità della norma è negata da GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho*, p. 110, mentre è affermata da GAVIDIA SÁNCHEZ, *La libertad de elección, entre el matrimonio y la unión libre, Derecho Privado y Constitución*, Madrid, 1998, p. 122, e da GÓNI URRIZA, *La ley navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables*, in CALVO CARAVACA/IRIARTE ANGEL, *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, p. 377.

¹⁶⁶⁰ GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho*, p. 211: « El legislador autonómico que ha promulgado las nuevas Leyes de parejas estables ha dictado normas unilaterales de delimitación del ámbito de dichas Leyes que, pese a ser inconstitucionales, se decantan por la que es, desde mi punto de vista, la solución optima, la aplicación de la Ley del Estado del registro ».

¹⁶⁶¹ BGBl. I 266. Sulle ricadute in ambito internazionale di tale normativa v. WAGNER, *Das neue Internationale Privat- und Verfahrensrecht zur eingetragenen Lebenspartnerschaft*, IPRax, 2001, p. 281 s.; JACOB, *Die eingetragene Lebenspartnerschaft im Internationalen Privatrecht*, Köln, 2002, spec. p. 155 s.; HENRICH, *Kollisionsrechtliche Fragen der eingetragenen Lebenspartnerschaften*, FamRZ, 2002, p. 138 s.; VON SACHSEN GESSAPHE, *Le partenariat enregistré en droit international privé allemand*, in *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe*, p. 9 s.

¹⁶⁶² La prima parte dell'« Artikel 17b: Eingetragene Lebenspartnerschaft » dell'*EGBGB* recita infatti così: « Die Begründung, die allgemeinen und die güterrechtlichen Wirkungen sowie die Auflösung

ragione programmatica e dichiarata per cui si è messo da parte il criterio della cittadinanza, pur tradizionale in materia di statuto personale, al quale non si dubita in pratica che la *eingetragene Partnerschaft* inerisca¹⁶⁶³ – che ogni volta che la registrazione della *Partnerschaft* è richiesta in Germania, le condizioni e gli effetti di essa sono regolati dalla *legge tedesca*. Quando, allora, è possibile unirsi in una *Partnerschaft* di diritto tedesco? La legge non prevede la necessità espressa di un vincolo particolare con la Germania: tutte le coppie del mondo, sembrerebbe, possono dunque servirsene, anche le coppie di cittadini stranieri domiciliati e residenti all'estero. Certa dottrina deplora tale lacuna, e osserva che sarebbe più opportuno esigere un elemento di « prossimità » con l'ordinamento tedesco, quale la cittadinanza o la residenza abituale in Germania di uno dei coniugi¹⁶⁶⁴. Non è forse escluso che la prassi si orienterà in tale senso.

Anche la Svizzera ha adottato il 18 giugno 2004 una legge al riguardo, la *Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe* (LPE). In essa si è prevista l'incorporazione, nella LDIP del 18 dicembre del 1987, di alcune disposizioni *ad hoc*, appunto, sul *partenariat enregistré*. Si tratta di disposizioni che per lo più rinviano alla disciplina di d.i.p. già esistente in materia di matrimonio. In particolare, dunque, quando si chiede la registrazione di un *partenariat* alle autorità svizzere, queste applicano, alle condizioni per contrarlo, sia di sostanza che di forma, sempre e soltanto la legge svizzera¹⁶⁶⁵. Per quanto riguarda le connessioni con la comunità statale elvetica necessarie e sufficienti per dar vita ad un *partenariat enregistré* di diritto svizzero, è necessario che uno dei due soggetti abbia la cittadinanza svizzera ovvero il domicilio (ovvero ancora, se si tratta di un soggetto che non ha alcun domicilio, la residenza abituale) nella Confederazione. Non si dà invece alcuna competenza delle autorità di quel Paese per unire coppie di cittadini stranieri domiciliati all'estero, i quali dunque non potranno ottenere la registrazione di un *partenariat* di diritto svizzero¹⁶⁶⁶.

einer eingetragenen Lebenspartnerschaft unterliegen den Sachvorschriften des Register führenden Staates. (...) ».

¹⁶⁶³ *Ex multis*, v. JACOB, *Die eingetragene Lebenspartnerschaft*, p. 187 s.

¹⁶⁶⁴ In questo senso, per es., HENRICH, *Abschied vom Staatsangehörigkeitsprinzip*, *Festschrift H. Stoll*, Tübingen, 2001, « Gleichwohl, lässt sich fragen, ob nicht wenigstens bei einem Partner eine Beziehung zu Deutschland gegeben sein sollte, sei es, dass er deutscher Staatsangehöriger ist, sei es, dass er seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat ».

¹⁶⁶⁵ BUCHER, *Le couple en droit international privé*, Genève (etc.), 2004, p. 188: « Quant au droit applicable, la solution découlant des alinéas 1 et 3 de l'art. 44 est d'une extrême simplicité, étant donné que toutes les conditions de l'enregistrement de fond et de forme sont régies par le droit suisse ».

¹⁶⁶⁶ BUCHER, *Le couple en droit international privé*, p. 212, rileva tuttavia che « on aurait cependant aussi pu penser que l'exigence d'une autorisation confirmant que le partenariat sera reconnu à l'étranger, à l'instar de l'art. 43 al. 2 [cioè della disposizione in materia di celebrazione del matrimonio tradizionale] serait de nature à limiter le phénomène d'un *tourisme au partenariat* », che è appunto ciò che il Parlamento federale ha voluto evitare.

244. Negli Stati Uniti, la questione è stata vivacemente dibattuta con riguardo al riconoscimento di un *same-sex marriage*¹⁶⁶⁷. Si è dato per implicito che la possibilità di accedere a tale istituto venga disciplinata dalla legge del luogo di celebrazione, cioè che ogni Stato regoli la celebrazione nel suo territorio di un matrimonio di questo tipo sempre e soltanto secondo la propria legge, e che tale Stato rimanga dunque libero di individuare le coppie interstatali alle quali intende mettere a disposizione tale beneficio. La questione controversa riguarda l'operatività della *full faith and credit clause* alle unioni così celebrate. Un'opinione equilibrata, che ha pure suscitato l'attenzione della dottrina italiana¹⁶⁶⁸, afferma che il potere dei *sister states* di far sorgere un'unione sulla base della propria legge è legittimo, e gli effetti del suo esercizio dunque suscettibili di essere accolti negli altri Stati dell'Unione, se si tratta dello Stato del domicilio al momento del matrimonio¹⁶⁶⁹. Non è del tutto chiaro se sia all'uopo sufficiente il domicilio di uno dei coniugi o se sia necessario quello di entrambi. Prevale a quanto sembra l'idea che, in analogia con le regole in tema di matrimonio tradizionale, dovrebbe bastare il domicilio di uno dei candidati – quanto meno qualora essi intendano fissare il loro domicilio comune nello Stato di celebrazione – nonostante, cioè, il domicilio dell'altro in tale momento si trovi altrove, salvo, s'intende, il caso di domicilio acquistato soltanto allo scopo di profittare della legge dello Stato di celebrazione, cioè di contatto artatamente creato in frode alle legge del domicilio reale, che in ipotesi proibisce tale unione.

§ II. – La natura unilaterale delle norme di d.i.p. in materia di « registered partnership » e matrimonio omosessuale

245. La rassegna che precede ci consente di prendere atto di una notevole convergenza sul piano della legislazione e della pratica comparate. Se si richiede la registrazione o la celebrazione di un'unione in uno Stato, le *condizioni* sostanziali, cioè innanzitutto i *requisiti di capacità* dei soggetti di darvi vita, sono regolati in pratica sempre dalla legge di questo Stato; benché la questione sia ancora alquanto incerta, anche gli effetti dell'unione così registrata o celebrata, sia personali che patrimoniali, rimangono non di rado governati da tale legge¹⁶⁷⁰. Ebbene, diverse voci hanno già invocato l'« unilateralità »

¹⁶⁶⁷ Fra i numerosi contributi, v. BORCHERS, *Blaer v. General Motors: Implications for Interjurisdictional Recognition of Non-Traditions Marriages*, *Creighton L. Rev.*, 1998, p. 147 s.; KRAMER, *Same-Sex Marriage and the Unconstitutional Public Policy Exception*, *Yale L. J.*, 1997, p. 1965 s.; COX, *Same-Sex Marriage and Choice-of-Law: If We Marry in Hawaii, Are We Still Married When We Return Home?*, *Wis. L. Rev.*, 1994, p. 1033 s.

¹⁶⁶⁸ ROSSOLILLO, *Registered Partnership*, p. 375.

¹⁶⁶⁹ FRUEHWALD, *Choice of Law and Same-sex Marriage*, *Florida L. Rev.*, 1999, p. 799, spec. 812 s.

¹⁶⁷⁰ Parte della dottrina che più si è occupata della questione pare ritenere che questa sia la soluzione più opportuna, almeno per ora: GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho*; DEVERS, *Les concubinages*; cfr. LAGARDE, *Développements futurs*, p. 235.

delle norme qui analisi¹⁶⁷¹. Spesso, è ben vero, si ha l'impressione che si tratti di semplici intuizioni, non seguite da un reale approfondimento della questione, l'alternativa fra unilateralità e bilateralità non parendo essere stata ancora prospettata con chiarezza. Ma tali affermazioni sono comunque degne d'interesse, anche per l'autorità di almeno alcuni degli interpreti da cui provengono. Più specificamente, la natura unilaterale delle norme danesi, norvegesi, svedesi, islandesi, finlandesi che delimitano la sfera d'applicabilità internazionale delle nuove legislazioni materiali è stata rilevata da più parti¹⁶⁷². Il medesimo rilievo è stato ripetuto per le norme olandesi¹⁶⁷³ e spagnole¹⁶⁷⁴. Accenni in tal senso sono stati fatti pure riguardo alla norma belga implicita nella seconda circolare ministeriale che, in nome dell'ordine pubblico, ha considerevolmente esteso l'ambito di operatività della legge sul matrimonio omosessuale¹⁶⁷⁵. In Svizzera, non sembra che ci sia ancora occupati *ex professo* della questione: ma le norme adottate sono, come si è detto, pressoché identiche a quelle che trovano posto nella LDIP in tema di celebrazione

¹⁶⁷¹ BUCHER, *Le couple en droit international privé*, p. 181: « Le champ d'application de ces législations est souvent délimité de façon *unilatérale*, au moins en ce qui concerne les conditions d'enregistrement du partenariat » (corsivo dell'autore); GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho*, p. 98: « Desde el punto de vista del DIPr, las normas danesa, sueca y finesa son *normas de extensión* que delimitan el ámbito de aplicación de la normativa interna », v. anche a p. 96: « en los Estados nórdicos las cuestiones de DIPr relativas a la constitución de la unión se abordan desde una *óptica unilateral* » (corsivo nostro); l'unilateralità non si limita, secondo l'A., alle sole norme nordiche: « [l]as leyes catalana, navarra y balear contienen asimismo *normas unilaterales* que delimitan su ámbito de aplicación subjetivo » (p. 94); l'unilateralità è ritenuta dall'A. la soluzione « ottimale » (p. 211): « El legislador autonómico que ha promulgado las nuevas Leyes de parejas estables ha dictado *normas unilaterales* de delimitación del ámbito de dichas Leyes que (...) se decantan por la que es, desde mi punto de vista, la *solución optima* (...) » (corsivo in originale). Per quanto riguarda la nozione di « norma de extensión », in uso presso la dottrina spagnola (v. per es. CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, *D.i.p.*, p. 136), l'A. spiega quanto segue: « creo que no se puede ignorar que normas de conflicto y normas de extensión son, en realidad, normas funcionalmente equivalentes, pues ambos tipos de normas delimitan el ámbito de aplicación del Derecho en el espacio »; ASÍN CABRERA, *Le partenariat en droit espagnol: quel avenir pour une réglementation de droit international privé*, in *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe*, p. 81: « on est en présence de normes unilatérales d'extension »; JESSURUN D'OLIVEIRA, *Registered Partnership*, p. 301: « [t]hese deviations (...) take the shape of *unilateral* conflict rules which indicate for partnerships registered in the Netherlands in which cases Dutch municipal law applies »; anche riguardo alle « personal legal relationships of the partners », l'A. riferisce che la « Section 3 (...) is an example of the unilateral approach taken in a number of provisions ». Quanto al metodo proposto in Belgio consistente – allora, cioè nel 2000; le osservazioni riguardano dunque essenzialmente la legge sulla « cohabitation légale » – nel fare uso del criterio bilaterale della cittadinanza ricavato dall'art. 3.3 del *Code civil*, ed alle differenze che ciò può comportare nella pratica, l'A. constata che « this may be the outcome of the difference in approach: the road of unilateral vs. multilateral conflict rules », e rinvia sul punto genericamente al libro di Wiethölter del 1955 (nota 51).

¹⁶⁷² GONZÁLEZ BEILFUSS, *supra*, nota precedente; JÄNTERÄ-JÄREBORG, *Registered Partnership*, p. 150.

¹⁶⁷³ Così, a più riprese, JESSURUN D'OLIVEIRA, *supra*, nota 1671.

¹⁶⁷⁴ GONZÁLEZ BEILFUSS e ASÍN CABRERA, *supra*, nota 1671.

¹⁶⁷⁵ ROMANO/GEEROMS, *La loi belge du 13 février 2003 et le droit international privé*, p. 116 s.

di matrimonio, verso la cui natura di norme unilaterali i commentatori elvetici si stanno in pratica orientando.

All'estremo opposto, si è evocata da parte di alcuni autori, specie tedeschi, la bilateralità (*Allseitigkeit*) della regola di conflitto posta dal legislatore germanico¹⁶⁷⁶. La quale bilateralità è da altra dottrina estesa – sembrerebbe – alle norme in vigore nei restanti Paesi, la cui sostanza è in effetti pressoché identica: la designazione della « legge dello Stato del registro », o della « legge dello stato di celebrazione » (o di « registrazione ») darebbe corpo ad una norma bilaterale, di tipo tradizionale¹⁶⁷⁷. Ma si tratta di dichiarazioni anche qui assai fuggevoli, dalle quali esula ogni volontà di più larga e compiuta sistemazione. E chi in Germania ha avuto occasione di meditare più a lungo su tale nuovo criterio, ha constatato che esso non è « congruente » con i criteri di collegamento tradizionali¹⁶⁷⁸.

Ma l'idea che sia operante qui il tradizionale « metodo delle regole di conflitto », ci pare essere stata da ultimo respinta, implicitamente ma recisamente, da una dottrina recente ed autorizzata, la quale, pur non facendo espressa menzione di unilateralismo, ha affermato avere qui presa un metodo diverso da quello delle « regole di conflitto ». Tale metodo nuovo essa ha denominato, sul versante dell'attribuzione di efficacia alla legge straniera, « metodo del riconoscimento » (*méthode de la reconnaissance*), di cui profetizza una più vasta diffusione¹⁶⁷⁹.

Ci vogliamo occupare qui di seguito della delicata questione. Non senza sommariamente ricordare le caratteristiche del « programma » unilaterale: (i) ciascuno Stato ha il potere ed il dovere di delimitare, secondo una propria visione, le condizioni spaziali di applicazione delle proprie norme interne o, che è lo stesso, la cerchia di fattispecie con elementi di estraneità cui intende applicarle, cioè insomma il novero internazionale dei suoi destinatari; (ii) per quanto riguarda invece le leggi straniere, ciascuno Stato non deve determinare da sé le condizioni di applicazione di tali leggi, e per giunta sulla base di quanto ritiene giusto avuto riguardo al contenuto delle proprie norme, ma è tenuto ad « adattarsi » alla delimitazione adottata in proposito da ciascuno Paese da cui tali norme

¹⁶⁷⁶ WAGNER, *Das neue IPR*, p. 288: « Das neue Art. 17a EGBGB ignoriert im Ausland registrierte gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften nicht, ist er doch als allseitige Kollisionsnorm ausgestaltet »; conf. HAUSMANN, *Festschrift D. Henrich*, 2000, p. 241.

¹⁶⁷⁷ ROSSOLILLO, *Registered Partnership*, p. 372 s.; l'A. riferisce dell'impostazione asseritamente *unilateralistica* del Progetto olandese sulla quale si sofferma Jessurun d'Oliveira, ma opina che « una simile lettura non sembra del tutto corretta », dal momento che « l'utilizzo del criterio della *lex loci celebrationis* per individuare il diritto applicabile alle unioni registrate al di fuori del territorio olandese non è (...) altro che la bilateralizzazione della regola, enunciata nel progetto stesso, in base alla quale le *partnerships* registrate in Olanda sono sottoposte, salvo che per aspetti minori, al diritto olandese ». Sulla questione, v. *infra*, para. 246 s.

¹⁶⁷⁸ JACOB, *Die eingetragene Lebenspartnerschaft*, p. 193.

¹⁶⁷⁹ LAGARDE, *Développements futurs*, p. 232.

emanano, secondo che è parso ad esso opportuno; (iii) se più leggi sono applicabili alla medesima fattispecie, se questa rientra cioè simultaneamente nello spazio d'applicabilità vocazionale di più leggi, nel caso insomma di conflitti *positivi*, si dovrà attribuire efficacia alla legge più « effettiva », cioè innanzitutto, se ve ne è una, alla legge che è (già) stata « messa in opera », che ha impresso il suo « marchio » al rapporto di cui trattasi, che ha (già) fatto sorgere diritti ed obblighi e che considera dunque valido questo fascio così creato di situazioni giuridiche soggettive, od ancora alla legge che rispetti le legittime e comuni aspettative delle parti, nella misura in cui sia dato individuarle.

246. Pare innanzitutto indiscutibile che la prima preoccupazione dei legislatori che hanno posto mano alla disciplina di unioni diverse da quella matrimoniale eterosessuale tradizionale sia stata quella di tracciare il campo di applicabilità internazionale della normativa interna che venivano elaborando¹⁶⁸⁰. Insomma, dopo avere posto tale normativa, dettata in vista di un *obiettivo* legislativo particolare, al fine di soddisfare un'esigenza particolare, sulla quale ci soffermeremo fra un istante, essi hanno sentito il bisogno di tracciare il perimetro di potenziale efficacia di tale disciplina, in modo conforme a tale obiettivo e a tale esigenza. Più precisamente, trattandosi di un nuovo *strumento* – come in pratica sempre è la norma di diritto privato¹⁶⁸¹ – messo a disposizione di chi intende servirsene, di chi avverte quest'esigenza, riconosciuta meritevole di protezione¹⁶⁸², si può dire che i legislatori si sono primariamente curati di definire la sfera dei *destinatari*, dei soggetti potenziali *beneficiari* di esso strumento¹⁶⁸³.

Ciò è ben visibile nei Paesi nordici e nelle Comunità autonome spagnole, dove le norme che tracciano tale campo di applicabilità sono contenute nella legge materiale stessa, e spesso nelle disposizioni iniziali di essa. Il legislatore ha qui voluto dire chiaramente questo: « di questa legge possono servirsi tutte quelle che coppie che presentano *questo* o *quest'altro* fattore di integrazione nella mia collettività, anche se sono legate ad altri Paesi per il tramite d'altri contatti ». Ma altrettanto può dirsi delle leggi tedesche e

¹⁶⁸⁰ VON SACHSEN GESSAPHE, *Le partenariat enregistré en droit international privé allemand*, p. 15, ROMANO/GEEROMS, *La loi belge du 13 février 2003 et le droit international privé*, p. 152 s.

¹⁶⁸¹ *Infra*, para. 298 s.

¹⁶⁸² JESSURUN D'OLIVEIRA, *Registered Partnership*, p. 302, riferisce ad esempio che il Governo dei Paesi Bassi ha ritenuto che la possibilità per i cittadini degli Stati dell'UE di concludere una « registered partnership » di diritto olandese è da considerarsi quale « social advantage » ai sensi dell'art. 7 del Regolamento comunitario n. 1612/68.

¹⁶⁸³ Per questa fraseologia, v. fra i tanti WAUTELET, *Note sur l'ouverture du mariage aux ressortissants étrangers de même sexe*, p. 98, il quale constata che « seuls les ressortissants belges et néerlandais pourront bénéficier de la loi du 13 février 2003 », pur essendovi tuttavia alcuni strumenti per « élargir le cercle de candidats potentiels »; cfr. già FRANCESCAKIS e GOTHOT, *Une réglementation inachevée*, p. 261: « le but avéré de cette disposition est (...) d'assurer aux deux époux le bénéfice de la législation belge, dès lors que l'un d'entre eux est de nationalité belge »; v. anche VON SACHSEN GESSAPHE, *Le partenariat enregistré en droit international privé allemand*, p. 15 (« invitation universelle à bénéficier des avantages de la loi allemande ») (corsivo nostro).

svizzere, le quali pure hanno posto norme di d.i.p., anche se, a fini di praticità, ne hanno disposto l'innesto nella legge organica di d.i.p. Il fatto anzi che la relativa norma di d.i.p. sia stata elaborata ed emanata contestualmente alle norme materiali, qualunque poi sia la collocazione definitiva ritenuta più opportuna nella geografia dell'ordinamento, prova che la norma di d.i.p. è qui nata d'un unico parto con le norme materiali di cui delimita il campo di applicazione. Significativo è pure il caso della Francia e del Belgio: i Ministeri della Giustizia di questi Paesi sono stati costretti ad intervenire, sollecitati dalle incertezze della pratica, per precisare *chi* ha il diritto di chiedere l'omologazione di un PACS in Francia e la celebrazione di un matrimonio omosessuale in Belgio. Lo hanno fatto *praeter legem*, perché la legge tace sul punto, e – secondo alcuni – *contra legem*, qualora si ritenga in principio applicabile, riguardo ai nuovi istituti, l'art. 3.3 del Codice civile, ma il fine non pare, né è infatti parso, come diremo fra un istante, riprovevole.

Si tratta di *norme di diritto internazionale privato*? L'affermativa non pare essere mai stata posta seriamente in dubbio. Si pensi del resto al caso della Finlandia, l'ultimo Paese nordico ad elaborare una normativa di questo tipo: la quale contiene una sezione rubricata « norme di diritto internazionale privato », nella quale trovano posto sia la norma che indica i contatti in presenza dei quali è possibile registrare l'unione in Finlandia, sia la norma che dispone che, dandosi uno fra questi contatti, qualora la registrazione sia richiesta in Finlandia, si applica sempre e soltanto la legge finlandese, sia la norma che disciplina il riconoscimento in Finlandia delle unioni registrate all'estero. Ma se ciò è vero per la Finlandia, è vero anche per tutti i Paesi nordici, le cui norme sono, come si è detto, da questo punto di vista, identiche: anche tutte queste altre disposizioni vanno dunque qualificate come norme di d.i.p. Lo è stesso è a dirsi delle norme tedesche, svizzere, olandesi, le quali sono addirittura contenute nella *legge di diritto internazionale privato*: la quale, per la Germania e per la Svizzera, è la legge organica di d.i.p., mentre per i Paesi Bassi trattasi di una legge di d.i.p. *specifica* per le « registered partnership », secondo il modulo di normazione prescelto ormai da alcuni decenni dal legislatore di quel Paese¹⁶⁸⁴. Rivelatore è, al riguardo, il dibattito che si è svolto in Spagna. Ritenendosi che il d.i.p. sia riservato dalla Costituzione spagnola alla « ley estatal », ci si è chiesti se, per « norme di diritto internazionale privato », a tale effetto, dovessero intendersi soltanto le « norme di conflitto bilaterali », ovvero tutte le « norme sul diritto applicabile », essendo pacifico che le disposizioni in questione sono, appunto, quanto meno « norme sul diritto applicabile », seppure formulate unilateralmente. La seconda soluzione ha finito per essere generalmente accolta, a motivo di ciò che le « norme di conflitto bilaterali e le norme di conflitto unilaterali sono norme funzionalmente

¹⁶⁸⁴ CHARISIUS, *Das niederländische Internationale Privatrecht*, Frankfurt am Main (etc.), 2001, p. 228.

equivalenti, perché entrambe delimitano l'ambito di applicazione nello spazio del diritto materiale »¹⁶⁸⁵.

247. E' cruciale allora soffermarsi sulle *modalità* con cui è tracciata la sfera di applicabilità delle norme materiali interne. La quale sfera non viene determinata, come nelle regole bilaterali, a mezzo di *un* criterio di collegamento, uno solo, sempre lo stesso, quale la cittadinanza o il domicilio, tutt'al più rafforzato da un criterio sussidiario, per il caso in cui tale criterio non si realizzi *in assoluto* (apolidia) o si realizzi in più Stati (pluricittadinanza). E' il momento fondamentale, crediamo, la ragione profonda ed istintiva che ha indotto legislatori ed operatori a mettere da parte i criteri di collegamento bilaterali ritenuti tradizionalmente operanti in materia di stato e capacità delle persone.

La norma bilaterale, proprio a causa di quell'unico contatto che eleva a criterio identificatore della legge applicabile, avrebbe condotto a riservare il *beneficio* della nuova legge soltanto ad una cerchia percepita come troppo esigua di destinatari: soltanto ai cittadini, o soltanto ai domiciliati, o soltanto ai residenti abituali. Ma non avrebbe consentito di farne beneficiare gli uni *e* gli altri. Dichiararla applicabile agli uni significava, nella logica bilaterale, rifiutarla agli altri, e viceversa. Non solo: la norma bilaterale tradizionale – aderisca essa al domicilio o alla cittadinanza –, ad intenderla rigorosamente, avrebbe imposto di rifiutare il beneficio della nuova legge altresì alle coppie in cui una sola parte fosse rispettivamente cittadina o domiciliata in quello Stato, e non già entrambe. Sicché – per esempio – non solo un PACS non avrebbe potuto concludersi in Francia tra due cittadini italiani stabilmente domiciliati in Francia e che qui contano magari di restare per sempre, ma non avrebbe potuto neppure stringersi fra un cittadino francese ed un cittadino italiano, entrambi pure durevolmente domiciliati in Francia¹⁶⁸⁶. E in Danimarca, di cui s'insegna che, in punto a « *statuto personale* », segue piuttosto il criterio del domicilio, la « *registered partnership* » avrebbe dovuto rifiutarsi ad un cittadino danese domiciliato in Danimarca che intende unirsi ad un cittadino svedese domiciliato in Italia, pur se i due intendono, nel volgere di qualche anno, stabilirsi entrambi definitivamente in Danimarca¹⁶⁸⁷.

¹⁶⁸⁵ GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho*, p. 218 (per l'originale spagnolo, *supra*, nota 1671); cfr. ASIN CABRERA, *Le partenariat en droit espagnol: quel avenir pour une réglementation de droit international privé*, p. 81.

¹⁶⁸⁶ KHAIRALLAH, *Les « partenariats organisés »*, p. 314: « application doit être faite de la loi nationale de chacun des futurs partenaires et si l'une de ces lois interdit l'établissement de l'union en cause, celle-ci sera entachée de nullité »; cfr. anche MIGNOT, *Le partenariat enregistré*, p. 630.

¹⁶⁸⁷ La norma bilaterale, qualunque sia il criterio da essa adottato, è insomma apparsa discriminatoria (cfr. WAGNER, *Das neue Internationale Privat- und Verfahrensrecht zur eingetragenen Lebenspartnerschaft*, p. 281 s.; HENRICH, *Kollisionsrechtliche Fragen der eingetragenen Lebenspartnerschaften*, p. 138 s.; VON SACHSEN GESSAPHE, *Le partenariat enregistré en droit international privé allemand*, p. 15 s.; ROMANO/GEEROMS, *La loi belge du 13 février 2003 et le droit international privé*, p. 114), e ciò sotto due profili: da un lato, avrebbe avvantaggiato una categoria di soggetti, per

Donde il ricorso, che si è palesato opportuno, a *più* criteri di collegamento, alternativi l'uno all'altro. Se il primo criterio non si realizza nello Stato che ha posto la normativa, non è che tale Stato rifiuta di mettere in opera tale normativa a beneficio di chi gliene fa richiesta e ne soddisfa i requisiti di forma e sostanza, come avverrebbe se la norma fosse bilaterale, ma le attribuisce egualmente efficacia purché sussista un *secondo* o, in mancanza, in alcuni casi, un *terzo* ed eventualmente un *quarto* criterio. I contatti previsti *alternativamente* sono dunque altrettanti *criteri unilaterali di applicabilità delle norme materiali interne*¹⁶⁸⁸. Si tratta di legami della fattispecie, cioè insomma della coppia d'interessati, con lo Stato in questione, di *fattori d'integrazione* dell'uno e dell'altro, ovvero dell'uno o dell'altro, nella sua società, nella comunità statale: non già ciascuno esprime il collegamento più significativo, perché il collegamento *più* significativo è per definizione uno solo, non due o tre o quattro, e se lo è il primo della lista, tutti gli altri sono di necessità « meno significativi »; ma ciascuno esprime un legame *sufficiente* per giustificare la vocazione applicativa della legge, per metterla a disposizione degli interessati¹⁶⁸⁹.

Quali sono questi contatti, questi fattori d'integrazione, questi criteri di applicabilità? Si deve evidentemente trattare di criteri o contatti inerenti alle *persone* degli interessati, che attestano di un inserimento della coppia nel sistema sociale dello Stato in questione¹⁶⁹⁰. Il diritto comparato ne rivela una varietà: la cittadinanza (cui è forse

esempio i cittadini del foro, discriminando un'altra cerchia di persone, i domiciliati nel foro, cui la possibilità di godere delle leggi di diritto privato dello Stato in cui vivono e lavorano, e di cui in qualche modo cooperano al progresso sociale ed economico, e del quale in ogni caso sono tenuti a rigorosamente rispettare i precetti nei campi del diritto amministrativo, fiscale, penale, sarebbe stata negata (o viceversa); dall'altro, avrebbe privilegiato, all'interno di questo già ristretto novero di « eletti », quei cittadini del foro che intendono unirsi con altri cittadini del foro, o con cittadini stranieri ma di Paesi che conoscono analogo tipo d'unione, rispetto ad altri cittadini del foro, che hanno invece avuto la « sventura » di incontrare e legarsi a cittadini stranieri di Paesi che tale unione ignorano. Il che è forse pure istintivamente parso in qualche modo limitare il fondamentale principio di civiltà della libertà matrimoniale, che reca con sé la libertà di sposarsi o comunque di unirsi giuridicamente con chiunque si voglia instaurare una comunione di vita morale e materiale, e non con i cittadini di questo Stato sì, e con i cittadini di quest'altro Stato no.

¹⁶⁸⁸ JACOB, *Die eingetragene Lebenspartnerschaft*, p. 181 (« einseitige Voraussetzungen »).

¹⁶⁸⁹ Cfr. LAGARDE, *Développements futurs*, p. 235.

¹⁶⁹⁰ Cfr. ASIN CABRERA, *Le partenariat en droit espagnol: quel avenir pour une réglementation de droit international privé*, p. 81 (« rattachement à caractère personnel »). Ecco perché è artificiale ritenere che il collegamento rilevante sia il *locus celebrationis* « tout court », il quale piuttosto viene in conto in quanto legge vuoi della cittadinanza vuoi del domicilio vuoi della residenza di uno o di entrambi gli interessati secondo le combinazioni e le qualifiche che si sono viste. Il luogo di celebrazione non basta: sarebbe contrario a quell'« *accord universel, ayant valeur de règle internationale, d'après lequel [l'état des personnes] devrait être soumis à une loi elle-même personnelle* », ciò che « excluerait aussi les rattachements qui ne sont pas fondés sur la considération de la personne et notamment le rattachement à la loi du lieu du contrat... », qui del luogo dell'*atto* che mette in causa lo stato o la capacità: FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi*, p. 135 (corsivo nostro).

assimilabile la « *vecindad civil* » delle Comunità autonome spagnole), il domicilio, la residenza abituale (senza specificazioni), la residenza abituale ultrabiennale, la residenza anche *non* abituale, la residenza (abituale o non abituale) *futura*, una residenza fiscale-amministrativa (come nei Paesi Baschi e in un primo tempo in Olanda). Spesso – lo si visto – si richiede il « cumulo » o « combinazione » o « aggregato » di due di questi contatti: si tratta allora vuoi di due contatti *diversi* riguardanti la stessa parte, vuoi dello stesso contatto, ma riguardante entrambe le parti, vuoi di contatti diversi e riguardanti l'uno l'una, l'altro l'altra. Ciascuno di tali contatti, o di tali « aggregati » di legami, viene ad identificare in astratto un novero di coppie internazionali che possono accedere alla legge, cioè un novero di beneficiari di essa. L'insieme di tali contatti, cioè l'insieme dei singoli noveri dei beneficiari della legge, forma la sfera di applicabilità internazionale complessiva della legge, cioè la cerchia complessiva dei suoi destinatari. La quale è dunque più o meno ampia da Stato a Stato. Le leggi svizzera, olandese e belga si accontentano della cittadinanza o del domicilio o della residenza abituale di una delle parti, e dunque hanno un ambito vocazionale particolarmente ampio. La Francia richiede la cittadinanza di una di esse o la residenza comune in Francia, sembrerebbe abituale, ma non necessariamente attuale, quindi anche futura. Più ristretto è il campo di applicabilità delle « *registered partnership* » di alcuni Paesi scandinavi, circoscritto, in origine, ai cittadini e residenti nello Stato, e allargato in seguito per consentire a coppie di stranieri di profittarne, purché entrambi residenti nel Paese da almeno due anni. Ancora più ridotto sembra essere quello di alcune leggi spagnole, che richiedono la *vecindad civil* di almeno una delle parti. Ma, ed è questo che ci preme mettere in rilievo conclusivamente, per tutte le leggi in questione, lo spazio internazionale d'applicabilità, e con esso la categoria dei soggetti potenziali beneficiari di tale legge, sono *più ampi*, spesso assai più ampi, di quelli che sarebbero derivati da una norma bilaterale, qualunque sia il criterio di collegamento da essa adottato.

248. Vi è un altro punto che merita rilievo. I contatti o fattori d'integrazione di cui si è detto sono espressi talvolta sotto forma di *criteri di competenza delle autorità* a registrare l'unione. Ciò è ben visibile, per esempio, nella legge svizzera: se sussiste un certo legame con la Svizzera, le autorità svizzere hanno competenza a registrare l'unione, e la legge svizzera sul *partenariat enregistré* potrà essere messa in opera. Le norme svizzere di d.i.p., insomma, muovono dalla competenza delle autorità, inseriscono in tali norme i contatti con l'ordinamento svizzero necessari per potere concludere un *partenariat* di diritto svizzero, per poi dichiarare applicabile, se appunto tali requisiti sono soddisfatti, e dunque le autorità svizzere sono competenti, la legge svizzera. Le leggi scandinave, spagnole ed in pratica anche la legge olandese muovono invece piuttosto dalle norme materiali, e stabiliscono che esse sono applicabili alle coppie interessate che presentano certi contatti con il rispettivo Stato, le quali dunque hanno il « diritto di ottenere la registrazione » conformemente a tali leggi. Nel che è implicita, in una con l'obbligo di

dar corso alla relativa richiesta, anche la *competenza* delle autorità di questo Stato, cioè il loro *potere* di esaudire tale richiesta, cioè di effettuare tale registrazione¹⁶⁹¹. Se la coppia non vanta alcuno di tali legami con il foro, non può ottenere la registrazione, il che è quanto dire che l'autorità non ha competenza per compierla. La natura di norme unilaterali è forse più immediatamente visibile nel secondo caso che non nel primo. Ma non ci si lasci ingannare dalla formulazione delle norme o dalla collocazione di esse: la sostanza è identica. Vero è che qui i criteri di competenza vengono a svolgere un *duplice ruolo*: essi servono a delimitare ad un tempo il campo di applicazione della legge interna e la competenza delle autorità a metterla in opera.

249. Rimane da verificare se possa dirsi che la sfera di applicabilità delle leggi in questione sia calibrata sulla *ratio* legislativa. Quest'essere la sfera di applicabilità di una legge funzionale alla *ratio* che ne sorregge ed ispira il contenuto materiale è un altro postulato dell'unilateralismo. Che ciò sia così nella materia che ci occupa è oggetto di ammissione frequente¹⁶⁹². Lo *scopo* delle normative materiali in questione, o, se si preferisce, l'*esigenza* cui esse intendono porre rimedio, è di eliminare o di ridurre considerevolmente la discriminazione esistente fra omosessuali ed eterosessuali, permettendo anche a questi ultimi di dare una veste giuridica alla loro unione e di conseguire certi effetti, i quali sono spesso assai vicini, e talvolta in pratica equivalenti, a quelli che derivano dal matrimonio eterosessuale tradizionale. Ora, si è per lo più avvertito che tale *ratio* esige un'estensione della efficacia della legge anche a certe fattispecie pur in parte straniere. Si facciano alcuni esempi. Se si limita la possibilità di registrare l'unione ad una fattispecie – cioè ad una coppia – puramente interna, A, cittadino svedese residente in Svezia, può unirsi con il suo *partner* A¹, lui pure cittadino svedese residente in Svezia (fattispecie puramente interna); B, invece, cittadino svedese residente in Svezia, non può unirsi con il proprio *partner* B¹, cittadino italiano residente in Svezia, mentre C, cittadino svedese residente in Svezia, può unirsi in matrimonio – conformemente alla legge svedese – con C¹, cittadina italiana residente in Svezia. Come il matrimonio eterosessuale fra C e C¹ può celebrarsi in Svezia, così deve essere consentita anche l'unione omosessuale fra B e B¹ in presenza delle stesse condizioni sostanziali (età, assenza di vincolo precedente, etc.). Altrimenti residuerebbe una discriminazione in ragione del sesso, che è proprio lo scopo della legge svedese eliminare. Con la precisazione che tale discriminazione sussiste non tanto fra la coppia B e B¹ e la coppia C e C¹, ma fra B e C, entrambi cittadini svedesi residenti in Svezia. Qui si tratta cioè di sopprimere una disparità di trattamento che residuerebbe se la sfera di applicabilità della legge lasciasse scoperte queste situazioni. Ma la discriminazione può essere *creata* dalla legge stessa se questa non fosse provvista di un certo ambito di efficacia internazionale. Se, ad esempio, si facesse ricorso al solo criterio della *lex patriae*, al quale – s'insegna – la

¹⁶⁹¹ Cfr. CALLÉ, *L'acte public en droit international privé*, Paris, 2004, p. 20 s.

¹⁶⁹² V. per tutti JACOB, *Die eingetragene Lebenspartnerschaft*, p. 197.

Svezia tende ad aderire in materia di statuto personale benché con forti attenuazioni¹⁶⁹³, D, cittadino svedese residente in Svezia, potrebbe unirsi con il suo *partner* D¹, cittadino olandese, dovunque residente, mentre E, cittadino svedese residente in Svezia, non potrebbe unirsi con E¹, suo *partner* italiano, anche se residente in Svezia. La discriminazione è qui tra D, che può unirsi con il suo *partner*, e E che non può unirsi con il suo *partner*. Tale differenza di trattamento è apparsa essa pure discriminatoria. Donde l'esigenza di prescindere dai contatti del *partner* prescelto, cioè di evitare un'applicazione distributiva del collegamento individuato. Infine, e soprattutto, è apparsa chiara la discriminazione che il criterio della cittadinanza avrebbe provocato fra coppie di stranieri stabilmente residenti in Svezia, i quali non avrebbero potuto vedere sanzionata giuridicamente la loro unione, e coppie di svedesi, di cui uno residente all'estero, che invece possono registrarla. Di qui il bisogno di introdurre la residenza quale « contatto » alternativo alla cittadinanza¹⁶⁹⁴. La preoccupazione di eliminare o prevenire discriminazioni è del resto allegata apertamente dai redattori della legge tedesca¹⁶⁹⁵ nonché dal Ministero della Giustizia belga¹⁶⁹⁶ per giustificare l'applicazione assai larga ed anzi generalizzata, rispettivamente, della legge tedesca e di quella belga, ed è pure rilevata dai diversi autori, seppure con qualche incertezza.

250. Già si è detto che alcuni autori propendono per ritenere che la bilateralità rimanga tutto sommato salva anche su questo terreno, facendo leva sulla diffusione del criterio della legge dello Stato del registro in cui scorgono un criterio *bilaterale* tradizionale. Tale soluzione, se è particolarmente esplicita in Germania (dove l'art. 17*b* evoca il *Recht des Register führenden Staates*), è in pratica adottata, come si è osservato, anche negli altri Paesi. Con formule latine, si è parlato al riguardo di *lex loci celebrationis*¹⁶⁹⁷ o *lex loci registrationis*¹⁶⁹⁸ mentre altri si è richiamato alla legge dell'istituzione¹⁶⁹⁹. In alcuni Paesi – fatto degno di nota, ma nient'affatto limitato alla materia in questione – si

¹⁶⁹³ La Svezia pare avere ormai abbandonato tale criterio, applicato distributivamente, in materia di celebrazione del matrimonio, a favore di una norma unilaterale che prevede l'applicabilità della legge svedese quando uno dei due sposi vuoi è cittadino svedese vuoi ha la residenza in Svezia: v. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Foreign Law in National Courts*, p. 213; *infra*, para. 270.

¹⁶⁹⁴ Per esempi simili, v. WAGNER, *Das neue Internationale Privat- und Verfahrensrecht zur eingetragenen Lebenspartnerschaft*, p. 289.

¹⁶⁹⁵ HENRICH, *Kollisionsrechtliche Fragen*, p. 137; WAGNER, *Das neue Internationale Privat- und Verfahrensrecht zur eingetragenen Lebenspartnerschaft*, p. 289.

¹⁶⁹⁶ « Circulaire du 23 janvier 2004 ».

¹⁶⁹⁷ Cfr. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho*, p. 113: « Existe una gran coincidencia en torno a la aplicación de la *lex celebrationis* tanto a los aspectos formales como a la determinación de la capacidad para constituir la »; l'A. ricorda altresì che i lavori del « Gruppo europeo di diritto internazionale privato » s'orientano in questo senso.

¹⁶⁹⁸ Di « *lex loci registrationis* » parla JESSURUN D'OLIVEIRA, *Registered Partnership*, p. 301; sulla competenza della legge dello « Stato del registro », v. DEVERS, *Les concubinages en droit international privé*, *passim*.

¹⁶⁹⁹ FULCHIRON, *Réflexions sur les unions hors mariage*, p. 908 s.

è pervenuti al medesimo risultato ricorrendo all'*ordine pubblico*, come in Belgio, o, per dir così, in via di prassi amministrativa, e con molte incertezze, come in Francia.

Un primo rilievo è questo: può parlarsi al riguardo, oltre che di applicazione della legge dello Stato del registro, anche di applicazione della *lex fori*? Si è, in effetti, fatto uso di quest'espressione con riferimento alle norme scandinave¹⁷⁰⁰. Ma se è corretto impiegare riguardo ad alcuni Paesi, dovrebbe potersi impiegare riguardo a tutti, perché la soluzione è in tutti la medesima. Ebbene, se per « foro » s'intende soltanto un *tribunale* che interviene per risolvere una *lite*, tale terminologia non pare appropriata. Qui soltanto di rado l'autorità cui si chiede la cooperazione al fine di dar vita all'unione è un *tribunale*, come in Francia: spesso si tratta di un'autorità amministrativa, come avviene in pratica negli altri Paesi. Ciò che è più, tale autorità, qualunque ne sia la natura, non dirime, in genere, una controversia fra due soggetti, ma si limita a prendere atto della concorde volontà di essi di dar vita ad un rapporto giuridico e a verificare che i requisiti previsti a tal fine dalla legge siano soddisfatti. Vero è però che, se non si parla di applicazione della *lex fori* in questo caso, coerenza vuole che non se ne parli neppure in materia, per esempio, di pronuncia di un'adozione, perché anche lì si tratta di costituire un rapporto nuovo e non già di riconoscere e dichiarare il contenuto di un rapporto (che si pretende) già sorto, né in materia di omologazione di un divorzio consensuale, attorno al quale non vi è dunque dissidio fra i coniugi, né in materia di celebrazione del matrimonio (tradizionale), dove l'applicazione della legge ha luogo per il tramite di un'autorità amministrativa. Nondimeno è, con riguardo a tutti e tre i casi, d'uso il richiamo all'applicazione generalizzata della *lex fori* o alla coincidenza del *ius* con il *forum*¹⁷⁰¹. Il che significa che, per potere affermare che la *lex fori* abbia corso, non è necessario che la sua messa in opera avvenga per mano di un tribunale né in un contesto litigioso. Il che del resto corrisponde alla constatazione che la legge non « si applica » o « viene applicata » soltanto da parte dei tribunali ed in un contesto *contenzioso* ma anche a mezzo di altre autorità pubbliche ed in un'atmosfera di perfetta armonia fra i soggetti coinvolti e pure – ed anzi la maggior parte delle volte – a seguito della semplice manifestazione di una concorde volontà degli individui o del compimento di un atto o comportamento volontario senza la partecipazione di autorità alcuna¹⁷⁰².

Parleremo dunque anche noi di applicazione generalizzata della *lex fori*. Ma se dire che si applica la legge dello Stato del registro o dello Stato di celebrazione significa dire che, se si invoca l'intervento delle autorità del foro, queste attribuiscono efficacia sempre e soltanto alla *lex fori*, le riserve che suscita l'affermazione della natura *bilaterale* di tale criterio appaiono già in tutta la loro evidenza. Può l'applicazione generalizzata

¹⁷⁰⁰ JÄNTERA-JÄREBORG, *Registered Partnership*, p. 223.

¹⁷⁰¹ V. per l'adozione e il divorzio, PICONE, *Il metodo dell'applicazione generalizzata della lex fori*, p. 374; per la celebrazione del matrimonio, fra gli altri, VOLKEN, *Zürcher Kommentar*, p. 97.

¹⁷⁰² CALLÉ, *L'acte public en droit international privé*, p. 20.

della *lex fori*, dirsi un criterio *bilaterale*? A quanto consta, non è mai stato sostenuto da nessuno. Si è anzi concordi nel ritenere che la virtù della norma bilaterale consiste precisamente in ciò che essa consente l'applicazione del diritto straniero, su base paritaria rispetto al diritto del foro, in virtù di un criterio di collegamento che fa parte eguale all'uno e all'altro¹⁷⁰³. La norma bilaterale è insomma garanzia contro il *legeforismo*. L'applicazione della legge dello Stato del registro, cioè della *lex fori*, costituisce allora precisamente quella soluzione cui si vuole ovviare con la bilateralità.

251. Ma veniamo al rilievo più importante. Quando si dice che si applica sempre la *lex fori*, non si dice ancora nulla sul collegamento con il foro in base al quale si giustifica l'operatività di tale legge. Non si sa quale sia tale collegamento, né si può dire dunque se esso riservi o meno un trattamento egualitario alla legge straniera. Vero è infatti, che il criterio della *lex loci celebrationis*, o della *lex loci registrationis*, o della *lex fori*, non rivela in sé alcuna « localizzazione » della fattispecie, cioè degli interessati, nello Stato la cui legge è dichiarata applicabile, cioè lo Stato del registro o il foro. La norma di conflitto bilaterale ha questo di proprio, cioè di essere sempre una norma « localizzatrice », quanto meno *anche* localizzatrice: nel senso che sempre individua un elemento di vicinanza spaziale fra la fattispecie, cioè, versandosi in materia di statuto personale, fra gli interessati – ciascuno degli interessati, se l'applicazione è distributiva – ed uno Stato la cui legge è dichiarata applicabile proprio *in virtù* di questo legame. Qui il criterio del *locus registrationis*, cioè del *locus fori*, non « localizza » un bel nulla, non esprime o attesta da sé di alcun contatto, di alcun vincolo reale od effettivo degli *interessati* con il foro, non dice nulla sulla situazione delle parti, del *ménage*, sulla loro provenienza, sul luogo dove abitano o abiteranno, sul centro dei loro interessi ed affetti. Tale criterio dice che si applica la legge del foro, né più né meno, ma non quale è il collegamento o legame fra la fattispecie e lo Stato del foro o del registro che ne legittima la messa in opera.

La prova più convincente di quanto andiamo dicendo è che tale criterio, da sé, consentirebbe la costituzione di una *Partnerschaft* tedesca anche ad una coppia d'italiani domiciliati in Italia, che si recano in Germania soltanto per fare registrare la loro unione, e che non hanno mai vissuto né mai vivranno in tale Paese¹⁷⁰⁴. Né ha senso dire – né infatti, a quanto noi noto, lo si è affermato né lasciato intendere – che la presenza fisica degli interessati sul suolo tedesco al momento della registrazione rappresenta da sé un contatto sufficiente, perché, a ragionare in questo modo, sarebbe sempre giustificata l'applicazione da parte dei giudici della *lex fori* per il solo fatto che le parti o i loro rappresentanti si trovano nel foro al momento del processo. Il cammino da percorrere è invece inverso: non è la presenza nello Stato del foro successiva al radicamento della lite nel

¹⁷⁰³ VITTA, *Il principio dell'eguaglianza fra lex fori e diritto straniero*, Riv. trim. dr. proc. civ., 1964, p. 1578 s.; VALLINDAS, *La structure de la règle de conflit*, RCADI, 1960, t. 101, p. 327 s.; WENGLER, *Les conflits de lois et le principe d'égalité*, Rev. crit., 1963, p. 203 s.

¹⁷⁰⁴ Cfr. VON SACHSEN GESSAPHE, *Le partenariat enregistré en droit international privé allemand*, p. 15.

foro che giustifica tale radicamento, ma è piuttosto il collegamento della fattispecie con lo Stato del foro, già esistente prima di tale radicamento ed indipendentemente da tale radicamento, a legittimare quest'ultimo. La localizzazione nello Stato del registro è piuttosto espressa e garantita dagli indici di « prossimità » delle parti con tale Stato, indici richiesti affinché esse parti siano autorizzate ad accedere alla registrazione in, ed al registro di, tale Stato. Se sono fissate tali condizioni spaziali di accesso, e se, trattandosi di più condizioni alternative, una di esse si trova soddisfatta, allora vi è bensì un *legame* con lo Stato del registro, ma tale legame non riposa su ciò che il registro si trova in tale Stato, ma sull'essersi qui concretizzata quella connessione geografica in cui si sostanzia la condizione d'accesso. Insomma: la norma localizzatrice è quella che enumera i collegamenti la cui sussistenza è necessaria e sufficiente per accedere al registro dello Stato del foro, e non già quella che dispone che, qualora uno di tali collegamenti si dia, allora è applicabile la legge di tale Stato.

Ora, vi sono almeno due differenze fondamentali fra la norma che contiene l'indicazione dei collegamenti che aprono l'accesso al registro del foro, e dunque all'applicazione della sua legge, e la norma bilaterale classica. Le si sono in pratica già viste entrambe. La prima è che, mentre la norma bilaterale individua un solo contatto localizzatore, la norma che indica i collegamenti sufficienti per l'accesso al registro del foro ne identifica per ciò stesso più d'uno, alternativamente gli uni agli altri. La seconda, e più decisiva ancora, è che le condizioni spaziali di accesso al registro, cioè i criteri spaziali di applicabilità della legge materiale, sono indicati da ciascuno Stato per sé e non anche per gli altri. La Danimarca non fissa la sfera d'applicabilità *anche* della legge tedesca, stabilendo che, perché la legge tedesca possa, dal punto di vista dell'ordinamento danese, operare, è necessario il cumulo della residenza in Germania e della cittadinanza tedesca di uno dei candidati, mentre non è sufficiente la sola residenza in Germania. La Danimarca si limita a dire che, perché si possa applicare la legge *danese*, è necessario il cumulo di cittadinanza e residenza danese di una parte. Nulla di più, nulla di meno. Né la Germania, dal canto suo, intende precisare da sé il campo di applicazione delle norme danesi disponendo che, così come le norme tedesche sono apparentemente applicabili a chiunque intenda servirsene, anche qualora si tratti di stranieri residenti all'estero, così pure qualunque coppia di interessati può ottenere la registrazione in Germania di una « partnership » di diritto danese, anche in mancanza di un contatto effettivo con la Danimarca. Ebbene, se i criteri di localizzazione sono fissati dal foro con riguardo esclusivo alla propria legge, e non sono invece impiegati dal foro anche per delimitare la sfera di applicazione delle altre leggi, è chiaro che ci si trova di fronte ad una *norma di diritto internazionale privato – o norma sul diritto applicabile – unilaterale*¹⁷⁰⁵.

¹⁷⁰⁵ Ancora una volta è opportuno non fermarsi alla lettera di formule e brocardi, altrimenti non ci si intende più. L'adozione del criterio dello Stato di registrazione è apparsa a qualche interprete (v. per esempio ROSSOLILLO, *Registered Partnership*, p. 372) un criterio *bilaterale* tradizionale, e ciò

252. Ma che non si possa parlare di norma *bilaterale* appare evidente solo che si considerino le modalità di identificazione e designazione della legge *straniera* applicabile. Si è già detto che il vero banco di prova dell'unilateralismo si rinviene in tali modalità, il che è del resto pure stato significativamente ricordato di recente, e proprio in relazione alla materia che ci occupa¹⁷⁰⁶. Si sgombri innanzitutto il terreno da una possibile fonte d'ambiguità. Può dirsi che il foro *attribuisca* qui, in assoluto, *efficacia* al diritto straniero? Il problema si pone perché invocare l'applicazione generalizzata della *lex fori* sembra implicare che il diritto straniero non operi *mai*. Che se invece si afferma che il criterio di identificazione del diritto applicabile è il luogo della registrazione, la messa in opera nel foro del diritto straniero appare perfettamente possibile e naturale. In Germa-

probabilmente perché: (i) esso serve a determinare sia la competenza della legge interna sia quella della legge straniera, (ii) secondo un medesimo criterio, (iii) scelto dal foro. Ora, a ben riflettere, questi tre requisiti non sono sufficienti per concludere in favore della *bilateralità*. Anche il « manifesto » unilaterale può essere infatti enunciato in modo da risultare rispondente a ciascuno di essi. Infatti: il criterio identificatore della legge applicabile propugnato dall'unilateralismo, secondo cui « si applica la legge dello Stato che vuole applicare la propria legge », (i) determina sia quando è competente la legge del foro (quando questa vuole o ha voluto applicarsi), sia quando è competente la legge straniera (quando questa vuole o ha voluto applicarsi), e ciò (ii) fa secondo uno stesso criterio di identificazione (la volontà di applicazione della legge, appunto, sia del foro che straniera), (iii) scelto evidentemente da ciascuno Stato per sé (e non già imposto al foro dagli altri Stati: è il foro che sceglie da sé, ed aggiungiamo pure perché è nel suo interesse, di rispettare la volontà di applicazione della legge straniera). Non solo. Anche uno dei criteri proposti per la soluzione dei c.d. conflitti positivi, cioè l'« effettività », può essere formulato in senso perfettamente bilaterale, nel senso cioè che « fra più leggi applicabili alla stessa fattispecie si applica quella che è stata in effetti e concretamente applicata, quella cioè che ha dato la sua impronta al rapporto, quella all'ombra della quale il rapporto si è costituito », tale legge potendo essere sia la legge interna, che la legge straniera (v. *infra*, para. 253). Vero è che il vero punto di dissidio fra bilateralisti ed unilateralisti è che mentre i primi sostengono che il *collegamento spaziale* fra la fattispecie e lo Stato in cui tale collegamento si realizza, e che solo giustifica agli occhi del foro l'applicabilità della legge di tale Stato in quanto legge dello Stato del « collegamento più stretto », (i) è tendenzialmente *uno solo* (appunto « il più stretto ») (ii) e comunque determinato (dal foro) non solo per fondare l'applicabilità della propria legge, ma anche per fondare l'applicabilità della legge di qualsiasi Stato del mondo, i secondi hanno (i) maggior libertà di sostenere che tali collegamenti possano essere più di uno, alternativamente l'uno all'altro (anche se, come si è detto, questo punto non ha fatto oggetto di vera sistemazione da parte degli unilateralisti: v. *supra*, para. 170) e, soprattutto, (ii) rifiutano l'idea che il foro debba fissare anche quelli che valgono a giustificare l'applicabilità della legge straniera. L'unilateralismo è, da questo punto di vista, assai più « paritario » ed « internazionalista » della bilateralità, perché con la bilateralità il foro si arroga in pratica il diritto di fissare il campo di applicazione delle sue norme materiali interne, ma non riconosce agli altri Stati eguale diritto rispetto alla proprie, mentre l'unilateralismo, così come constata che il foro prende in ogni caso per sé tale diritto, pure gli prescrive di riconoscerlo anche agli altri Stati.

¹⁷⁰⁶ ROSSOLILLO, *Registered Partnership*, p. 371-372: « In realtà appare convincente l'opinione secondo cui la natura unilateralistica di un sistema emerge non tanto dal trattamento riservato alla legge del foro, quanto dal procedimento attraverso il quale viene individuato il diritto straniero applicabile », la quale rinvia sul punto a Gothot.

nia non si dubita infatti che si possa applicare il diritto straniero. La costituzione di una *Lebenspartnerschaft* è sottoposta alle « norme materiali dello Stato del registro », dunque tali norme si *applicano* nel foro anche se appartengono ad una legge *straniera*. Sol tanto che, in quest'ultimo caso, l'ipotesi nella quale ci si situa è quella in cui si chiede al giudice tedesco, o comunque ad un'autorità tedesca, di stabilire se il rapporto di cui si chiede l'accertamento è venuto a regolare esistenza, e non già quella in cui si chiede all'autorità tedesca di verificare il soddisfacimento delle condizioni sostanziali per la registrazione in Germania di una *Partnerschaft* ed effettuare tale registrazione. Lo stesso è a dirsi della Finlandia: la norma che prevede il *riconoscimento* delle unioni registrate all'estero è contenuta nella Sezione della legge dedicata alle « norme di diritto internazionale privato », ed è inserita appena dopo le norme che prescrivono che, in presenza di certi contatti, si applichi la legge finlandese, in modo che funga da *pendant* di queste, che cioè, come queste si sono occupate dell'applicazione del diritto *interno*, quella s'incarica di determinare l'attribuzione d'efficacia al diritto *straniero* dal punto di vista dell'ordinamento finlandese. Valgano le stesse considerazioni per la Svizzera (e per i Paesi Bassi): benché anche qui si parli del « riconoscimento » di un'unione costituita all'estero, non si dubita che la legge sulla base della quale valutare se o meno l'unione è stata validamente celebrata (agli occhi dell'ordinamento svizzero) e dunque vada riconosciuta come esistente e valida anche in Svizzera, viene, per ciò stesso, messa in opera dall'autorità elvetica chiamata a pronunciarsi.

In uno studio recente, già menzionato, si è parlato al riguardo di « metodo del riconoscimento ». Si sono cioè avvicinate le modalità di designazione della legge straniera applicabile qui operanti al meccanismo del riconoscimento delle *decisioni*¹⁷⁰⁷. Ma chi tale studio ha condotto, ha sempre inteso trattare di un metodo di individuazione della *legge straniera applicabile*, alternativo rispetto a quello talvolta denominato dei « conflitti di leggi », cioè in sostanza alternativo a quello *bilaterale tradizionale*, e ritenuto più adatto di quest'ultimo in diversi e sempre crescenti settori del diritto internazionale privato, fra cui quello di cui ci stiamo occupando¹⁷⁰⁸. Non si dubita però che la funzione dei due metodi sia identica: si tratta appunto di identificare *qual è la legge straniera alla quale è più giusto ed opportuno riconoscere ed attribuire efficacia nel foro*, cioè sulla base della quale valutare se o meno la pretesa che è fatta valere nel foro è giustificata, cioè, qui, se il rapporto « partenariale » o coniugale che si allega come esistente si è, dal punto di vista del foro, appunto regolarmente costituito.

¹⁷⁰⁷ Cfr. MAYER, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, Mélanges P. Lagarde, Paris, 2005, p. 547 s.

¹⁷⁰⁸ LAGARDE, *Développements futurs*, p. 233 e MAYER, *Les méthodes de la reconnaissance*, p. 560: « La méthode de la reconnaissance des situations se situe donc sur l'autre versant du droit international privé que la méthode de la reconnaissance des décisions, mais elle l'imite en quelque sorte par divers traits (...). On est dans le domaine du conflit de lois, mais on adopte un raisonnement qui évoque structurellement celui du conflit de juridictions » (corsivo nostro).

Compiute queste precisazioni, veniamo appunto al *criterio* utilizzato per selezionare il diritto straniero. Dichiarando applicabile la legge dello Stato di registrazione o celebrazione dell'unione, come fanno tutti i pochi Stati che hanno già dettato disposizioni scritte al riguardo (cioè quelli appena citati: Germania, Finlandia, Svizzera e Paesi Bassi), cioè insomma, dichiarando di considerare il rapporto, che s'intende fare valere nel foro, *valido* se è considerato tale da tale legge, ma *invalido* se è considerato tale da essa, di nuovo, non si dice nulla sul collegamento o contatto che la fattispecie presenta con lo Stato di cui si applica la legge, cioè sul collegamento che appunto giustifica, agli occhi del foro, la designazione di tale legge quale applicabile. Il divario con il metodo bilaterale è sempre lo stesso e sempre egualmente decisivo: con la norma di conflitto bilaterale, il foro individua il collegamento più stretto, o meglio che ritiene il più stretto, e dichiara applicabile, ad esclusione di tutte le altre, la legge dello Stato in cui si materializza tale collegamento, la cui operatività si giustifica *proprio* in quanto appunto la fattispecie vi è più significativamente collegata. Qui, invece, il foro si spoglia volontariamente del potere, che pure avrebbe, d'identificare da sé quale contatto conduce alla legge straniera applicabile, e di designarlo riproducendo in sostanza quello sulla base del quale ha scelto di delimitare la sfera vocazionale applicativa delle proprie norme materiali. Il foro non detta, come criterio di identificazione della legge straniera, un *suo* criterio, uno solo, sempre lo stesso¹⁷⁰⁹.

Si prenda – per intendere questo punto – una *Lebenspartnerschaft* di diritto tedesco costituitasi fra due italiani di cui uno solo risiede in Germania e da meno di un anno. Tale unione sarà riconosciuta come esistente in tutta l'area scandinava, perché in tutta l'area scandinava opererà, riguardo alla questione se o meno il rapporto sia validamente venuto ad esistenza, la legge tedesca, che per ipotesi considera valida l'unione. Ma tale legge ha ricevuto efficacia in Germania, e ad essa viene attribuita efficacia da parte di qualsiasi giudice scandinavo, in virtù di un contatto – la residenza infrannuale di uno solo dei *partner* – che non è ritenuto sufficiente da nessuna delle leggi scandinave per dar vita ad un'analogia « partnership » di diritto danese, svedese, finlandese, norvegese, islandese. La legge tedesca viene designata egualmente da parte del Paese assunto a foro del ragionamento, il quale valuta se il rapporto è, dal suo punto di vista, da considerarsi esistente o meno, conformemente appunto a tale legge. Ma – e qui sta la *crux* – che cosa giustifica l'attribuzione nel foro scandinavo del diritto tedesco? Non il collegamento scelto dal foro, non cioè la sfera di efficacia che il foro assegna alla legge straniera sulla base di un criterio di sua scelta, perché il foro non fissa alcun criterio di efficacia della legge straniera. Non la bilateralizzazione dei collegamenti adottati dal foro per delimitare la sfera di applicabilità delle proprie norme materiali, perché tale bilateralizzazione non condurrebbe per ipotesi alla legge tedesca. E' giocoforza concludere allora che è la

¹⁷⁰⁹ Cfr. LAGARDE, *Développements futurs*, p. 230, il quale addita come *proprium* della « règle de reconnaissance » l'« indifférence vis-à-vis de la loi appliquée à la situation soumise à reconnaissance »; così anche MAYER, *Les méthodes de la reconnaissance*, p. 553.

volontà di applicazione della legge tedesca, così come essa risulta dalle norme di delimitazione dettate dal legislatore tedesco, che fonda l'efficacia di tale legge *anche* nel foro; è la volontà del legislatore tedesco, per il tramite della sua legge, di creare, sulla base di tale legge, un rapporto giuridico; o meglio, e più correttamente, è il semplice fatto che un rapporto è venuto a giuridica esistenza sulla base di una legge che ha « effettivamente operato », per dirla con Francescakis, e che si considerava da parte sua applicabile¹⁷¹⁰ – cioè che lo Stato da cui emana ha concepito come applicabile alla fattispecie – che giustifica, con le parole di Niboyet, la « prosecuzione » o « proiezione nel foro della sua efficacia » nello Stato d'origine¹⁷¹¹.

Tutto ciò ci porta a concludere che il secondo postulato dell'unilateralismo, cioè quello secondo cui il foro deve astenersi dal determinare da sé la sfera di applicazione delle leggi straniere, ma deve piuttosto riconoscere il potere a ciascuno Stato estero di determinare da sé il campo di applicazione internazionale delle proprie leggi, e riconoscere presso di sé gli effetti dell'esercizio di tale potere, cioè riconoscere e dichiarare esistenti i diritti e gli obblighi che tale diritto straniero ha fatto sorgere in concreto, è pure di massima rispettato.

253. La quale constatazione conduce al terzo caposaldo dell'unilateralismo. Nel caso di contestuale applicabilità di due o più leggi, cioè di un *conflitto positivo*, l'unilateralismo propone che venga accordata preferenza alla legge che ha dato l'impronta al rapporto, se ve ne è una, alla legge più effettiva, quella meglio corrispondente alle aspettative, legittime e reali, delle parti, quella che valida il rapporto, che garantisce ad esso stabilità.

A motivo della profusione di contatti, sufficienti ciascuno a fondare l'applicabilità della legge dello Stato in cui si realizza, che abbiamo visto essere caratteristica della legislazione comparata nel settore, i casi di sovrapposizione di leggi applicabili alla fattispecie sono invero destinati a presentarsi assai di frequente¹⁷¹². Ma ciò – se si riflette per un momento – non significa altro che di frequente i *partner* di una coppia internazionale potranno registrare o celebrare la propria unione sulla base di condizioni e moduli giuridici diversi. Si prenda il caso di un cittadino olandese ed un cittadino belga, l'uno attualmente residente in Svezia, e l'altro in Germania, che vogliano dar veste giuridica alla loro unione. Ebbene, sia la legge belga sul matrimonio omosessuale, che la legge olandese pure sul matrimonio omosessuale, che ancora la legge tedesca sulla *Lebenspartnerschaft*, che infine la legge svedese sulla « registered partnership », sono *tutte* simultaneamente *applicabili*, nel senso che tutte vengono offerte e messe a disposizione dei soggetti interessati da parte dei rispettivi legislatori. Il che significa che i nostri protagonisti potranno celebrare il matrimonio omosessuale belga o il matrimonio omosessuale olandese ovvero dar vita ad una « partnership » di diritto svedese ovvero ancora ad una

¹⁷¹⁰ *Supra*, nota 668.

¹⁷¹¹ *Supra*, para. 68.

¹⁷¹² VON SACHSEN GESSAPHE, *Le partenariat enregistré en droit international privé allemand*, p. 16.

Lebenspartnerschaft di diritto tedesco, sempre che, ovviamente, ne soddisfino i requisiti sostanziali di capacità. Qualora invece adempiano soltanto alle condizioni materiali fissati da una di queste leggi, la scelta si ridurrà a questa soltanto.

Come viene risolto questo conflitto *positivo* di leggi?¹⁷¹³ Quando più leggi sono *applicabili* ad un rapporto che non è ancora sorto, innanzitutto alle condizioni per dar vita a tale rapporto, ciò significa che ciascun legislatore *mette a disposizione* di chi intende divenire parte di tale rapporto uno « strumento », nel nostro caso un *right to register*, come si esprimono le legislazioni scandinave, ovvero un vero e proprio *droit au mariage*, in Belgio e nei Paesi Bassi, che i soggetti potenziali beneficiari potranno esercitare come potranno non esercitare. L'esistenza simultanea di più diritti potestativi, di *Gestaltungsrechte*, come efficacemente li denomina la dottrina di lingua tedesca, cioè di diritti di dar vita e forma ad un rapporto giuridico nuovo, che prende vita e forma appunto dall'esercizio del relativo diritto, *finché tali diritti non sono esercitati, non dà luogo ad un impossibile né logico né giuridico*. Si pensi del resto alla coesistenza della « registered partnership » e del matrimonio omosessuale nel diritto belga o in quello olandese. Tutti i cittadini dell'uno e dell'altro Paese (lasciando perdere per un istante i requisiti spaziali), in presenza di certi requisiti sostanziali, di età e sanità mentale e così via, hanno *sia* il diritto di dar vita ad una « partnership », *sia* quello di dar vita ad un vero e proprio « matrimonio ». Ciò che non è possibile – ed è infatti loro rigorosamente proibito – è essere effettivamente parte, *nello stesso tempo*, dell'uno e dell'altro rapporto, con una stessa persona o con persone diverse, cioè esercitare simultaneamente l'uno e l'altro diritto assieme (*electa una via non datur recursus ad alteram*)¹⁷¹⁴. Lo stesso è dirsi della nostra coppia internazionale. Essa si trova di fronte ad una pluralità di « strumenti », ciascuno offertole da uno Stato diverso con il quale presenta un collegamento significativo. La legge applicata in definitiva è quella che le parti hanno scelto di utilizzare *concretamente*, perché meglio corrisponde alle loro esigenze o perché da esse ritenuta di accesso più agevole, o per altri motivi che non rilevano qui. Ciò che rileva è che, una volta che gli interessati hanno scelto, ciascuno dei quattro Stati di cui sopra, così come tendenzialmente ogni altro, rispetterà in linea di massima tale scelta, e se la questione della valida costituzione del rapporto viene a porsi nel suo ordinamento, non attribuirà efficacia alla sua legge, che pure era *applicabile* alla fattispecie, la quale dunque pure rientrava nel campo di applicazione o meglio di « applicabilità » di essa, ma a quella che si è *effettivamente* applicata, cioè quella per cui le parti hanno in definitiva optato, scartando quella del foro; e considererà validamente costituita l'unione se sussistevano non già le condizioni previste dalla sua legge, ma quelle previste dalla legge dello Stato del registro. La quale è pure, superfluo il rilevarlo, quella su cui le aspettative *comuni* degli

¹⁷¹³ V. *infra*, para. 306 s.

¹⁷¹⁴ Cfr. quanto SÉRIAUX, *Le droit: une introduction*, Paris, 1997, p. 66, osserva per l'elaborazione legislativa in genere: « Avant d'être posé, le droit peut être ceci ou cela. Mais une fois posé, il importe de s'en tenir à ce qui a été ainsi édicté ».

interessati si sono evidentemente modellate: aspettative che sono, s'intende, *legittime*, perché formatesi alla stregua di, e conformemente a, una legge che voleva applicarsi, e che dunque dà ad esse fondamento.

Applicare la legge dello Stato del registro significa allora, e conclusivamente, dare efficacia, fra le più leggi applicabili o aventi « vocazione ad applicarsi » od in « conflitto positivo », a quella che si è effettivamente applicata, o che ha funzionato per prima (*prior in tempore*), quella che ha dato l'impronta al rapporto, quella che meglio soddisfa le aspettative legittime e comuni delle parti. Anche il terzo postulato dell'unilateralismo pare dunque realizzarsi.

Sezione II

L'unilateralismo in materia di adozione, divorzio, matrimonio

SOMMARIO: – 254. Introduzione. – § I. *Norme in materia di adozione*. – 255. L'art. 38 *in fine* della legge di riforma italiana. – 256. L'art. 77 LDIP. – 257. L'art. 370-4 del *Code civil* introdotto con legge del 6 febbraio 2001. – 258. L'elaborazione giurisprudenziale nei Paesi Bassi nel senso dell'applicazione quasi esclusiva della legge del foro. – 259. L'art. 9.5 del *Código civil* spagnolo. – 260. Il « jurisdictional approach » seguito dall'Inghilterra e dall'Australia. – 261. Cenni all'esperienza statunitense. – 262. Coincidenza di *forum* e *ius* nei Paesi nordici. – § II. *Norme in materia di divorzio*. – 263. Il regime dell'art. 310 del *Code civil* e il suo fondamento. – 264. Il ridotto spazio assegnato al diritto straniero. – 265. La legge belga del 27 giugno del 1960. – 266. L'art. 31 della legge di riforma italiana e l'art. 61 LDIP: rinvio. – 267. Il « jurisdictional approach » inglese in materia di divorzio e il progressivo allargamento della sfera di applicazione della legge inglese. – 268. La situazione negli Stati Uniti. – § III. *Norme in materia di condizioni per contrarre matrimonio*. – 269. L'art. 44 LDIP. – 270. L'art. 2(a) della legge olandese del 1989. – 271. Il principio della *lex fori in foro proprio* in Spagna. – 272. L'art. 3 del *Code civil* ed il rilievo della legge francese quale legge del luogo di celebrazione. – 273. L'evoluzione in Inghilterra ed in Australia e il nuovo regime svedese.

254. Se si è scelto di iniziare dalle unioni non matrimoniali e dal matrimonio fra persone dello stesso sesso è perché, come si è già anticipato, trattandosi di un terreno ancora relativamente nuovo e poco esplorato, la dottrina ci è già parsa meno restia a riconoscere, e come d'istinto, l'unilateralità delle norme di d.i.p. elaborate al riguardo. Ma identiche considerazioni possono svolgersi in tutti i casi in cui si chiede alle autorità del foro di dar vita ad un rapporto giuridico nuovo e queste applicano, alle condizioni per ottenere la costituzione di tale rapporto e talvolta agli effetti di esso, la legge del foro. Per numerose di queste norme, del resto, l'unilateralità è stata di recente affermata, anche se per lo più fugacemente.

Le materie in questione sono l'adozione, il divorzio, la celebrazione del matrimonio. Gli Stati che, in virtù di una norma espressa o per tradizione giurisprudenziale, sempre applicano la loro legge di fronte alla richiesta degli individui, formulata innanzi alle loro autorità, di collaborare a dar vita al rapporto desiderato, sono in numero crescente. In questi casi, la sfera di applicabilità della legge materiale del foro, esattamente come per le « registered partnership », risulta delimitata dai criteri di competenza di tali autorità, i quali sono sempre almeno due, e sono spesso più di due. Tali criteri vengono dunque altresì a svolgere la funzione di altrettanti *criteri alternativi unilaterali di applicabilità*

delle norme materiali del foro¹⁷¹⁵. Quando, non essendosi in concreto applicata la legge del foro, pur questa essendo applicabile, e si tratta dunque di identificare nel foro la legge competente per stabilire se il rapporto, che si pretende far valere nel foro, è, per l'ordinamento del foro, regolarmente sorto nel rispetto delle condizioni sostanziali di validità, si tende ad impiegare il « metodo del riconoscimento », cioè ad attribuire efficacia alla legge dello Stato che ha « voluto » applicarla in concreto al rapporto, insomma alla legge straniera che ha realmente operato e sulla base della quale il rapporto si è effettivamente costituito, tutt'al più richiedendosi che vi fosse un contatto di una certa intensità fra tale Stato e le persone coinvolte nel rapporto in questione¹⁷¹⁶.

¹⁷¹⁵ V. già TRAMMER, *Über die sogenannten « Einseitigen Normen » des internationalen Privatrechts, RabelsZ.*, 1957, p. 404-405: « Eine Bestimmung, die als Anknüpfungsmerkmal zum eigenen Recht das inländische Forum (z.B. eine Vorschrift: *Auf die Ansprüche (...) wird unser Recht angewandt, falls das Gerichtsverfahren in unserem Staate stattfindet*) – ist in Verbindung mit der Bestimmung über die inländische Zuständigkeit für derartige Ansprüche eine Norm über den Anwendungsbereich des eigenen Rechts ». Ad un approdo sostanzialmente identico pervengono, ci sembra, BONOMI, *Norme imperative*, p. 154, secondo cui, dandosi la coincidenza fra *forum* e *ius*, « l'applicabilità della *lex fori* stabilita con criterio unilaterale determina, al contempo, la competenza internazionale dei giudici interni », e CAFARI PANICO, *Diritto internazionale privato inglese e « jurisdiction » con particolare riguardo ai rapporti di famiglia*, Padova, 1979, p. 119, laddove conclude che, nel metodo dell'applicazione generalizzata della *lex fori*, di cui ha studiato le applicazioni nel d.i.p. inglese, « le norme sulla competenza giurisdizionale se definiscono, dunque, da un lato, le questioni che possono essere decise dai giudici inglesi, dall'altro segnano anche i limiti di efficacia dell'ordinamento statale, cioè la sfera dei rapporti che cadono sotto l'impero delle norme materiali che lo compongono » (corsivo nostro). Anche PICONE, *Metodo dell'applicazione generalizzata della lex fori*, in *La riforma*, p. 423, sembra aderirvi. Egli spiega innanzitutto che « l'applicazione esclusiva [leggi della *lex fori*] non significa (...) che la *lex fori* regoli o sia idonea a regolare tutte le fattispecie rilevanti, come accade (almeno potenzialmente) nella concezione che attribuisce ad essa la natura di diritto comune. Ma solo che essa si impone, in via diretta e automatica, per la regolamentazione di tutti i rapporti (...) che ricadano nella competenza giurisdizionale dei tribunali del foro » (corsivo nostro); e, sulla scorta di ciò, viene a riconoscere (nota 183) che « in questi limiti, contiene... una parte di verità l'affermazione » sopra riportata di Cafari Panico. Rimane da precisare perché la « verità » di tale affermazione è soltanto parziale. Il chiaro A. lo spiega, se ben intendiamo, appena di seguito, laddove critica il riferimento, in essa contenuto, ai limiti di efficacia dell'ordinamento statale, dal momento che, fa osservare l'A., tale ordinamento « opera e diviene efficace anche quando provveda al riconoscimento di decisioni straniere » (v. anche PICONE, *Die « Anwendung » einer ausländischen « Rechtsordnung » im Forumstaat: ... perseverare est diabolicum!*, *Liber amicorum K. Siehr*, The Hague 2000, p. 579). La precisazione ci pare senz'altro condivisibile. Ci chiediamo nondimeno se le riserve del chiaro A. permanessero qualora, eliminando il riferimento all'« ordinamento » nell'affermazione litigiosa, e lievemente riformulandola, si dicesse che, nel metodo dell'applicazione generalizzata della *lex fori*, « le norme di competenza giurisdizionale segnano i limiti della sfera dei rapporti che cadono sotto l'impero delle norme materiali del foro, cioè i limiti spaziali della sfera di applicazione delle norme materiali ». Cfr. anche MANN, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, p. 54.

¹⁷¹⁶ Cfr. LAGARDE, *Développements futurs*, p. 232.

§ I. – Norme in materia di adozione

255. In materia di adozione, come è stato detto di recente, l'applicazione della *lex fori* pare decisamente in espansione¹⁷¹⁷. L'art. 38 della legge di riforma dispone, nella sua seconda proposizione, che « (...) si applica il *diritto italiano* quando è richiesta al giudice italiano l'adozione di un minore, idonea ad attribuirgli lo stato di figlio legittimo ». Tale norma si occupa della sola applicabilità della legge italiana, senza nulla dire circa quella del diritto straniero. Perché se ne scorga la natura *unilaterale*, del resto riconosciuta da autorevole dottrina straniera¹⁷¹⁸, non è tuttavia sufficiente circoscrivere l'indagine all'art. 38, dal quale solo si deriva che, ogni volta che si abbia a chiedere al giudice *italiano* l'adozione di un minore, questi metterà in opera la legge *italiana*, cioè insomma che la sfera delle fattispecie cui le norme italiane si applicano coincide con quella riguardo alla quale i giudici italiani hanno il potere di conoscere di una domanda di adozione. Ma bisogna altresì individuare appunto la sfera di applicabilità della legge italiana, cioè l'insieme delle situazioni internazionali in cui il giudice italiano può pronunciare l'adozione, se richiesta conformemente alla legge italiana e da questa concretamente autorizzata.

Tale delimitazione si rinviene agli artt. 29-*bis*, 37 e 43 della l. adoz. E' dunque possibile costituire un'adozione *italiana*, cioè secondo la *legge italiana*, in primo luogo, se il minore da adottare si trova in stato di abbandono *in Italia*, di qualunque Paese sia cittadino¹⁷¹⁹; in secondo luogo, se gli adottanti sono *residenti in Italia* (anche dunque se si tratta di minore straniero residente all'estero)¹⁷²⁰; in terzo luogo, se si tratta di *cittadini italiani* residenti all'estero¹⁷²¹. La legge italiana in materia di adozione è dunque *applicabile* se, alternativamente, vuoi il luogo di ritrovamento del minore è in Italia, vuoi si situa in Italia la residenza di entrambi gli adottanti, vuoi essi sono entrambi cittadini italiani¹⁷²².

¹⁷¹⁷ CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, *D.i.p.*, p. 200: « El criterio *Lex Fori in Foro Proprio* está en expansión en materia de adopción internacional: lo han acogido también países del círculo latino como Italia y (...) España ».

¹⁷¹⁸ LAGARDE, *La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale*, *Rev. crit.*, 2001, p. 292-293.

¹⁷¹⁹ Art. 37 e 43, comma 3, l. adoz.

¹⁷²⁰ Art. 29-*bis* l. adoz. (primo comma); cfr. BALLARINO, *D.i.p.*, p. 439.

¹⁷²¹ Art. 29-*bis* l. adoz., il quale prevede in quest'ultimo caso la competenza del tribunale per i minorenni del distretto in cui si trova il luogo della loro ultima residenza in Italia o, in mancanza, il tribunale per i minorenni di Roma.

¹⁷²² Preme rilevare che la norma in questione non è « derogatrice » rispetto ad una norma bilaterale più generale. E' vero che la norma di cui alla prima proposizione del medesimo articolo è bilaterale, nel senso che utilizza il criterio di collegamento X (cittadinanza dell'adottante, ovvero, se gli adottanti sono due, la loro cittadinanza comune), o, in mancanza, il criterio di collegamento X¹ (residenza comune degli adottanti) e, in ulteriore subordine, richiama il diritto dello Stato nel quale la loro vita matrimoniale è prevalentemente localizzata (X²). Ma, poiché si tratta di due disposizioni che attengono ad istituti materiali diversi, aventi finalità diverse, non vi è sovrapposizione, né parziale né totale, della rispettiva sfera di applicazione materiale delle due norme di d.i.p., il che è invece presupposto necessario perché si possa parlare di rapporto di generalità-specialità (cfr. PICONE, *Il metodo dell'applicazione generalizzata della lex fori*, p. 466, che giustamente deplora che si

Ciascuno di questi fattori d'integrazione degli interessati negli ambienti sociali italiani costituisce, come lascia intendere parte della dottrina, un criterio di collegamento *alternativo* di potenziale efficacia della legge italiana¹⁷²³. La quale non è dunque applicabile indipendentemente da ogni e qualsiasi legame con il foro: essa vuole piuttosto applicarsi soltanto a fattispecie che sono collegate con il foro a mezzo di uno qualsiasi fra questi tre vincoli; se non ne sussiste alcuno, le norme italiane non sono applicabili, e non è dunque possibile chiedere ed ottenere l'adozione secondo la legge italiana¹⁷²⁴.

256. Anche l'ordinamento svizzero applica in pratica sempre la *lex fori* all'adozione da costituirsi in Svizzera¹⁷²⁵. L'art. 77 della LDIP dispone infatti che « le condizioni dell'adozione pronunciata in Svizzera sono sottoposte al diritto svizzero ». La norma si occupa dunque dell'applicabilità del solo diritto svizzero. La natura di norma di conflitto unilaterale di tale disposizione è stata di recente affermata¹⁷²⁶. Quanto alle condizioni spaziali di applicabilità delle norme materiali svizzere in argomento, esse sono fissate

continui a riguardare il rapporto fra le due disposizioni dell'art. 38 come un rapporto fra regola ed eccezione; per una rapida enunciazione dei differenti scopi perseguiti dai due istituti, v. FRANCHI, *Commentario NLCC*, p. 1207). La norma unilaterale richiama insomma soltanto le norme materiali italiane in materia di adozione dei *minori*, null'altro, laddove la norma bilaterale richiama soltanto le norme materiali (italiane e straniere) in materia di adozione degli *adulti*, null'altro. Non vi è un rapporto di specialità come non vi è un rapporto di specialità fra la norma che regola il contratto di lavoro e la norma che regola il contratto di assicurazione (mentre ciascuna è speciale rispetto alla norma che regola il contratto in generale).

¹⁷²³ FRANCHI, *Commentario NLCC*, cit. p. 1207, la quale parla di « criteri di collegamento relativi al minore » e di « criteri di collegamento relativi agli adottanti », gli uni e gli altri essendo in grado di fondare l'« applicazione della normativa italiana », se cumulati con « la richiesta al giudice italiano di provvedimento costitutivo di adozione », quest'ultima costituendo una « condizione piena affinché tale normativa sia applicata ».

¹⁷²⁴ Su ciò che i criteri di competenza dell'autorità italiana a pronunciare l'adozione vengano a disegnare un ambito di applicazione materiale della normativa italiana, v. in sostanza BALLARINO, *D.i.p.*, p. 444, il quale menziona l'« ambito di applicazione di queste norme » e la « sfera di efficacia » delle « norme italiane sull'adozione internazionale ». Cfr. VON OVERBECK, *L'adoption, Problemi di riforma del diritto internazionale privato italiano, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato*, Milano, 1986, p. 486, il quale ebbe a suggerire l'aggiunta al progetto originario di una disposizione volta a fare regolare dal diritto italiano le condizioni e la revoca, rilevando che « ce recours à la *lex fori* (...) revient à appliquer le principe du domicile aux étrangers domiciliés en Italie et le principe de la nationalité aux Italiens », cioè insomma consente sia agli stranieri domiciliati in Italia che ai cittadini italiani domiciliati all'estero di beneficiare della legge italiana.

¹⁷²⁵ DUTOIT, p. 227 s.; BUCHER, *L'enfant en droit international privé*, Genève [etc.], 2003, p. 97, SIEHR, *Zürcher Kommentar*, p. 760.

¹⁷²⁶ LAGARDE, *La loi du 6 février 2001*, p. 281, nota 23, dove si legge: « Comp. la règle unilatérale de l'article 77 de la LDIP suisse de l'art. 1987 ». Che poi le regole sulla competenza internazionale delle autorità svizzere vengano a delimitare proprio la sfera di applicazione delle norme svizzere in materia di adozione è implicitamente ammesso dal chiaro A., il quale precisa che tale « règle unilatérale » è nondimeno « tempérée par des règles restrictives de compétence internationale des tribunaux suisses ».

dagli artt. 75 e 76 LDIP, che si occupano della competenza delle autorità elvetiche ad esaminare una richiesta di adozione¹⁷²⁷. Le norme svizzere « vogliono » applicarsi – o meglio sono, nel senso che si è visto, *disposte* ad applicarsi – ogni qualvolta che l'adottante ovvero i coniugi adottanti abbiano il loro domicilio in Svizzera (art. 75 LDIP); nel raro caso di coniugi di cui uno solo è domiciliato in Svizzera e l'altro all'estero, si ritiene per lo più che tale domicilio « unilaterale » sia sufficiente¹⁷²⁸. Nel caso di domicilio comune all'estero, se almeno uno degli adottanti ha la cittadinanza svizzera, essi possono ottenere in Svizzera la pronuncia di un'adozione regolata, per quanto riguarda i suoi presupposti di costituzione, dal diritto svizzero, nella misura in cui non possano adottare nello Stato estero del loro domicilio ovvero non sarebbe ragionevole pretendere che essi formulino la relativa domanda all'estero (art. 76 LDIP, in tema di « for d'origine »)¹⁷²⁹. La coppia domiciliata all'estero di cui almeno uno dei coniugi è cittadino svizzero, ovvero il solo adottante cittadino svizzero stabilito all'estero, possono dunque accedere ad un'adozione regolata dal diritto svizzero, vuoi quando il rapporto adottivo non può essere creato nello Stato estero del domicilio, perché le autorità del domicilio non si dichiarano competenti o perché la legge colà applicabile non l'autorizzerebbe nel caso di specie, vuoi perché la procedura sarebbe eccessivamente lunga, complicata o costosa, vuoi ancora perché l'adozione non avrebbe « effetti pieni » (« adoption plénière »), vuoi infine, almeno secondo alcuni autori, perché essa non sarebbe riconosciuta in Svizzera¹⁷³⁰. La sfera di applicabilità spaziale delle norme svizzere include di conseguenza tutte quelle fattispecie in cui uno solo degli adottanti ha il domicilio in Svizzera ovvero, alle condizioni menzionate, la cittadinanza svizzera. Si tratta di un'orbita di potenziale efficacia piuttosto estesa, ma – come precisano i commentatori –

¹⁷²⁷ Così, ad esempio, SIEHR, *Zürcher Kommentar*, p. 760: « Durch die Adoptionszuständigkeit (Art. 75, 76 IPRG) ist sichergestellt, dass der Sachverhalt *genügend Inlandsbeziehungen* hat und dass sich damit die Beurteilung der Adoption nach inländischem Recht *rechtfertigt* »; cfr. anche BUCHER, *L'enfant en droit international privé*, p. 97, per il quale « l'accent [est] ainsi mis sur la compétence des autorités à *proximité* des adoptants » (corsivo nostro). Cfr. anche nota precedente.

¹⁷²⁸ DUTOIT, p. 226, BUCHER/BONOMI, p. 239 e BUCHER, *L'enfant en droit international privé*, p. 94; *contra*, SIEHR, *Zürcher Kommentar*, p. 590, che ritiene ragionevole che in questo caso le istanze svizzere non pronuncino l'adozione, « denn ein Kind soll in eine bestehende und intakte Familie aufgenommen werden und in einer solchen haben die Eheleute normalerweise einen gemeinsamen Wohnsitz », e che suggerisce il solo ricorso all'art. 3 LDIP relativo al « for de nécessité ».

¹⁷²⁹ Il testo degli articoli 75 e 76 LDIP è il seguente: « Art. 75 (Compétence): (1) Sont compétentes pour prononcer l'adoption les autorités judiciaires ou administratives suisses du domicile de l'adoptant ou des époux adoptants (...) »; « Art. 76 (For d'origine): Sont compétentes pour prononcer l'adoption les autorités judiciaires ou administratives du lieu d'origine, lorsque l'adoptant ou les époux adoptants ne sont pas domiciliés en Suisse et que l'un d'eux est suisse et lorsqu'ils ne peuvent pas adopter à leur domicile à l'étranger, ou que l'on ne saurait raisonnablement exiger qu'ils y engagent une procédure d'adoption ».

¹⁷³⁰ BUCHER, *L'enfant en droit international privé*, p. 96.

circoscritta in ogni caso a sicure ipotesi di integrazione dell'adottante o degli adottanti nell'ordine socio-economico elvetico¹⁷³¹.

257. In Francia la materia è stata affidata alla giurisprudenza per lungo tempo¹⁷³², fino cioè alla legge del 6 febbraio del 2001¹⁷³³, la quale ha posto fine ad una situazione in cui il diritto positivo era diventato difficilmente leggibile¹⁷³⁴.

Per quanto concerne il *contenuto* del rapporto adottivo, il nuovo art. 370-4 dichiara che « gli effetti di una decisione pronunciata in Francia sono quelli della legge francese »¹⁷³⁵. La soluzione parrebbe innovare rispetto al diritto anteriore, che sembrava piuttosto designare la legge nazionale dell'adottante, ovvero la legge regolatrice degli effetti del matrimonio, se gli adottanti erano due coniugi, cioè, in quest'ultimo caso, la legge nazionale comune o, in mancanza, la legge del loro domicilio comune¹⁷³⁶. Autorevole dottrina rileva che la sostanza della soluzione legislativa nuova corrisponde grosso modo a quella che aveva corso in precedenza, dal momento che la regola enunciata, pur formalmente bilaterale, conduceva quasi sempre alla legge francese¹⁷³⁷. La quale dottrina vede, nella disposizione citata, una norma di conflitto unilaterale, la cui opportunità essa sostanzialmente approva¹⁷³⁸, rilevando, tra i diversi argomenti messi innanzi in sua

¹⁷³¹ V. gli autori citati *supra*, alla nota 1727.

¹⁷³² ANCEL/LEQUETTE, p. 221 s.

¹⁷³³ Tale legge ha introdotto nel *Code civil* gli artt. 370-3 (sulle condizioni per la pronuncia dell'adozione in Francia), 370-4 (in tema di effetti dell'adozione pronunciata in Francia) e 370-5 C. civ. (a proposito degli effetti in Francia dell'adozione pronunciata all'estero). Su tali disposizioni v. LAGARDE, *La loi du 6 février 2001*, p. 275 s.; RÉVILLARD, *La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale*, Defrénois, 2001, n. 37316, p. 333 s.; BAUR, *Les derniers développements du droit de l'adoption internationale*, *Petites affiches*, 28 mars 2001, p. 42 s.

¹⁷³⁴ LAGARDE, *La loi du 6 février 2001*, p. 277.

¹⁷³⁵ « Les effets de l'adoption prononcée en France sont ceux de la loi française ».

¹⁷³⁶ E' la soluzione adottata dalla sentenza *Torlet*, Cass. del 7 novembre 1984, *Rev. crit.*, 1985, p. 533 nota SIMON DÉPITRE; *Clunet*, 1985, p. 534, nota GAUDEMET-TALLON.

¹⁷³⁷ LAGARDE, *La loi du 6 février 2001*, p. 293: « On a pu relever que la compétence donnée par la Cour de cassation à la loi des adoptants conduisait presque toujours à la loi française » (citando sul punto Parigi, 11 luglio 1975, *Rev. crit.*, 1976, p. 700, nota FOYER), e che « sous le couvert d'une règle neutre se dissimule une solution qui favorise la réalisation des adoptions souhaitées », rinviando a ANCEL/LEQUETTE, 3^e éd., p. 522.

¹⁷³⁸ LAGARDE, *La loi du 6 février 2001*, p. 296 e 297 (« règle unilatérale française »); cfr. anche p. 292, (« application unilatérale de la loi française »), p. 294 («... soumettre unilatéralement à la loi la française les effets de l'adoption ») e p. 291 (dove l'A. ammette che la soluzione « peut suprendre (...) en ce qu'elle privilégie de façon unilatérale la loi française »). Il chiaro A. dichiara comprendere le ragioni che risiedono alla radice di tale soluzione, che individua nell'esigenza di garantire una certa « omogeneità » del contenuto del rapporto adottivo, la grande diversità nel diritto comparato rendendo complessa per il giudice la valutazione degli effetti secondo leggi assai distanti, e tale applicazione variegata presentando d'altronde problemi di eguaglianza, dal momento che rischierebbe di far vivere a due figli adottivi, entrambi francesi, rapporti dal contenuto diseguale (l'A. cita al riguardo FUCHS, *Auslandsadoptionen vor inländischen Gerichten*, *IPRax*, 2001, p. 116, p. 118, la

difesa, che l'« applicazione unilaterale » in materia d'adozione ha dei precedenti in Belgio, in Italia, in Spagna e nel Regno Unito¹⁷³⁹. Altri autori si chiedono se non sarebbe stato meglio prevede l'applicazione generalizzata della legge francese anche alle *condizioni* per lo stabilimento del rapporto adottivo, come avviene, si è visto, in Italia ed in Svizzera¹⁷⁴⁰. Chi ha allora il diritto di chiedere la pronuncia di un'adozione in Francia, i cui effetti sono regolati dalla legge francese? La giurisdizione dei tribunali francesi pare al riguardo « sorprendentemente larga »¹⁷⁴¹. L'art. 1166 NCPC prevede, alternativamente, il luogo di dimora del richiedente, quello di dimora dell'adottando se il richiedente dimora all'estero, il tribunale scelto dal richiedente se l'uno e l'altro dimorano all'estero¹⁷⁴². Sembrerebbe che, per ottenere un'adozione in Francia, non sia allora necessario nessun legame con l'ordinamento francese. Vi è chi, assai autorevolmente, ritiene tuttavia implicito un richiamo alla nazionalità di almeno una delle parti, vuoi dell'adottando, vuoi di uno degli adottanti¹⁷⁴³. A seguire tale opinione, l'accesso all'adozione regolata dal diritto francese sarebbe concesso in presenza di uno fra tre indici alternativi di prossimità con l'ordinamento francese.

258. Sostanzialmente identica è la soluzione che, in materia di presupposti sostanziali per la nascita di un legame di filiazione adottiva, ha finito per imporsi nei Paesi Bassi, e ciò in esito ad un processo di elaborazione giurisprudenziale alquanto interessante. Il

quale paventa il rischio che l'applicazione della legge straniera crei in qualche modo degli « enfants adoptifs au rabais ». L'inconveniente talvolta temuto (BAUR, *Les derniers développements*, p. 41) che si darebbe vita in Francia ad « adoptions boiteuses », cioè non riconosciute all'estero, non sussisterebbe, d'altra parte, secondo l'A., nella misura in cui si tratta, qui, di regolare gli effetti di un'adozione e non già le sue condizioni. La soluzione « unilaterale » del legislatore francese pare logica e naturale a LOUSSOUARN/BOUREL, p. 441-442; più cauti MAYER/HEUZÉ, p. 423, i quali rilevano un « intérêt », che però non riguardano come assoluto, a « faire coïncider le rattachement des effets avec celui de la création ».

¹⁷³⁹ LAGARDE, *La loi du 6 février 2001*, p. 292-293: « Quant à l'application unilatérale de la loi française, elle aussi a des précédents à l'étranger en matière d'adoption, notamment en Belgique et surtout en Italie et, mais seulement pour les conditions de l'adoption, en Espagne et au Royaume-Uni ». L'A., ha menzionato in precedenza la « règle unilatérale de l'art. 77 de la LDIP suisse de 1987 » (p. 281, nota 23); LOUSSOUARN/BOUREL, p. 442, se non evocano l'unilateralità della disposizione, riconoscono che assicura la « coincidenza » fra « la compétence judiciaire et la compétence législative ».

¹⁷⁴⁰ MAYER/HEUZÉ, p. 424: « Ainsi, s'agissant des adoptions prononcées en France, on ne comprend pas pourquoi, si leurs effets dépendent exclusivement du droit français, il a été néanmoins jugé utile de maintenir la compétence de la loi des adoptants pour régir leur conditions: n'aurait-il pas été plus logique (...) de soumettre l'ensemble de l'institution à la loi française (...) ? ».

¹⁷⁴¹ LAGARDE, *La loi du 6 février 2001*, p. 277.

¹⁷⁴² « La demande aux fins d'adoption est portée devant le tribunal de grande instance. Le tribunal compétent est: le tribunal du lieu où demeure le requérant lorsque celui-ci demeure en France; le tribunal du lieu où demeure la personne dont l'adoption est demandée lorsque le requérant demeure à l'étranger; le tribunal choisi en France par le requérant lorsque celui-ci et la personne dont l'adoption est demandée demeurent à l'étranger ».

¹⁷⁴³ ANCEL/LEQUETTE, p. 543; BOUREL, *J-Cl. Intern.*, fasc. 548-4, n. 7, p. 543.

punto di partenza teorico è stato l'applicazione *cumulativa* delle leggi *nazionali* degli adottanti e dell'adottando, insomma l'adozione del criterio della cittadinanza, applicato *distributivamente* ai soggetti coinvolti¹⁷⁴⁴. Però mai si è omesso di verificare *anche* la sussistenza delle condizioni previste dalla legge olandese, benché nessuna delle persone coinvolte avesse la cittadinanza olandese (c.d. regola del « cumulo »). Insomma, mai i giudici olandesi hanno pronunciato l'adozione quando la legge materiale di quel Paese lo *impediva*¹⁷⁴⁵. Presto ci si rese conto che il « cumulo » finiva per proibire o rendere alquanto laboriosa la pronuncia sulla base della legge straniera, allorché l'adozione era possibile in grazia della legge olandese¹⁷⁴⁶. Le corti presero allora a rinunciare a consultare la legge nazionale degli adottanti e a limitarsi ad un controllo alquanto superficiale di quella dell'adottando, accontentandosi di accertare che quest'ultima conoscesse l'istituto¹⁷⁴⁷ o che le autorità dello Stato dell'adottando avessero rilasciato un regolare permesso di espatrio¹⁷⁴⁸, senza dunque verificare le condizioni *materiali* imposte da tale legge, sicché si è parlato di una « *Scheinkumulation* », di un cumulo « fittizio »¹⁷⁴⁹. Insomma: le corti olandesi non hanno in pratica mai emesso una pronuncia di adozione sulla base della sola legge straniera, né si sono per lo più rifiutate di emettere una pronuncia di adozione se la legge olandese ne autorizzava lo stabilimento¹⁷⁵⁰. Esse hanno

¹⁷⁴⁴ STRIKWERDA, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, 5. ed., Groningen, 1997, p. 131 s.; BOELE-WOELKI, *Die Effektivitätsprüfung der Staatsangehörigkeit im niederländischen internationalen Familienrecht*, Deventer/Frankfurt a.M., 1983, p. 130 s.; VAN ROOIJ-POLAK, *Private international law in the Netherlands*, Deventer, 1987, p. 208 s.; CHARISIUS, *Das niederländische Internationale Privatrecht*, Frankfurt am Main (etc.), 2001, p. 228 s.

¹⁷⁴⁵ CHARISIUS, *Das niederländische Internationale Privatrecht*, p. 229: « Doch auch wenn keiner der Beteiligten die niederländische Staatsangehörigkeit besitzt, so muss bei vor niederländischen Gerichten durchgeführten Adoptionsverfahren eines der anzuwendenden Rechte das niederländische sein (...). Der niederländische Richter kann ein Adoptionsverhältnis daher nur begründen, wenn die niederländischen materiellen Voraussetzungen erfüllt sind ».

¹⁷⁴⁶ POLAK/VAN ROOIJ/STEFFENS, *Private International Law in the Netherlands, Supplement*, The Hague, 1995, p. 136.

¹⁷⁴⁷ Rb. Alkmaar, 6.7.1977, AK 12123 e 8.5.1978, AK 12254.

¹⁷⁴⁸ Rb. Den Haag, 27.10.1976, AK 11469; Rb. Alkmaar, 8.12.1976, AK 11496; Rb. Utrecht, 25.5.1984, *NIPR* 1985, Nr. 335a; Rb. Maastricht, 29.6.1984, *NIPR*, 1985, Nr. 335b.

¹⁷⁴⁹ CHARISIUS, *Das niederländische Internationale Privatrecht*, p. 232: « Insofern, kann in diesen Fällen von einer Scheinkumulation gesprochen werden ».

¹⁷⁵⁰ Il Progetto di una Legge generale sul diritto internazionale privato del 1992 (« Schets van een algemene wet betreffende het internationaal privaatrecht; geconsolideerd overzicht van de bestaande en voorgestelde wettelijke bepalingen », in *NIPR*, 1992, p. 452 s. e in *WPNR*, 1993, p. 605 s.) contiene all'art. 53 una regola che sostanzialmente codifica tale giurisprudenza: CHARISIUS, *Das niederländische Internationale Privatrecht*, p. 235. La legge speciale sulle questioni di diritto internazionale privato in materia di adozione, che è del 3 luglio 2003 (*Staatsblad*, 2003, No. 283), prevede all'art. 3 che la legge olandese si applichi, salvo qualche eccezione, ad una adozione da pronunciarsi nei Paesi Bassi (« Dutch law applies to an adoption to be pronounced in the Netherlands except for the provisions of para. 2 »).

dunque – riconosce la dottrina moderna – messo in opera in via quasi sistematica la *legge olandese*¹⁷⁵¹.

Per quanto riguarda i « contatti » con i Paesi Bassi necessari per potere ottenere la creazione di un legame di filiazione adottiva sulla base della legge del foro, non vi è alcuna disposizione che tratti espressamente della questione. L'art. 814 del Codice di procedura civile in materia di divorzio viene indicato come possibile punto di riferimento¹⁷⁵²: esso si fonda, alternativamente, sulla cittadinanza comune olandese di entrambi i coniugi o sul domicilio nei Paesi Bassi di uno di essi, purché duri da almeno un anno, se combinato con la cittadinanza olandese, ovvero da almeno sei mesi, se non lo è. La giurisprudenza ritiene per lo più necessari e sufficienti dei « contatti minimi », da verificare caso per caso e ha talvolta giudicato bastante la cittadinanza di uno dei coniugi (il domicilio di tutte le parti coinvolte essendo all'estero) in fattispecie in cui l'altro coniuge possedeva connessioni non trascurabili con la comunità olandese¹⁷⁵³.

259. La Spagna ha pure fatto proprio il modello *ius fori in foro proprio*¹⁷⁵⁴. L'art. 9.5 del *Código civil* racchiude la *regla básica* secondo cui « l'adozione costituita dal giudice spagnolo sarà retta, quanto ai requisiti, dalle disposizioni della legge spagnola »¹⁷⁵⁵. Il campo di applicabilità delle norme spagnole in materia di condizioni per la valida costituzione del rapporto adottivo è fissato dall'art. 22.3 della *Ley Organica del Poder*

¹⁷⁵¹ « The only adoption a Dutch court will grant is a Dutch one »: VAN ROOIJ-POLAK, *Private international law*, p. 208, i quali concludono che, nonostante « most adoption in this country involve a foreign element » e che dunque « the Dutch case law amounts to thousands of cases each year ... they are not very interesting for choice of law purposes »; CHARISIUS, *Das niederländische Internationale Privatrecht*, p. 233-234: « Nahezu ohne Ausnahmen, gelangt der niederländische Richter zur Anwendung des niederländischen Rechts »; cfr. STRIKWERDA, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, p. 133. In giurisprudenza v. Rb. Den Haag, 18.4.1984, *NIPR*, 1984, Nr. 273; Rb. Alkmaar, 3.11.1984, *NIPR*, 1985, Nr. 339; Rb. Utrecht, 13.3.1985, *NIPR*, 1988, Nr. 250; Rb. Rotterdam, 17.5.1985, *NIPR*, 1988, Nr. 251; Rb. Almelo, 13.6.1986, *NIPR*, 1988, Nr. 259; Rb. Den Haag, 29.6.1988, *NIPR*, Nr. 494.

¹⁷⁵² VAN ROOIJ-POLAK, *Private international law*, p. 69.

¹⁷⁵³ Rb. Amsterdam, 7.04.1964, *Ned. jur.*, 1965, Nr. 213: nonostante il padre adottivo e l'adottando fossero di cittadinanza venezuelana, l'adottando non fosse mai stato nei Paesi Bassi, e la coppia visse con il bimbo in Venezuela, l'adozione fu pronunciata egualmente, il giudice olandese avendo considerato sufficiente a tale scopo che il padre avesse in precedenza posseduto la cittadinanza olandese, cui vi aveva rinunciato per motivi di lavoro, e che intendesse ritornare nei Paesi Bassi una volta andato in pensione, e richiedere la cittadinanza per sé e per il figlio.

¹⁷⁵⁴ *Ex multis*, CALVO CARAVACA/CARRASCOA GONZÁLEZ, *D.i.p.*, p. 200: « la solución de la Ley aplicable seguida por el legislador español es la regla *Lex Fori in Foro Proprio* o sistema judicialista, porque el juez aplica su propio Derecho sustantivo »; FERNÁNDEZ ROZAS-SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 2ª ed., Madrid, 2001, p. 496, secondo i quali tali disposizioni « se inspiran en el criterio de *lex fori in foro proprio* »; v. anche ESPLUGUES MOTA, *El « nuevo » régimen jurídico de la adopción internacional en España*, *RDIPP*, 1997, p. 33 e s.

¹⁷⁵⁵ « La adopción constituida por el Juez español se regirá, en cuanto a los requisitos, por lo dispuesto en la Ley española ».

Judicial, secondo il quale la giurisdizione sussiste quando l'adottante o l'adottato è cittadino spagnolo o risiede abitualmente in Spagna. Si danno dunque ben quattro criteri di collegamento alternativi potenzialmente fondanti l'efficacia internazionale delle norme materiali spagnole¹⁷⁵⁶. Particolarmente copiosa sul punto, la dottrina spagnola ha rilevato che, dalla combinazione dell'art. 9.5 e delle regole sulla competenza giurisdizionale, deriva una sfera di applicazione della legge spagnola assai ampia, lasciando intendere che i titoli di giurisdizione vengono qui a tracciare l'estensione applicativa delle norme materiali interne. Si è dunque proposto di ridurre tale sfera, considerata « eccessiva »¹⁷⁵⁷, togliendo rilievo alla cittadinanza spagnola dell'adottante e dell'adottato, o piuttosto richiedendo, accanto ad essi, l'esistenza di *otros datos* che attestino di uno stretto vincolo con la società spagnola¹⁷⁵⁸.

260. Tradizionale, nella materia che ci occupa, è il « jurisdictional approach » dei Paesi anglosassoni. L'adozione, sconosciuta alla *common law*, fu introdotta nel Regno Unito con l'*Adoption Act* del 1926, modificato più volte, ed anche di recente, dall'*Adoption Act* del 2002 (non ancora in vigore). Mentre ciascuno dei diversi *Acts* che si sono succeduti nel tempo contiene disposizioni dettagliate in tema di competenza giurisdizionale, definita vieppiù generosamente¹⁷⁵⁹, essi hanno sempre taciuto in punto a legge applicabile. Il quale prolungato silenzio è tradizionalmente interpretato, sia in giurisprudenza che in dottrina, nel senso che, qualora si chieda al giudice inglese internazionalmente competente la pronuncia di un'adozione, questi applicherà sempre la *legge inglese*¹⁷⁶⁰. La giurisdizione è fondata in principio sul domicilio nelle Isole Britanniche del richiedente¹⁷⁶¹ e, trattandosi di una coppia sposata, anche di uno solo dei coniugi, sicché i collegamenti alternativamente utilizzabili per ottenere la messa in opera della legge inglese sono *due*¹⁷⁶². E' da segnalare che l'*Adoption Act* del 2002 prevede, in alternativa al domicilio di uno dei coniugi o del richiedente, se non sposato, la *residenza abituale* in Inghilterra durante l'anno precedente alla data della pronuncia¹⁷⁶³. Deve trattarsi questa

¹⁷⁵⁶ CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, *D.i.p.*, p. 201; FERNÁNDEZ ROZAS/SÁNCHEZ LORENZO, *D.i.p.*, p. 496.

¹⁷⁵⁷ CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, *D.i.p.*, p. 197-198, e p. 200; v. anche PÉREZ VERA (ed.), *Derecho internacional privado*, Vol. I, Madrid, 2001, p. 186, ove si dubita che questo deflette dal principio generale di cui all'art. 9.1 del *Código civil*, il quale affida alla legge personale ogni questione relativa a questioni di capacità, stato civile, diritti e doveri in materia familiare e successoria, sia effettivamente nell'interesse del figlio.

¹⁷⁵⁸ CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, *D.i.p.*, p. 197-199.

¹⁷⁵⁹ PICONE, *Metodo dell'applicazione generalizzata della lex fori*, p. 387 s.; MANN, *Legitimation and Adoption in Private International Law*, *LQR*, 1941, p. 112, p. 123 s.

¹⁷⁶⁰ DICEY/MORRIS, p. 889: « Whenever an English court has jurisdiction to make an adoption order (...) it will apply English law »; BRIGGS, *Conflict of Laws*, Oxford, 2002, p. 243.

¹⁷⁶¹ Adoption Act 1976, s. 15(2)(a).

¹⁷⁶² Adoption Act 1976, s. 14(2)(a).

¹⁷⁶³ Adoption Act 2002, s. 49, rubricata « Applications for adoptions », così esposta da DICEY/MORRIS, *Third supplement to the 13th ed.*, London, 2003, p. 229: « (1) An application for an adoption order

volta di residenza abituale *comune*, nel caso di una coppia sposata, ovvero del solo richiedente, se non coniugato. Si è così aderito ad una proposta già avanzata dalla dottrina e motivata dalla constatazione che il domicilio, nella nozione inglese, è concetto così « artificiale » che il richiedente potrebbe essere domiciliato in Inghilterra anche senza averci mai vissuto, od alternativamente – il che ha più ispirato la riforma – potrebbe essere residente in modo permanente in Inghilterra, ma conservare il suo *domicile* all'estero e dunque non essere abilitato a dar vita ad un rapporto adottivo conformemente alla legge inglese¹⁷⁶⁴. Con la residenza abituale ultrannuale è stato dunque aggiunto un *terzo* criterio di applicabilità della legge inglese in materia¹⁷⁶⁵.

Anche in Australia la legge applicabile ad una richiesta di adozione è sempre la legge del foro¹⁷⁶⁶. Le regole previste dagli *States* e dai *Territories* australiani sulla competenza delle autorità a creare il legame adottivo sono analoghe a quelle inglesi: è necessario vuoi che il richiedente, ovvero i richiedenti, abbiano la « residence » nello Stato o nel Territorio dell'autorità, vuoi che vi abbiano il « domicile »¹⁷⁶⁷. Tali requisiti devono sussistere al momento della domanda: in particolare, non pare necessario che il richiedente o i richiedenti intendano continuare a risiedere, almeno in parte, in Australia, anche dopo la pronuncia dell'adozione¹⁷⁶⁸. La « residence » è intesa quale luogo di dimora fissa (*settled place of abode*). Nel Nuovo Galles del Sud si è specificato che essa deve sussistere da almeno *tre* mesi¹⁷⁶⁹. Alcuni degli Stati e Territori, oltre al domicilio e alla residenza dei coniugi, accettano un terzo collegamento alternativo: il luogo di nascita dell'adottando cumulato con la sua sottoposizione a tutela (*guardianship*) da parte delle autorità del foro¹⁷⁷⁰.

may be made by (a) a couple, or (b) one person, but only if (...) one of the following conditions is met. (2) The first condition is that at least *one* of the couple (...) or the applicant (...) is *domiciled* in a part of the British Islands. (3) The second condition is that *both* of the couple (...) or the applicant (...) have been *habitually resident* in a part of the British Islands for a period of not less than one year ending with the date of the application ».

¹⁷⁶⁴ DICEY/MORRIS, p. 889: « there is a strong case for the introduction of the habitual residence of an applicant as a basis of jurisdiction, either in substitution for domicile or, as in divorce, as an alternative »: quest'ultima via è stata dunque da ultimo prescelta.

¹⁷⁶⁵ Sull'unilateralità delle norme di diritto internazionale privato inglese in materia di adozione, v. MANN, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, p. 54, nota 6.

¹⁷⁶⁶ NYGH/DAVIES, *Conflict of Laws in Australia*, 7th ed., 2002, p. 563: « The law applicable on an adoption application is the law of the forum ».

¹⁷⁶⁷ Australian Capital Territory, s. 12(1) dell'Adoption Act 1993; Northern Territory of Australia, s. 6(1) dell'Adoption of Children Act 1994; New South Wales, s. 23(2) dell'Adoption Act 2000; Queensland, s. 7A(1) dell'Adoption of Children Act 1964; South Australia, s. 8(1) dell'Adoption Act 1988; Tasmania, s. 6(2)a dell'Adoption Act 1988; Victoria, s. 7(1) dell'Adoption Act 1984; Western Australia, s. 65(1) dell'Adoption Act 1994.

¹⁷⁶⁸ *Re an Infant M* (1967) 87 *Weekly Notes* (New South Wales) (Pt.1) 48.

¹⁷⁶⁹ Adoption Act 2000, s. 23(3) sul quale v. NYGH/DAVIES, p. 562.

¹⁷⁷⁰ E' il caso della Tasmania, s. 6(1)(b), e dello Stato di Victoria, s. 7(1)(b).

261. Negli Stati Uniti il modello seguito è lo stesso. Come precisa il *Second Restatement* del 1971, l'adozione si costituisce alle condizioni previste dalla legge dello Stato del foro, il che induce la dottrina a negare ogni rilievo alle questioni relative ai conflitti di leggi¹⁷⁷¹. La discussione si è piuttosto appuntata sulla qualità dei legami necessari perché le autorità del foro possano attivarsi e dar vita ad un rapporto adottivo qualora gli interessati soddisfino i requisiti sostanziali previsti dalla loro legge. Pare certo che sia sufficiente il domicilio dell'*adottando*, e ciò quand'anche il domicilio di entrambi gli adottanti si trovi altrove¹⁷⁷². In alternativa, è per lo più ritenuto bastevole il domicilio degli *adottanti* nel foro¹⁷⁷³. E' questa la posizione sia delle non molte autorità che hanno affrontato la questione¹⁷⁷⁴, sia del *Second Restatement*¹⁷⁷⁵, sia ancora dell'ultima versione dello *Uniform Adoption Act* (del 1967)¹⁷⁷⁶. Il quale ultimo peraltro incorpora anche un *terzo* fattore alternativo, il luogo in cui si trova l'autorità che esercita la sorveglianza del minore¹⁷⁷⁷.

¹⁷⁷¹ *Restatement, Second, Conflict of Laws* § 289 (1971); SCOLES/HAY/BORCHERS/SYMEONIDES, *Conflict of Laws*, 3rd ed., St. Paul. (Minnesota), 2000, p. 675: « Choice of law issues are not involved in the adoption itself as the court applies the law of the forum ».

¹⁷⁷² SCOLES/HAY/BORCHERS/SYMEONIDES, p. 676: « At the child's domicile, then, there should be no objection on the point that the adoptive parents came from out of the state. Nor does the creation of the relation seem to cause danger to social institutions at the domicile of the parents, even if done outside the state ».

¹⁷⁷³ *Rizo v. Burrue*, 23 Ariz. 137, 202 P. 2234 (1921); *Matter of Adoption of J.L.H.*, 737 P. 2d 915 (Okla. 1987); *Interest of M.L.K.*, 13 Kan. App.2d 251, 768 P. 2d 316 (1989); *Matter of Appeal of Pima*, 118 Ariz., 437, 577 P. 2d 723 (Ariz. App.1977); *In re Adoption of Baby Boy C.*, 31 Wn. App. 639, 644 P.2d 150 (1982); *In re Adoption of MM Aka NLM*, 652 P.2d 974 (Wyo. 1982); *A. v. M.*, 74 N.J.Super. 104, 180 A.2d 541 (1962); *Karo's Adoption*, 267 Lanc. L.R. 267 (Orph. Ct. 1955). Di contrario avviso era invece BEALE, *Conflict of Laws*, Boston, 1935, § 142.2, sulla base del rilievo, considerato anacronistico (SCOLES/HAY/BORCHERS/SYMEONIDES, p. 676, nota 5), che soltanto le autorità del domicilio potrebbero curarsi adeguatamente degli interessi dell'*adottando*.

¹⁷⁷⁴ *Appeal of Wolf*, 12 A. 760 (Pa. 1888); *Ruth F. v. Robert B.*, 456 Pa.Super. 398, 690 A.2d 1171, 1185 (Pa. Super.1197); *Martinez v. Reed*, 490 So.2d 303 (La.App. 1986); *In re Lynn M.* 312 Md. 461, 540 A.2d 799 (1988); nonché *Van Matre v. Sankey*, 148 Ill. 536, 36 N.E. 628 (1893); *Succession of Caldwell*, 114 La. 195, 38 So. 140 (1905); *Fisher v. Browning*, 107 Miss. 729, 66 So. 132 (1914); *Zanznicco v. Neeld*, 17 N.J. 490, 111 A.2d 772 (1955).

¹⁷⁷⁵ *Restatement, Second, Conflict of Laws*, § 78 (1971).

¹⁷⁷⁶ Sezione 4 dell'*Uniform Adoption Act*. L'*Act* impiega, a dire il vero, il termine « residence » e non « domicile », ma è probabile che qui il significato sia il medesimo, come spesso avviene quando il termine « residence » è iscritto in una « statutory reference », il che è confermato da alcune decisioni in materia di « guardianship »: v. *In re Fox's Guardianship*, 212 Or. 80, 318 P.2d 933 (1957); *Wiltenbrock v. Rogers*, 255 F.2d 236 (3d Cir.1958).

¹⁷⁷⁷ La Sezione 4 dell'*Uniform Adoption Act* parla di « place where the agency is located that has control of the minor », e precisa che tale criterio è *alternativo* alla residenza del richiedente (« petitioner's residence ») e dell'*adottando* (« child's residence »).

262. Lo stesso è infine a dirsi dei Paesi nordici. Le richieste di adozione sono tradizionalmente regolate dalla legge del foro¹⁷⁷⁸. La competenza delle autorità, che viene a tracciare la sfera di applicabilità internazionale della legge interna, è in genere alquanto estesa. In Svezia, è sufficiente vuoi la cittadinanza svedese degli adottanti, vuoi il domicilio in Svezia di essi, vuoi ancora un permesso speciale accordato dal governo svedese quando sussistono ragioni particolari¹⁷⁷⁹. Anche in Danimarca, la competenza per la costituzione del rapporto adottivo si fonda sul domicilio in Danimarca ovvero sulla cittadinanza danese dell'uno o dell'altro coniuge, seppure in presenza di certe ulteriori condizioni¹⁷⁸⁰. Per la Norvegia si prevede, alternativamente, il domicilio in Norvegia dell'uno o dell'altro coniuge, ovvero, anche qui, un'autorizzazione rilasciata dal ministero competente¹⁷⁸¹.

§ II. – Norme in materia di divorzio

263. Come in tema di adozione, il regime internazionalprivatistico delle condizioni – e spesso anche degli effetti – dello scioglimento del matrimonio è formato, in un buon numero di Paesi, europei e non, da norme in tutto od in larga parte unilaterali.

In Francia, la grande legge di riforma del divorzio dell'11 luglio 1975 ha introdotto una norma in materia di diritto internazionale privato, inserita nel « famigerato » articolo 310 del *Code civil*. Spesso additata come modello positivo di norma unilaterale, tale disposizione ha, come noto, sollevato un vespaio di polemiche all'indomani della sua introduzione¹⁷⁸², mentre la situazione si è presto alquanto appianata¹⁷⁸³. L'art. 310 enuncia,

¹⁷⁷⁸ BOGDAN/FISHER, *Private international law*, in TIBERG/STERZEL/CRONHULT (eds.) *Swedish Law: A Survey*, Stockholm, 1994, p. 580: « Adoption applications are always decided under Swedish law ». Per la Finlandia, v. KLAMI, *Private international law in Finland*, Turku, 1986, p. 45: « In Finnish international adoption, Finnish law is both the *lex fori* and the *lex causae* ». Per la Danimarca, DOPFFEL/SCHERPE, in BERGMANN/FERID, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 147 Lieferung* (Dänemark) (Stand: 1.1.2002): « Dass bei Bejahung der dänischen Adoptionszuständigkeit immer das dänische Adoptionsrecht zum Zuge kommt, wird in den gesetzlichen Zuständigkeitsnormen als selbstverständlich vorausgesetzt und ist denn auch im Prinzip unbestritten ». Per la Norvegia, v. FRANTZEN, in BERGMANN/FERID, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 140 Lieferung* (Norwegen) (Stand: 30.8.2000), p. 20.

¹⁷⁷⁹ BOGDAN/FISHER, *Private international law*, p. 576.

¹⁷⁸⁰ DOPFFEL/SCHERPE, in BERGMANN/FERID, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, p. 31.

¹⁷⁸¹ FRANTZEN, in BERGMANN/FERID, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, p. 20.

¹⁷⁸² Particolarmente severe furono le critiche di FRANCESCAKIS, *Le surprenant article 310 nouveau du Code civil sur le divorce international*, *Rev. crit.*, 1975, p. 553 s.; v. anche BATIFFOL/LAGARDE, t. II, n. 443-1. La legge fu invece difesa da Jean FOYER, *Tournant et retour aux sources en droit international privé? (l'article 310 nouveau du code civil)*, *J.C.P.*, 1976 I 2762 e da MALAURIE, *La législation de droit international privé en matière de statut personnel*, *Tr. com fr. dr. int. pr.*, *Années* 1975-1977, p. 177 s.; v. anche SIMON-DEPITRE, *Le nouvel article 310 du Code civil*, *Clunet*, 1976, p. 823 s. e D. MAYER, *Evolution du statut de la famille en droit international privé*, *Clunet*, 1977, p. 447 s. Sulla natura unilaterale della disposizione in esame, v. FRANCESCAKIS, FOYER e

ai suoi primi due commi, che il divorzio e la separazione personale quali concepiti e regolati dalla legge francese sono offerti a tutte quelle coppie che presentano uno qualsiasi fra due collegamenti significativi con la Francia, i quali consistono, a loro volta, nel « cumulo » o « combinazione » di due fattori di connessione: cioè quando l'uno e l'altro coniuge hanno *cittadinanza* francese e quando l'uno e l'altro coniuge hanno il *domicilio* sul territorio francese. Scopo della norma è dunque, in questa prima parte, di far beneficiare della nuova legge sul divorzio – che, a seguito della mutata concezione francese dell'istituto, ha reso assai meno gravose i motivi per ottenerlo¹⁷⁸⁴ – sia le coppie di cittadini francesi domiciliati all'estero, sia le coppie di cittadini stranieri domiciliati in Francia, e ciò, indipendentemente dal fatto che questi ultimi abbiano una cittadinanza (straniera) *comune* ovvero *diversa*¹⁷⁸⁵.

L'applicazione della legge francese nel primo caso è conforme al sistema elaborato dalla giurisprudenza e consegnato alla decisione *Rivière* del 1953. Applicando la legge francese ad una coppia che ha il suo domicilio in Francia, invece, si è in parte rispettata la tradizione, in parte la si è innovata, anche se più formalmente che sostanzialmente. La tradizione è stata rispettata nella misura in cui si è dichiarata applicabile la legge francese a coniugi domiciliati in Francia ed aventi cittadinanza *diversa*, già in precedenza sottoposti alla legge francese del domicilio comune, che costituiva il secondo criterio della « gerarchia » pazientemente elaborata dalle cure pretorie. La quale gerarchia è stata invece sovvertita nella misura in cui il « nuovo » divorzio francese viene, in via egualmente primaria, offerto anche a coniugi domiciliati in Francia aventi la *medesima* cittadinanza straniera. La novità, come è stato subito rilevato, è però meno reale di quanto non paia a tutta prima, ché i tribunali francesi avevano già in precedenza, a quanto sembra, spesso concesso il beneficio della legge francese a coppie d'italiani o spagnoli

MALAUURIE, *op. cit.*, nonché tutti gli intervenienti alla « communication » compiuta da quest'ultimo dinanzi al *Comité français* il 28 gennaio del 1977 (v. in particolare gli interventi di SIMON-DEPITRE, BELLET, LYON-CAEN, p. 177 s.) e i maggiori manuali o trattati francesi moderni: ANCEL/LEQUETTE, p. 246; MAYER/HEUZÉ, p. 384; AUDIT, *D.i.p.*, p. 134; LOUSSOUARN/BOUREL, p. 400; cfr. LEQUETTE, *L'abandon de la jurisprudence Bisbal*, *Rev. crit.*, 1988, p. 325.

¹⁷⁸³ Lo constata COURBE, *Le divorce international: premier bilan d'application de l'art. 310 du Code civil*, *Trav. com. fr. dr. int. pr.*, Années 1989-1990; cfr. LEQUETTE, *L'évolution récente du droit international privé français de la filiation et du divorce*, *Trav. assoc. Capitain*, Paris, 1988, p. 471 s.

¹⁷⁸⁴ La legge del 1975 ha reso possibile il divorzio, oltre che per « colpa » di uno dei coniugi nei confronti dell'altro, come avveniva in precedenza, anche per « mutuo consenso » (art. 230 s. del *Code civil*), per rottura della « comunità di vita » a seguito vuoi di una prolungata separazione di fatto (art. 237), vuoi di un'alterazione grave delle facoltà mentali di uno di essi (art. 238).

¹⁷⁸⁵ V. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 618: « L'intention du législateur, en modifiant le contenu de la règle *Rivière*, semble avoir été essentiellement de faire bénéficier les étrangers établis en France des avantages de la loi française »; cfr. ANCEL/LEQUETTE, p. 246 e MAYER/HEUZÉ, p. 384.

domiciliati in Francia¹⁷⁸⁶. La nuova regola ha allora avuto il merito – si è detto – di colmare quell'« écart fâcheux »¹⁷⁸⁷ che si era venuto ad aprire fra il diritto scritto, o piuttosto insegnato e professato, e il diritto vissuto, consacrando una soluzione di cui la prassi, e non solo quella che era venuta al vaglio degli specialisti, ma anche quella più « discreta » e non resa pubblica dalle raccolte di sentenze, aveva segnalato la bontà e la conformità ad un sentimento istintivo di giustizia¹⁷⁸⁸. Altro merito tributato al nuovo regime è quello di avere eliminato una discriminazione che il vecchio regime lasciava sussistere. Con la nuova norma venivano infatti a sottoporsi al medesimo trattamento, cioè alla medesima legge – la legge francese appunto – una coppia italo-spagnola domiciliata in Francia, che poteva accedere al divorzio francese, ed una coppia, pure domiciliata in Francia, di due cittadini spagnoli o di due cittadini italiani, cui, in base alla meccanica, implacabile logica del « sistema Rivière », il beneficio della legge francese era invece rifiutato¹⁷⁸⁹.

¹⁷⁸⁶ V. l'intervento di AUDIT durante la citata seduta del *Comité français* del 28 gennaio del 1977, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, Années 1975-1977, p. 196: « On chante beaucoup les louanges de l'ancien système, en matière de divorce notamment, mais je crois qu'il était plus satisfaisant pour les professeurs qu'il ne l'était à appliquer en pratique. C'est-à-dire que, en particulier, je crois qu'on a divorcé beaucoup d'Italiens et Espagnols, les années précédant la réforme, au mépris total de la règle de conflit de l'article 3 du code civil. Il y avait peut-être des arguments en faveur de cette solution, mais je crois qu'il y avait quand-même un écart fâcheux entre le droit tel qu'il était enseigné et exposé dans les livres et celui qui se pratiquait tous les jours devant les tribunaux. Dans cette mesure, la loi de 1975 réalise un progrès ».

¹⁷⁸⁷ AUDIT, citato alla nota precedente.

¹⁷⁸⁸ V. le osservazioni formulate da LABRUSSE, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, Années 1975-1977, p. 197-198: « il est certain qu'il y avait un divorce profond et qu'il y a toujours, je pense, un divorce profond entre ce que nous enseignons et ce que dit la Cour de cassation et ce qui est vécu au niveau des situations juridiques concrètes. Cela se vérifie dans la pratique de l'état civil, cela se vérifie dans la pratique judiciaire au niveau des juridictions, d'affaires obscures dont les décisions ne sont pas publiées et pas connues. Or, il y a une diversité très grande des solutions dans la pratique et une étude faite sous la direction de M. Lemontey, a montré qu'en réalité, avant le nouvel article 310, on avait, en matière de divorce, pu dénombrer quatre ou cinq tendances de la pratique des juridictions du fond quant au conflit de lois, quant aux solutions concernant les divorces d'époux étrangers de même nationalité ». L'art. 310 ha dunque ricondotto ad unità tale varietà inaccettabile, autorizzando ad imboccare senza rimorsi la via che a tutti in definitiva pareva la più conforme a giustizia, e che tanti giudici di merito avevano infatti già scelto di percorrere.

¹⁷⁸⁹ Cfr. il seguente rilievo di LOUSSOUARN, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, Années 1975-1977, p. 191: « Il y a (...) quelque chose que j'apprécie hautement, c'est le fait que désormais deux époux de même nationalité, qui ont un domicile commun en France, pourront divorcer d'après la loi française. Je n'avais jamais compris, pour ma part, encore qu'on ait essayé de le justifier, que deux époux espagnols ne pouvaient pas divorcer en France alors qu'ils avaient un domicile commun; mais si l'un était italien, à l'époque où l'Italie prohibait le divorce, et l'autre espagnol, bien que leurs lois nationales différentes prohibassent toutes les deux le divorce, ils pouvaient quand même divorcer en France, et je crois que la réforme a le gros avantage d'éviter cela ».

Circa l'opportunità della soluzione ricercata s'intuisce una larga concordia presso gli interpreti¹⁷⁹⁰. La quale soluzione era del resto, come si è detto, pure il diritto vigente in precedenza, la prassi essendosi già orientata nel senso di accordare eguale accesso alle leggi francesi a chi è cittadino, ed in qualche modo contribuisce a farle, e a chi vive stabilmente in Francia, e concorre al progresso della collettività francese, divenendone parte integrante. Ma – come ben lasciano intendere alcuni interpreti – per raggiungere questo risultato, ritenuto giusto, è giocoforza elaborare una norma unilaterale¹⁷⁹¹. E se si riconosce come buono il *fine*, pare ragionevole che si accetti la sola *via* che vi conduce, anche se viene a gettare scompiglio in schemi mentali e costruzioni teoriche care ed elaborate con pazienza¹⁷⁹².

264. L'art. 310 contiene un ulteriore comma, il terzo. E' la parte più criticata e criticabile. Tale disposizione dice due cose, che è bene tenere distinte. La prima è che, nel caso in cui non sussista né la cittadinanza comune francese né il domicilio comune in Francia, e sempreché ovviamente si realizzi quel legame con la Francia sufficiente per fondare la giurisdizione dei giudici francesi – il che avviene quando uno dei due coniugi ha cittadinanza francese ovvero, trattandosi del coniuge convenuto o di quello con cui vivono i figli, se ve ne sono, la residenza in Francia¹⁷⁹³ – il giudice francese è disposto ad attribuire efficacia ad una legge straniera, purché il legislatore da cui quest'ultima

¹⁷⁹⁰ Pur critico del metodo impiegato dalle nuove regole legislative, Francescakis aveva nondimeno, qualche anno prima (nell'articolo, scritto con GOTHOT, *Une réglementation inachevée du divorce international, La loi belge du 27 juin 1960, Rev. crit.*, 1962, p. 247 s., su cui *infra*, para. 265) riconosciuto la plausibilità della soluzione di fondo adottata dall'analoga (ed anzi, in un'ottica bilaterale, ancora più « nazionalistica ») disposizione contenuta nella legge belga, la quale prescrive, come ebbero ad esprimersi gli A., un'« application de la *lex fori* quasi-généralisée ». Di tale soluzione gli A. scrissero che essa « peut se défendre en soi, si du moins elle est entendue comme consistant en l'application, *hoc sensu*, au divorce international de la *lex fori* », tanto che « elle a été défendue de lege ferenda par l'un des auteurs de cette étude »; quanto al metodo utilizzato, poi, la legge del 27 giugno 1960, secondo gli A., « ne soulève pas somme toute d'objections définitives (...) », nonostante possa apparire (p. 278) « comme exorbitante des conceptions traditionnelles du conflit de lois, et spécialement de la notion de statut personnel ».

¹⁷⁹¹ V. MAYER/HEUZÉ, p. 382, i quali, per spiegare l'unilateralismo della norma in questione, lasciano intendere che esso risiede in ciò che il campo di applicazione delle legge francese (già) quale risulta dai primi due commi dell'art. 310 *Code civil*, « est déterminé par un rattachement double qui, même si l'esprit du texte ne l'excluait pas, serait techniquement impossible à bilatéraliser: la loi française est compétente, soit si les époux sont tous deux de nationalité française (premier cas) soit, si, bien qu'étrangers, et éventuellement de même nationalité, ils ont l'un et l'autre leur domicile – même séparé – en France (deuxième cas) »; cfr. LEQUETTE, *L'abandon de la jurisprudence Bisbal*, p. 327, dove si legge che l'unilateralismo era il solo « procédé » « à permettre de soumettre à la loi française les époux français vivant à l'étranger ainsi que les époux étrangers vivant en France ».

¹⁷⁹² Cfr. FRANCESCAKIS, *Le suprenant article 310*, p. 570: « Les conséquences de ce virage méthodologique ne sont pas minces. Que l'on songe, en effet, aux étudiants, donc aux futurs praticiens, à qui il va falloir expliquer que, d'un chapitre à l'autre du Code civil, le fonctionnement du conflit de lois change radicalement. Et aussi aux praticiens actuels qui devront [en] tenir compte ».

¹⁷⁹³ LOUSSOUARN/BOUREL, p. 112.

emana intenda applicarla a questa stessa fattispecie. La seconda è che, se nessun legislatore straniero dichiara applicabile la propria legge, il giudice francese metterà residualmente in opera la legge francese.

Ebbene, noi crediamo che il legislatore francese abbia voluto dire più o meno questo: « il giudice francese deve comportarsi, in queste situazioni, come se fosse un giudice *straniero*: se c'è una legge giusta la quale i coniugi sono in concreto autorizzati a divorziare, o giusta la quale uno di essi può in concreto opporsi al divorzio richiesto dall'altro, risparmi loro la fatica ed i costi di recarsi nel Paese che ha emanato questa legge per ottenerne la relativa decisione, si atteggi a giudice di quel Paese pronunciando o negando il divorzio di conseguenza »¹⁷⁹⁴. Insomma: il legislatore francese ha rinunciato a prescrivere la sua visione materiale della giustizia a quelle fattispecie che non presentano quel legame significativo con la Francia costituito dalla cittadinanza francese comune ovvero dal domicilio comune in Francia, nonostante presentino comunque un certo legame con la Francia; e ciò ha fatto perché ha considerato che una fattispecie di questo tipo, nonostante appunto l'integrazione con la Francia, potrebbe essere in concreto collegata più strettamente con un Paese straniero, tanto strettamente che quest'ultimo voglia regolarla, sia nel senso di permettere il divorzio sia nel senso di non permetterlo. Ma tale rinuncia gli è parsa avere senso – e appunto per queste ragioni – soltanto se effettuata a profitto di una legge che possa essere concretamente ed effettivamente applicata all'estero, e non già a favore di una legge sulla base della quale il divorzio richiesto non potrebbe mai essere pronunciato né mai essere negato, perché nessun giudice del mondo si fonderebbe su essa legge per valutare se pronunciarlo o negarlo.

Ora, ciò comporta innanzitutto la possibilità che *più* leggi si dichiarino competenti, cioè che la questione possa dar luogo o avrebbe potuto dare luogo all'estero a due o più decisioni sulla base di due o più leggi. E' l'ipotesi di un *conflitto positivo*. Va però rilevato che, perché abbia senso scegliere fra queste, è necessario non solo che tali leggi siano diverse in astratto, ma anche che tale diversità spieghi delle conseguenze pratiche nel concreto caso di specie, nel senso, essenzialmente, che una consenta il divorzio in tale caso, l'altra non lo consenta. Se si ha riguardo al proposito del legislatore francese, il quale ha voluto fare dei suoi giudici in sostanza, per un attimo, i giudici dell'ordinamento straniero, qualunque delle due leggi applichino in questo caso, i giudici francesi sempre si adatteranno alle valutazioni di *almeno un* ordinamento straniero, mentre, se dessero efficacia ad una legge straniera che nessun giudice del mondo porrebbe mai a fondamento della propria decisione, essi, anziché uniformarsi ad una delle soluzioni che già sono vigenti rispetto alla fattispecie, ne accrescerebbero il novero, in dipendenza del foro cui tale questione è sottoposta. E per giunta ciò farebbero non già proponendo la visione della giustizia che è parsa migliore all'ordine di cui sono esecutori, cioè la legge francese, ma proponendo una visione della giustizia diversa e che essi hanno come il

¹⁷⁹⁴ Cfr. i rilievi di BALLADORE PALLIERI, *D.i.p.*, 1974, p. 13 s.

dovere di ritenere meno perfetta. Dunque l'acquisita coscienza che vi sono due leggi che avrebbero potuto trovare applicazione all'estero costituisce già di per sé un progresso.

Rimane da dire di come si dovrà scegliere fra queste. Avuto riguardo alla *ratio* della disposizione, ci pare che il giudice francese dovrebbe teoricamente ragionare più o meno così: « Poiché, se rifiuto il divorzio sulla base dell'una, l'interessato può sempre ottenerlo sulla base dell'altra, e quindi recarsi nel relativo Paese e conseguirlo, pronunciarlo, cioè applicare la legge permissiva – e sempre che essa sia tale che, se il divorzio fosse pronunciato all'estero, sarebbe poi possibile ottenerne il riconoscimento in Francia –, significa fare risparmiare costi ed energie alle parti (non solo all'interessato, ma ad entrambe), evitando al coniuge interessato di recarsi all'estero e di ottenerlo ed all'altro di recarsi per resistere, il quale risparmio di costi ed energie costituisce uno degli obiettivi delle norme sulla competenza giurisdizionale »¹⁷⁹⁵. Se invece vi è una *sola legge* concretamente applicabile all'estero, sulla base della quale, cioè, il divorzio può all'estero pronunciarsi o rifiutarsi, il giudice francese, applicando tale legge, non fa altro che uniformarsi a, ed anzi, per un attimo « integrarsi » in, quel solo ordinamento giuridico che considera la fattispecie così vicina a sé da imporre ai giudici di valutare la richiesta di divorzio alla luce della sua legge. Anche gli autori più critici nei confronti di tale norma riconoscono che la « solution n'est pas mauvaise »¹⁷⁹⁶.

Tutto questo, però, solo in teoria. Rimane infatti da toccare un punto fondamentale. *Quid* se la legge straniera applicabile, o le leggi straniere applicabili, sono diverse dalla legge francese, non diverse in astratto, ma diverse nelle loro ricadute pratiche, nel senso che l'una consente, nel caso di specie, il divorzio, l'altra, o le altre, no? Se la legge straniera non permette il divorzio laddove la legge francese lo permette, la giurisprudenza francese riconosce che il *cittadino francese*, almeno quando è *domiciliato in Francia*, può ottenere il divorzio conformemente alla legge francese. Lo strumento utilizzato è l'ordine pubblico¹⁷⁹⁷. Certa dottrina rileva che quest'impiego dell'ordine pubblico è improprio ma non pare criticare la soluzione avuta di mira¹⁷⁹⁸. La quale consiste, in

¹⁷⁹⁵ Allo stesso risultato si perviene d'altronde, a nostro avviso e come diremo più oltre, se si facesse un'applicazione cumulativa di *entrambe* le leggi. Visto che entrambe le leggi vogliono applicarsi, si provi ad applicarle tutte e due. L'una consente di ottenere il divorzio, l'altra non lo consente. Se la legge è uno strumento per realizzare un obiettivo, qui il liberarsi da un vincolo, potere utilizzare *l'uno e l'altro* strumento significa che l'obiettivo può qui comunque raggiungersi. E' un po' come quando, a chi voglia uscire da un luogo chiuso, si mettano a disposizione due porte (quali strumenti per realizzare l'obiettivo, che è quello di uscire), l'una chiusa, l'altra aperta. Se metto a disposizione solo quella chiusa, l'interessato non riesce ad uscire. Se metto a disposizione quella aperta, l'interessato riesce ad uscire. Se le metto a disposizione *entrambe*, l'interessato riesce ad uscire lo stesso.

¹⁷⁹⁶ MAYER/HEUZÉ, p. 385.

¹⁷⁹⁷ Cass. 1° aprile 1981, *De Pedro*, *Clunet*, 1981, p. 812, nota ALEXANDRE, *D.* 1982.I.R.196, *Gaz. Pal.*, 1981.2, p. 828, nota LISBONNE: cfr. *supra*, note 1381 e 1423.

¹⁷⁹⁸ ALEXANDRE (nota precedente); LOUSSOUARN/BOUREL, p. 403.

definitiva, nell'annoverare, fra i beneficiari della legge francese, anche il cittadino francese domiciliato in Francia. Con il che *si è costruito per via giurisprudenziale un terzo criterio alternativo di applicazione della legge materiale francese* sul divorzio: accanto alla cittadinanza francese comune ed al domicilio comune in Francia, il cumulo di cittadinanza e domicilio in Francia del richiedente. Qualora poi si dovesse convenire con i molteplici autori che segnalano il carattere discriminatorio di tale soluzione nei confronti dei cittadini stranieri, si dovrebbe riconoscere che anche il coniuge straniero domiciliato all'estero di un cittadino francese domiciliato in Francia sia abilitato ad ottenere il divorzio sulla base della legge francese¹⁷⁹⁹. Il che ci porta a riformulare il terzo criterio alternativo di applicabilità della legge francese nel senso che quest'ultima è applicabile nel caso di *cumulo della cittadinanza francese e domicilio in Francia di uno (qualsiasi) dei coniugi*, sicché si tratta – a ben vedere – di un terzo e di un quarto criterio di applicabilità.

Che ne è, invece, nel caso contrario, in cui, cioè, la legge straniera consente il divorzio nel caso di specie, quando in Francia non potrebbe ottenersi? E' assai significativo che, prima della riforma, il divorzio era in tali casi pressoché invariabilmente rifiutato¹⁸⁰⁰, il che val quanto dire che, anche in queste situazioni, si dava corso alla legge del foro, impositiva dello scioglimento del legame matrimoniale¹⁸⁰¹. Si rileva talvolta che oggi, in pratica, l'unica causa di divorzio ammessa da leggi straniere e non riconosciuta dalla legge francese è il ripudio unilaterale, per il quale non potrebbe in ogni caso chiedersi la collaborazione delle autorità francesi quand'anche la legge straniera che lo consente si dichiara applicabile¹⁸⁰². Il che significa in sostanza in Francia che non si è tollerata in passato né si tollera oggi una legge divorzile straniera più liberale, né – come si è detto – si tollera, almeno quando si tratta di un cittadino francese domiciliato in Francia, una legge divorzile più restrittiva. Il che significa però che, nelle rare ipotesi in cui l'ordinamento francese è disposto a valutare secondo una legge straniera la richiesta di divorzio formulata dinanzi alle autorità francesi, pressoché invariabilmente lo fa se e soltanto se, avuto riguardo al caso di specie, l'esito cui si approda mediante la legge straniera è in pratica identico a quelli cui si pervenirebbe in base alla legge francese.

A questo punto ci si può chiedere – e ci si è in effetti chiesti – se non sia più semplice, e più coerente, che, nei casi in cui sussiste la competenza francese, si dichiari applicabile

¹⁷⁹⁹ Cfr. LOUSSOUARN/BOUREL, p. 396; PULJAK, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination*, p. 225.

¹⁸⁰⁰ MAYER/HEUZÉ, p. 388; LOUSSOUARN/BOUREL, p. 396.

¹⁸⁰¹ LOUSSOUARN/BOUREL, p. 396: « Il en résultait que le juge devait en principe refuser d'appliquer une loi étrangère qui prévoyait une cause de dissolution ou de relâchement du mariage non admis par le droit français »; gli A. rilevano che dalla maggiore parte delle decisioni in materia non si può ricavare granché quanto allo stato del diritto positivo perché la legge francese e la legge straniera non presentavano differenze che conducessero ad esiti concretamente diversi.

¹⁸⁰² MAYER/HEUZÉ, p. 388.

sempre la legge francese, come del resto fanno, come si vedrà subito appresso, diversi Paesi europei. Il che comporterebbe che anche il cittadino francese domiciliato all'estero ed il coniuge straniero di un residente in Francia abbiano il diritto di ottenere il divorzio in Francia – e di opporsi ad una domanda di divorzio formulata in Francia – sulla base della (sola) legge francese.

265. Veniamo alla legge belga del 27 giugno 1960¹⁸⁰³. E ricordiamo innanzitutto ch'essa scaturì da un invito rivolto dalla Corte suprema al legislatore di modificare una norma sentita come ingiusta, la sola ritenuta tuttavia conforme all'art. 3.3 del *Code civil*¹⁸⁰⁴: si tratta della regola che consentiva di sciogliersi dal vincolo coniugale soltanto alle coppie di coniugi le cui leggi nazionali lo permettessero l'una e l'altra (applicazione cumulativa del criterio della cittadinanza). La legge in questione contiene un'unica disposizione, il cui carattere di norma di conflitto *unilaterale* è stato confermato di recente¹⁸⁰⁵, la quale conduce – si è detto – all'applicazione « quasi-generalizzata » della legge materiale belga ai divorzi internazionali¹⁸⁰⁶. Quest'ultima tuttavia – si sono affrettati a precisare i primi commentatori – « non è messa a disposizione di tutte le coppie del mondo », bensì

¹⁸⁰³ Il testo della legge è il seguente: « Loi sur l'admissibilité du divorce lorsqu'un des conjoints au moins est étranger. Article 1^{er}: – Dans le cas de mariage entre étrangers, l'admissibilité du divorce pour cause déterminée est régie par la loi belge, à moins que la loi nationale de l'époux demandeur ne s'y oppose. Article 2 – Dans le cas de mariage entre époux de nationalité différente, mais dont l'un est belge, l'admissibilité du divorce est régie par la loi belge. Article 3 – La détermination des causes du divorce relève de la loi belge ». Su tale legge, v. FRANCESKAKIS/GOTHOT, *Une réglementation inachevée du divorce international, La loi belge du 27 juin 1960, Rev. crit.*, 1962, p. 247 s.; ABRAHAMS, *La loi belge du 27 juin 1960 sur l'admissibilité du divorce lorsqu'au moins un conjoint est étranger, Clunet*, 1966, p. 765 s.; RIGAUX/FALLON, *Droit international privé, Droit positif belge, Tome II*, 2^e éd., Bruxelles, n. 1017; PULJAK, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination*, p. 224 s.

¹⁸⁰⁴ Trattasi delle due sentenze Rossi, Cass. 16 maggio 1952, *Pas.*, 1952.1.589, conclusioni di HAYOIT DE TERMINCOURT, *Rev. crit.*, 1953, p. 398, nota BATIFFOL, *J.C.P.*, 1953.II.7585, nota BUCHET, che ha annullato Liegi, 22 febbraio 1951, *Jurisprudence de Liège*, 1950-1951, p. 201; e Cass. 16 febbraio 1955, *Pas.*, 1955.I.647, conclusioni pure di HAYOIT DE TERMINCOURT, *Rev. crit.*, 1955, p. 143, nota RIGAUX, *Clunet*, 1955, p. 930, nota PHILONENKO, che ha annullato Bruxelles, 4 maggio 1954, *Clunet*, 1955, p. 472, *Journal des Tribunaux*, 1954, p. 458, nota PHILONENKO. Si trattava, come noto, di una cittadina belga che, abbandonata dal marito cittadino italiano rientrato in Italia, chiedeva il divorzio in Belgio sulla base della legge belga; nonostante la dottrina fosse unanimemente propensa a permettere l'applicazione della legge belga, la Corte ritenne di non potere, « en l'état actuel de la législation », intraprendere una via nuova, essendo a ciò necessario l'intervento del legislatore (FRANCESKAKIS/GOTHOT, *Une réglementation inachevée*, p. 248-249).

¹⁸⁰⁵ PULJAK, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination*, p. 224: « Les règles unilatérales de conflit de lois ne sont pas seulement l'apanage de l'ordre juridique français et l'on en rencontre également dans le corps des législations étrangères. Il en est ainsi de la loi belge du 27 juin 1960 sur l'admissibilité du divorce (...) ».

¹⁸⁰⁶ FRANCESKAKIS/GOTHOT, *Une réglementation inachevée*, p. 266: « Par l'effet de la loi du 27 juin et l'application quasi-généralisée qu'elle prévoit de la *lex fori*, (...) »; v. anche p. 273: « pour autant que celle-ci généralise l'application de la *lex fori* belge ».

« soltanto di quelle che presentano un certo contatto con gli ambienti sociali belgi (*milieu social belge*) »¹⁸⁰⁷.

Quali sono questi fattori d'integrazione nella comunità belga che consentono agli interessati di beneficiare della legge belga sul divorzio? Il primo è dato dalla cittadinanza comune belga. Ciò risulta dall'art. 3.3 del *Code civil*, la cui applicabilità ai casi di coniugi cittadini belgi è rimasta inalterata, dal momento che la legge di cui si tratta riguarda programmaticamente i soli casi di divorzio in cui almeno uno dei coniugi è straniero. Il secondo, che in realtà assorbe il primo, è dato dalla cittadinanza belga di almeno *uno* dei coniugi. Nel caso di coniugi entrambi cittadini stranieri, invece – e veniamo ai criteri alternativi ulteriori – l'« utilizzabilità » della legge belga è condizionata alla possibilità di accesso ai tribunali belgi. Tali condizioni di accesso sono ancor oggi poco chiare, perché poco chiaro è il diritto vigente in Belgio circa la competenza internazionale in materia di divorzio. In linea di massima, sembra di potere dire che è sufficiente il domicilio o la residenza comune in Belgio, ovvero il domicilio o la residenza in Belgio di uno dei coniugi se vi è l'accordo fra di essi, ovvero il domicilio o la residenza del coniuge convenuto, ma probabilmente anche il domicilio in Belgio del coniuge attore¹⁸⁰⁸. L'aver il legislatore trascurato, nel mentre che disponeva l'applicazione « quasi generalizzata » della legge belga, di precisare quale indice di prossimità con il *milieu social belge* giustificasse ai suoi occhi l'accesso al divorzio siccome regolato da tale legge, è spesso additato come il più grave difetto della legge¹⁸⁰⁹. Altra critica, d'origine più recente, fa leva sulla discriminazione che la nuova legge reca con sé. La legge belga sul divorzio non è formalmente offerta alle coppie di stranieri nelle stesse circostanze in cui lo è ai coniugi di cui almeno uno è cittadino belga. In tale ultimo caso, infatti, tutte le cause di divorzio previste dalla legge belga sono fruibili; nel primo caso, invece, il divorzio è ammesso soltanto « per una causa determinata » (prevista, ovviamente, dalla legge belga), e non già per « mutuo consenso ». A parte il rilievo che tale distinzione, se poteva avere un senso all'epoca della legge, essendo allora il Belgio uno dei pochi Stati ad ammettere il divorzio per mutuo consenso, ne ha meno oggi, posto che tale forma di divorzio si è successivamente alquanto diffusa¹⁸¹⁰, è stato rilevato di recente il carattere ingiustificato di tale duplicità di trattamento, discriminatoria in ragione della cittadinanza e forse addirittura contraria al diritto comunitario¹⁸¹¹.

¹⁸⁰⁷ FRANCESKAKIS/GOTHOT, *Une réglementation inachevée*, p. 273: « Car ce qu'ont voulu les auteurs de la loi, c'est soumettre à l'empire du droit belge les ménages présentant des attaches avec le milieu social belge, ce n'est pas mettre indirectement la loi interne belge à la disposition des ménages du monde entier en mal de divorce ».

¹⁸⁰⁸ In questo senso, FRANCESKAKIS/GOTHOT, *Une réglementation inachevée*, p. 270.

¹⁸⁰⁹ Già FRANCESKAKIS/GOTHOT, *Une réglementation inachevée*, p. 266.

¹⁸¹⁰ RIGAUX, *D.i.p.*, t. II, p. 338-339.

¹⁸¹¹ PULJAK, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination*, p. 229 s.

Il che porta a concludere che se la norma di conflitto unilaterale di cui trattasi non è andata, certo, esente da critiche, che ci paiono invero assai giustificate, l'applicabilità della legge belga a tutti i « ménages » che presentano qualche « attache » d'importanza con il Belgio non è stata fatta oggetto di censure. Essa anzi, e con essa il « metodo » che vi conduce, è stata apertamente approvata da chiari interpreti, e fedeli alla tradizione, purché, appunto, sia limpidamente e ragionevolmente delimitata la cerchia dei beneficiari della legge belga sul divorzio, cioè insomma la sua « sfera di applicabilità nello spazio »¹⁸¹².

266. Già si è visto che l'art. 31 della legge di riforma contiene, al secondo comma, una norma unilaterale che allarga la competenza della legge italiana nel caso in cui la legge applicabile in base al primo comma non conosca l'istituto del divorzio¹⁸¹³. E pure si è visto che non tutte le coppie del mondo, la cui legge nazionale o quell'altra competente in base al primo comma ignori lo scioglimento del matrimonio, hanno il diritto al divorzio sulla base della legge italiana, ma soltanto quelle che presentano un certo legame con il foro, quello stesso che fonda il potere dei nostri tribunali di conoscere di una domanda di divorzio¹⁸¹⁴. Questo diritto, pur non illimitato, non risulta dunque circoscritto ai soli cittadini italiani, anche se domiciliati all'estero, bensì è riconosciuto anche a chi è domiciliato in Italia¹⁸¹⁵.

La dottrina è concorde – la formulazione dell'art. 31 nonché la lettura che ne dà la Relazione ministeriale non sembra del resto lasciarle scelta – nel ritenere che, se la legge straniera conosce il divorzio, ma non lo autorizza nel caso di specie, mentre la legge italiana lo consentirebbe, quest'ultima non può però, in principio, applicarsi sicché il divorzio dovrebbe negarsi¹⁸¹⁶. Rimane, a nostro avviso, un grave problema di eguaglianza: una coppia di stranieri residenti in Italia la cui legge nazionale è a tal punto contraria all'istituto che non lo ammette proprio, può beneficiare della nostra legge, mentre una coppia di residenti in Italia la cui legge non è contraria in principio all'istituto, ma lo

¹⁸¹² FRANCESCAKIS/GOTHOT, *Une réglementation inachevée*, p. 270, per i quali l'applicazione quasi generalizzata della legge belga « peut se défendre en soi, si du moins elle est entendue comme consistant en l'application, *hoc sensu*, au divorce international de la *lex fori* », tanto che « elle a été défendue de lege ferenda par l'un des auteurs de cette étude » (corsivo nostro: v. *supra*, note 1790).

¹⁸¹³ V. *supra*, note 1270 e 1304.

¹⁸¹⁴ Poco importa che tale potere derivi dall'art. 32 della legge di riforma (ipotesi che terremo essenzialmente presente), ovvero dall'art. 3 del Regolamento n. 1347/2000 detto « Bruxelles II », relativo alla competenza, al riconoscimento, all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale, entrato in vigore il 1° marzo 2001 e destinato ad essere sostituito, a far data dal 1° marzo 2005, dal Regolamento n. 2201/2003, detto « Bruxelles II-bis ».

¹⁸¹⁵ Cfr. BALLARINO, *D.i.p.*, p. 440; BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, 2004, p. 22 s.

¹⁸¹⁶ BALLARINO, *D.i.p.*, p. 440; CLERICI, *Commentario RDIPP*, p. 173; CONETTI, *Commentario NLCC*, p. 1181; BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, p. 22-23.

subordina a condizioni che non sussistono nel caso di specie, non può beneficiarne. Tale differenza di trattamento pare invero poco giustificabile per non apparire discriminatoria. La dottrina elvetica più recente, nell'interpretare una disposizione tutto sommato assai simile, convincentemente propone che si conceda l'accesso al divorzio quale regolato dalla legge svizzera nell'uno e nell'altro caso, senza distinzione¹⁸¹⁷. In diverse situazioni, il ricorso all'ordine pubblico permette – è vero – di rimediare anche da noi¹⁸¹⁸. Vi è inoltre da domandarsi se i tribunali italiani accetterebbero di pronunciare il divorzio giusta una legge straniera per motivi *non* previsti dalle legge italiana. E' facile immaginare al riguardo il ricorso, di nuovo, all'ordine pubblico ovvero l'argomento della non assimilabilità della concezione straniera dello scioglimento del vincolo rispetto al divorzio italiano (e dunque l'« ignoranza » di quest'ultimo istituto da parte dell'ordinamento straniero), per ripiegare sulla legge italiana e rifiutare la dissoluzione del matrimonio¹⁸¹⁹.

Conclusivamente, trattandosi di domanda di divorzio introdotta in Italia, lo spazio lasciato all'efficacia della legge straniera nel caso in cui quest'ultima conduca ad un risultato *diverso* da quello cui si perviene sulla scorta della legge italiana, sia nel senso che la prima autorizza il divorzio nel caso di specie mentre la seconda lo impedisce, sia nel senso che la prima proibisce il divorzio nel caso di specie mentre la seconda lo consente, pare dunque alquanto ridotto.

267. L'applicazione sistematica della *lex fori* in materia di divorzio è, come noto, tradizionale in Inghilterra. Quando i giudici inglesi hanno affermato la giurisdizione, non hanno mai applicato altra legge se non quella inglese¹⁸²⁰.

¹⁸¹⁷ Cfr. le seguenti osservazioni di BUCHER, *Le couple en droit international privé*, Genève (etc.), 2004, p. 118: « Le couple d'un Etat sévère ne doit pas être traité moins favorablement que celui dont la loi nationale ne connaît pas le divorce. Dans un cas comme dans l'autre, le droit suisse, par hypothèse favorable au divorce, doit s'appliquer si l'un des époux est également suisse ou réside depuis deux ans en Suisse. Mais il y a avantage: l'on ne saurait admettre que le divorce soit possible dans ces deux cas, mais qu'il ne le soit pas dans l'hypothèse où le droit étranger ne serait, en soi, pas extraordinairement sévère, mais toujours assez strict pour ne pas permettre le divorce dans le cas particulier (...). C'est donc le refus du divorce qui entraîne l'éviction du droit national étranger, peu importe, en définitive, que ce refus résulte d'une hostilité plus ou moins catégorique du droit étranger applicable à l'égard du divorce ».

¹⁸¹⁸ Cfr. CONETTI, *Commentario NLCC*, p. 1181, che ne suggerisce l'impiego « quando il motivo del diniego sia alla luce dei nostri principi irrilevante o futile a fronte del venir meno della vita coniugale ».

¹⁸¹⁹ Cfr. BALLARINO, *D.i.p.*, p. 441.

¹⁸²⁰ DICEY/MORRIS, p. 725: « When English courts have themselves assumed jurisdiction, they have never applied any other divorce law than that of England »; *ex multis*, v. PICONE, *Il metodo dell'applicazione generalizzata della lex fori*, p. 397; CAFARI PANICO, *Diritto internazionale privato inglese*, p. 57 s.; NORTH, *The Private International Law of Matrimonial Causes in the British Isles and the Republic of Ireland*, Oxford (etc.), 1977, p. 25 s.

Ma chi ha il diritto di chiedere il divorzio, così come concepito e regolato dalla legge inglese? Si è al riguardo assistito ad un notevole allargamento delle situazioni internazionali cui la legge inglese è applicabile, cioè della sfera di applicabilità internazionale di tale legge. Prima del 1938, si riteneva che il divorzio inglese fosse riservato alle sole coppie aventi il domicilio in Inghilterra al momento dell'azione¹⁸²¹. Poiché, all'atto della celebrazione del matrimonio, la moglie acquistava il domicilio del marito, e, da tale momento in poi, non aveva più titolo per possederne uno autonomo¹⁸²², si trattava di domicilio necessariamente coniugale, sicché vi era chi sosteneva che la legge inglese operasse in realtà in quanto legge del domicilio comune¹⁸²³. A partire dal 1938, il *Matrimonial Causes Act* estese la competenza giurisdizionale inglese al caso della moglie abbandonata dal marito domiciliato all'estero e tornata a vivere in Inghilterra¹⁸²⁴. Nacque allora il dubbio se, in questi casi, si dovesse continuare ad applicare la legge inglese o non piuttosto la legge straniera del marito. In un caso celebre, la *Court of Appeal* prescrisse energicamente, ritenendola auto-evidente, la prima soluzione¹⁸²⁵. Il che fu confermato dalla s. 46(2) del successivo *Matrimonial Causes Act* del 1973, seppure con una formula alquanto elaborata, che aveva sapore di finzione¹⁸²⁶, successivamente infatti eliminata¹⁸²⁷. Con tale importante legge si venne peraltro ad eliminare una discriminazione a beneficio della moglie domiciliata in Inghilterra, quest'ultima potendo chiedere il divorzio nel luogo del domicilio proprio, cioè in Inghilterra, o verosimilmente in quello estero del marito, mentre questi non poteva invocare il divorzio al domicilio inglese della moglie. Un'ulteriore estensione dell'applicabilità internazionale della legge inglese si ebbe con l'introduzione della residenza abituale ultrannuale quale criterio alternativo al *domicile*. Da allora, infatti, possono chiedere di fruire della legge inglese sul divorzio – e ottenere lo scioglimento del matrimonio sussistendo uno dei motivi da questa previsti – le coppie di cui uno dei coniugi ha il *domicile* in Inghilterra, ovvero ha

¹⁸²¹ Ciò fu chiarito dal *Privy Council* nel caso *Le Mesurier v Le Mesurier* (1895) A.C. 517, 540. Il *Matrimonial Causes Act* del 21 agosto del 1857, che per la prima volta riconobbe ai giudici inglesi il potere di sciogliere il matrimonio, non aveva fissato i criteri di competenza giurisdizionale, che rimasero affidati all'elaborazione giurisprudenziale.

¹⁸²² CAFARI PANICO, *Diritto internazionale privato inglese*, p. 64 s.

¹⁸²³ DICEY/MORRIS, p. 725 definiscono la questione « a matter of academic interest ».

¹⁸²⁴ DICEY/MORRIS, p. 725; CAFARI PANICO, *Diritto internazionale privato inglese*, p. 64 s.

¹⁸²⁵ *Zanelli v Zanelli* (1948) T.L.R., 556 (si trattava di una donna inglese abbandonata dal marito italiano domiciliato in Italia).

¹⁸²⁶ DICEY/MORRIS, p. 725, riferiscono che tale articolo disponeva che « in any proceedings in which the court had jurisdiction by virtue of this section, the issues should be determined in accordance with the law which would be applicable thereto if both parties were domiciled in England at the time of proceedings »; KAHN FREUND, *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1949, Mod. L. Rev.*, 1950, p. 228, parla di « fictitious lex domicilii ».

¹⁸²⁷ MORRIS, *Some Recent Developments in the English Private International of Adoption*, *Festschrift F.A. Mann*, München, 1977, p. 241 s. opina che tale abrogazione è avvenuta « because the Law Commission took the view that the application of English law was so axiomatic that no statutory provision was needed ».

qui avuto la sua *habitual residence* per il periodo di un anno precedente a tale data¹⁸²⁸. La legge inglese è applicabile dunque in presenza di uno qualsiasi fra questi *quattro* fattori d'integrazione degli interessati con la società britannica: domicilio del marito, domicilio della moglie, residenza abituale ultrannuale del marito, residenza abituale ultrannuale della moglie.

Ancora più ampio sembra essere il campo di efficacia delle norme australiane sullo scioglimento del matrimonio. Un divorzio sulla base della legge australiana, il solo che si può chiedere ai giudici australiani¹⁸²⁹, può ottenersi se uno dei coniugi è cittadino australiano ovvero ha il domicilio in Australia ovvero ancora è « ordinariamente residente » in Australia da più di un anno al tempo della domanda¹⁸³⁰.

268. Negli Stati Uniti, è dato osservare un'evoluzione del diritto positivo assai simile a quella riscontrata in Inghilterra. L'applicazione della *lex fori* non ha in pratica, neppure qui, patito eccezioni¹⁸³¹. La sola codificazione statale di d.i.p., quella della Louisiana, e il progetto in gestazione a Puerto Rico riconoscono l'una e l'altro competenza legislativa esclusiva, per quanto riguarda i motivi di divorzio, alla *lex fori*¹⁸³². Anche qui, come in Inghilterra, si è cercato in un primo tempo di giustificare la vocazione della *lex fori* in forza della presunzione che lo Stato del foro fosse quello del domicilio matrimoniale degli interessati¹⁸³³. La dottrina moderna riconosce però che si è trattato di una semplice *finzione*: le Corti americane hanno continuato a ricorrere alla legge del foro anche se né il domicilio matrimoniale – cioè il luogo in cui i coniugi hanno da ultimo vissuto quali

¹⁸²⁸ Sezione 5(2) del *Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973*, e le conclusioni tratte da DICEY/MORRIS, p. 717: « The domicile or the habitual residence for one year of either spouse, whether husband or wife, petitioner or respondent, are now the only bases for jurisdiction in divorce or judicial separation ».

¹⁸²⁹ NYGH/DAVIES, *Conflict of Laws*, p. 479: « There is little doubt that the court must in divorce proceedings apply the *lex fori* » (i quali rimandano a *Tracy v Tracy* (1939) 39 SR (NSW) 447).

¹⁸³⁰ NYGH/DAVIES, *Conflict of Laws*, p. 477.

¹⁸³¹ V. WASSERMAN, *Divorce and Domicile: Time to Sever the Knot*, *Wm and Mary L. Rev.* (1997), p. 1 s.: « In all other interstate cases, the forum state applies its own choice-of-law to determine which state's substantive law should govern the controversy. In divorce cases, however, the courts eschew choice-of-law analysis and instead apply their own divorce law », e SCOLES/HAY/BORCHERS/SYMEONIDES, p. 609.

¹⁸³² L'art. 3521 del Codice civile della Louisiana (Law Nr. 923 del 1991), rubricato « Divorce or separation », dispone che « [a] court of this state may grant a divorce or separation only for grounds provided by the law of this state ». Identico è, nella sostanza, l'art. 14, comma 1, del Progetto di codificazione del d.i.p. del Puerto Rico, nella sua versione del 25 maggio 2002 (non pubblicata: ne abbiamo ottenuto copia grazie alla cortesia del Relatore del progetto, Symeon C. Symeonides): « When jurisdiction to grant a divorce is based on domicile in Puerto Rico, a divorce may be granted only for grounds provided by the law of Puerto Rico ».

¹⁸³³ SCOLES/HAY/BORCHERS/SYMEONIDES, p. 610, i quali parlano di « historical assumption that the forum was acting as the state of the matrimonial domicile of the parties ».

marito e moglie – né il luogo in cui la rottura del matrimonio si è consumata né quello in cui il matrimonio è stato celebrato, si rinviengono nello Stato del foro¹⁸³⁴.

Proprio perché si applica sempre la legge del foro, la dottrina addita la necessità, richiesta dal diritto positivo, di un *especially close nexus* fra lo Stato del foro e le parti rispettivamente la relazione matrimoniale¹⁸³⁵. Il domicilio viene per primo in considerazione e si è assistito ad un'estensione notevole della « copertura » di tale collegamento: dal *matrimonial domicile*, al domicilio del « coniuge incolpevole », al domicilio indifferentemente dell'uno o dell'altro coniuge¹⁸³⁶. Anche in assenza di domicilio, si tende per lo più a dare rilievo alla continua presenza nello Stato del foro per un apprezzabile periodo di tempo. E' – questa – la posizione del *Second Restatement* (il quale richiede una *long continued presence*)¹⁸³⁷. Il « trend » è ad una liberalizzazione di tale criterio per affermare la *legislative jurisdiction* e la *adjudicatory jurisdiction*. Gli Stati dell'Unione hanno in effetti per lo più, in una forma od un'altra, adottato, come alternativo al domicilio, il requisito della residenza protrattasi per un certo periodo¹⁸³⁸ e quello della *one-year durational residence*, esattamente come Inghilterra, pare a questo riguardo il più diffuso¹⁸³⁹.

§ III. – Norme in materia di condizioni per contrarre matrimonio

269. L'art. 44 LDIP, comma 1, stabilisce che le condizioni per contrarre matrimonio in Svizzera sono regolate dalla legge svizzera¹⁸⁴⁰. Parte della dottrina svizzera rileva che la legge svizzera è qui competente in quanto *lex fori*, cioè in quanto legge dell'autorità competente (*lex auctoritatis*)¹⁸⁴¹, e che si ha qui dunque un caso di coincidenza di *forum*

¹⁸³⁴ *Alton v. Alton*, 207 F.2d 667 (3d Cir.1953).

¹⁸³⁵ SCOLES/HAY/BORCHERS/SYMEONIDES, p. 610: « The application of local substantive law also means that the assertion of jurisdiction should be based on an especially close nexus of the forum to the parties and their relationship ».

¹⁸³⁶ SCOLES/HAY/BORCHERS/SYMEONIDES, p. 610.

¹⁸³⁷ *Restatement, Second, Conflict of Laws* § 72 (1971).

¹⁸³⁸ GARFIELD, *The Transitory Divorce Action: Jurisdiction in the Non-Fault Era*, 58 *Tex. L. Rev.* 501 (1980); sulla differenza fra « domicile » e « residence » in tale materia, v. WASSERMAN, *Divorce and Domicile: Time to Sever the Knot*, p. 6-7.

¹⁸³⁹ Fanno eccezione la Louisiana (La Civ. Code Ann. Art. 10) e Washington (Wash. Rev. Code Ann. § 26.9), i quali sembrano consentire il divorzio in base alle loro leggi in presenza del solo domicilio nello Stato di uno dei coniugi (SCOLES/HAY/BORCHERS/SYMEONIDES, p. 615, nota 6).

¹⁸⁴⁰ Solo se la legge svizzera non consente il matrimonio, e in circostanze di particolare estraneità della coppia al sistema sociale svizzero – deve trattarsi di due cittadini stranieri – è possibile avere ricorso alla legge straniera della cittadinanza di uno di essi, se questa consente il matrimonio (art. 44, comma 2, LDIP), e sempreché il maggior liberalismo della legge straniera rispetto alla legge svizzera non cozzi nel caso di specie con l'ordine pubblico svizzero, il che sembra doversi produrre con frequenza: BUCHER, *Le couple en droit international privé*, p. 45 s.

¹⁸⁴¹ Di « Anwendung der inländischen *lex fori* (Recht am Ort der zuständigen Instanz) » parla SIEHR, *Das IPR der Schweiz*, p. 18.

e *ius*¹⁸⁴². Altri commentatori parlano piuttosto di competenza della legge svizzera del luogo di celebrazione¹⁸⁴³. Tuttavia – s’affrettano a precisare gli uni e gli altri – è necessario, per fondare la competenza della legge svizzera, e dunque delle autorità svizzere a celebrare il matrimonio secondo quest’ultima, che gli interessati abbiano almeno uno fra più collegamenti con la società elvetica¹⁸⁴⁴, sicché da taluno si è detto trattarsi di una « tipica norma di conflitto unilaterale »¹⁸⁴⁵. Tali fattori d’integrazione sono enumerati all’art. 43 LDIP, comma 1: si tratta del domicilio ovvero della cittadinanza di almeno uno dei nubendi. La legge svizzera, in materia di condizioni per contrarre matrimonio, è dunque messa a disposizione di tutte le coppie internazionali di cui almeno uno degli interessati abbia il domicilio o la cittadinanza svizzera¹⁸⁴⁶. Si tratta di quattro *collegamenti unilaterali alternativi*.

Salvo il caso di frode alla legge svizzera o di contrarietà all’ordine pubblico svizzero, qualsiasi matrimonio celebrato all’estero è considerato valido in Svizzera se è reputato valido all’estero, nello Stato di celebrazione innanzitutto, ma anche nello Stato del domicilio ovvero della cittadinanza di uno dei coniugi¹⁸⁴⁷. Opera, si è detto da parte di taluno, il principio del « riconoscimento » dei diritti acquisiti all’estero¹⁸⁴⁸. Non importa, dunque, quale sia stato il criterio di collegamento sulla base del quale lo Stato di celebrazione ha ritenuto di dar corso alla domanda di matrimonio, non essendo richiesto, in particolare, che si tratti del domicilio o della cittadinanza di uno dei coniugi, come lo è per celebrare un matrimonio conformemente alla legge svizzera.

270. Nei Paesi Bassi, le norme in materia di legge applicabile alle condizioni per contrarre matrimonio sono contenute nella legge del 7 settembre 1989, in vigore dall’1 gennaio 1990¹⁸⁴⁹. L’art. 2, lettera (a) di questa legge prevede che il matrimonio sia celebrato nei Paesi Bassi se ciascuno dei due nubendi soddisfa le condizioni previste dalla legge dei Paesi Bassi, e se uno di essi ha la cittadinanza dei, ovvero la residenza abituale nei,

¹⁸⁴² VOLKEN, *Zürcher Kommentar*, p. 509; OTHENIN-GIRARD, *La réserve d’ordre public en droit international privé suisse*, Zurich, 1999, p. 347.

¹⁸⁴³ BUCHER/BONOMI, p. 168; DUTOIT, p. 139; cfr. OTHENIN-GIRARD, *La réserve d’ordre public en droit international privé suisse*, p. 347.

¹⁸⁴⁴ BUCHER/BONOMI, p. 168; DUTOIT, p. 139; VOLKEN, *Zürcher Kommentar*, p. 510.

¹⁸⁴⁵ OTHENIN-GIRARD, *La réserve d’ordre public en droit international privé suisse*, p. 347: « Il s’agit typiquement d’une règle de conflit unilatérale ».

¹⁸⁴⁶ Cfr. DUTOIT, p. 142.

¹⁸⁴⁷ DUTOIT, p. 144-145; SIEHR, *Renvoi und wohlerworbene Rechte*, *Festschrift A. Heini*, Zürich, 1995, p. 407 s.; BUCHER/BONOMI, p. 169-170.

¹⁸⁴⁸ SIEHR, *Renvoi und wohlerworbene Rechte*, p. 412 s. e 421.

¹⁸⁴⁹ *Wet houdende regeling van het conflictenrecht inzake het huwelijk*, *Staatsblad*, 1989, n. 392, e, per una traduzione inglese, v. SUMNER/WARENDORF, *Family Law Legislation of the Netherlands*, p. 220 s. Tale legge ha per lo più riprodotto le disposizioni della Convenzione dell’Aja del 14 marzo 1978, le quali sono divenute applicabili nei Paesi Bassi anche rispetto agli Stati non contraenti (CHARISIUS, *Das niederländische Internationale Privatrecht*, p. 163).

Paesi Bassi¹⁸⁵⁰. Anche qui, dunque, la legge olandese è offerta a tutte le coppie che richiedono di sposarsi nei Paesi Bassi e di cui almeno uno dei nubendi è cittadino ovvero abitualmente residente nei Paesi Bassi; anche qui la sfera d'applicazione della legge dei Paesi Bassi si fonda dunque su *quattro criteri di collegamento alternativi*. L'art. 5 della legge menzionata prevede che, salva in ogni caso, anche qui, la contrarietà all'ordine pubblico, i matrimoni validamente celebrati all'estero, o divenuti successivamente validi secondo la legge dello Stato di celebrazione, debbano considerarsi validi nei Paesi Bassi, indipendentemente da quale sia la legge in virtù della quale il matrimonio è stato pronunciato¹⁸⁵¹.

271. Anche in Spagna la dottrina è sempre più orientata a distinguere a seconda che si tratti di matrimonio da celebrarsi in Spagna ovvero di matrimonio celebrato all'estero.

Se il matrimonio deve celebrarsi in Spagna, nel silenzio del *Código civil*, alcuni interpreti propugnano la sua sottoposizione, per i requisiti di capacità, alla legge spagnola¹⁸⁵². Tale dottrina – come, lo si è visto, certi autori svizzeri – conclude che si tratterebbe, anche qui, come per la capacità di dar vita ad un rapporto adottivo¹⁸⁵³, di una concretizzazione del principio *lex fori in foro proprio*, cioè di un'applicazione generalizzata della *lex fori*¹⁸⁵⁴, la quale – si rileva da parte di altri – non è altro che la *lex auctoritatis* o *lex*

¹⁸⁵⁰ « Article 2. The marriage shall be solemnised (a) where each of the future spouses meets the requirements of Dutch law for entry into a marriage and one of them possesses Dutch nationality or has his or her habitual residence in the Netherlands (...) ». Tale ricalca l'art. 3 della Convenzione dell'Aja del 1978: v. POLAK/DE ROOIJ/STEFFENS, *Private International Law in the Netherlands, Supplement*, p. 115; cfr. CHARISIUS, *Das niederländische Internationale Privatrecht*, p. 165, il quale si esprime così: « Aus der Vorschrift des Artikels 2 WCH folgt, dass niederländisches Recht ungeachtet der Staatsangehörigkeit der zukünftigen Ehegatten immer über die Eheschließungsbefugnis entscheidet, wenn die Ehe in den Niederlanden geschlossen werden soll » (corsivo nostro). La lettera (b) del medesimo articolo prevede la possibilità residuale di celebrare il matrimonio se, nonostante la legge olandese non lo permetta, lo permette la legge della cittadinanza di entrambi i nubendi (« Article 2. The marriage shall be solemnised... (b) where each of the future spouses meets the requirements for entry into a marriage in the State whose nationality he or she possesses »). Anche qui, come in Svizzera (v. *supra*, nota 1840), si deve dunque trattare di coppie di cittadini stranieri. L'art. 3, con una disposizione unilaterale accessoria a carattere *localizzatore* (si deve trattare di matrimonio celebrato nel foro) e *materiale*, prevede tuttavia che si applichino, anche in questo caso, alcune norme della legge olandese.

¹⁸⁵¹ « Article 5 (1). A lawful marriage contracted outside the Netherlands or a marriage which has become lawful thereafter according to the law of the State where the marriage took place shall be recognised as such (...) ».

¹⁸⁵² CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, p. 73: « Un primer sector doctrinal indica que la Ley aplicable a la capacidad matrimonial debe ser, en el caso de matrimonio celebrado antes autoridad española, la *Ley española = Lex fori* ».

¹⁸⁵³ V. *supra*, note 1754-1755.

¹⁸⁵⁴ Oltre agli autori citati *supra*, alla nota 1852, v. GONZÁLEZ CAMPOS (e altri), *Derecho internacional privado, Parte especial*, 6ª ed., Madrid, 1995, p. 298.

*loci celebrationis*¹⁸⁵⁵. Poiché la competenza delle autorità spagnole sussiste, anche qui, se almeno uno dei nubendi è domiciliato od ha la residenza abituale in Spagna ovvero la cittadinanza spagnola¹⁸⁵⁶, l'applicabilità della legge spagnola si fonderebbe, di nuovo, su quattro criteri di collegamento alternativi. La dottrina dominante critica tale tesi, perché, fra l'altro, riserverebbe una sfera di applicazione *troppo estesa* alla legge spagnola, non tenendo sufficientemente conto dell'internazionalità della fattispecie, e perché si tratterebbe in ogni caso di una norma incompleta, dal momento che non specifica *quale* legge straniera è applicabile al matrimonio celebrato all'estero – sono, come ognuno vede, alcune delle critiche spesso rivolte alle norme unilaterali¹⁸⁵⁷ – e, sulla scorta di questi rilievi, propone di ricorrere alla legge nazionale (*lex patriae*), applicandola distributivamente, in analogia con quanto previsto dall'art. 9.1 del *Código civil*¹⁸⁵⁸. Un'indagine recente e minuziosa ha rivelato che le autorità spagnole « tendono ad evitare ogni considerazione della *lex patriae* a favore della legge (spagnola) del luogo di celebrazione », che cioè, trattandosi di celebrare il matrimonio in Spagna, esse danno efficacia alla legge spagnola « più endemicamente che eccezionalmente »¹⁸⁵⁹, attribuendo talvolta alle relative norme materiali la qualità di *disposizioni imperative*¹⁸⁶⁰. Tutto ciò ha indotto a chiedersi se non sia meglio, piuttosto che pretendere dalle autorità spagnole un maggiore rispetto del sistema spagnolo di conflitto asseritamente vigente, revocare direttamente in dubbio l'opportunità del ricorso formale alla legge nazionale, e sostituirla apertamente con la legge spagnola del luogo di celebrazione, di cui si è detto che « semplicemente il

¹⁸⁵⁵ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La Celebración y el Reconocimiento de la Validez del Matrimonio en Derecho Internacional Privado Español*, Pamplona, 2002, p. 71.

¹⁸⁵⁶ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, p. 53: « cabe afirmar, por tanto, que la competencia internacional de las autoridades españolas para tramitar el expediente prematrimonial viene determinada por el domicilio (o residencia habitual) de los contrayentes en territorio español, o por la nacionalidad española de al menos uno de ellos y el domicilio (la residencia habitual) de cualquiera en la demarcación de la autoridad consular que instruirá el expediente ». In quest'ultimo caso, gli interessati possono celebrare un matrimonio consolare ovvero chiedere che il funzionario consolare deleghi la sua competenza ad un'altra autorità spagnola, in modo tale che la celebrazione possa avere luogo nello Stato accreditante (*op. loc. cit.*).

¹⁸⁵⁷ GONZÁLEZ CAMPOS (e altri), *D.i.p.*, p. 296: « esta interpretación en favor de la *lex fori* es criticable por diversas razones. En primer lugar, por extender injustificadamente a los supuestos de tráfico externo lo previsto para situaciones puramente internas (...). Y, por último, constituye una solución incompleta, al no determinar cual es el derecho aplicable cuando el matrimonio se ha contraído ante una autoridad no española ».

¹⁸⁵⁸ FERNÁNDEZ ROZAS/SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 2ª ed., Madrid, 2001, p. 435; GONZÁLEZ CAMPOS (e altri), *D.i.p.*, p. 296; CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, p. 73.

¹⁸⁵⁹ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, p. 63-64.

¹⁸⁶⁰ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, p. 85.

lavoro delle autorità e la vita degli individui »¹⁸⁶¹. Si è dunque naturalmente guardato con un certo interesse ai modelli svizzero ed olandese¹⁸⁶².

Quando invece il matrimonio è celebrato all'estero, la grande maggioranza della dottrina spagnola recente ritiene che si dà qui una questione di riconoscimento¹⁸⁶³, e fa in effetti menzione, ed uso, del « metodo del riconoscimento »¹⁸⁶⁴, ritenendo il « metodo conflittuale », cioè quello della norma bilaterale, « non adeguato » al riguardo¹⁸⁶⁵. Si tende dunque ad ammettere la validità di un matrimonio celebrato all'estero qualora esso sia considerato tale dallo Stato del luogo di celebrazione. L'ordine pubblico internazionale può certo intervenire per impedire tale riconoscimento, ma, in ogni caso, il controllo dei requisiti di capacità previsti dalla *lex patriae* è omissso dalla giurisprudenza, specie proprio quando ostacolerebbero il riconoscimento del matrimonio celebrato validamente in un altro Paese nel cui sistema socio-economico gli interessati erano sufficientemente integrati¹⁸⁶⁶.

272. In Francia si insegna tradizionalmente che le condizioni per contrarre matrimonio, in quanto inerenti allo statuto personale, sono regolate dalla legge nazionale di ciascuno dei coniugi in forza dell'art. 3.3 siccome risultante da bilateralizzazione. Il che vorrebbe dire – a rigorosamente intendere tale principio – che, trattandosi di matrimonio da celebrarsi in Francia, e qualora sussistano i requisiti di capacità previsti dalla legge nazionale di entrambi i coniugi, ma non quelli previsti dalla legge francese, il matrimonio ha da

¹⁸⁶¹ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, p. 65: « De ahí que resulte cuestionar la conveniencia de mantener la *lex patriae* en tanto ley aplicable a los aspectos reguladores del fondo del matrimonio, antes que exigir de las autoridades españolas una diligencia mayor en la correcta aplicación del sistema conflictual », dal momento che « la ley personal oblige a pasar por una complicada trama burocrática, y ocasione costes excesivos, mientras que la aplicación de la *lex loci celebrationis* (...) simplifica el trabajo de las autoridades, y la vida de las personas » (p. 77).

¹⁸⁶² OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, p. 64, e nota 183.

¹⁸⁶³ CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, p. 73: « La regulación de las condiciones que debe reunir el matrimonio celebrado ante autoridad extranjera para ser válido en Derecho español es muy defectuosa: se ha planteado como un problema de *conflicto de Leyes*, cuando realmente se trata de un problema de *validez extraterritorial de decisiones*, como ha apuntado muy acertadamente cierta doctrina española en recientes aportaciones »: v. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de DIPr.*, Madrid, 1996; ARTUCH IRIBERRI, *La libertad individual y las parejas antes el DIPr.*, RED, 2002, p. 41 s.; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, p. 255 s.

¹⁸⁶⁴ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, p. 254: « (...) la eficacia extraterritorial del matrimonio extranjero no plantea un problema de creación de una relación jurídica, sino de aceptación de la existencia y validez de una ya creada conforme a otro ordinamiento jurídico. Para resolver la disyuntiva entre reconocer la validez de un acto como el matrimonio, o denegarla, ha da emplearse el *método del reconocimiento* ».

¹⁸⁶⁵ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, p. 253: « la técnica legislativa más adecuada en esta materia no es una norma de conflicto de carácter multilateral »; CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, p. 73.

¹⁸⁶⁶ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, p. 287, che riferisce che le autorità spagnole « obvian toda referencia a [la ley personal] cuando, de ser aplicada, el reconocimiento sería obstaculizado ».

celebrarsi egualmente; e che, viceversa, se sono soddisfatte le condizioni prescritte dalla legge francese, ma non quelle di cui alla legge nazionale anche di uno solo di essi, la celebrazione deve rifiutarsi. Che se poi si tratta di un matrimonio validamente celebrato *all'estero*, e di cui ci si interroga in Francia se esso sia valido o meno agli occhi dell'ordinamento francese, tale vincolo coniugale dovrebbe considerarsi invalido tutte le volte in cui una delle due leggi nazionali non ritiene capace il suo cittadino, e ciò anche se, sulla base della legge nazionale dell'altro coniuge, ed eventualmente della legge francese, nessun ostacolo si frapponeva alla sua creazione, né per l'uno né per l'altro. Senonché le deroghe a tale principio sono tali e tante che la presa di coscienza di esse spinge naturalmente a chiedersi se possa continuarsi a spiegare il diritto positivo muovendo dalla regola, applicata distributivamente, della cittadinanza, e senza distinguere a seconda che si tratti di celebrare un matrimonio in Francia ovvero di riconoscere un matrimonio celebrato all'estero.

Se si tratta di un matrimonio da *celebrarsi* in Francia, sembrerebbe che le « norme francesi costituiscano un minimo » irrinunciabile, e che la loro osservanza « s'imponga [comunque, anche] a scapito delle leggi straniere più permissive »¹⁸⁶⁷ (attraverso l'impiego massiccio dell'ordine pubblico). Per lo più messe da parte le leggi straniere permissive del matrimonio nel caso di specie a favore della legge francese proibitiva di esso¹⁸⁶⁸, all'interno di questa non si tiene conto, tutt'al più, di quegli impedimenti per i quali le stesse norme francesi prevedono la possibilità di una dispensa¹⁸⁶⁹. Anche in quest'ultimo caso, tuttavia, si può affermare che, qualora si autorizza il matrimonio nei limiti in cui le norme francesi lo consentono, seppure a seguito di dispensa, è perché si sta dando pur sempre efficacia alle norme francesi, anche se, è vero, ad esclusione di quelle che prescrivono certe modalità per ottenere tale dispensa, modalità dalla cui osservanza lo straniero sarebbe esonerato.

Se invece la legge nazionale di uno dei coniugi, per qualunque motivo, non autorizza il matrimonio, quando questo è possibile giusta la legge francese, l'Istruzione generale dello stato civile del 21 settembre 1955 ne « permette (egualmente) la celebrazione a condizioni molto liberali »¹⁸⁷⁰. Secondo il regime accolto dall'Istruzione, di cui si è segnalato che pareva essere già « tradizionale da quasi quarant'anni nell'amministrazione

¹⁸⁶⁷ LOUSSOUARN/BOUREL, p. 365: « La tendance des tribunaux est de considérer les règles françaises relatives aux conditions de fond du mariage comme constituant un minimum. Il en résulte que ces règles s'imposent à l'encontre des lois étrangères plus libérales ».

¹⁸⁶⁸ Già FRANCESKAKIS, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, Années 1955-1957, p. 62, notava che la « pratique (...) distingue, semble-t-il, selon que la loi étrangère est moins stricte ou plus stricte que la loi française ».

¹⁸⁶⁹ AUDIT, *D.i.p.*, p. 549; MAYER/HEUZÉ, p. 367.

¹⁸⁷⁰ AUDIT, *D.i.p.*, p. 541: « Néanmoins, l'instruction générale relative à l'état civil permet la célébration dans des conditions très libérales »; BATIFFOL, *L'instruction générale sur l'état civil du 21 septembre 1955 et le droit international privé*, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, Années 1955-1957, p. 41 s., spec. p. 46 s.

dello stato civile » anche se « non era forse mai stato formulato con simile nettezza »¹⁸⁷¹, lo straniero può, non solo rifiutandosi di produrre il *certificat de coutume*, ma altresì quando il certificato è stato bensì ottenuto ma rivela l'esistenza di un impedimento secondo la legge nazionale¹⁸⁷², chiedere comunque di avvantaggiarsi della « legge francese del luogo di celebrazione », della quale riunisce, in ipotesi, i requisiti¹⁸⁷³. Di fronte a tale soluzione, criticata da alcuni, specie all'indomani dell'emanazione della circolare citata¹⁸⁷⁴, ma di cui pure si disse da parte di altri che avrebbe potuto rappresentare « una

¹⁸⁷¹ HOLLEAUX, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, Années 1955-1957, p. 57: « cette solution (...) était, paraît-il, traditionnelle, depuis bientôt quarante ans, dans l'administration de l'état civil, mais (...) n'avait peut-être pas été donnée avec pareille netteté ».

¹⁸⁷² Se il coniuge straniero non si avvale della sua legge nazionale, « l'officier de l'état civil doit se borner à lui conseiller de produire un certificat de coutume. En cas de refus, ou si le document produit révèle l'existence d'une incapacité au regard du statut personnel, l'officier de l'état civil doit néanmoins célébrer le mariage, dès lors que les intéressés persistent néanmoins dans leur projet et les conditions exigées par la loi française interne sont remplies » (corsivo nostro: tale passaggio della Circolare è citato da MESTRE, *Jurisclasseur Droit International*, 1992, fasc. 546-A, n. 55). Non può dunque coerentemente affermarsi che sono soltanto ragioni di praticità, connesse con la difficoltà, per gli ufficiali dello stato civile francesi, specie dei centri minori, di procurarsi la conoscenza dell'esistenza eventuale di impedimenti previsti da leggi straniere, che hanno ispirato al Ministero della giustizia l'applicazione anche allo straniero della legge francese, perché tale soluzione ha corso anche nei casi in cui le ragioni di praticità non sussistono, cioè quando la conoscenza del diritto straniero si dà (e questo non consente nel caso di specie la creazione del vincolo coniugale). Più pertinenti ci paiono i seguenti rilievi di FUSIL, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, Années 1955-1957, p. 65: « On préfère, à tout prendre, un mariage qui sera vraisemblablement considéré comme valable en France, dont la nullité ne sera peut-être jamais soulevée, on préfère ce mariage si incorrect soit-il, si peu conforme aux règles de la loi étrangère, à un concubinage. Il semble que l'ordre public que l'administration est chargée de faire respecter, est d'abord un ordre public qui permette le plus souvent possible des mariages [se sono autorizzati dalla legge francese], plutôt que d'obliger les futurs époux à demeurer dans le concubinage [quando la legge francese permetterebbe loro di unirsi in matrimonio] ». L'obiettivo pare essere dunque quello di fare beneficiare del matrimonio di diritto francese anche gli stranieri che sarebbero costretti ad un « concubinage » dalle rispettive leggi nazionali, specie se questi presentano nel loro complesso un contatto significativo con la società francese. E' curioso che una funzionaria di Lille, poco dopo l'emanazione della circolare, confidò a Batiffol di avere appreso che « le mariage était soumis à la loi du domicile pour ses conditions de célébration » (corsivo nostro; lo riferisce lo stesso BATIFFOL, *L'instruction générale*, p. 47), così esplicitando la conseguenza pratica forse più evidente dell'Istruzione (e forse, in qualche modo, l'obiettivo inconsapevole di questa), cioè di permettere l'accesso al matrimonio in Francia anche agli stranieri domiciliati in Francia.

¹⁸⁷³ MESTRE, *Jurisclasseur Droit International*, 1992, n. 51 s.; v. già BATIFFOL, *L'instruction générale*, p. 46: « L'Instruction conclut donc que les étrangers peuvent contracter, en France, un mariage conformément aux règles de fond de la loi française ».

¹⁸⁷⁴ BATIFFOL, *L'instruction générale*, p. 47: « J'ai les plus grands doutes, tout d'abord sur l'exactitude tout à fait complète des principes attribués à la jurisprudence, et ensuite sur l'opportunité des solutions apportées ».

soluzione d'avvenire »¹⁸⁷⁵, la dottrina ha commentato che la « *lex loci celebrationis* » è ben lungi dall'essere assente da un sistema francese dei conflitti, pur classicamente fedele alla legge nazionale in punto a capacità matrimoniale »¹⁸⁷⁶. E' vero che l'ufficiale dello stato civile deve informare i richiedenti della possibilità che il matrimonio non sia riconosciuto all'estero, ed altresì « che potrebbe essere dichiarato nullo in Francia »¹⁸⁷⁷, ma gli interpreti non riportano alcun caso di matrimonio validamente celebrato in Francia secondo le leggi francesi del luogo di celebrazione e dichiarato nullo in seguito per contrarietà ad un impedimento previsto dalla legge nazionale di uno di essi, il che sarebbe, effettivamente, inopinato¹⁸⁷⁸. E, in ogni caso, una successiva di richiesta di nullità dovrebbe fare i conti con il limite dell'ordine pubblico, massicciamente impiegato dalle autorità francesi, oltre che per escludere, lo si è visto, le leggi straniere più permissive, anche e più per negare efficacia impeditiva a leggi straniere proibitive, e ciò anche se le leggi nella specie proibitive sono quelle di Paesi con i quali vi è una certa comunanza di civiltà giuridica, quali l'Italia, la Spagna e la Svezia¹⁸⁷⁹.

Se il matrimonio è stato validamente celebrato all'estero, questo è spesso stato considerato in Francia produttivo di effetti, quanto meno di alcuni, e dunque valido, anche se in Francia non avrebbe potuto essere celebrato¹⁸⁸⁰. E' significativo come certa dottrina spieghi tale soluzione richiamandosi alla distinzione fra « creazione » od « acquisizione » dei diritti (teorizzata dall'unilateralismo di marca « esagonale »)¹⁸⁸¹ o convocando l'« ef-

¹⁸⁷⁵ HOLLEAUX, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, Années 1955-1957, p. 58: « On est ainsi amené à se demander si, en définitive, la solution qu'adopte l'Instruction n'est peut-être pas, si paradoxale qu'elle puisse au premier abord paraître, une *solution d'avenir*. Mon Dieu! C'est une solution qui n'est pas absolument inouïe. Elle aurait l'avantage de simplifier énormément cette question des mariages étrangers, elle aurait l'avantage de supprimer l'irritante question de la distinction des règles de fond et des règles de forme, et je me demande, en définitive, si la règle de l'Instruction n'est pas une règle que l'on pourrait peut-être très sérieusement songer à adopter, comme règle officielle du droit international privé français ».

¹⁸⁷⁶ MESTRE, *Jurisclasseur Droit International*, n. 59: « Ainsi, dans la seconde hypothèse où l'étranger n'invoque pas sa loi nationale, le mariage est finalement célébré, à la demande des futurs époux, selon la loi française du lieu de célébration. On voit donc que, par le biais de ces dispositions particulières, la *lex loci celebrationis* est loin d'être absente d'un système français de solution des conflits, pourtant classiquement attaché à la compétence de la loi nationale pour régir la capacité matrimoniale ».

¹⁸⁷⁷ AUDIT, *D.i.p.*, p. 549; MAYER/HEUZÉ, p. 374.

¹⁸⁷⁸ BATIFFOL e HOLLEAUX, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, Années 1955-1957, p. 57; cfr. FUSIL, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, Années 1955-1957, p. 65 (« mariage qui sera vraisemblablement considéré comme valable en France »).

¹⁸⁷⁹ V. gli esempi di LOUSSOUARN/BOUREL, p. 368; cfr. AUDIT, *D.i.p.*, p. 545: « Des interdictions inconnues du droit français seront normalement écartées (...) », segnalando l'esigenza di « offrir aux intéressés la sécurité d'un mariage valide dans le ressort du for ».

¹⁸⁸⁰ MAYER/HEUZÉ, p. 367.

¹⁸⁸¹ LOUSSOUARN/BOUREL, p. 368.

fetto attenuato » dell'ordine pubblico¹⁸⁸², versandosi qui in materia di riconoscimento dei diritti validamente acquisiti all'estero.

273. Come ammettono alcuni autori britannici, il diritto inglese è, in materia di capacità di matrimonio (*capacity to marry* o *essential validity*), complesso e confuso, anche in ragione dell'assenza di una sufficiente giurisprudenza al riguardo¹⁸⁸³. Vi è una regola – si suol dire – e diverse eccezioni. La regola è che la capacità di contrarre matrimonio è governata dalla legge del domicilio prenuziale (*antenuptial domicile*) di ciascuno dei nubendi¹⁸⁸⁴. Le eccezioni a tale regola sono però, anche qui, così invasive che finiscono per svuotarla della sua portata. Se il matrimonio è da celebrarsi in Inghilterra, v'è in pratica, pur a difetto di precedenti sul punto, unanimità di opinioni nel ritenere che la celebrazione debba negarsi tutte le volte in cui le condizioni di capacità previste dalla legge inglese *non* sono soddisfatte (anche da uno solo dei nubendi), e ciò anche, ovviamente (altrimenti, *nulla quaestio*) quando lo sono quelle della legge straniera del domicilio. In altri termini, la legge inglese del luogo di celebrazione, se impeditiva, prevale sulle leggi domiciliari straniere più permissive, indipendentemente, si noti, dalla misura dello scarto delle une rispetto all'altra¹⁸⁸⁵. Sembrerebbe aversi qui, dunque, ricorso ad un'applicazione *cumulativa* della legge domiciliare e di quella inglese del luogo di celebrazione. Se fosse così, però, il fatto che i nubendi siano entrambi capaci sulla base della legge inglese, per quanto necessario, non dovrebbe essere ancora *sufficiente* per ottenere in Inghilterra la « solennizzazione » del matrimonio, dovendosi questa negare se la legge straniera domiciliare lo proibisce. In realtà, e veniamo all'altra eccezione, qualora un nubendo abbia il domicilio in Inghilterra, la legge straniera proibitiva del domicilio dell'altro nubendo viene scalzata ancora una volta dalla legge inglese, questa volta favorevole alla creazione del vincolo, della quale dunque può avvantaggiarsi anche il non domiciliato in Inghilterra¹⁸⁸⁶. Da un punto di vista teorico, si sostiene talvolta che questa

¹⁸⁸² HOLLEAUX/FOYER/GEOUFFRE DE LA PRADELLE, p. 516.

¹⁸⁸³ COLLIER, *Conflict of Laws*, 3rd ed., Cambridge, 2001, p. 295.

¹⁸⁸⁴ DICEY/MORRIS, p. 671; CHESHIRE/NORTH, 13th ed., p. 721; BRIGGS, *Conflict of Laws*, p. 226; STONE, *The Conflict of Laws*, p. 49. La regola fu fissata in *Brook v. Brook* (1861) 9 HLC 193; v. anche *Sotomayor v. De Barros* (No 2) (1879) 5 PD.

¹⁸⁸⁵ COLLIER, *Conflict of Laws*, p. 306: « Both parties have capacity by the law of their foreign domiciles, but not by English law. Though no case so decides, the marriage must be void », citando *Padolecchia v. Padolecchia* (1968), P. 314, p. 335; così anche CHESHIRE/NORTH, p. 732-733 e MORRIS, p. 198-199; cfr. SYKES/PRYLES, p. 432; per DICEY/MORRIS, p. 682: « A marriage celebrated in England is possibly not valid if either of the parties is, according to English domestic law, under an incapacity to marry the other ».

¹⁸⁸⁶ DICEY/MORRIS, p. 685: « The validity of a marriage celebrated in England between persons of whom the one has an English, and the other a foreign, domicile, is not affected by any incapacity which, though existing under the law of such foreign domicile, does not exist under the law of England ». Tale principio, ricavato da *Sotomayor v. De Barros* (No. 1) (1877), 3 P.D. 1, 6-7, è stato approvato dalla *Court of Appeal* in *Ogden v. Ogden* [1908], P. 46, 74-77, in *Chetti v. Chetti*, [1909] e nuovamente in *Vervaeke v. Smith* [1981], ed ha formato la base della decisione australiana *Pezet v.*

regola è « mancante di logica » e che è affetta da « legeforsismo » (*national bias*); da un punto di vista pratico, però, si osserva che è ispirata alla « politica di favorire la validità del matrimonio » (ma solo, si noti, se è la legge inglese che è ad esso *favorevole*), e si riconosce che l'obiettivo è, tutto sommato, da approvare¹⁸⁸⁷. V'è ancora da ricordare un'autorevole opinione, nel senso della quale si possono forse leggere certe decisioni¹⁸⁸⁸, secondo cui la legge inglese del luogo di celebrazione dovrebbe potere utilizzarsi da parte di nubendi, nessuno dei quali ha il domicilio in Inghilterra, qualora intendano nondimeno fare dell'Inghilterra la loro residenza matrimoniale (*matrimonial home*)¹⁸⁸⁹.

Proviamo allora a « distillare » la regola che ha positivo corso in Inghilterra: se il matrimonio è da celebrarsi in Inghilterra, s'applica sempre la legge inglese, se proibitiva nel caso di specie, e non si dà efficacia alla legge straniera domiciliare, benché permissiva. Nell'ipotesi inversa (legge inglese favorevole e legge straniera contraria) s'applica pure sempre la legge inglese – e si dà seguito alla richiesta di matrimonio, celebrandolo – qualora si concretizzi in Inghilterra uno fra due criteri di connessione alternativi, il domicilio di un coniuge o quello dell'altro, ed eventualmente un terzo e « prospettivo » fattore d'integrazione, la futura « casa matrimoniale » in Inghilterra. Si aggiunga che il cittadino britannico originario d'Inghilterra e domiciliato all'estero può pure, in genere, mediante matrimonio consolare, profittare della legge inglese, giusta la quale possiede la capacità matrimoniale, anche se non soddisfa i requisiti dello Stato del suo domicilio, e farne altresì beneficiare l'altro promesso, pur non cittadino britannico né domiciliato nel Regno Unito¹⁸⁹⁰. Dal che risulta che la sfera di applicabilità internazionale della legge inglese in materia di condizioni per contrarre matrimonio è in sostanza analoga a quella che i legislatori svizzero e olandese attribuiscono alla propria.

Il diritto australiano, tradizionalmente ispirato al diritto inglese, è stato modificato statutariamente negli anni ottanta¹⁸⁹¹. Per i matrimoni celebrati a partire dal 7 aprile 1986 è in vigore questo rinnovato regime, il quale distingue a seconda che si tratti di matrimonio celebrato all'estero ovvero di matrimonio da celebrarsi in Australia: in quest'ultimo

Pezet (1946) 47 S.R. (N.S.W.) 45. V. MORRIS, *The Conflict of Laws*, p. 198, secondo cui tale regola « shall be taken to represent the law », e BRIGGS, *Conflict of Laws*, p. 227-228: « If the marriage takes place in England, one party being domiciled in England, it suffices for the other to have capacity according to the English domestic law, even though he or she lacks capacity under the domiciliary law ».

¹⁸⁸⁷ DICEY/MORRIS, p. 686; MORRIS, *The Conflict of Laws*, p. 198.

¹⁸⁸⁸ Ad es. *De Reneville v De Reneville* [1948] P 100, p. 114.

¹⁸⁸⁹ E' l'opinione di Cheshire (CHESHIRE/NORTH, p. 721 s.).

¹⁸⁹⁰ V. Foreign Marriage Act 1892, sul quale MORRIS/MCLEAN, *The Conflict of Laws*, 5th ed., London, p. 190-191.

¹⁸⁹¹ *Marriage Amendment Act 1985*. Lo scopo di tale modifica fu essenzialmente quello di ratificare la Convenzione dell'Aja del 1978, in vigore in Australia dal 7 aprile 1986: v. TILBURY/DAVIES/OPESKIN, *Conflict of Laws in Australia*, Oxford [etc.], 2002, p. 592; NYGH/DAVIES, *Conflict of laws in Australia*, 7th ed., 2002, Sydney, p. 455.

caso, le condizioni di validità formale e materiale sono sottoposte esclusivamente alla legge australiana¹⁸⁹²; se il matrimonio è stato celebrato all'estero ed è considerato valido nello Stato di celebrazione, esso è ritenuto valido pure in Australia, fatto salvo l'ordine pubblico¹⁸⁹³ e un matrimonio invalido per lo Stato di celebrazione ma valido dal punto di vista dello Stato estero del domicilio può reputarsi valido in Australia in forza della *common law*¹⁸⁹⁴.

Segnaliamo, da ultimo, che in Svezia è stata recentemente adottata una norma – che la dottrina di quel Paese ha senz'altro incluso nella categoria delle « norme di conflitto unilaterali »¹⁸⁹⁵ – la quale stabilisce l'applicazione della legge svedese ai matrimoni da celebrarsi in Svezia qualora uno dei coniugi abbia la cittadinanza svedese ovvero la residenza abituale in Svezia.

¹⁸⁹² SYKES/PRYLES, *Australian Private International Law*, 3rd ed., London, 1991, p. 439; NYGH/DAVIES, p. 458: « Marriages celebrated in Australia on or after 7 April 1986 are subject exclusively to Australian law as regards validity both as to form and as to essence ».

¹⁸⁹³ NYGH/DAVIES, p. 457.

¹⁸⁹⁴ Per la complessa relazione tra il nuovo regime statutario e la *common law*, v. TILBURY/DAVIES/OPESKIN, p. 592.

¹⁸⁹⁵ JÄNTERÄ-JAREBORG, *Foreign Law in National Courts*, p. 210 s., spec. 212.

Sezione III

L'unilateralismo in materia di creazione e riconoscimento di società

SOMMARIO: – 274. Introduzione: analogia fra persona fisica e persona giuridica. – § I. *L'art. 25, comma 1, della legge di riforma.* – 275. Il significato di « legge dello Stato di costituzione ». – 276. Le società costituite in Italia. Alla ricerca del vero collegamento: la sede statutaria. – 277. Le società costituite all'estero: « appropriazione » da parte del foro del collegamento fissato dallo Stato di costituzione. – 278. Il significato della « legge di costituzione »: la consacrazione del criterio della « volontà d'applicazione » delle leggi, interna e straniera. – 279. I « conflitti positivi » e la loro genesi. – 280. (segue): Criteri proposti per risolvere i conflitti positivi. – 281. (segue): Esclusione del trattamento privilegiato della *lex fori* nei conflitti positivi e l'obiettivo della loro risoluzione. – § II. *Il d.i.p. societario americano: l'« unicità di regolamento » (« single-law ») e i criteri per risolvere i conflitti positivi* – 282. Introduzione. – 283. Norme di conflitto unilaterali, espresse ed implicite, nel d.i.p. societario degli Stati federali. – 284. L'esigenza di un'« armonizzazione » fra le diverse volontà d'applicazione: la dottrina della « single law ». – 285. I criteri proposti dalla dottrina americana per risolvere i conflitti positivi. – § III. *La conferma dell'« unilateralismo » del criterio della « legge di costituzione » imposto dalla giurisprudenza comunitaria* – 286. L'obbligo di « debilateralizzare » la norma di conflitto bilaterale a seguito del caso *Centros*. – 287. Il ricorso all'unilateralismo per spiegare il nuovo « quadro conflittuale ». – 288. *Favor validitatis* e autonomia della volontà per risolvere i conflitti positivi. – § IV. *La supposta adesione della Francia al criterio della sede effettiva: una « rivisitazione »* – 289. Introduzione. – 290. Applicazione sistematica della legge francese alle società costituite in Francia. – 291. La « frode alla legge » come spiegazione della giurisprudenza della « sede effettiva ». – 292. La nozione di « nazionalità » e la considerazione dei conflitti positivi: il criterio del collegamento più stretto. – § V. *Conclusioni.* – 293. L'unilateralismo del richiamo alla « legge di costituzione ». – 294. L'unilateralismo delle norme che prevedono deroghe alla legge di costituzione. – 295. I conflitti positivi. I due tipi di conflitti: società costituenti e società costituite. – 296. Autonomia della volontà, principio del *favor* e criterio del collegamento più stretto.

274. Le autorità pubbliche di uno Stato, qualunque sia la loro natura, giudiziaria od amministrativa, così come possono essere chiamate dagli interessati a collaborare per modificare lo *status* delle persone *fisiche*, pure sono suscettibili di intervenire per costituire persone *giuridiche*, ovvero per attuare certe modificazioni dello « statuto » di queste, quali trasferimento di sede, trasformazione, fusione, e così via. L'analogia del ruolo che tali autorità spiegano nel campo delle persone giuridiche e nel campo delle

persone fisiche rende ragione di ciò che le soluzioni metodologiche che si sono imposte nel diritto internazionale privato siano non di rado le stesse¹⁸⁹⁶.

Che l'unilateralismo possa rendere utili servizi per spiegare il regime positivo che ha corso in questo campo è del resto stato già da tempo riconosciuto da alcuni autori con riguardo alla pregressa disciplina societaria italiana¹⁸⁹⁷. Altri, commentando le norme riformate, pur non menzionando la tecnica unilaterale, ha fatto ampio riferimento alla « volontà di applicazione » delle leggi, così interne come straniere, come principio ispiratore di tali norme¹⁸⁹⁸. Altri ancora, innanzitutto all'estero, poi anche da noi, ha rilevato, e questa volta in modo reciso e senza mezzi termini, che il metodo unilaterale è il solo in grado di rendere conto dello stato attuale del d.i.p. societario nei Paesi dell'Unione europea, quanto meno nei rapporti intracomunitari¹⁸⁹⁹. Il che però costringe a riconoscere che quegli Stati, e sono numerosi – e fra questi vi è anche l'Italia – i quali hanno spontaneamente fatto propria, quale soluzione di « diritto comune », quella che parrebbe imporsi nel contesto dell'Unione europea, possono e devono già dirsi avere aderito

¹⁸⁹⁶ Con la differenza, rilevata a più riprese dalla dottrina, italiana e straniera, che per le persone giuridiche, le quali non hanno un'esistenza « storica » o « fattuale » indipendentemente dall'ordinamento che le ha create, lo Stato interviene innanzitutto per dare loro esistenza quali *soggetti* di diritto, cioè quali centri di imputazione di diritti ed obblighi: per essi, insomma, l'esistenza o è *giuridica*, o non è. Riguardo alla persona fisica, invece, vi è un primo e fondamentale tipo di esistenza, cioè l'esistenza appunto *fisica*, la quale si dà per effetto della semplice nascita, che è fenomeno biologico e storico, non giuridico, e di cui l'ordinamento non ha che da prendere atto. Il che è all'origine di quest'altra differenza, che mentre lo Stato interviene spesso con i propri organi per *dar vita* al soggetto-persona giuridica, l'acquisto della soggettività giuridica dipende, per le persone fisiche, quanto meno negli ordinamenti moderni, automaticamente dalla *nascita*, ed ha luogo dunque al solo verificarsi di questa, indipendentemente da ogni intervento ulteriore dell'autorità. La rilevata differenza si assottiglia fino a scomparire per quanto riguarda invece quelle *modificazioni* dello « status » o « statuto » cui si è accennato nel testo, per le quali è spesso necessario, per le persone sia fisiche che giuridiche, ricorrere ad organi dello Stato, i soli competenti a validamente effettuarle.

¹⁸⁹⁷ PICONE, *Diritto internazionale privato delle società e riconoscimento di « Anstalten » e « Treuunternehmen » nell'ordinamento italiano*, CS, 1978, p. 85 s., spec. p. 96 s., e ID., *Problemi di riforma*, p. 539-540; in senso simile, ANGELICI, *Appunti sul « riconoscimento » delle società costituite all'estero*, Milano, 1982, p. 16 s. (cfr. ID. *Enti stranieri*, Riv. not., 1989, p. 1 s.); in precedenza, v. LEANZA, *Società straniera*, Noviss. Dig. It., XVII, Torino, 1970, p. 693 s., spec. p. 700, ed ancora più decisamente CARUSO, *Le società nella Comunità economica europea*, Napoli, 1969, spec. p. 161-162, presso il quale si scorge l'influenza del pensiero di Quadri: v. *supra*, nota 786. Per un'esposizione delle idee di tali autori, v. BALLARINO, *Le società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, in COLOMBO/PORALE (dir.), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1990, p. 33 s.

¹⁸⁹⁸ BENEDETTELLI, *Commentario NLCC*, spec. p. 1121 s.

¹⁸⁹⁹ SCHURIG, *Unilateralistische Tendenzen im europäischen Gesellschaftskollisionsrecht, oder: Umgehung als Regelungsprinzip, Liber Amicorum G. Kegel*, München, 2002, p. 199 s. BENEDETTELLI, *Diritto internazionale privato e ordinamento comunitario*, in PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 205 s., spec. p. 234, 257, 261.

all'unilateralismo in tale materia; e non solo nei rapporti intracomunitari, ma in modo generalizzato.

Ci vogliamo occupare qui della questione, circoscrivendo *brevitatis causa* il perimetro d'indagine alle *società* e privilegiando quelle per la cui esistenza è necessario un procedimento di costituzione che coinvolge gli organi di uno Stato, quali tipicamente le società di capitali. Considereremo innanzitutto la norma di cui all'art. 25 della legge di riforma, dando rilievo alla lettura unilaterale proposta da certi autori e ai criteri da essi avanzati per risolvere i conflitti positivi (§ I). Muoveremo di qui ad un esame della dottrina e della giurisprudenza degli Stati Uniti, dove il problema di tali conflitti si è posto già da tempo, da quando cioè la fondamentale dottrina della « single-law » è stata enucleata e precisata (§ II). Accenneremo quindi alla recente giurisprudenza comunitaria ed alla conferma dell'unilateralismo implicito nel criterio della « legge di costituzione » che se ne trae, riconosciuto ormai – come s'è accennato – da diversi interpreti (§ III). Esamineremo quindi il d.i.p. francese, per mostrare che anch'esso è per lo più imperniato attorno al principio della « legge di costituzione », seppure con alcuni correttivi, essi pure spiegabili alla luce dell'unilateralismo (§ IV). Formuleremo infine alcune conclusioni (§ V).

§ I. – L'art. 25, comma 1, della legge di riforma: il significato della « legge dello Stato di costituzione »

275. L'art. 25, comma 1, della legge di riforma dispone che le società siano disciplinate dalla « legge dello Stato nel cui territorio si è perfezionato il procedimento di costituzione »¹⁹⁰⁰. Parte della dottrina ha scorto in tale disposizione una semplice norma di conflitto bilaterale di tipo « classico »¹⁹⁰¹. Alcuni autorevoli autori, pur situando anch'essi il

¹⁹⁰⁰ Il legislatore italiano pare dunque avere aderito all'alternativa c.d. dell'« incorporazione », sancendo l'applicabilità della legge di « costituzione », denominata altresì di « organizzazione » (in particolare in Svizzera: art. 154 LDIP e s., sul « fascino » se non la « magia » che il termine « organizzazione » evoca presso i giuristi elvetici, v. BROGGINI, *Regole societarie del nuovo diritto internazionale privato svizzero*, *Festschrift M. Pedrazzini*, Bern, 1990, p. 263 s.) od ancora di « registrazione », per quelle società per le quali la costituzione ha luogo tramite registrazione (v. BALLADORE PALLIERI, *D.i.p.*, 1974, p. 148; CAPOTORTI, *Considerazioni sui conflitti di leggi in materia di società*, *RDIPP*, 1965, p. 635; MAYER/HEUZÉ, p. 667 s.). Con qualche sfumatura in dipendenza del tipo societario in questione, si tratta di terminologia usata per lo più intercambiabilmente (v. BROGGINI, *Sulle società nel diritto internazionale privato*, *RDI*, 1992, p. 30 s.; LOUSSOUARN, *Nationalité des sociétés*, *Juris-classeur*, Fasc. 564-10, 1995, p. 13 s.).

¹⁹⁰¹ BROGGINI, *La riforma del diritto internazionale privato. Società ed altri enti*, in *La riforma del diritto internazionale privato*, Milano, 1996, p. 57 s.; SANTA MARIA, *Spunti di riflessione sulla nuova norma di diritto internazionale privato in materia di società ed altri enti*, *Studi G. Broggin*, Milano, 1997, p. 473 s., secondo il quale l'art. 25 « contiene una vera e propria norma bilaterale di conflitto »; quest'A. anche nel precedente regime scorgeva l'esistenza di una norma bilaterale *ad hoc*, secondo cui le società sia italiane che estere erano soggette alla legge del luogo di costituzione:

loro angolo di osservazione nel solco della tradizione, hanno però, ci sembra, finito per staccarsi, in nome della *ratio* della norma e delle finalità che l'ispirano, dalla logica bilaterale per fare proprie istanze proprie dell'unilateralismo¹⁹⁰². Ma chi forse ha avuto modo di occuparsi più estesamente dell'esegesi di tale norma, peraltro a più riprese, nell'arco di un processo di meditazione che abbraccia ormai quasi un decennio¹⁹⁰³, ha francamente riconosciuto che, nonostante essa ci si presenti a tutta prima quale norma di conflitto bilaterale classica, « un attento esame (...) conduce a diverse conclusioni »¹⁹⁰⁴. Richiamandosi all'esigenza di rispetto della « volontà di applicazione » delle leggi e di riconoscimento dei « valori giuridici societari » quali esistenti e perseguiti all'estero, tale dottrina ha da ultimo rigettato la bilateralità e dichiarato essere qui l'unilateralismo decisamente operante¹⁹⁰⁵. Tale opposizione di vedute merita che ci si soffermi.

276. Non pare si sia mai dubitato che in Italia non sia possibile costituire altre società se non società *italiane*, cioè in virtù della *legge italiana*, cioè insomma che l'ordinamento italiano non può mai da sé dar vita (cioè conferire « personalità originaria ») ad una società *straniera*, cioè sulla base di una *legge straniera*. Ciò pare talmente ovvio che lo si esplicita soltanto di rado¹⁹⁰⁶. La creazione di entità societarie nel foro, ad opera cioè di

v. SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, 1970, ed anche in *Enc. dir.*, XLII, 1990, p. 883-908; cfr. LUZZATTO/AZZOLINI, *Società (nazionalità e legge regolatrice)*, *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Commerciale, XIV, Torino, 1997, p. 136 s. BALLARINO, *D.i.p.*, p. 357 dal canto suo parla di « norma di conflitto vera e propria », ma senza menzionarne la « bilateralità »: sul pensiero di quest'A. al riguardo, v. *infra*, nota 1926.

¹⁹⁰² LUZZATTO/AZZOLINI, p. 136 s., spec. p. 141, che intuiscono la ragion d'essere della norma nel proposito di « valorizzare al massimo il modo in cui i vari ordinamenti stranieri provvedono ad organizzare la disciplina speciale dei gruppi nell'ambito della *propria* sfera di applicabilità », fissata « secondo i criteri che tali sistemi determinano », che è postulato dell'unilateralismo; v. anche BALLARINO, *D.i.p.*, p. 350 s., spec. p. 360-361, secondo il quale il criterio della « legge di costituzione » non modifica il compito del giudice, che consiste – come già dall'A. sostenuto nella prima edizione del suo Manuale (p. 604-605), fondandosi sull'art. 16, comma 2, delle preleggi (non abrogato dalla legge di riforma: BALLARINO, *D.i.p.*, p. 360) – nel ricercare, tra le leggi straniere in qualche modo interessate alla fattispecie, quella che riguarda la società come propria, e che vuole dunque regolarla, esattamente com'avviene riguardo all'attribuzione della cittadinanza delle persone fisiche: il che è, come si ricorderà, *démarche* tipicamente unilaterale (*infra*, para. 292).

¹⁹⁰³ Si tratta di BENEDETTELLI, il quale vi ha dedicato tre importanti studi: *Commentario NLCC*, p. 1108-1148; *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, *RDIPP*, 2001, p. 569-620; *Diritto internazionale privato delle società e ordinamento comunitario*, in PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 205 s., a p. 257, e p. 261.

¹⁹⁰⁴ BENEDETTELLI, *Commentario NLCC*, p. 1121 s.

¹⁹⁰⁵ BENEDETTELLI, *Diritto internazionale privato delle società*, p. 257, 261, 269, nota 170.

¹⁹⁰⁶ V. però PICONE, *Diritto internazionale privato delle società*, p. 100, e *Problemi di riforma*, p. 539: « ogni ordinamento può infatti solo provvedere a *constituire* una società nazionale (...), non certo a *constituire* direttamente nel foro una società straniera! »; cfr. anche MAYER/HEUZÉ, p. 666, laddove si legge che « l'autorité qui a immatriculé ou enregistré la société n'y a consenti qu'à la condition (...) que les opérations préalables ont eu lieu conformément à sa loi ». In altri termini, all'interrogativo:

organi dello Stato del foro, di qualsiasi natura essi siano, può avvenire soltanto sulla base della *lex fori*. Ma – come è stato ripetutamente segnalato¹⁹⁰⁷ – la constatazione che il « luogo di costituzione » si trova nel foro dice poco o nulla sul contatto o collegamento necessario con l'« ambiente sociale dello Stato » del foro¹⁹⁰⁸ perché si giustifichi la messa in opera della legge del foro¹⁹⁰⁹. Trattandosi di dar vita nel foro ad una società, dire che le autorità del foro, richieste della costituzione, applicano la legge del luogo di costituzione, o comunque la propria legge in quanto legge del luogo di costituzione, si risolve, come si è acutamente osservato, in una mera « tautologia »¹⁹¹⁰. L'interrogativo che chi è interessato a costituire una società – ad esempio – italiana si pone è infatti: « Quando si applica la legge italiana in materia societaria, cioè quando, o meglio in presenza di quale *collegamento* con l'Italia, si può *costituire* una società in Italia, cioè in forza della legge italiana? ». Rispondere che ciò si può fare quando la si costituisce in Italia, cioè insomma che *si può costituire una società in Italia quando... la si può costituire in Italia*, significa avvilupparsi in una logomachia, perché non si dice l'unica cosa che si vuole sapere. E cioè qual è il fattore d'integrazione in Italia dei soci o della costituzione società, che ne autorizzi qui la costituzione, cioè conformemente alla legge italiana. Il collegamento con la realtà socio-economica italiana, che giustifica l'impiego della legge italiana, non è insomma espresso dal criterio del « luogo di costituzione », che in qualche modo lo suppone già verificato, ma lo si deve cercare, ed infatti lo si è cercato, *altrove*.

Trattandosi di società di capitali, tra i requisiti imposti dalla legge italiana figura anche quello secondo cui la sede sociale dell'ente deve situarsi all'interno del territorio italiano¹⁹¹¹. Le norme italiane in materia societaria non sono dunque « offerte » o

« sulla base di quale legge gli organi italiani competenti, richiesti della costituzione di una società, verificano l'effettiva sussistenza di tutte le condizioni necessarie per dar vita ad essa, cioè l'effettiva sussistenza del diritto soggettivo dei richiedenti di ottenere la collaborazione di tali organi a tale scopo », la risposta suona, sempre e soltanto: sulla base della *legge italiana*.

¹⁹⁰⁷ BALLADORE PALLIERI, *D.i.p.*, p. 148-149; cfr. BALLARINO, *D.i.p.*, p. 359, e BENEDETTELLI, *Commentario NLCC*, p. 1121, p. 50.

¹⁹⁰⁸ Per questa terminologia, CAPOTORTI, *Considerazioni*, p. 627; di « vita economica e sociale » parlano LUZZATTO/AZZOLINI, p. 141.

¹⁹⁰⁹ Con particolare vigore, BALLADORE PALLIERI, *D.i.p.*, p. 146, e p. 148-149; cfr. BENEDETTELLI, *Diritto internazionale privato delle società*, p. 257-258, il quale evoca i « presupposti ai quali condizionare la costituzione delle società » rette dalla legge del foro, nonché LUZZATTO/AZZOLINI, p. 141, i quali, seppure con riferimento alle sole società estere, fanno menzione di quegli « elementi di fatto che, dal punto di vista del collegamento materiale, tale creazione hanno consentito ». Su ciò che il luogo di costituzione non « traduca » un « legame oggettivo », v. anche MAYER/HEUZÉ, *D.i.p.*, p. 667; cfr. BALESTRA, *Las sociedades en el derecho internacional privado*, Buenos Aires, 1992, p. 84-85: « En qué puede ser belga una sociedad que financistas franceses se decidieran a crear mediante un notario de Bruselas, tomando el tren por la mañana para volver por la tarde? ».

¹⁹¹⁰ BALLADORE PALLIERI, *D.i.p.*, p. 147.

¹⁹¹¹ BALLADORE PALLIERI, *D.i.p.*, p. 148, cfr. BALLARINO, *D.i.p.*, p. 359, e BENEDETTELLI, *Commentario NLCC*, p. 1121.

« vendite »¹⁹¹² a tutte le « costituenti » società del mondo, ma soltanto a quelle società per le quali i rispettivi soci fondatori intendono o sono comunque disposti a fissare la sede sociale nel *territorio italiano*¹⁹¹³. Sicché si è osservato che il « reale criterio di collegamento », ai fini della sottoposizione della società alla legge italiana, finisce per essere il « criterio della sede sociale »¹⁹¹⁴. E' vero, si dirà, che la sede sociale indicata nello statuto – o « sede statutaria » – può essere meramente fittizia, perché la sede effettiva si trova altrove. Ma, in primo luogo, si tratta di un'ipotesi che, per quanto non rara, è comunque da annoverarsi, come si è autorevolmente replicato, fra le « situazioni patologiche », riguardo alle quali il diritto non può costruire una regola, tutt'al più formulare un'eccezione¹⁹¹⁵. In secondo luogo, pare di potere dire che, anche se la sede è fittizia dal punto di vista *economico*, perché le decisioni sono prese altrove, e l'attività con cui si persegue lo scopo sociale pure si svolge altrove, la società rimane, dal punto di vista *giuridico*, radicata nello Stato della sua sede statutaria¹⁹¹⁶. Il che ha rilievo almeno sotto certi importanti rispetti: le modifiche dello statuto dell'ente possono solo attuarsi in tale Stato, a fini processuali l'ente agisce da qui, e così via. Sicché, di fronte al diritto, la società può dirsi senz'altro « vivere » quanto meno *anche* nel luogo dove ha la sua sede statutaria¹⁹¹⁷.

¹⁹¹² Per l'espressione « law for sale », con riferimento alla politica intrapresa da più d'un secolo dal Delaware e dal New Jersey, parla ad esempio il giudice WINTER, *Private Goals and Competition Among State Legal Systems*, 6 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 127 (1982-1983), p. 128.

¹⁹¹³ Si tratta dell'art. 2196 c.c., che impone all'imprenditore che esercita un'attività commerciale di chiedere l'iscrizione all'ufficio del registro delle imprese *nella cui circoscrizione stabilisce la sede*, e dell'art. 2330 c.c. (non modificato dalla « riforma del diritto societario », recata dal D. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) che fa obbligo al notaio che ha ricevuto l'atto costitutivo di una società per azioni di depositarlo presso l'ufficio del registro delle imprese *nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale*. Sul punto, v. SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, p. 140 (« l'applicazione alle società della legge italiana è subordinata alla necessaria localizzazione nello Stato della sede statutaria », ed ancora: « pertanto, da un lato, in mancanza della localizzazione della sede in Italia, la società non può essere comunque considerata come soggetta al diritto sostanziale italiano; dall'altro, il fatto che la società ponga *ab initio* la sede statutaria nello Stato costituisce il presupposto sufficiente per l'applicazione ad essa società della legge italiana »); v. già CAPOTORTI, *La nazionalità delle società*, Napoli, 1953, p. 200 s., e BISCOTTINI, *Diritto amministrativo internazionale*, tomo I, p. 359.

¹⁹¹⁴ BALLADORE PALLIERI, *D.i.p.*, p. 150; BALLARINO, *D.i.p.*, p. 359; PICONE, *Diritto internazionale delle società*, p. 96.

¹⁹¹⁵ BROGGINI, *Regole societarie del nuovo diritto internazionale privato svizzero*, *Festschrift M. Pedrazzini*, Bern, 1990, p. 276.

¹⁹¹⁶ Cfr. la distinzione fra « rattachement juridique » e « rattachement économique » proposta da LÉVY, *La nationalité des sociétés*, Paris, 1984, p. 244 s., il quale pare utilizzare il primo per l'individuazione della legge applicabile, ed il secondo per l'attribuzione della nazionalità ad altri fini.

¹⁹¹⁷ Cfr. LÉVY, *La nationalité des sociétés*, p. 258: « Un minimum de vie sociale se déroule toujours à l'adresse officielle de la société ».

Poiché non è il semplice fatto di costituirsi in Italia che delimita da sé il campo di applicazione delle norme italiane in materia societaria, ma è la sede sociale in Italia della costituenda società che esprime tale legame, pare di potere concludere che il « luogo di costituzione » della società non è in grado di svolgere la prima funzione tipica di ogni criterio di *collegamento*, cioè quella di delimitare *da sé* il campo di applicazione spaziale delle norme materiali del foro. Tali norme sono già delimitate da *altre* norme: da quelle, racchiuse nel Codice civile, che prevedono che, perché possa beneficiare della legge italiana, la società debba avere in Italia la sede sociale. Il criterio della legge di costituzione si limita insomma a confermare che, laddove la legge italiana « vuole applicarsi », essa « può » applicarsi. La norma di cui all'art. 25, nella sua parte introversa, non fa che confermare la « *volontà di applicazione* » delle norme italiane quale già risulta da altre norme italiane, non fissa da sé, ex novo, questa volontà d'applicazione.

Rimane da osservare che si dà qui un altro caso di *coincidenza* fra il collegamento che fonda la *competenza* (ad un tempo interna ed internazionale) delle autorità italiane per dar vita all'entità giuridica richiesta – sono competenti le autorità italiane se la sede viene fissata in Italia; in particolare, fra tutte le autorità italiane, sono competenti quelle nella cui circoscrizione si trova tale sede – e il criterio che delimita la *sfera di applicazione* della legge italiana: la legge italiana è *competente* a dar vita alla società la cui sede s'intende fissare in Italia¹⁹¹⁸. Il criterio della sede sociale viene dunque a svolgere una *duplice* funzione, come gli interpreti vengono a riconoscere, soffermandosi talora sull'una¹⁹¹⁹, talora sull'altra¹⁹²⁰, talora su entrambe¹⁹²¹: quella di fondare la competenza delle autorità italiane a dar vita ad una società italiana, da un lato, e quella di tracciare il campo di applicabilità delle norme italiane in materia societaria, dall'altro. Esso è criterio di competenza delle autorità ed ad un tempo criterio di collegamento *unilaterale*, e la norma che lo prescrive è ad un tempo norma sulla competenza delle autorità e norma di conflitto *unilaterale*. Il che – come si è detto – non desta sorpresa quando si chiede ad autorità del foro di dar vita ad un rapporto giuridico od ad un fascio di rapporti giuridici prima inesistente.

¹⁹¹⁸ L'importanza che riveste, in questa materia, la « règle de compétence pour donner naissance à une société », è ben rilevata da MAYER/HEUZÉ, p. 666.

¹⁹¹⁹ BISCOTTINI, *Diritto amministrativo internazionale*, t. I, p. 358: « Il nostro Stato si considera competente ad attribuire la personalità originaria alle società commerciali solo quando hanno la sede nel suo territorio ».

¹⁹²⁰ V. autori citati *supra*, nota 1914.

¹⁹²¹ In particolare SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, p. 141, secondo cui, da un lato, la competenza del Tribunale dell'omologa è determinata con riferimento al luogo in cui la società fissa la sua sede statutaria, e, dall'altro e conseguentemente, l'applicazione alle società della legge italiana è subordinata alla necessaria localizzazione nello Stato della sede statutaria; v. anche BENEDETTELLI, *Commentario NLCC*, p. 1125, nota 61, il quale riferisce che la localizzazione della sede all'interno del territorio « rappresent[a] un requisito essenziale per procedere alla costituzione

277. Veniamo ora alle società c.d. « straniere », cioè non costituite in forza ed attuazione della legge del foro. Poiché, come si è detto, gli organi italiani non possono dar vita ad una società se non sulla base della propria legge, il solo problema che si può porre a questo riguardo dinanzi alle autorità italiane è quello di determinare se o meno una società costituita all'estero, cioè in virtù di una legge straniera, possa considerarsi esistente anche dal punto di vista dell'ordinamento italiano, e quale ne sia la disciplina. Il problema si volge allora in quello di scoprire qual è la *legge giusta* la quale valutare tutto ciò¹⁹²².

Ora, ragionando in termini bilaterali tradizionali, l'interrogativo che il foro si pone è, più precisamente, il seguente: « Data una società straniera, cioè *costituitasi* sulla base di una legge straniera, quale legge è applicabile a tale società, innanzitutto alla questione di sapere se essa esista giuridicamente (per l'ordinamento del foro), e poi a quella di determinare quale ne sia il regime (per il foro)? Cioè: qual è il *collegamento* che ritengo rilevante, e che fa sì che lo Stato in cui esso si concretizza sia, dal mio punto di vista, competente a regolare le condizioni di regolare esistenza dell'entità societaria e il successivo funzionamento interno? ». Che una società si sia *costituita* all'estero, e che vi sia dunque una « legge di costituzione », cioè una legge sulla base della quale la società è stata creata, è evidente, ché sempre, se una società esiste, è perché ha preso nascita e forma in grazia di un certo diritto¹⁹²³. Ora, è proprio da questa constatazione che muove l'interrogativo di cui si è detto, con il quale, come lascia intendere autorevole dottrina, si aspira a sapere *altro*, cioè quale sia la legge competente a valutare se o meno la società, che pur esiste per uno Stato straniero, esiste anche per il foro, e quale ne sia, per il foro, la disciplina¹⁹²⁴. La quale competenza deriva dal concretizzarsi nel relativo Stato di un collegamento, scelto, nella prospettiva bilaterale, dal foro. Se dunque dall'operare di tale collegamento risulta che la legge di cui si è in cerca è proprio quella che ha dato vita alla società, il foro riconoscerà l'esistenza giuridica di tale società; se competente è invece la

di una società di capitali ai sensi del diritto italiano, nonché per radicare la competenza del tribunale ad emanare il decreto di omologazione ».

¹⁹²² Su ciò che « riconoscere una società » non significa altro che « applicare » la legge del Paese straniero che le ha dato vita, v. recentemente GARCIMARTÍN, *Derecho de sociedades y conflicto de leyes: una aproximación contractual*, Madrid, 2002, p. 43 (« reconocer una sociedad extranjera no es más que aplicar el Derecho extranjero: si se ha constituido válidamente a la lex societatis se reconoce como tal si no, no ») e KEGEL/SCHURIG, *IPR*, p. 505 (« [d]ass eine ausländische juristische Person bei uns anerkannt wird, heisst nicht mehr als: sie ist nach dem [anwendbaren] Recht (...) rechtsfähig »); cfr. MAYER/HEUZÉ, p. 666 e CAFLISCH, *La nationalité des sociétés commerciales en droit international privé*, ASDI, 1967, p. 120.

¹⁹²³ Per tutti, v. BROGINI, *Regole societarie*, p. 276.

¹⁹²⁴ MAYER/HEUZÉ, p. 666: trattandosi di determinare se una società validamente creata all'estero è da considerarsi validamente esistente in Francia, gli A. spiegano che « la loi applicable à la constitution et au fonctionnement de la société est bien celle de ce pays, mais cette affirmation n'a de portée qu'à la condition que la société ait été immatriculée ou enregistrée dans le pays qui convenait, faute de quoi elle doit être tenue pour nulle (...) »; cfr. GARCIMARTÍN, *Derecho de sociedades*, p. 43.

legge di un altro Stato, allora il foro negherà l'esistenza della società, la quale, dal suo punto di vista, è stata creata da un « diritto incompetente », da un *falsches Recht*¹⁹²⁵, ed è come se non fosse nata. Rispondere che competente è la legge dello « Stato di costituzione », significa rispondere che, per determinare se una società, costituita sulla base di una legge straniera, ha esistenza anche per il foro, sempre si riconosce efficacia proprio alla legge straniera sulla base della quale essa esiste, cioè alla legge straniera che ha *realmente operato*. Il che significa dire che la società, nella misura in cui si è validamente costituita per un ordinamento straniero e giusta la legge di tale Stato, è, nel foro, riconosciuta... *sempre*, cioè che la legge che ha dato vita alla società è, nel foro, applicata sempre, senza che quest'ultimo condizioni tale riconoscimento, cioè tale attribuzione di efficacia, all'esistenza di uno *specifico* collegamento con lo Stato di costituzione, la cui legge, così messa in opera all'estero, viene dunque « prolungata » nel foro quanto agli effetti che ha colà generato¹⁹²⁶.

¹⁹²⁵ E' l'espressione con cui la dottrina tedesca esprime e giustifica il rifiuto del riconoscimento: v. GROSSFELD, *Staudinger Kommentar, Internationales Gesellschaftsrecht*, 14. Bearb., Berlin, 1998, no. 426; SONNENBERGER, *Münchener Kommentar, Internationales Gesellschaftsrecht*, n. 559.

¹⁹²⁶ Si comprende dunque l'affermazione di BALLARINO, *La società per azioni*, p. 42, secondo cui, in tale materia, « il riconoscimento di valori giuridici stranieri ha luogo al di fuori dello schema della norma di conflitto come strumento per individuare la legge regolatrice ». Il che non significa, né probabilmente il chiaro A. ha voluto significare, che il riconoscimento abbia luogo attraverso qualcosa di diverso da una « norma che pone un criterio per risolvere un conflitto », dal momento che, come lascia intendere poco più in là, con tale « riconoscimento » si mira pur sempre a risolvere un « problema di conflitto », cioè a scegliere una fra più leggi potenzialmente applicabili (né può ragionevolmente negarsi che si abbia a che fare qui con una « norma »: ben si parla, ad esempio, di « norme sul riconoscimento di sentenze o atti stranieri »). Vero è piuttosto che il « riconoscimento » di una società non si fonda su una *norma di conflitto bilaterale*. Riprendendo la definizione dell'A., da lui formulata nel vigore delle norme precedenti, « riconoscere una società » significa infatti che « l'esistenza e l'attività della persona giuridica straniera nell'ordinamento italiano dipend[ono] da quanto stabilisce un ordinamento giuridico straniero che occorre ricercare fra tutti i sistemi giuridici stranieri rispetto ai quali essa presenta delle connessioni significative » (*D.i.p.*, p. 355: un addentellato testuale veniva da lui rinvenuto nell'art. 16, comma 2, della preleggi). Raccapizzando gli elementi del pensiero dell'A. « anteriforma »: la legge applicabile alle società (perché si tratta pur sempre di risolvere un « problema di conflitto » fra più leggi, selezionandone una) non veniva designata da una norma di conflitto tradizionale; essa si rinveniva ricercando quell'ordinamento giuridico che le aveva dato esistenza e che intendeva disciplinarne l'attività: il che è, invero, procedimento tipico dell'unilateralismo, più precisamente quanto impone la « porzione estroversa » di una norma unilaterale. L'A. dichiara che la riforma ha sul punto innovato « più la forma che la sostanza » (*D.i.p.*, p. 351). In particolare, sul versante del diritto straniero, l'interprete dovrà anche ora andare alla ricerca di quell'ordinamento giuridico che riguarda la società come propria, esattamente come avviene quando si tratta di accertare la cittadinanza di M. Tandel (*D.i.p.*, p. 360). Il modo di accertamento della legge applicabile all'esistenza ed al funzionamento di una società straniera non è insomma mutato: unilateralismo prima, unilateralismo ora. Ma l'A. va più in là, segnalando che tale procedimento può condurre a situazioni di « duplice appartenenza » della società. Sono i *conflitti positivi* cui può dar luogo l'unilateralismo. Come affrontare tali situazioni? L'A. compie al riguardo il rilievo fondamentale che una legge bisogna pur sceglierla, *una sola*, perché « l'applicazione di due

Ancora una volta, il criterio della « legge di costituzione » non esprime di per sé un « collegamento » che giustifichi l'applicazione della legge cui il foro pur attribuisce efficacia. Non ci si fraintenda. Dire che il foro applica la legge che ha dato vita alla società non significa che il foro applichi alla società la legge di uno Stato che *non* abbia collegamento *alcuno* con essa. Ma significa piuttosto che il collegamento che giustifica la messa in opera della legge dello Stato la cui legge è applicabile agli occhi del foro *non è individuato dal foro stesso, ma da ciascuno Stato per conto suo*, secondo che paia ad esso opportuno. Il che significa a sua volta che, agli occhi del foro, non vi è un *solo* collegamento che giustifica tale applicazione, ma più d'uno: possono essere, di volta in volta, la sede statutaria (come in Italia), la sede effettiva, la cittadinanza dei soci di controllo, ed altri criteri ancora¹⁹²⁷. Il legislatore italiano, insomma, riconosce la libertà di ciascun ordinamento di definire i « presupposti materiali » o gli « elementi di fatto », in presenza dei quali esso autorizza gli interessati a dar vita ad un ente societario¹⁹²⁸. Esso non sindaca, almeno in principio, l'esercizio di tale libertà e, in particolare, non prescrive la necessità, e la sufficienza, del criterio della sede statutaria né a quegli ordinamenti che non lo reputano necessario, come l'Inghilterra, né a quegli ordinamenti che non lo riguardano come sufficiente, alla stregua – come s'insegna per lo più – della Germania¹⁹²⁹.

278. Giova allora trarre le conclusioni sul significato profondo del criterio della legge dello Stato di costituzione. Il quale, lungi dal delimitare da sé la sfera d'applicazione delle norme straniere, conferma e riconosce la *volontà di applicazione* di queste ultime,

norme può condurre ad un risultato contraddittorio ». In virtù dell'art. 16, comma 2, è, secondo l'A., possibile accordare prevalenza all'« ordinamento più forte »: cioè, insomma, ci pare, all'ordinamento con cui la società è più strettamente collegata (l'A. dubita, è vero, che l'art. 25 possa consentire ancora di ricorrere a tale norma, ma il principio del collegamento più stretto può forse ricavarsi altrimenti: v. *infra*, para. 280, in fine). Significativo è da ultimo richiamare il giudizio complessivo da lui formulato su tale procedimento, ponendolo a confronto con la norma bilaterale classica: « il riconoscimento si traduce in un'alternativa fra valori giuridici nazionali e stranieri molto più immediata e semplificata rispetto al quadro tipico del funzionamento della norma di conflitto », precisiamo: bilaterale (*La società per azioni*, p. 43).

¹⁹²⁷ V. per una lista dei « points de rattachement » utilizzati dalle legislazioni europee in materia di società commerciali, v. CAFLISCH, *La nationalité des sociétés commerciales*, p. 124 s. e CAPOTORTI, *Considerazioni*, p. 630 s.

¹⁹²⁸ Limpidamente sul punto, LUZZATTO/AZZOLINI, p. 141 s.

¹⁹²⁹ Insistiamo: il foro (qui l'Italia) non *attribuisce* ad un solo Stato, a quel solo Stato che è collegato con la società straniera a mezzo di quel legame che ritiene necessario per dar vita ad enti in forza della propria legge (cioè la sede statutaria), il potere di far nascere a sua volta formazioni giuridiche societarie, escludendo, nei limiti del suo ordinamento, il potere di tutti gli altri Stati, ma a tutti *riconosce* l'eguale diritto di definire i presupposti così spaziali come materiali in base ai quali far operare le proprie norme, cioè, l'eguale diritto di definire da sé il campo di applicazione di queste. Detto ancora altrimenti, non vi è, nell'ottica del foro, un solo *richtiges Recht*, e tutti gli altri sono *falsche Rechte*, ma tutti sono competenti, ciascuno sul fondamento delle proprie leggi e dei collegamenti da esse esplicitati od in esse impliciti.

quale impressa dai rispettivi legislatori e recata in atto, « concretizzata », dai loro organi¹⁹³⁰. Il che è rivelato in maniera esemplare da Lord Wright, in una causa inglese rimasta celebre, quand'ebbe a dire che « it is the *will of the foreign authority* which created [the corporation] which is recognised by the English law »¹⁹³¹. Il che val quanto dire che è la *volontà della legge straniera*, posta dal legislatore straniero, ed attuata dalle sue autorità, che viene rispettata e attuata nel foro.

L'Italia, aderendo al criterio della legge di costituzione, riconosce l'esistenza giuridica di tutte le società cui una legge straniera, non importa quale, abbia voluto dare nascita e che abbia effettivamente operato per dare loro nascita, segnatamente – trattandosi di società di capitali – mediante verifica, da parte delle autorità straniere, della sussistenza delle condizioni all'uopo necessarie. Non è, si badi, la semplice esistenza « fattuale » di cui si prende atto, ché la società non è riconosciuta nella misura in cui, per lo Stato di costituzione, le norme che le hanno dato vita sono state messe in opera quando non lo « volevano », o più esattamente quando, nell'applicarsi, non « volevano » dar vita alla società, cioè quando mancavano i presupposti cui esse ne subordinavano la regolare costituzione¹⁹³².

¹⁹³⁰ Cfr. BENEDETTELLI, *Diritto internazionale privato delle società*, p. 261: « l'ordinamento del foro, lungi dall'imporre in via generalizzata le proprie soluzioni conflittuali e coordinarsi con il diritto straniero *bilateralizzando* i criteri in base ai quali individua i limiti di applicazione della *lex societatis* interna, dovrà porsi *dal punto di vista* dell'ordinamento ai sensi della cui legge l'ente è stato costituito per cooperare all'attuazione di tale legge in conformità alla disciplina di diritto internazionale privato da esso dettata in materia ».

¹⁹³¹ *Lazard Bros & Co v Midland Bank Ltd* [1933] AC 289, a p. 297 (citato da NYGH/DAVIS, p. 659). Più precisamente, Lord Wright, dopo avere rilevato che « the creation depends on the act of the foreign State which created them », precisa che « the will of the sovereign authority which created it can also destroy it » e che « English law will recognise the one » (cioè la « volontà dell'autorità straniera di creare la società ») « as the other » (cioè la volontà dell'autorità straniera di estinguerla). Cfr. anche il *dictum* di Lord Hanworth, in *C.L. Dreyfus v Commissioners of Inland Revenue* (1929) TC 560 (citato da RAMELOO, *Corporations*, p. 129): « Now we have upon the facts a clear finding that there was an entity (...) constituted by French law, and we have to recognised that entity (...). We have to recognise the foreign entity so established because it is not a mere matter of *lex fori*; it is a matter of the status which an entity brings over here with it ».

¹⁹³² Ciò è riconosciuto dai commentatori dell'art. 25 (BENEDETTELLI, *Commentario NLCC*, p. 1125 s.; BALLARINO, *D.i.p.*, p. 360, LUZZATTO/AZZOLINI, p. 141), anche da chi vi vede in sostanza una norma bilaterale « classica », il quale ammette che gli « elementi di fatto » che giustificano agli occhi del foro la legittima creazione « non possono che essere determinati dal diritto competente » (LUZZATTO/AZZOLINI, *loc. cit.*): con la precisazione che tale diritto è « competente » non in quanto la competenza sia ad esso attribuita dal foro, come avviene, e salvo il meccanismo del rinvio, nella norma di conflitto bilaterale, ma perché si è « auto-riconosciuto » come competente – a creare la società –, tanto è vero che l'ha creata, ché se non l'avesse creata, cioè se non si fosse auto-riconosciuto competente (difettandone i presupposti, materiali o spaziali, da esso unilateralmente fissati) neppure lo sarebbe stato per il foro.

Ma come identificare la legge che « ha dato vita alla società », conformemente alla quale essa si è costituita? Si conviene in genere che l'interprete sarà talvolta chiamato a svolgere un'« indagine empirica » al fine di individuare l'ordinamento (o, come stiamo per dire, gli ordinamenti), i quali, essendosi realizzati quei presupposti necessari per la creazione dell'ente quali fissati dalle loro leggi, abbiano provveduto, applicando tali loro leggi, a darvi esistenza giuridica¹⁹³³. Il che costituisce, è difficile negarlo, una *démarche* tipicamente unilaterale, anzi la prima difficoltà – come dicono i « bilateralisti » – contro cui deve scontrarsi l'unilateralismo: la ricerca della legge straniera che « vuole » applicarsi, o meglio che si è applicata, avendo voluto applicarsi, cioè che ha realmente e correttamente operato, dal punto di vista dell'ordinamento da cui emana. E' significativo che il rimprovero che viene spesso rivolto a tale *démarche* dai teorici della bilateralità, i quali fanno leva sulla sua impraticabilità od eccessiva laboriosità, non è qui ripetuto; ed è pure significativo che un autore abbia preso atto di ciò che, al contrario, tale procedimento è « *molto più immediat[o] e semplificat[o]* rispetto al quadro tipico del funzionamento della norma di conflitto » tradizionale¹⁹³⁴.

279. Una volta che un organismo societario si costituisce in virtù di una certa legge, la legge applicatasi alla nascita di esso *vuole* anche, in genere, regolarne la vita, fino alla dissoluzione¹⁹³⁵. Ciò è talvolta detto dal legislatore in modo esplicito, come avviene, ad esempio – lo vedremo – in diversi *sister states* degli Stati Uniti¹⁹³⁶, ma è principio che tende a riconoscersi siccome generale. Ed è invero poco realistico supporre, da parte di uno Stato, la *volontà* di costituire una società sulla base della sua legge, ed una *non volontà*, o meglio il *rifiuto*, di regolarne, mediante le sue norme, il successivo funzionamento. La costituzione di una società conformemente ad una certa legge è, del resto, per lo più voluta dagli interessati, ed autorizzata dal legislatore, in funzione di un certo regime di vita dell'organismo societario, di una certa disciplina.

La quale constatazione aiuta a comprendere la genesi dei *conflitti positivi* di leggi, che, come rileva la dottrina, possono darsi con frequenza in tale campo e, in particolare, in

¹⁹³³ BENEDETTELLI, *Commentario NLCC*, p. 1125; ID., *Diritto internazionale privato delle società*, p. 256 s.; BALLARINO, *D.i.p.*, p. 360-361 (già in *D.i.p.*, 1^a ed., p. 694) e *La società per azioni*, p. 44.

¹⁹³⁴ BALLARINO, *La società per azioni*, p. 43. Per il rilievo che l'A. intende qui riferirsi alla norma di conflitto bilaterale, v. *supra*, nota 1926.

¹⁹³⁵ I commentatori del diritto inglese sono espliciti sul punto: una volta che la società si è costituita secondo la legge inglese, tale società rimarrà sempre regolata, per quanto riguarda sia la sua *esistenza*, sia il suo *funzionamento*, sia la sua *estinzione*, dalla legge inglese (di « birth », « life » and « death » parla, ad es., WOLFF, *P.I.L.*, p. 295). Sui legami di solidarietà fra « formation et constitution » di una società, da un lato, e il suo « fonctionnement » dall'altro, sicché la legge applicabile alle une non può non essere applicabile anche all'altro, v. BATIFFOL, *Le changement de nationalité des sociétés*, *Trav. com. fr. dr. int. pr.*, Année 1967, p. 66 s.

¹⁹³⁶ *Infra*, para. 283 s.

due categorie di situazioni, di frequenza diseguale¹⁹³⁷. Da un lato, attribuire efficacia alla legge dello Stato che riguarda l'ente come validamente formatosi secondo le proprie leggi comporta la possibilità, che si realizza in realtà di rado, che più d'uno Stato riconosca, appunto, l'ente come – « geneticamente », vien fatto di dire – proprio, cioè come costituitosi in virtù delle proprie norme, e cui ciascuno di essi attribuisce dunque la « personalità originaria »¹⁹³⁸. Più leggi sono allora applicabili, nel senso che più leggi *vogliono* applicarsi: innanzitutto alla costituzione, riguardo alla quale, però, il contenuto di esse è spesso praticamente il medesimo, nel senso che, dal punto di vista di entrambe, per lo più la società è venuta a valida esistenza giuridica; in secondo luogo, e soprattutto, al regime di funzionamento, non essendovi, come detto, legge che non intenda regolare la vita della società alla cui nascita ha concorso.

L'applicabilità di più leggi può, e più frequentemente, avere luogo perché uno dei due Stati, pur riconoscendo la società come straniera in quanto costituitasi (a titolo originario) sulla base della legge di un altro Stato, pur cioè applicando, in ordine alle condizioni di regolare costituzione della società, le norme di tale Stato, e riconoscendone dunque l'esistenza giuridica, intende nondimeno assoggettarla, a motivo di un collegamento con il suo sistema socio-economico, per *certi aspetti del suo funzionamento*, ad alcune sue norme, quelle – appunto – che regolano tali aspetti, le quali sue norme hanno dunque, riguardo a questa società, « volontà di applicazione ». Ciò può avvenire vuoi perché la giurisprudenza di tale Stato abbia a ritenere una o più disposizioni interne come « di applicazione necessaria » o « d'ordine pubblico », le quali, come si è detto, sono tali soltanto in presenza di uno o più legami forti con il foro, « consacrati » in una norma unilaterale *implicita*¹⁹³⁹; o per effetto di una norma unilaterale *esplicita*, che prescriva l'osservanza di certe norme del foro anche da parte degli enti che, pur stranieri, siano ad esso avvinti a mezzo di quell'indice o fattore di prossimità da essa promosso a collegamento

¹⁹³⁷ Cfr. BENEDETTELLI, *Commentario NLCC*, p. 1127 s., il quale ne individua per la verità tre, l'ultima delle quali riguarda però i rapporti fra due società (disciplina dei gruppi, fusioni e scissioni, e così via), che tralasciamo qui *brevitatis causa*, concentrandoci sulla legge applicabile al funzionamento di un singolo ente.

¹⁹³⁸ Sulla distinzione fra « personalità originaria » o « diretta » o « attribuita originariamente », e « personalità derivata » o « attribuita a titolo derivato », v. BISCOTTINI, *Diritto amministrativo internazionale*, t. I, p. 350 s.

¹⁹³⁹ V. ad es. Douai, 1° dicembre 1955, *Rev. crit.*, 1956, p. 490, nota LOUSSOUARN, che riguardava la responsabilità dell'amministratore di una « société anonyme » con « lieu de succursale » (assimilato alla « sede sociale ») in Francia, ma costituitasi sulla base della legge lussemburghese: la responsabilità fu sottoposta alla legge francese, le cui norme furono ritenute d'« ordine pubblico ». Diversi autori ritengono che il ricorso alle norme internazionalmente imperative dovrebbe assicurare un *garde-fou* sufficiente per la protezione di quegli interessi cui aspira l'idea della « sede effettiva »: v. per il Belgio, v. TILQUIN, *L'incorporation comme facteur de rattachement de la lex societatis*, *Rev. pratique des sociétés*, 1998, p. 5 s., e per la Germania, TEIPEL, *Die Bedeutung der lex fori für die Anknüpfung des Haftungsdurchgriffs*, Heidelberg, 1994, p. 125 s., spec. p. 127.

unilaterale¹⁹⁴⁰. Quest'ultima via è stata prescelta dall'Italia¹⁹⁴¹: l'art. 25, comma 1, seconda proposizione, dispone infatti l'applicabilità della legge italiana a quelle società costituite all'estero la cui « sede dell'amministrazione » è situata in Italia ovvero il cui « oggetto principale » si realizza in Italia¹⁹⁴².

Si è parlato, nell'uno e nell'altro caso, di possibili « conflitti positivi di competenza »¹⁹⁴³: fra lo Stato di costituzione e lo Stato dell'amministrazione o dell'oggetto principale. Importa qui rilevare che l'applicabilità di ciascuna delle due leggi in conflitto deriva dalla « volontà d'applicazione » impartitagli dal rispettivo legislatore. Lo Stato di costituzione, come ha voluto applicare le sue norme alla nascita della società, così tendenzialmente le dichiara pure applicabili al suo regime interno; lo Stato in cui, ad esempio, si radica il « centro di gravità » dell'amministrazione sociale, pur accettando di riconoscere e dar effetto presso di sé alla volontà dello Stato estero di conferire esistenza alla società – e per lo più anche al funzionamento originario della società quale impresso dalle norme di tale Stato –, pretende intervenire sottoponendo ad alcune sue norme il suo funzionamento successivo. Ne scaturisce dunque un conflitto positivo di leggi: fra due norme o serie di norme sostanziali che sono dichiarate applicabili dai rispettivi ordinamenti alla vita della medesima società¹⁹⁴⁴.

¹⁹⁴⁰ V. per es. l'art. 159 LDIP, il quale dispone l'applicazione del diritto svizzero in materia di responsabilità delle persone che agiscono in nome della società a quegli enti le cui attività sono esercitate in Svizzera o a partire dalla Svizzera: trattasi di una norma unilaterale, avente in sostanza per collegamento la « sede dell'amministrazione »: v. VISCHER, *Zürcher Kommentar*, p. 1784 s.; BROGGINI, *Regole societarie*, p. 277-278; DUTOIT, p. 506 s.

¹⁹⁴¹ Anche se rimane aperta la possibilità di individuare norme di applicazione necessaria ai sensi dell'art. 17 della legge di riforma: BENEDETTELLI, *Commentario NLCC*, p. 1137 s.

¹⁹⁴² Identica disposizione si ritrova all'art. 16 della nuova legge sud-coreana sul d.i.p. del 7 aprile 2001, il cui testo è riprodotto in *Yearbook of Private International Law*, 2003, p. 315-336, con un commento di SUK, *The New Conflict of Laws Act of the Republic of Korea*, ibid., p. 299 s. Come si è lasciato intendere (BENEDETTELLI, *Commentario NLCC*, p. 1134 s.), la disposizione citata non elimina il rilievo del compito dell'interprete, che dovrà chiedersi quali siano le disposizioni italiane che sia « necessario » applicare, ché la norma unilaterale italiana, a differenza dell'art. 159 LDIP, che si applica alla sola responsabilità di chi agisce in nome della società, non definisce la sua portata materiale.

¹⁹⁴³ BENEDETTELLI, *Diritto internazionale privato delle società*, p. 262.

¹⁹⁴⁴ Occorre dunque dissipare una possibile fonte di equivoco: che, cioè, quest'ipotesi di « applicabilità » di più leggi possa in definitiva assimilarsi a quella che pure si dà talvolta, nell'« universo » bilaterale, cioè nei casi di « concretizzazione plurima » di un medesimo criterio di collegamento, segnatamente nei casi di pluricittadinanza. Ora, se ben si riflette, si deve respingere tale assimilazione: la distinzione fra le due ipotesi è netta ed irriducibile, e coglie alla radice il divario programmatico fra unilateralismo e bilateralismo. Nei casi di doppia cittadinanza, l'applicabilità delle due leggi risulta dal concretizzarsi in più Stati di uno stesso collegamento scelto dal foro, il quale rileva non già perché alla base della « volontà di applicazione » di ciascuna delle leggi quale impressa dai rispettivi legislatori, ma per volontà esclusiva del foro. Il quale ha scorto nella cittadinanza il collegamento più appropriato in quanto per lui espressivo della « maggiore prossimità »: è insomma perché

Che possano generarsi dei conflitti di questo tipo è peraltro ammesso anche da quegli autori che rimangono vincolati ad una lettura bilaterale della disposizione italiana di cui si è detto, i quali autori si limitano per lo più a segnalare l'esistenza del problema senza soffermarsi sulla sua possibile soluzione¹⁹⁴⁵. Chi invece muove da una prospettiva unilaterale si è addato con una cura particolare a proporre accomodamenti plausibili a tali conflitti internazionali di leggi, avendo come guida costante la funzione generale del d.i.p., identificata, qui come altrove, nel « coordinamento fra ordinamenti » più largo possibile¹⁹⁴⁶. Esporremo qui di seguito le proposte così avanzate, prendendo la libertà di qua e là compiere qualche ritocco.

280. Si può tentare innanzitutto la via della messa in opera *cumulativa* delle due leggi. Può darsi in effetti che essa non conduca a risultati incompatibili, perché, ad esempio, le norme di una legge regolano certe questioni, e quelle dell'altra legge regolano altre questioni, o perché le due norme o serie di norme, pur aspirando a disciplinare la medesima questione, lo fanno senza « confliggere », cioè spontaneamente armonizzandosi l'una con l'altra¹⁹⁴⁷. La prima via è, insomma, quella della conciliazione e del rispetto della

« chaque ordre juridique étatique est libre de choisir le ou les points de rattachements qu'il juge appropriés », che « le choix est tombé sur la nationalité » (CAFLISCH, *La nationalité des sociétés commerciales*, p. 123). Nel caso che ci occupa, invece, l'applicabilità di più leggi sorge dal fatto che più Stati, ciascuno in virtù di un proprio collegamento, dichiarano tutti applicabile le loro leggi alla medesima formazione societaria. Il conflitto è qui *internazionale* e dunque *effettivo*. Il foro non fissa da sé il collegamento che conduce alle due leggi, ma si limita a prendere atto della volontà di applicazione dei due Stati, e quindi, indirettamente, a considerare i criteri di applicazione scelti da ciascuno. Si può dire insomma che la « pluriapplicabilità » nasce, nel primo caso, dalla concretizzazione di uno *stesso criterio* di collegamento scelto dal foro; nel secondo caso, deriva dalla *pluralità dei criteri di collegamento* (i quali sono dunque di « qualità » diversa) scelti da ciascuno Stato per delimitare la sfera di applicazione delle proprie norme (se il principio è che il foro consente a ciascuno Stato di scegliere il collegamento, e vi si adatta, ben potrà la scelta essere diversa, e aversi una pluralità di criteri, ciascuno fondante l'applicazione della legge dello Stato in cui si realizza agli occhi di tale Stato).

¹⁹⁴⁵ LUZZATTO/AZZOLINI, p. 148, i quali si limitano a rilevare che « la situazione dovrà trovare soluzione in base alle peculiarità dei singoli casi in esame »; cfr. anche BALLARINO, *D.i.p.*, p. 361, il quale, dopo avere osservato che « l'applicazione di due norme può portare ad un risultato contraddittorio », e che quindi è necessario sceglierne una, ed ancora che il criterio dell'« ordinamento più forte » ricavabile a suo avviso dall'art. 16 delle preleggi non pare più utilizzarsi ora, lascia aperto il problema.

¹⁹⁴⁶ BENEDETTELLI, *Commentario NLCC*, p. 1133 s.; ID. *Il diritto internazionale privato delle società*, p. 256 s.

¹⁹⁴⁷ Tale applicazione cumulativa pone il problema delicato – che, come stiamo per dire, si è posto ed è stato estesamente dibattuto negli Stati Uniti – di individuare il significato da attribuire alla circostanza che una questione in materia societaria « non sia regolata » da una legge e quello, distinto ma correlato, di determinare quando due norme in materia societaria regolanti la medesima questione sono « compatibili » fra loro. Come che sia, vi sono numerosi aspetti cruciali della vita societaria riguardo ai quali ciascuna legge non può non prendere posizione, e per i quali un'applicazione cumulativa non è per lo più concepibile, perché non è possibile per i destinatari di tali norme eseguire

volontà di *entrambe* le leggi, e se tale rispetto simultaneo è possibile, è perché il conflitto, ad un esame attento, è soltanto apparente.

Se l'applicazione cumulativa non è invece possibile, ci si potrà allora chiedere qual è la « forza » o il « grado » della volontà di applicazione dell'una e dell'altra legge. Può darsi, innanzitutto, che una di esse abbia natura soltanto *dispositiva*, cioè che bensì *voglia* applicarsi, ma soltanto subordinatamente all'assenza di un'altra volontà contraria, mentre l'altra norma abbia natura *imperativa*, cioè che voglia applicarsi anche in presenza di una volontà contraria. Ora, è bensì vero che tale volontà contraria – al cospetto della quale la volontà d'applicazione di una norma dispositiva recede e sulla quale la volontà di una norma imperativa prevale – è, in genere, la volontà dei soci fondatori quale espressa per lo più nello statuto della società; ma può, in caso di conflitto con una norma imperativa straniera, essere pure e, viene fatto di dire, a più forte ragione, rappresentata dalla volontà imperativa della norma straniera. Nel qual caso, la norma imperativa dovrebbe prevalere su quella dispositiva. Nel caso, frequente, di pari imperatività, una delle norme in conflitto, a differenza dell'altra, potrebbe essere « internazionalmente imperativa » o d'ordine pubblico, cioè potrebbe avere, nell'ordinamento di cui fa parte, una sorta d'imperatività « rinforzata »¹⁹⁴⁸. Anche qui, dunque, il criterio decisivo di soluzione del conflitto positivo è pur sempre l'osservanza della – qui maggiore o minore – *volontà d'applicazione* delle leggi antagoniste.

Laddove tali criteri non soccorrano, perché si scontrano norme internazionalmente imperative, o perché è difficile valutarne – e graduare – il rispettivo grado d'imperatività, si propone l'impiego di un collegamento ulteriore, *terzo* rispetto a quelli, scelti da ciascuno degli Stati in conflitto, che per ipotesi fondano, dal punto di vista di ciascuno, l'applicabilità della sua legge. In particolare, se ciascuno Stato ritiene che la società si sia *costituita* sul fondamento delle proprie norme, si potrà fare arbitrare tale conflitto dal criterio della *sede effettiva* o dell'amministrazione dell'ente¹⁹⁴⁹. Nel caso di conflitto fra

ciò che ciascuna di esse prescrive senza disattendere l'altra. E qui una scelta fa senz'altro fatta (v. *infra*, para. 285).

¹⁹⁴⁸ Sul potenzialmente diverso « grado d'intensità dell'interesse che gli ordinamenti a confronto mostrano nell'applicazione della propria disciplina », v. ad es. ANGELICI, *Enti stranieri*, Riv. not., 1989, p. 2.

¹⁹⁴⁹ Sono, come si è già segnalato (*supra*, para. 189 s.), i criteri di cui all'art. 25 della legge di riforma, che l'Italia utilizza per disporre l'applicazione di alcune sue norme alle società costituite all'estero. Si potrebbe obiettare che, così facendo, si ricade nella bilateralizzazione del collegamento scelto per l'applicabilità delle norme del foro. L'obiezione non sarebbe pertinente: come rileva BENEDETTELLI, *Commentario NLCC*, p. 1131, qui non si ascrive al diritto straniero – come fa il criterio di collegamento bilaterale – un ambito di applicazione diverso da quello che gli è proprio « attribuendogli unilateralmente un interesse identico a quello che ha motivato l'adozione da parte del legislatore italiano della citata clausola dell'art. 25 », « la volontà di applicazione della legge straniera [essendo] stata già accertata per effetto del funzionamento del meccanismo di conflitto ». Insomma: è la volontà

la legge della costituzione e la legge della sede effettiva, ci si potrà affidare al criterio dell'*oggetto principale* o del luogo in cui si svolgono le attività più importanti della società, avuto riguardo allo scopo sociale. In alternativa, o qualora tale criterio non possa operare, potrà convocarsi il principio aperto del « collegamento in concreto più stretto ». I quali criteri hanno tutti in sostanza per obiettivo di identificare la legge la cui volontà di applicazione è in certo senso più *legittima* perché formulata dallo Stato nel cui sistema l'organismo societario è, avuto riguardo alla questione di volta in volta posta, più significativamente integrato.

281. Vogliamo compiere qui ancora due precisazioni. La prima è che tali proposte sono state avanzate, almeno tendenzialmente, anche per i casi in cui al « conflitto » partecipa la legge del foro, cioè, dal punto della dottrina esaminata, la legge italiana¹⁹⁵⁰. Per giustificare tale equiparazione, si è innanzitutto brandito il principio di eguaglianza fra *lex fori* e legge straniera, sulla cui importanza quale principio-cardine della riforma del sistema italiano di d.i.p. s'è insistito, e s'insiste, da parte di dottrina autorevole¹⁹⁵¹. Mette conto rilevare che ad esso, a ben guardare, si finisce però qui per dare un senso nuovo rispetto a quello tradizionale: come l'Italia s'è arrogata il *diritto di volere* applicare alcune sue norme alle società costituite all'estero ma aventi un rilevante contatto con il proprio sistema, così è tenuta a riconoscere a ciascuno Stato estero l'*eguale diritto di volere* applicare le sue norme nelle ipotesi reciproche, e sforzarsi di cooperare con esso, per quanto le è possibile, affinché l'esercizio di tale parallelo – ed in principio parimenti legittimo – diritto sia internazionalmente efficace. In secondo luogo, si è, a suffragio di tale equiparazione, invocata la « rigida chiusura nei confronti dei valori giuridici stranieri »¹⁹⁵² cui il privilegio della legge del foro condurrebbe, « in contrasto con lo spirito del nuovo sistema di conflitto, e, più generale, con una delle funzioni principali del diritto internazionale privato »¹⁹⁵³, cioè il coordinamento fra il sistema del foro e i sistemi stranieri. Insomma: il principio di eguaglianza fra *lex fori* e legge straniera e le esigenze di « apertura » e di « coordinamento » – due principi informatori della nostra legge di riforma – impediscono che, nel caso di conflitto positivo fra due leggi, la legge italiana – per ipotesi del foro – goda di una posizione di privilegio, ma prescrivono anche ad essa di

di applicazione il vero criterio d'applicabilità della legge straniera, non già il collegamento definito dal foro.

¹⁹⁵⁰ Il che avviene, per esempio, quando una società che si è costituita all'estero ha la sede della sua amministrazione ovvero l'oggetto principale della sua attività in Italia (la legge italiana vuole applicarsi in virtù dell'art. 25, comma 1, seconda proposizione), ovvero di una società che si è costituita in Italia (la legge italiana vuole applicarsi in virtù dell'art. 25, comma 1, prima proposizione) ma ha la sede dell'amministrazione ovvero l'oggetto principale ovvero ancora un altro contatto significativo (BENEDETTELLI, *Commentario NLCC*, p. 1134) con uno Stato estero e tale che quest'ultimo lo ritiene sufficiente per attivare l'applicazione quanto meno di alcune delle sue norme.

¹⁹⁵¹ V., per tutti, BOSCHIERO, *Appunti*, p. 25 s.

¹⁹⁵² BENEDETTELLI, *Commentario NLCC*, p. 1133.

¹⁹⁵³ BENEDETTELLI, *Commentario NLCC*, p. 1131.

conformarsi alle « regole del gioco ». E' conclusione di grande momento e vien fatto di chiedersi se e perché non possa dare i suoi frutti anche in altri campi del diritto internazionale privato.

Il secondo rilievo è che il quadro di soluzioni prospettato può apparire procedimento di complessa attuazione e, soprattutto, dall'esito incerto, a tutto danno della « prevedibilità delle soluzioni ». A chi così argomenta è facile replicare che i criteri proposti per risolvere i *conflitti internazionali di normative societarie incompatibili* mirano proprio a *conciliare* la volontà d'applicazione di due leggi che « confliggono » sul serio, cioè che, volendo entrambe imporsi alla fattispecie, cioè ai membri della compagine sociale cui s'indirizzano, producono risultati contraddittori, o comunque incompatibili, dunque imprevedibili¹⁹⁵⁴. Vero è che se, date due norme, o serie di norme, che i due Stati da cui emanano cominciano con il dichiarare applicabili al medesimo aspetto del funzionamento del medesimo organismo societario, ciascuno dei due Stati, pur consapevole dell'eguale e parallela volontà dell'altro Stato, si mostra a quest'ultima insensibile e persiste ottusamente nel volere prescrivere l'osservanza della propria legge, la « soluzione » che ne deriva non è affatto certa e prevedibile per i destinatari, perché è questa qui e quest'altra lì, sicché sussiste in definitiva, dal punto di vista di essi destinatari, un'incertezza di grado massimo, e spesso una vera e propria impossibilità di conformare i loro comportamenti alle norme che ciascuno Stato intende loro imporre. I criteri proposti per risolvere i conflitti positivi così descritti non hanno altro scopo se non quello di rimediare all'imprevedibilità che deriverebbe dalla permanenza di tali conflitti legislativi sul piano internazionale.

¹⁹⁵⁴ La critica non può ragionevolmente rivolgersi al ricorso del collegamento « terzo », per il quale non dovrebbe sorgere alcuna difficoltà, non comunque maggiore di quelle relative all'accertamento di un qualsiasi fattore di connessione. Quanto al « collegamento più stretto » esso è, come noto, utilizzato sempre più di frequente dalle legislazioni moderne, e il suo impiego è stato proposto anche da parte della dottrina italiana (MIGLIAZZA, *Problemi di riforma*, p. 384 e 394; con riferimento specifico alle *persone giuridiche*, cfr. VITTA, *Postilla*, in *Problemi di riforma*, p. 631 s., a p. 673) in tutti quei casi in cui il collegamento adottato dalla norma di conflitto risulti d'impossibile accertamento od attuazione. Quanto al bilanciamento del « grado d'imperatività », ove si consenta l'intervento delle norme di applicazione necessaria, sia del foro che straniero (ma anche solo del foro), si accetta l'incomodo di una certa complessità d'indagine, e di una loro eventuale « ponderazione » (è il c.d. « *conflit de lois police* », sul quale v. *supra*, para. 223-224). La stessa dottrina bilateralista insiste su ciò che, nel caso di conflitto, mette conto premurarsi di ben soppesare l'effettività della valutazione compiuta dagli ordinamenti in conflitto (cfr. LUZZATTO/AZZOLINI, p. 148) e la necessità che si pervenga « a conclusioni possibilmente *uniformi* sul piano internazionale », ed idonee a soddisfare le « condizioni di certezza ed effettività necessaria a questo tipo di rapporti (*op. cit.*, p. 149).

Su questo punto, quasi sempre lasciato in ombra in Europa, hanno invece insistito la dottrina e la giurisprudenza degli Stati Uniti. Le quali, per accomodare tali conflitti, hanno elaborato soluzioni sorprendentemente simili a quelle di cui si è discusso fin qui¹⁹⁵⁵.

¹⁹⁵⁵ Vogliamo premettere una breve « escursione » nel campo del diritto inglese per mostrare come, anche qui, i criteri proposti per risolvere il problema della pluralità di leggi aventi volontà d'applicazione siano assai simili rispetto a quelli proposti dalla dottrina italiana. Il diritto internazionale privato inglese prevede che una società che si costituisce secondo la legge inglese sia regolata, per quanto riguarda sia la sua esistenza, sia il suo funzionamento, sia la sua estinzione, dalla legge inglese (in particolare dal *Company Act 1985*). Una società può costituirsi secondo le leggi inglesi anche se non ha in Inghilterra né la sua sede, cioè il suo « place of business » o i suoi « corporate headquarters » (non esiste un equivalente della « sede statutaria », ciò che i soci devono indicare essendo, per i tipi societari per i quali è necessario un procedimento che coinvolga un'autorità pubblica, un semplice « registered office », cioè un « official address », in sostanza un mero « recapito »: v. HADARI, *The Choice of National Law Applicable to the Multinational Enterprise and the Nationality of Such Enterprises*, 1 *Duke L. J.* 10 (1974), p. 11, né il centro di amministrazione o direzione, né tutta o parte delle sue attività. La semplice volontà dei soci fondatori di costituire la società sulla base della legge inglese basta a giustificare la messa in opera della legge inglese, la quale è dunque « offerta » a tutte le costituenti società del mondo. Per quanto riguarda le società costituite in forza di una legge straniera, le corti inglesi da secoli le riconoscono come soggetti di diritto e funzionanti sulla base della rispettiva legge (già nel 1728, nel caso *Henriques v. Dutch West Indies Co* (1728) 2 *Ld Raym* 1532, citato da NYGH/DAVIES, *Conflict of Laws of Australia*, 7th ed., Sydney, 2002, p. 658-659, si consenti ad una società straniera di stare in giudizio in Inghilterra; sulla costanza di questo principio, v. RAMELOO, *Corporations*, p. 128), non importa quale sia il « connecting factor » con il relativo Stato in virtù del quale la legge straniera si è applicata, e sia che la società esista in virtù di un processo formale di incorporazione, sia che ciò non sia richiesto dalla relativa legge (SMART, *Corporate Domicile and Multiple Incorporation in English Private International Law*, *The Journal of Business Law*, 1990, p. 128-129; che cita *von Hellfeld v. Rechnitzer* [1914] 1 *Ch.* 748). E già si è detto che, di fronte a questo approccio alquanto « liberale » del diritto inglese, i giuristi di questo Paese non hanno difficoltà ad ammettere che, in definitiva, è la « volontà dello Stato estero », cioè la « volontà delle leggi » di questo, di dar vita ad una società e di regolarla, che è riconosciuta ed attuata in Inghilterra (v. *supra*, nota 2014). Veniamo allora ad un problema che ha destato un certo interesse in dottrina, nonostante non paia essere ancora venuto al vaglio della giurisprudenza (SMART, *Corporate Domicile*, cit.; v. anche DICEY/MORRIS, p. 1102). E' possibile che due Stati riguardino la società come « duly incorporated », ciascuno secondo le proprie leggi. E' la cosiddetta *multiple incorporation*. Interessa riferire qui quali soluzioni siano state avanzate per uscire dall'« impasse », risultante da ciò che la legge regolatrice della società non può essere più determinata in forza della *sola* regola abituale, perché le leggi di costituzione sono due (SMART, *Corporate Domicile*, p. 129). Un primo rimedio consisterebbe nell'affidarsi ad un ulteriore « connecting factor », quale, ad esempio, la sede dell'attività della società (« seat of business »). Tale rimedio reca tuttavia con sé – opinano alcuni – l'inconveniente di negare ogni efficacia ad una delle due leggi che pure si pretende regolatrice. Una soluzione alternativa fa leva sulla *priorità* temporale, privilegiando la legge che si è applicata *per prima* (« first incorporation rule »). Ma si tratta – si è osservato – di un criterio che può essere arbitrario, talvolta (anche se di rado) non risolutivo (nei casi di incorporazione « simultanea »), e che, in definitiva, presenta il medesimo inconveniente rimproverato al primo criterio. Appare allora più opportuno – si è detto, e veniamo ad una terza via d'uscita – esplorare la possibilità di rispettare entrambe le « volontà straniere », cioè di riconoscere efficacia ad entrambe le leggi. In alcuni casi, non paiono esservi ostacoli: per esempio, si potrebbero

§ II. – Il d.i.p. societario americano: « unicità di regolamento » (« single-law ») e i criteri per risolvere i conflitti positivi

282. Il d.i.p. statunitense in tema di società, materia in cui le legislazioni materiali degli Stati dell'Unione paiono continuare a divergere significativamente¹⁹⁵⁶ nonostante i timori di una paventata « omogeneizzazione » al ribasso, presenta un panorama assai complesso e variegato¹⁹⁵⁷. La dottrina e la giurisprudenza – sul piano statale ma anche federale – sono assai abbondanti: frammentarie, incoerenti e talora propriamente contraddittorie, tanto che si è evocata di recente, per deplorarla, una situazione di « caos », ma nel complesso, ancora una volta, ricche e fertili di spunti¹⁹⁵⁸. E ciò soprattutto ai fini che qui interessano: l'unilateralismo dell'impostazione generale, ma anche di numerose singole norme di conflitto espresse, ci pare manifesto, e del resto riconosciuto, e rimarcato, da certa dottrina. La quale, soprattutto, va già da decenni interrogandosi sulle ragioni profonde che impongono di risolvere i conflitti che si danno in quei casi, non rari, in cui

riconoscere gli atti compiuti validamente secondo una legge ed egualmente validi gli atti validamente compiuti secondo l'altra legge (un precedente giurisprudenziale in questo senso è forse – *op. cit.*, *loc. cit.* – *Royal Bank of Scotland v. Cuthbert*, 1813: si trattava di una società che commerciava sia ad Edimburgo che a Londra; la legge scozzese conoscendo il concetto di « trading domicile », Lord Bannatyne ritenne che tale società avesse il « domicile in both countries », e che fosse dunque regolata sia dalla legge inglese che dalla legge scozzese, e che, in quanto tale, fosse « equally liable to the operation of bankrupt laws in one country, and in the other »). Ma vi sono casi in cui gli effetti delle due leggi « confliggono » sul serio, nel senso che il loro funzionamento simultaneo è *impossibile* (p. 131: « The proposition, that incorporation in two places produces two domiciles, must be refined to take account of circumstances in which the content and effect of the two domiciliary laws conflict. In such a situation one applicable law must be chosen »). Il che, ad esempio, avviene quando una legge autorizza la società al compimento di un atto che l'altra le proibisce. « Qui – si conclude – deve scegliersi una sola legge applicabile ». Il criterio proposto per sciogliere tale effettivo conflitto è che si dia preferenza alla legge dello Stato cui la società presenta il « collegamento più stretto » (*closest connection*). Quattro sono dunque i criteri proposti per dirimere il potenziale conflitto fra due leggi societarie, che riassumiamo qui nell'ordine di preferenza proposto dalla dottrina citata: l'applicazione cumulativa dell'una e dell'altra; l'applicazione della legge dello Stato con cui la società è più strettamente collegata sulla base di un apprezzamento concreto; l'applicazione di quella dello Stato con il quale la società è collegata mediante un collegamento « astratto » ulteriore; l'applicazione della legge che ha operato per prima.

¹⁹⁵⁶ KOZYRIS, *Corporate Wars and Choice of Law*, 34 *Duke Law Journal* 1 (1985), p. 9.

¹⁹⁵⁷ A motivo soprattutto del c.d. « Delaware effect »: CARY, *Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware*, 83 *Yale L. J.* 663 (1974), p. 663-670, secondo cui la concorrenza delle legislazioni per aggiudicarsi le « corporate charters » condurrebbe ad una « race to the bottom » (formula ormai entrata anche nel gergo europeo, risalente quanto meno alla « dissenting opinion » espressa da Justice Brandeis in *Liggett Co. v. Lee*, 288 U.S. 517, 557-60 (1933). Difende invece questo stato di cose, evocando provocatoriamente una « race to the top », WINTER, *Private Goals and Competition Among State Legal Systems*, 6 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* (1982-1983), p. 128 s., il quale invita a constatare le « things that a system of competitive state laws could accomplish » (p. 129).

¹⁹⁵⁸ MAJCHRZAK, *Corporate Chaos: Who Should Govern Internal Affairs*, 24 *T. Jef. L. Rev.* 83 (2001-2002), p. 84 s.

due o più Stati dichiarano le loro rispettive leggi applicabili ad una medesima società – si è per lo più avuto riguardo ai conflitti positivi *interstatali* – nonché sulle modalità più opportune di tale risoluzione.

283. Non si è mai dubitato che ciascuno Stato intenda innanzitutto applicare la sua normativa societaria agli *internal affairs*¹⁹⁵⁹ degli enti che si sono costituiti in forza di tale sua normativa, cioè alle sue *domestic corporations*¹⁹⁶⁰. Diversi Stati specificano questa loro « volontà » in norme legislative esplicite, iscritte nelle rispettive leggi societarie, per lo più, dunque, nei rispettivi *corporate acts*. Dichiarando che (tutte) le norme materiali in essi contenute sono in principio applicabili alle società che hanno preso vita e corpo dalla loro legge, tali Stati vengono a dettare, con ciò stesso, disposizioni che hanno la natura di vere e proprie *norme di conflitto unilaterali*¹⁹⁶¹. Il che è stato poco fa rilevato da ascoltati interpreti, in possesso di una sicura dimestichezza con il d.i.p. europeo, i quali non hanno dissimulato la loro meraviglia nel constatare come tale realtà sia stata finora per lo più negletta dalla giurisprudenza e dalla dottrina. Si dà per pacifico che norme identiche si ricavano *implicitamente* dall'ordinamento degli altri Stati: che, cioè, ciascuno Stato sempre intenda applicare le sue norme materiali alle società che si sono costituite all'ombra delle proprie leggi¹⁹⁶².

¹⁹⁵⁹ Cioè alle « relations inter se of the corporation, its shareholders, directors, officers or agents »: v. *Restatement (Second) of Conflict of Laws* § 313 cmt a (1971). Sulla differenza fra « internal » and « external affairs », v. REESE & KAUFMAN, *The Law Governing Corporate Affairs: Choice of Law and the Impact of Full Faith and Credit*, 58 Colum. L. Rev. 1118 (1958), p. 1134; HADARI, *The Choice of National Law Applicable to the Multinational Enterprise*, p. 20 s.

¹⁹⁶⁰ Già il *Restatement (First) of the Conflict of Laws* §§ 152-161, 163, 182-185, 187 (934), nonché BEALE, *Conflict of Laws*, p. 893-898; cfr. SCOLES/HAY/BORCHERS/SYMEONIDES, *Conflict of Laws*, p. 1102 s.

¹⁹⁶¹ KOZYRIS, *Corporate Wars*, p. 26: « It is remarkable and puzzling that neither the courts nor the commentators show any awareness of the fact that many state statutes contain explicit language limiting the applicability of their law solely to corporations organised under their statute, thereby adopting a *unilateral lex incorporationis rule* ». Si tratta, ad esempio, della Section 1701.98 dell'*Ohio General Corporation Law*, la quale prevede che salvo eccezioni, le norme materiali ivi contenute « shall apply only to domestic corporations »; del § 302.A.011(8) del *Business Corporation Act of Minnesota*, che dichiara applicarsi alle « corporations incorporated under or governed by this Chapter »; del Title 15 § 1002(6) del *Pennsylvania Corporate Statute*, che intende regolare tutte le « domestic corporations », cioè quelle che sono « incorporated or domesticated in this Commonwealth »; e così via.

¹⁹⁶² V. la decisione della Corte Suprema nel noto caso *CTS Corp. v. Dynamics Corp. of America*, 481 U.S. 69 (1987): « no principle of corporation law and practice is more firmly established than a State's authority to regulate domestic corporations »; v. anche KOZYRIS, *Some Observations on State Regulation of Multistate Takeovers – Controlling Choice of Law Through the Commerce Clause*, 14 Del. J. Corp. L. 499 (1989), p. 509, il quale evoca il « long-standing power and interest of the incorporating state to regulate the internal affairs of its own corporations ». Ciascuno Stato è libero di stabilire le condizioni che ritiene più adeguate perché gli interessati, che le soddisfano, diano vita ad una *domestic corporation*. Diversi Stati federali non prevedono la necessità di alcun

Ciononostante, numerosi Stati hanno formulato disposizioni *esplicite* che prevedono l'applicabilità di una parte, più o meno cospicua, delle rispettive norme societarie a tutte le società – anche dunque a quelle costituite altrove – che presentano un certo collegamento, o certi collegamenti, con il loro sistema economico¹⁹⁶³. Si tratta, anche qui, di disposizioni che delimitano *unilateralmente* la sfera di efficacia delle norme interne da esse richiamate, cioè di norme di conflitto unilaterali espresse. Due sono gli esempi più discussi¹⁹⁶⁴. La Sezione 2115 del *California Corporate Code* prevede l'assoggettamento a diversi articoli del *Code* di tutte quelle società il 50 % del cui « business » (che include, grosso modo, vendite e beni) si localizza in California e il 50 % del cui capitale sia detenuto da soci residenti in California¹⁹⁶⁵. La disposizione individua dunque due fattori

collegamento particolare con i loro ambienti socio-economici, né da parte dei soci, né da parte della società. All'atto della costituzione, deve indicarsi non già la « social o corporate seat » (effettiva o fittizia che sia: LATTY, *Pseudo-Foreign Corporations*, 65 *Yale L. J.* 137 (1955-1956), p. 169; cfr. KOZYRIS, *Corporate Wars*, p. 51 s.), bensì un « registered office » nello Stato di incorporazione, non essendo necessario che vi si rinvenga né il « headquarter » né il « principal place of business » (HADARI, *The Choice of National Law Applicable to the Multinational Enterprise*, p. 10), sicché il criterio di applicazione delle norme interne si risolve in una *technical connection* (REESE & KAUFMAN, p. 1127; sarcasticamente, per SOBIESKI, *State Blue Sky Jurisdiction Over Foreign Corporations*, 14 *Hastings L. J.* 75 (1962-1963), p. 89 – il quale si riferisce al Delaware o al Nevada – il « contact » è « that of having got a fee for a charter »), cioè nel fatto che l'« issuance of the charter » abbia avuto luogo per mano delle autorità di quello Stato (KAPLAN, *Foreign Corporations, and Local Corporate Policy*, 21 *Vand. L. Rev.* 433 (1968), p. 433). Il diritto societario di questi Stati – se ne è concluso – risulta messo liberamente « in vendita », ed è « acquistabile » da chiunque intenda servirsene (WINTER, *Private Goals*, p. 127, impiega il termine di « law for sale »). Una volta che un « diritto » è stato « selezionato » ed « utilizzato », si crea un « legame ombelicale » (HOROWITZ, *The Commerce Clause*, p. 815) fra la società e lo Stato d'incorporazione (*chartering State*), sicché questo vuole applicarsi *sempre*, indipendentemente da ogni successivo collegamento che la società abbia ad instaurare con Stati diversi dal « chartering State ». Reciprocamente, una volta che uno Stato, facendo funzionare la sua legge, abbia dato vita ad una società, gli altri Stati sempre ed invariabilmente riconoscono quanto meno l'*esistenza* di tale entità, e ciò anche interamente « local » perché priva di qualsiasi legame effettivo con il « chartering State »: v. LATTY, *Pseudo-Foreign Corporations*, p. p. 147, il quale osserva che mai una società creata in uno Stato A, anche se operante in uno Stato B, è stata considerata una « nullity » e « prevented from acting in the local State »; KAPLAN, *Foreign Corporations*, p. 442.

¹⁹⁶³ Tali norme non riguardano soltanto le c.d. « pseudo-foreign » o « tramp corporations », cioè quelle società che sono « entirely local », cioè « which are incorporated in one state but have their principal place of business and conduct all, or nearly all, of their activities in another » (REESE & KAUFMAN, p. 1118), ma tutte quelle società che, pur avendo elementi di connessione con altri Stati, ed eventualmente anche con lo Stato di incorporazione, presentano con il foro quel legame elevato a circostanza di collegamento e che fa sì che si possano, « for some purposes », considerare « as [they] were domestic corporation[s] » (SCOLES/HAY/BORCHERS/SYMEONIDES, p. 1115).

¹⁹⁶⁴ Per una lista ed un commento di altri « Statutes », che delimitano il loro campo di applicazione, BEVERIDGE, *The Internal Affairs Doctrine: The Proper Law of A Corporation*, 44 *Bus. Law.* 693 (1989), p. 713 s.

¹⁹⁶⁵ Cal. Corp. Code § 2115(a)(1) (West 1990); v. MAJCHRZAK, *Corporate Chaos*, p. 83 s.; NEWMAN, *The Pseudo-Foreign Corporation in California*, 28 *Hastings L. J.* 119 (1976-1977), p. 119.

di collegamento unilaterali *cumulativi*: il luogo prevalente delle attività e dei beni sociali e il luogo di residenza dei soci¹⁹⁶⁶. L'altro esempio è offerto dal § 1320 del(la) *New York Business Corporate Law*, che prevede che diverse parti di tale *law* si applichino a tutte le società (seppure con alcune importanti eccezioni, quali le società quotate in un mercato estero) che conseguano nello Stato di New York almeno la metà del loro giro d'affari¹⁹⁶⁷. Accanto a tali disposizioni sono spesso citate numerose decisioni giurisprudenziali che vuoi hanno attribuito efficacia, vuoi si sono interrogate sull'opportunità di attribuire efficacia, a certe norme materiali del foro nei riguardi di società straniere che presentavano con il foro un significativo legame o « aggregato » di legami – quali, appunto, il « place of business », o la residenza degli azionisti, ma anche dei creditori sociali – ricavandone in questo modo norme unilaterali che promuovono tali legami alla dignità di criteri di collegamento unilaterali¹⁹⁶⁸.

284. Il problema che si è allora dovuto affrontare è quello di « coordinare » la volontà di applicazione della legge dello Stato di costituzione (*incorporation State*) con quella dello Stato o degli Stati nei quali si concretizzano quello o quei collegamenti dai quali essi fanno dipendere – in virtù delle norme unilaterali, espresse o ricavate o ricavabili per interpretazione, di cui si è detto – l'applicabilità di certe loro norme materiali (*local States*); cioè quello di « armonizzare le soluzioni » risultanti dalla messa in opera di tali leggi¹⁹⁶⁹. Come insomma risolvere questo conflitto interstatale di leggi societarie? Ma, prima ancora, a che *pro* sforzarsi di appianarlo? Tanto la dottrina quanto la giurisprudenza concordano attorno all'*esigenza*, al *fine ultimo* di tale opera di coordinamento¹⁹⁷⁰. La quale s'impone perché, altrimenti, i destinatari – detentori di cariche sociali, soci ma anche obbligazionisti e creditori sociali – di tale duplice « serie di norme », che

¹⁹⁶⁶ Le norme materiali dei « chapters » cui la norma di conflitto si richiama (per il dettaglio NEWMAN, *The Pseudo-Foreign Corporation in California*, p. 132 s.) si applicano dunque, per effetto di una norma unilaterale *implicita*, a tutte le società che si sono costituite secondo il *California Corporate Code*, dovunque svolgano la loro attività e dovunque risiedano gli azionisti, e, per effetto di una norma unilaterale *esplicita*, a tutte le società che, pur non essendosi costituite secondo il *California Corporate Code* (e definite *foreign corporations*), presentano con la California entrambi i menzionati contatti. Le norme materiali in questione sono insomma rese applicabili da due *criteri di collegamento unilaterali alternativi*.

¹⁹⁶⁷ BARAF, *The Foreign Corporation*, p. 247 s.; HADARI, *The Choice of National Law*, p. 48.

¹⁹⁶⁸ Per una discussione di tali casi, v. *ex multis*, LATTY, *Pseudo-Foreign Corporations*, p. 150 s.; KAPLAN, *Foreign Corporations*, p. 442 s.; HOROWITZ, *The Commerce Clause*, p. 808 s.

¹⁹⁶⁹ Cfr. HOROWITZ, *The Commerce Clause*, p. 806.

¹⁹⁷⁰ LATTY, *Pseudo-Foreign Corporations*, p. 150 s.; KAPLAN, *Foreign Corporations*, p. 442 s.; HOROWITZ, *The Commerce Clause*, p. 808 s.; BUXBAUM, *The Threatened Constitutionalisation of the Internal Affairs Doctrine in Corporation Law*, 75 *Cal. L. Rev.* 29 (1987), p. 34-36; KOZYRIS, *Some Observations*, p. 510; MAJCHRZAK, *Corporate Chaos*, p. 83 s.; NEWMAN, *The Pseudo-Foreign Corporation*, p. 133; BARAF, *The Foreign Corporation*, p. 247 s.; REESE & KAUFMANN, p. 1124 s.; BEVERIDGE, *The Internal Affairs Doctrine*, p. 713 s.; SOBIESKI, *State Blue Sky Jurisdiction Over Foreign Corporations*, p. 89.

entrambi gli Stati vogliono imporre loro, correrebbero l'« impermissible risk of inconsistent regulation »¹⁹⁷¹, cioè di trovarsi di fronte a « conflicting demands »¹⁹⁷², a prescrizioni – diritti ed obblighi – contraddittori o comunque contrastanti, cui è loro impossibile far fronte e che è loro impossibile esercitare¹⁹⁷³. L'esigenza di tale coordinamento, cioè l'esigenza di enucleare ed impiegare criteri uniformi per risolvere i conflitti positivi di leggi, nasce dal bisogno primordiale di previsibilità, dunque di certezza: è diritto degli operatori societari conoscere in anticipo le « regole del gioco », qualunque esse siano, per potere informarsi sulle loro situazioni giuridiche, di vantaggio e di svantaggio, attuali o potenziali, e, per quanto riguarda queste ultime, valutare se o meno porre in essere gli atti o le operazioni da cui deriverebbero¹⁹⁷⁴.

Che questo sia lo scopo fondamentale della ricerca dell'armonia delle soluzioni risultanti dall'applicabilità delle due leggi in conflitto è stato risolutamente affermato, in due dei *landmark cases* della materia, da parte della Corte Suprema degli Stati Uniti¹⁹⁷⁵, e dalla stessa constatato a mezzo di numerosi altri *dicta*, i quali, seppure pronunciati in altre materie¹⁹⁷⁶, sono stati giudicati fruibili anche in questa¹⁹⁷⁷. Tale obiettivo fondamentale si

¹⁹⁷¹ *CTS Corp. v. Dynamics Corp. of America*, 481 U.S. 69 (1987), a p. 97; v. KOZYRIS, *Some Observations*, p. 511; BUXBAUM, *The Threatened Constitutionalisation*, p. 34-36.

¹⁹⁷² *Edgar v. MITE Corp.*, 457 U.S. 624, 645-646 (1982): « The internal affairs doctrine is a conflict of laws principle which recognizes that only one State should have the authority to regulate a corporations' internal affairs (...) because otherwise a corporation could be faced with conflicting demands » (BEVERIDGE, *The Internal Affairs Doctrine*, p. 693); v. il caso *Order of United Commercial Travelers of America v. Wolfe*, 331 U.S. 586 (1947), ove la Corte suprema degli Stati Uniti ha dichiarato che « the mutual rights and obligations of the members of such societies [if] left subject to control of each state [would] become unpredictable » (HOROWITZ, *The Commerce Clause*, p. 815).

¹⁹⁷³ V. ad es. KAPLAN, *Foreign Corporations*, p. 476, secondo cui a « dual or variable set of rules would introduce unbearable chaos and uncertainty into the law »; cfr. REESE & KAUFMAN, p. 1125: « Here we need only to state the obvious fact that a chaotic situation would result if it were a common occurrence for courts of the several states in which a corporation does business, or has creditors or stockholders, to reach different conclusions, for example, as to the validity of an election of directors, a bylaw, or a stock issue » e, dal punto di vista degli individui, « it would be difficult, if not impossible, to foresee the legal consequences of a given course of conduct » (p. 1126-1127).

¹⁹⁷⁴ KOZYRIS, *Corporate Wars*, p. 49, secondo cui il « corporate regime » deve essere « uniform and stable », perché « the corporate participants need to know the rules of the game in advance and must be able to plan their transactions under fixed standards and procedures that determine their rights and liabilities »; cfr. la *Delaware Supreme Court*, *Mc Dermott Inc. v. Lewis*, 531 A.2d 206, 216-217 (Del. 1897): « With the existence of multistate and multinational organisations, directors and officers have a significant right (...) to know what law will be applied to their actions. Stockholders also have a right to know by which standards of accountability they may hold those managing the corporation's business and affairs ».

¹⁹⁷⁵ Si tratta dei casi c.d. *CTS* e *MITE*, citati *supra*, note 1971 e 1972. Il principio dell'« uniformità » di regolamento era già stato per la verità rilevato nel caso *Wolfe* (*supra*, nota 1972).

¹⁹⁷⁶ Essenzialmente nel trasporto intrastatale: v. *Southern Pacific Co. v. Arizona ex rel. Sullivan*, 325 U.S. 761 (1945), *Raymond Motor Transportation, Inc. v. Rice*, 434 U.S. 429 (1978), *Kassel v. Consolidated Freightways Corp. of Delaware*, 450 U.S. 662 (1981), ed ancora *Brown Forman Distillers*

riassume nella c.d. « single law doctrine », cioè, potremmo dire, nell'« unicità » od « unitarietà » di regolamento¹⁹⁷⁸. La quale necessità non sarebbe manifestamente soddisfatta se ciascun Stato, desideroso in principio di applicare le proprie norme, sempre si sforzasse di imporle *senz'altro*, sempre trascurasse cioè la parallela volontà dell'altro Stato. Esaminiamo allora le vie proposte per pervenire a tale conciliazione normativa. Pur nella varietà delle opinioni, alcune linee di tendenza vanno ormai precisandosi.

285. Una prima constatazione, che si è fatta assai presto, è che il principio della « single-law » non ha da prendersi alla lettera, riferendolo all'insieme degli *internal affairs* della società¹⁹⁷⁹. Quanto meno per alcune aree, non vi sono, infatti, inconvenienti particolari a che talune questioni siano sottoposte ad una (sola) legge, ed altre ad un'altra (sola) legge. Essendo dunque talvolta tecnicamente ammissibile, quest'applicazione « distributiva » o *dépeçage* è pure praticamente opportuna, proprio perché facilita il « coordinamento » delle leggi in conflitto: è ben possibile che per alcune questioni – come quelle che attengono alla costituzione della società, alla nomina iniziale e all'entrata in funzione dei suoi organi –, nessuno Stato oltre a quello di costituzione vanti ragioni particolari di richiedere l'osservanza delle proprie norme, e che quindi, almeno relativamente a tali questioni, non vi sia, a ben guardare, alcun conflitto¹⁹⁸⁰. E, viceversa, è ben possibile che, per altre questioni, quali i diritti di ispezione dei libri sociali attribuiti ai soci ovvero i limiti alla possibilità di prestiti agli amministratori stabiliti a tutela dei creditori, quanto meno nei casi in cui, rispettivamente, i soci o i creditori abbiano contatti esclusivi con (cioè essenzialmente siano tutti « residenti » in) uno Stato diverso dallo Stato di costituzione¹⁹⁸¹, la volontà di applicazione delle norme di questo possa senza danno « cedere » di fronte a quella dell'altro, più forte, e più meritevole di essere esaudita. In secondo luogo – ma si tratterà per lo più di criterio che funzionerà congiuntamente con il primo – è opportuno esaminare la « forza » della volontà di applicazione delle norme rilevanti di

Corp. v. New York State Liquor Authority, 476 U.S. 573 (1986), in cui l'applicazione della legge dello Stato di New York, pur essendo questo Stato sufficientemente collegato per volerne imporre l'osservanza, fu esclusa in quanto avrebbe provocato una « inconsistent obligation »; v. anche *International Paper Co. v. Ouelette*, 479 U.S. 481 (1987).

¹⁹⁷⁷ KOZYRIS, *Some Observations*, p. 509 s.

¹⁹⁷⁸ CTS, 481 U.S. 69 (1987), p. 89; KOZYRIS, *Some Observations*, p. 515, il quale menziona la « single source »; di « unity of rule » parla KAPLAN, *Foreign Corporations*, p. 450 e di « single pattern of regulation » HOROWITZ, *The Commerce Clause*, p. 814.

¹⁹⁷⁹ REESE & KAUFMANN, p. 1118.

¹⁹⁸⁰ REESE & KAUFMANN, p. 1133, i quali osservano che non vi è motivo per cui lo « Stato locale » intenda regolare le questioni relative all'organizzazione originaria della società, quali il numero dei fondatori, l'elezione e la prima seduta degli amministratori, l'adozione dello statuto, l'allestimento dei libri sociali, e così via. Da un lato, il fatto che tali questioni rimangano governate dalla « law of state of incorporation (...) cannot seriously affect the business »; dall'altro « it would be a treacherous business if they could be regulated by more than one law ».

¹⁹⁸¹ V. REESE & KAUFMANN, p. 1140; KAPLAN, *Foreign Corporations*, p. 457, e la giurisprudenza citata.

ciascuna delle due leggi in conflitto. Se riguardo, ad una particolare questione, una legge contiene norme dispositive (*enabling* o *permissive*), e l'altra norme imperative (*regulatory* or *mandatory*), è parso logico ai più, anche se non a tutti¹⁹⁸², che, come le prime sono suscettibili di ritrarsi al cospetto di regole diverse elaborate dai soci fondatori, così pure possano farsi da parte quando risultano incompatibili con le norme che un altro Stato ritiene imperative¹⁹⁸³.

Oggetto delle più vive discussioni è la possibilità di un'applicazione *cumulativa* alla medesima questione di entrambe le leggi. La preoccupazione di non approdare ad una *inconsistent regulation*, intollerabile per gli operatori societari, si fa particolarmente acuta. Il che comporta che si definisca preliminarmente quando si abbia quell'incompatibilità fra le due norme che impone di scegliere l'una ad esclusione dell'altra, e quando invece le due norme, pur regolando la medesima questione, sono compatibili l'una con l'altra, sicché non è necessario sacrificarne alcuna, ma è possibile dare efficacia ad entrambe. Alcuni autori affermano che ogni cumulo di leggi differenti (*cumulation of different laws*) minaccia di degenerare in *inconsistencies*¹⁹⁸⁴. Sembrerebbe prevalere tuttavia un approccio selettivo, cioè l'idea che l'unicità di regolamentazione debba essere piuttosto intesa come « set of consistent rules » anche derivate dalla combinazione di più normative¹⁹⁸⁵. Ma *quid* quando una delle due leggi potenzialmente applicabili prescrive ai suoi destinatari l'osservanza di un certo « standard » di condotta, e l'altra ne impone uno superiore? E' la *two-hurdle situation*, della quale un tipico esempio è fornito dai diritti di ispezione dei soci o da certi *fiduciary duties* degli amministratori. Qual è il risultato di una loro messa in opera congiunta? Alcuni ritengono ch'essa finisca per designare sistematicamente la legge più *favorevole* ai soci e ai creditori¹⁹⁸⁶. La quale soluzione, almeno in alcuni casi, pare corrispondere alla proposta, avanzata con più circospezione da altri, di individuare la *ratio legis* di ciascuna delle norme confliggenti, e verificare quale possa dirsi venire incontro alla *ratio legis* dell'altra, ed applicare quest'ultima, che risulterebbe essere quella che realizza gli obiettivi legislativi di fondo

¹⁹⁸² Per la negativa, KOZYRIS, *Some Observations*, p. 515.

¹⁹⁸³ REESE & KAUFMAN, p. 1134; v. LATTY, *Pseudo-Foreign Corporations*, p. 160; cfr. KAPLAN, *Foreign Corporations*, p. 467.

¹⁹⁸⁴ Contrario all'« amalgam of cumulatively applicable provisions » è KOZYRIS, *Some Observations*, p. 510, secondo cui « the rights, powers and obligations of many persons in many capacities over long periods of time are so delicately intertwined, connected and balanced that any interference in any part is bound to have repercussions elsewhere and to affect the complexion of the whole », e, di conseguenza (p. 514) « inconsistency is present every time the same issue of internal corporate affairs is treated differently by the potentially applicable laws ».

¹⁹⁸⁵ V. per es. HOROWITZ, *The Commerce Clause*, p. 814, per quale l'espressione « single law » non designa altro che « a group of compatible state laws »; cfr. BUXBAUM, *The Threatened Constitutionalisation*, p. 36 s.

¹⁹⁸⁶ BARAF, *The Foreign Corporation*, p. 252.

perseguiti da entrambe, anche se con modalità ed in misura per ipotesi diverse¹⁹⁸⁷. In altri casi, tuttavia, si è sostenuto, l'imposizione dello « standard » più rigoroso (« strictest law ») frustrerebbe la ragion d'essere della norma più liberale, la quale a ragion veduta ha fissato uno « standard » inferiore, per tenere cioè maggiormente conto dell'interesse opposto, e sforzandosi di mediare, e raggiungere un certo equilibrio, fra i due interessi confliggenti¹⁹⁸⁸. In questo stesso ordine d'idee, altri raccomanda, in linea generale, che si dia preferenza alla legge che più agevolerebbe il traffico giuridico interstatale¹⁹⁸⁹. Si è comunque d'accordo che si danno immancabilmente casi di *irreconciliable conflicts* in cui una scelta radicale dell'una norma ad esclusione dell'altra s'impone, perché l'una prescrive ai suoi destinatari di tenere un certo comportamento, e l'altra un comportamento diverso incompatibile con il primo¹⁹⁹⁰. L'esempio che più sembra avere animato il dibattito riguarda il regime dell'esercizio del diritto di voto dei soci per la nomina degli amministratori¹⁹⁹¹. In questi casi, si propone in genere, ed in ultima analisi, di far ricorso ad una valutazione della forza dei collegamenti che la fattispecie presenta con ciascuno Stato, cioè insomma al criterio della *closest relationship*, al fine di accertare qual è la legge la cui « volontà di applicazione » è più « legittima » perché la società oggetto di pretese normative concorrenti è più significativamente legata allo Stato da cui emana¹⁹⁹².

¹⁹⁸⁷ REESE & KAUFMANN, p. 1138, i quali citano le norme che restringono i pagamenti dei dividendi, norme la cui « basic policy » è la protezione dei creditori, onde si potrebbe pensare che « the achievement of a common objective can be best ensured by application of a stricter standard ».

¹⁹⁸⁸ KOZYRIS, *Some Observations*, p. 515: « lower requirements, presumably deliberately chosen and not the result of neglect or indifference (...) are contradicted by the superimposition of stricter provisions »; v. anche REESE & KAUFMANN, p. 1137.

¹⁹⁸⁹ V. KOZYRIS, *Some Observations*, p. 519-25; v. anche HOROWITZ, *The Commerce Clause*, p. 806 s.

¹⁹⁹⁰ BUXBAUM, *Threatened Constitutionalisation*, p. 36 li denomina « genuine conflict of obeisance », che contrappone alle « two hurdle-situations », quelle in cui « the lower hurdle [is] not inconsistent with the higher one ».

¹⁹⁹¹ Il « paradigmatic conflict » è l'alternativa fra « cumulative voting » e « ordinary voting »: si tratta di un « conflict of obeisance » perché « it is not possible to vote straight and cumulatively at the same time »; BUXBAUM, *The Threatened Constitutionalisation*, p. 36; cfr. già REESE & KAUFMANN, p. 1132, e, più di recente, anche per la discussione di alcuni casi giurisprudenziali, MAJCHRZAK, *Corporate Chaos: Who Should Govern Internal Affairs*, p. 83 s.

¹⁹⁹² Con l'avvertenza che, se il contatto con lo Stato di incorporazione è, dal punto di vista economico, tenue, tale contatto trae comunque una forza particolare da ciò che le previsioni dei soci e degli amministratori si sono spesso formate giusta la legge di tale Stato. Per quanto riguarda gli altri collegamenti, si deve tenere conto, in particolare, dell'attività (*business*) svolta in tale Stato e della residenza degli azionisti e dei creditori. La « volontà di applicazione » delle norme di essi è tanto più forte quanto più il contatto che la fonda è rafforzato da un altro o da altri vincoli, i quali dovranno esaminarsi alla luce della *specifica* questione posta: se si tratta dei diritti degli azionisti, allora si valuteranno i contatti che gli azionisti hanno con lo « Stato locale », e che questi ha interesse a proteggere; mentre se viene in considerazione la protezione di creditori, si avrà riguardo al numero di tali creditori; e così via: v. REESE & KAUFMANN, p. 1132 s., LATTY, *Pseudo-Foreign Corporations*, p. 161.

Riassuntivamente, i criteri di soluzione dei conflitti positivi fra lo Stato di incorporazione e uno o più « Stati locali » nei cui sistemi la società da regolare è in qualche modo e misura integrata, la quale soluzione è necessaria per assicurare armonia internazionale delle normative societarie, unicità di regolamento e dunque prevedibilità di disciplina per gli operatori a qualche titolo coinvolti, sono i seguenti: applicazione distributiva dell'una e dell'altra serie di norme, ciascuna a questioni separate ed indipendenti l'una dall'altra; valutazione del grado di imperatività delle leggi concorrenti; verifica della possibilità di una loro messa in opera cumulata ed eventuale criterio del *favor*, specie a beneficio dei soci e dei creditori sociali; ricerca del collegamento più significativo.

§ III. – La conferma dell'unilateralismo del criterio della « legge di costituzione » imposto dalla giurisprudenza comunitaria

286. Le recenti e dibattute sentenze della Corte di giustizia delle comunità europee in materia societaria, in particolare quella resa nel già « classico » caso *Centros*, hanno avuto per effetto di imporre a ciascuno Stato membro sia il riconoscimento dell'esistenza delle società costituite in forza della legge di un altro Stato membro, sia la sottoposizione, tendenzialmente globale, di esse alla legge di quest'ultimo¹⁹⁹³ salve tutt'al più comprovate « esigenze imperative »¹⁹⁹⁴. Non è qui il luogo di interrogarsi sulle

¹⁹⁹³ Si tratta dei casi *Centros*, sentenza 9 marzo 1999, C-212/97, in *Raccolta*, I, p. 1459 (anche in *RDIPP*, 1999, p. 647 s., e *Riv. dir. comm.*, 2000, II, p. 73 s.); *Überseering*, sentenza 5 novembre 2002, C-108/00, in *Raccolta*, I, p. 9919, p. 54-60; e *Inspire Art*, sentenza 30 settembre 2003, C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art. Ltd.*, consultabile sul sito <www.curia.eu.int>. La letteratura su tali casi è già assai cospicua. Ai fini che qui interessano, v. soprattutto BALLARINO, *Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes*, *Rev. crit.*, 2003, p. 393; ID., *Sulla mobilità delle società nella Comunità europea. Da Daily Mail a Überseering, norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, *Riv. delle società*, 2003, p. 69 s.; BEHRENS, *Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH*, *IPRax*, 1999, p. 331; ID., *Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art*, *IPRax*, 2003, p. 193 s.; e *Reaktionen mitgliedstaatlicher Gerichte auf das Centros-Urteil des EuGH*, *IPRax*, 2004, p. 384 s.; BENEDETTELLI, *Diritto internazionale privato e ordinamento comunitario*, in PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 205 s.; e ID., *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, *RDIPP*, 2001, p. 569 s.; SCHURIG, *Unilateralistische Tendenzen im europäischen Gesellschaftskollisionsrecht, oder: Umgehung als Regelungsprinzip, Liber amicorum G. Kegel*, München, 2002, p. 199 s.; STEINDORFF, *Centros und das Recht auf die günstigste Rechtsordnung*, *JZ*, 1999, p. 1140 s.; LURGER, *Centros Revisited: Die österreichische Sitztheorie und die Niederlassungsfreiheit des EG-Vertrags*, *IPRax*, 2001, p. 34 s.; FREITAG, *Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im Internationalen Gesellschaftsrecht*, *EuZW*, 1999, p. 267 s.; KINDLER, *Niederlassungsfreiheit für Scheinauslandsgesellschaften? Die « Centros » Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht*, *NJW*, 1999, p. 1993 s.

¹⁹⁹⁴ V. *infra*, nota 1997, in fine.

molteplici questioni sollevate da tali pronunciamenti. Qui importa attirare l'attenzione sul fatto che, chiamati ad esprimere lo stato attuale del d.i.p. nei rapporti societari intra-comunitari, diversi autorevoli osservatori hanno ammesso la necessità di fare ricorso al metodo unilaterale.

Le conseguenze delle decisioni della Corte europea possono, ai fini che qui interessano, così riassumersi: ciascuno degli Stati membri è libero di stabilire quale collegamento con il proprio sistema socio-economico è necessario per l'applicazione del proprio diritto (materiale) societario, cioè, innanzitutto, per la costituzione di una società sulla base di tale suo diritto¹⁹⁹⁵; una volta che la società si è così costituita, gli altri Stati membri sono tenuti anch'essi ad applicarle la legge di tale Stato, e dunque a riconoscere senz'altro la validità di detta società, nella misura in cui, beninteso, agli occhi di tale Stato, la società si è *validamente* costituita, e ciò indipendentemente dal collegamento grazie al quale la società è venuta a giuridica esistenza¹⁹⁹⁶. In particolare, non è più possibile subordinare l'applicazione, da parte dello Stato del foro, della legge dello Stato di costituzione alla verifica che la società presenti con lo Stato di costituzione quel collegamento cui lo Stato del foro subordina la messa in opera della propria legge¹⁹⁹⁷. Insomma: ogni Stato membro rimane libero di fissare il collegamento che fonda l'applicabilità delle *sue* norme. Tale libertà non è stata intaccata. Si è anzi lasciato significativamente intendere che essa è complementare alla libertà di ciascuno Stato, pure ribadita dalla Corte, di dotarsi di una propria disciplina *materiale* societaria¹⁹⁹⁸. Uno Stato non ha

¹⁹⁹⁵ BEHRENS, *Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil*, p. 331: « Es liegt in der Kompetenz der Mitgliedstaaten zu bestimmen, welche Verknüpfung mit dem Inland für die Gründung einer Gesellschaft nach inländischem Recht erforderlich ist »; per identica constatazione, v. BENEDETTELLI, *Diritto internazionale privato delle società*, p. 220 e SCHURIG, *Unilateralistische Tendenzen*, p. 216.

¹⁹⁹⁶ Nessuno degli altri Stati membri, si è insistito, può intromettersi al riguardo, e stabilire da sé (quand'anche, s'intende, con efficacia circoscritta al proprio ordinamento) quali connessioni con lo Stato di costituzione sono necessarie perché la legge di questo sia (dal suo punto di vista), « legittimamente » competente a dar vita alla società in questione: BEHRENS, *Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil*, p. 331; v. anche BENEDETTELLI, *Diritto internazionale privato delle società*, p. 257.

¹⁹⁹⁷ SCHURIG, *Unilateralistische Tendenzen*, p. 213 s., p. 216, il quale, nella prospettiva tedesca, constata che « was uns nach den neuen Gesetzen untersagt wird, ist, einer nach Rechtsordnung eines anderen EG-Staates gegründeten und dort ohne Rücksicht auf den effektiven Sitz voll wirksamen Gesellschaft die Anerkennung als Rechtspersönlichkeit zu verweigern, weil nach unserem Recht die erforderliche Kollisionsrechtliche Verknüpfung zu jenem Gründungsrecht nicht bestand » (corsivo nostro). Il solo limite che sembra potere intervenire, in misura del resto, parrebbe, per lo più parziale – soltanto per ciò che attiene alla disciplina del funzionamento o delle attività della società nel foro, e non già per rimetterne in discussione l'esistenza giuridica –, pare offerto dalla dottrina delle « esigenze imperative » enucleata dalla Corte di giustizia a partire dalla sentenza *Cassis de Dijon*: v. BALLARINO, *Règles de conflit*, p. 393; BENEDETTELLI, *Diritto internazionale privato delle società*, p. 221.

¹⁹⁹⁸ BENEDETTELLI, *Diritto internazionale privato delle società*, p. 220.

invece (più) la facoltà di fissare il collegamento che, ai suoi occhi, giustifica l'attribuzione, nel suo ordinamento, d'efficacia alle norme degli altri Stati. Uno Stato non è (più) libero, in particolare, di non riconoscere efficacia ed effetto, nel proprio ordinamento, se non alle norme di quello Stato che presenta con la fattispecie il criterio da sé scelto per l'applicazione delle proprie, e dunque, ed innanzitutto, di non riconoscere se non le società alle quali la legge di tale solo Stato ha dato vita.

287. Chiedendosi come questo nuovo « quadro conflittuale » (*Anknüpfungslage*), che la giurisprudenza europea è venuta elaborando senza forse disporre di una sicura padronanza dello strumentario del d.i.p. – né senza per la verità avvertire il bisogno di disporre – possa essere « calato » nel consueto e familiare stampo di una norma di conflitto, si è detto, da parte di convinti « bilateralisti », buoni conoscitori peraltro del metodo unilaterale, che il compito è più « complicato di quanto non lo fosse in precedenza »¹⁹⁹⁹. E ciò perché, in sostanza, non è più possibile ripiegare sulla norma di conflitto bilaterale. Di essa, si è rilevato, non potrà che trattenersi la porzione « introversa », quella che traccia la sfera vocazionale di applicabilità delle norme materiali del foro. La restante porzione, quella estroversa, deve invece accantonarsi. Con formula pregnante, si è parlato di « debilateralizzazione » della norma bilaterale²⁰⁰⁰. Il criterio di collegamento scelto dal foro non può, insomma, operare che *unilateralmente*. Per quanto riguarda il diritto straniero, non è più richiamato il diritto dello Stato in cui si concretizza il collegamento scelto dal foro, ma, come raccomanda l'unilateralismo, « il diritto di quello Stato membro che dichiara sé stesso competente »²⁰⁰¹.

Ciò ammesso, ci si è venuti naturalmente a scontrare con *lacune* e *cumuli*, con « conflitti negativi di competenza » (*Normenmängel*) e « conflitti positivi di competenza » (*Normenhäufung*)²⁰⁰². E' da revocare in dubbio, però, ed in primo luogo, che, come taluno sostiene, si possano dare in assoluto « conflitti negativi ». L'esempio che si cita è

¹⁹⁹⁹ SCHURIG, *Unilateralistische Tendenzen*, p. 216: « Die Frage ist, wie sich eine solche Anknüpfungslage handwerklich sauber als Kollisionsnorm ausdrücken lässt. Dass diese komplizierter wird als bisher, lässt sich dabei nicht vermeiden ».

²⁰⁰⁰ TILQUIN, *L'incorporation comme facteur de rattachement de la lex societatis*, p. 52.

²⁰⁰¹ SCHURIG, *Unilateralistische Tendenzen*, p. 217, secondo cui « [i]m europäischen Raum wird die Anknüpfungsnorm zunächst zu einer *einseitigen*: Sie bestimmt den Anwendungsbereich des deutschen Gesellschaftsrechts... müssen wir zu einem unilateralistischen Ansatz übergehen. Das Recht desjenigen europäischen Staates wird berufen, das sich selbst für die Angelegenheiten dieser Gesellschaft für anwendbar erklärt » (corsivo dell'A.); cfr. BENEDETTELLI, *Diritto internazionale privato delle società*, p. 268, nota 170, che invoca la « prospettiva unilateralistica che il diritto comunitario impone al diritto internazionale privato delle società degli Stati membri ». Che la regola che prescrive l'obbligo del riconoscimento, cioè, l'attribuzione di efficacia nel foro alla legge che si è applicata, appunto, nello Stato di costituzione, sia tuttavia una « règle de conflit », v. BALLARINO, *Les règles de conflit sur les sociétés commerciales*, p. 393.

²⁰⁰² BENEDETTELLI, *Diritto internazionale privato delle società*, spec. p. 214 e 260, e SCHURIG, *Unilateralistische Tendenzen*, p. 217.

quello di una società tedesca con sede effettiva in Inghilterra²⁰⁰³. Nessuna delle due leggi coinvolte, si dice, vuole regolare la società: non la legge tedesca, perché la sede effettiva non è in Germania, non la legge inglese, perché la società non si è costituita sulla base di tale legge. Il quale ragionamento sembra riposare su un errore. Delle due l'una, infatti: o una società è considerata validamente costituita in attuazione del diritto tedesco, ed allora questo ne regola anche il funzionamento, giusta la *Einheitslehre*, dominante anche in Germania; o la società non si è costituita validamente in Germania, perché, pur essendosi espletato qui il procedimento di costituzione, la sede effettiva si trova altrove, ed allora non vi è una società validamente costituita in forza del diritto tedesco, o meglio, più precisamente, vi è una società che il diritto tedesco riguarda come nulla o, a seconda dei casi, irregolare²⁰⁰⁴. L'errore è di credere che, in quest'ultimo caso, la legge tedesca « non si applichi » soltanto perché, sulla base di essa, la società non si è validamente costituita²⁰⁰⁵. E' invece proprio in virtù delle norme tedesche, le quali dunque si sono « applicate », che la società non può considerarsi valida, e saranno dunque sempre le norme tedesche che disciplineranno le conseguenze di tale invalidità²⁰⁰⁶. Insomma: poiché non si dà alcuna società senza un diritto che, applicandosi, l'ha fatta sorgere, e

²⁰⁰³ SCHURIG, *Unilateralistische Tendenzen*, p. 217.

²⁰⁰⁴ Cfr. lo stesso SCHURIG, *Unilateralistische Tendenzen*, a p. 215 (« selbst wenn aber eine solche Eintragung irrtümlich geschehen wäre, hätte nicht das Entstehen einer Gesellschaft zur Folge, denn die Eintragung wäre unter falschem Recht vorgenommen, und nicht konstitutiv »). Cfr. CAFLISCH, *La nationalité des sociétés commerciales*, p. 150, il quale segnala l'errore in cui sarebbe incorso WOLFF, *P.I.L.*, p. 309 secondo cui una società francese la cui sede reale si trova in Gran Bretagna sarebbe « apatride »: il che è, appunto, erroneo, dal momento che la legge francese vuole applicarsi ad ogni società che si è costituita in Francia. Che ciò sia vero, è ammesso dalla moderna dottrina francese: v. *infra*, para. 290.

²⁰⁰⁵ Bisogna guardarsi dal credere che una norma *non si applichi* solo perché non si sono riunite le condizioni che la norma prescrive per dar vita a quel fascio di diritti ed obblighi che essa prevede come effetti. Quando due quattordicenni chiedono all'ufficiale dello stato civile di unirli in matrimonio, non è che questi, rifiutando di dar seguito alla richiesta, *non applica* le norme sul matrimonio, ma è proprio perché *le applica* che è tenuto a tale rifiuto. Nel nostro caso, è proprio in virtù di una norma di diritto tedesco che la società viene dichiarata nulla od irregolare. Se una società non si è regolarmente costituita, è vuoi perché non esiste in assoluto, nel senso che non esiste neppure un minimo di aggregato sociale cui possa darsi il nome di società, ed allora non sorgono problemi; vuoi perché, pur esistendo un certo aggregato sociale ed essendosi espletate certe formalità, non sono state adempiute tutte le condizioni previste da una legge determinata perché la società sia valida, ed allora sarà questa legge che, come *si è applicata* per dichiarare che quell'aggregato sociale non è sufficiente, sulla base delle sue norme, a dar vita alla società, così *s'applicherà* di regola per determinare quali sono le conseguenze di tale insufficienza, ovvero quali sono le conseguenze dell'eventuale costituzione irregolare da parte dell'autorità competente.

²⁰⁰⁶ Cfr. quanto sostiene, in materia contrattuale, GOTHOT, *La méthode unilatérale face au droit international privé des contrats*, p. 207 s.: se le parti si sono riferite, nel concludere un contratto, alla legge di uno Stato, si attribuisce efficacia alla legge di quello Stato innanzitutto per determinare se il contratto è o meno venuto ad esistenza, e, in caso negativo, alle conseguenze che derivano da tale invalidità.

che vuole disciplinarla, non si vede come possano darsi società per le quali nessun diritto è competente, né a disciplinarle né, ancora prima, a farle sorgere. Se una società si dà, allora si dà pure un diritto che si è applicato, che ha voluto applicarsi. E tanto basta, ci sembra, per escludere che si dia un conflitto negativo²⁰⁰⁷. Il quale soltanto si darebbe se, in ragione della nazionalità o del domicilio dei soci od ancora del luogo della futura sede della costituenda società, insomma per ragioni spaziali, nessuno Stato al mondo *offrisse* le sue norme agli interessati per dar vita a tale società. Il che non è in pratica pensabile.

Anche riguardo ai « conflitti positivi », i soli veramente reali, occorre distinguere a seconda che ci si situi in un momento *anteriore*, quando la società è ancora *costituenda*, od in un momento *posteriore* alla costituzione della società, quando cioè la società è ormai *costituita*. Prima della costituzione, tale conflitto assume le sembianze d'un « concorso » o « competizione » di leggi *applicabili*, cioè « utilizzabili » dagli interessati, per dar vita ad una « costituenda » società²⁰⁰⁸. Simile « conflitto » si darà senz'altro spesso. Si faccia il caso di due o più soggetti di cittadinanza italiana ma residenti in Olanda che intendano creare una società destinata ad avere la sede effettiva in Germania. La legge tedesca è « disposta » a darle vita e regolarla, dal punto di vista spaziale, s'intende, ché i requisiti materiali e formali e procedurali di regolarità devono pur sempre essere soddisfatti. La legge italiana e olandese sono pure pronte a conferirle esistenza giuridica e a disciplinarla – sempreché gli interessati riescano a riunire le condizioni sostanziali da esse prescritte – ma soltanto qualora essa abbia la sede statutaria, rispettivamente, in territorio italiano o olandese, ciò che è compatibile con il trovarsi in Germania della sede dell'amministrazione. E lo stesso è a dirsi della legge inglese e della legge spagnola. Ebbene, in presenza di tanta varietà di normative societarie *potenzialmente applicabili* alla « costituenda » società²⁰⁰⁹, quella *effettivamente applicabile* è quella che è stata in definitiva *effettivamente* « utilizzata », che ha realmente operato, cioè quella dello Stato le cui disposizioni si sono concretamente *applicate*, e, applicandosi, hanno fatto sorgere l'organismo societario²⁰¹⁰.

²⁰⁰⁷ Cfr. BENEDETTELLI, *Diritto internazionale privato delle società*, p. 260, nota 147.

²⁰⁰⁸ Di « mercato delle regole » o di « modelli normativi », od ancora di « mercato comunitario dei diritti societari », di « modelli organizzativi offerti dai diversi legislatori », parla BENEDETTELLI, *Diritto internazionale privato delle società*, p. 214-215 e p. 219; cfr. FREITAG, *Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im Internationalen Gesellschaftsrecht*, EuZW, 1999, p. 267 s.; STEINDORFF, *Centros und das Recht auf die günstigste Rechtsordnung*, p. 1142 s.; SCHURIG, *Unilateralistische Tendenzen*, p. 208.

²⁰⁰⁹ BENEDETTELLI, *Diritto internazionale privato delle società*, p. 219 (« pluralità dei diritti societari potenzialmente applicabili ai soggetti che svolgono attività d'impresa in seno al mercato unico »).

²⁰¹⁰ Tale diritto è di agevole reperimento nei casi, più numerosi e più importanti, in cui, per creare una società, si deve sollecitare la collaborazione delle autorità di uno Stato. Poiché tali autorità, quando intervengono, sempre danno vita ad una società (ovvero rifiutano di darvi vita) sulla base del *proprio* diritto, in tali casi sarà immediato identificare quale è la legge che le ha conferito esistenza giuridica (o che ritiene che la società sia irregolare o nulla). Più complessa è la situazione in cui, per

Successivamente alla costituzione della società, avvenuta per ipotesi regolarmente sulla base di *una* delle leggi applicabili nel senso indicato, non sarà, di regola, più possibile, per le altre leggi, pretendere applicarsi alla stessa società, cioè, per gli altri Stati, rivendicarne l'applicabilità, il che potrebbe condurli a negare presso di sé l'esistenza della società in questione, o comunque la regolarità; né sarà loro possibile, sulla base della loro legge, dar vita alla *stessa* società, proprio perché, anche per il loro ordinamento, tale società già esisterà, in quanto riconosciuta, e non vi sarà né ragione né modo di darle vita una seconda volta. Sicché si può dire che, applicatasi la legge di uno Stato « candidato », gli altri « ritirano », riguardo a quella stessa società (non più costituenda, ma ormai *costituita*), la propria « applicabilità », e ciascuno dichiarerà, anche nel proprio ordinamento, applicabile a tale società quella legge che è stata messa in opera altrove, prolungandone presso di sé l'efficacia ed il vigore. Ciò vale in ogni caso per la *costituzione* della società. Per quanto riguarda il suo *funzionamento*, le « esigenze imperative » potrebbero ancora, a quanto sembra, essere invocate da uno Stato altro rispetto a quello di costituzione, le quali, se ammesse, non possono che portare all'assoggettamento della società straniera, pur riconosciuta, a certe loro norme, secondo il modulo unilaterale di cui si è detto.

Ne deriva che il conflitto di leggi è rimasto allo stato *potenziale*, di « concorso »; una volta che si è applicata *una* legge, tale conflitto è per lo più risolto, e più esattamente *prevenuto*, nel senso che le altre non vogliono più – o in ogni caso, giusta il diritto comunitario, non possono più volere – applicarsi a quello stesso organismo societario²⁰¹¹.

dar vita ad una società, non è necessario l'intervento *costitutivo* di alcuna autorità. In questo caso, vi è certo la possibilità che più leggi riguardino l'attività espletata dai soci fondatori come sufficiente per dar vita ad una società sulla base delle loro norme. Poiché, infatti, all'origine di una formazione sociale, sempre vi è la volontà di una o più persone, queste, nel progettare di costituire tale società e nel compiere l'attività necessaria per attuare tale loro proposito, si saranno per lo più *riferite* alle disposizioni di un certo diritto, che permettono loro di crearla. La quale loro « rappresentazione » sarà di regola visibile nel loro comportamento o nei loro atti. Sarà dunque questa la legge « utilizzata », cioè « applicata », dagli interessati. Nel raro caso in cui tale rappresentazione-volontà non dovesse essere chiara nel momento della costituzione, nel successivo momento in cui si pone il problema della disciplina societaria, non vi saranno ostacoli a rispettare una loro eventuale scelta, la quale, *a posteriori*, potrà valere designazione della legge che, se non proprio *hanno* inteso, quanto meno intendono *d'ora innanzi* essere quella *regolatrice* della società (cfr. BENEDETTELLI, *Diritto internazionale privato delle società*, p. 260 s.).

²⁰¹¹ Rimane, come segnalato (*supra*, nota 1997), impregiudicato il caso in cui sussistano per uno Stato membro le « esigenze imperative » che legittimino la deroga al principio dell'obbligatorietà dell'assoggettamento alla legge di costituzione (v. BALLARINO, *Les règles de conflit*, p. 397). Il che significa che, accanto a quest'ultima, uno spazio pur residua per l'applicabilità della legge degli Stati nei cui sistemi economici la società è in qualche modo integrata, i quali possono dunque « volere » imporre alcune loro norme. Le condizioni fissate dalla giurisprudenza comunitaria, specie la necessità di un « effetto utile » dell'applicazione della norma rispetto alla finalità da essa perseguita, implicano che, perché si dia un'« esigenza imperativa », l'integrazione fra la società e lo Stato in

288. La dottrina riconosce che questo è, in definitiva, il percorso argomentativo da seguire per spiegare *a posteriori* i risultati che si sono imposti, per dir così, « con la forza delle cose ». Desiderosi di comprimere in una formula il criterio risolutore di tale concorso, cioè il criterio preventivo, impeditivo, dell'insorgenza di tale conflitto di leggi, alcuni autori l'hanno scorto nella *volontà* degli interessati di servirsi di questa o di quest'altra delle leggi applicabili – si è evocata una vera e propria *optio legis*²⁰¹² –, altri nel *favor validitatis* – o *Günstigkeitsprinzip*²⁰¹³ –, dal momento che si dà corso a quella legge che ritiene che la società sia validamente costituita e, applicando tale legge, si riconosce innanzitutto l'esistenza giuridica di tale società, sicché si è pure parlato di *favor recognitionis*²⁰¹⁴. L'una e l'altra spiegazione sono non soltanto compatibili fra di loro, ma senz'altro condivisibili. Rimane da precisare che il « criterio » di soluzione che se ne desume – autonomia della volontà e *favor validitatis* – non è previsto da alcuna specifica disposizione di diritto internazionale privato statale. Ad esso sempre naturalmente si perviene quando, da un lato, più leggi sono messe da chi le fa a disposizione di chi sia interessato a – dunque abbia la volontà di – servirsene procurando che si realizzi quanto da esse richiesto per la valida produzione degli effetti giuridici ch'esse garantiscono, e, dall'altro, gli interessati non possono, per il principio di non contraddizione che non lo consentirebbe, utilizzarle tutte insieme.

Favor validitatis e « autonomia della volontà », dunque, quali criteri, neutri e superiori, come ben si esprime certa dottrina²⁰¹⁵, di risoluzione e prevenzione dei conflitti *positivi* di leggi, derivanti da ciò che ciascuno Stato è, ad un tempo, libero di determinare la sfera di applicabilità della propria legge, e tenuto a rispettare la sfera di applicabilità della legge dei suoi omologhi, quale risulta dall'esercizio da parte di questi della loro eguale e coestensiva libertà.

questione deve essere significativa. Tanto significativa, appunto, che un'applicazione di tali sue norme è suscettibile di conseguire effettivamente lo scopo ad esse sotteso. Si deve trattare senz'altro, insomma, di norme internazionalmente imperative (v. BALLARINO, *Les règles de conflit*, p. 397, e BONOMI, *Norme imperative*, p. 129). Le quali sono tali, come spiegato diffusamente (*supra*, Capitolo V), in virtù di una norma unilaterale che, a mezzo di uno o più criteri di collegamento, ne definisce la vocazione applicativa. Insomma: dall'unilateralismo non sembra uscirsene neanche qui.

²⁰¹² BENEDETTELLI, *Diritto internazionale privato delle società*, p. 220-221; STEINDORFF, *Centros und das Recht auf die günstigste Rechtsordnung*, p. 1142 s.

²⁰¹³ SCHURIG, *Unilateralistische Tendenzen*, p. 217: « Im Ergebnis werden also durch die unilateralistischen Anknüpfungen hervorgerufenen Normenhäufungen durch *alternative Rechtsanwendung* aufgelöst » (corsivo dell'A.).

²⁰¹⁴ GARCIMARTÍN, *Derecho de sociedades*, p. 53.

²⁰¹⁵ BENEDETTELLI, *Diritto internazionale privato delle società*, p. 259.

§ IV. – La supposta adesione della Francia al criterio della sede effettiva: una rivisitazione

289. La fisionomia del d.i.p. societario francese è ben lungi dall'essersi assestata²⁰¹⁶, e sembra anzi che séguiti a soffrire di quel *malaise profond* già diagnosticatogli trent'anni fa²⁰¹⁷, e ciò a dispetto dei facili schematismi secondo cui opererebbe qui il criterio *bilatérale* della « sede reale » o effettiva (*siège réel*)²⁰¹⁸. La positività di tale criterio, che è del resto – ed anche prima dell'intervento legislativo cui si accennerà subito appresso – stato discusso sempre e solo *unilateralmente*, al solo fine cioè di determinare se o meno una società sia soggetta al diritto francese²⁰¹⁹, è ormai seriamente messa in dubbio, ed

²⁰¹⁶ I testi normativi sono anche qui notoriamente sparuti, i *dicta* della scarsa (v. LOUSSOUARN, nota a Douai, 1° dicembre 1955, *RTD comm.*, 1956, p. 364) giurisprudenza, a dispetto di una ormai (sembrerebbe) acquisita omogeneità di formule, si prestano e si sono effettivamente prestati a più letture e i commentatori non di rado impongono le questioni in modo divergente. Tradizionale è in particolare l'opposizione fra coloro che si servono della nozione « proteiforme » (LOUSSOUARN, *La nationalité des sociétés*, *Tr. com. fr. d.i.p.*, Année 1969, p. 206) di « nazionalità » delle persone giuridiche, e coloro che ne negano il fondamento o l'utilità (note le critiche di NIBOYET, *Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés?*, *Rev. crit.*, 1927, p. 402 s., che ebbero un certo seguito; per una replica HAMEL, *Faut-il parler de « nationalité » des sociétés commerciales?*, *Festgabe M. Gutzwiller*, Bâle, 1959, p. 365 s.). Se la maggioranza degli autori continua a ragionare in termini di nazionalità, pur ammonendo circa le peculiarità di tale concetto rispetto alla cittadinanza delle persone fisiche (v. la rassegna delle opinioni di LOUSSOUARN, *Nationalité des sociétés*, *Juris-Classeur*, 1995, fasc. 564-10, p. 4 s.), ciò pare dovuto in larga parte ad una semplice « comodità linguistica » (AUDIT, *D.i.p.*, p. 879), la quale però è persa meno giustificata ai fini della determinazione della *legge applicabile* (così ancora AUDIT, *op. loc. cit.*), dal momento che nulla aggiunge alla ricerca della *lex societatis* (MAYER/HEUZÉ, p. 663 che rilevano come il legislatore, negli unici testi adottati in materia, non menzioni la nazionalità, né francese né straniera, ma semplicemente la « legge cui la società è sottoposta », e concludono che l'idea di nazionalità è qui « rigoureusement inutile » e complica l'enunciato chiaro di tale disposizione); per il ruolo che il concetto ha avuto nello « scovare » i conflitti positivi, v. però *infra*, para. 292.

²⁰¹⁷ Così LOUSSOUARN, *Nationalité des sociétés*, p. 206, a seguito di due sentenze emesse negli anni immediatamente precedenti, citate *infra*, nota 2051.

²⁰¹⁸ *Ex multis*, v. LOUSSOUARN/BREDIN, *Droit du commerce international*, Paris, 1969, p. 275; il che è spesso ripetuto all'estero: v. per un esempio recente, RAMELOO, *Corporations in Private International Law*, Oxford, 2001, che annovera la Francia tra i « real seat countries » (p. 195 s.), contrapposti agli « incorporation countries ».

²⁰¹⁹ BATIFFOL, *Le changement de nationalité des sociétés*, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, Année 1967, p. 65 s., p. 67: « Nous savons tous que, à ce jour, la jurisprudence française s'en tient au siècle social pour dire si une société est soumise ou non pour sa constitution à la loi française »; ed ancora: « la jurisprudence constante est aujourd'hui consacrée, bien sûr, sous une forme qu'on appelle *unilatérale*: il n'est question que des sociétés de siège français »; cfr. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Paris, 2001, 1997, p. 90, secondo il quale, se anche dovesse davvero esistere una norma di conflitto fondata sul « siège réel » (ciò che l'A. nega: v. *infra*, nota seguente) « elle ne jouerait pourtant que de façon *unilatérale*, pour déterminer ou rejeter l'application de la loi française, mais jamais pour donner compétence à une loi étrangère » (corsivo nostro).

anzi apertamente sconfessata, da diversi importanti scrittori²⁰²⁰. Sicché sembra nel complesso di potere scorgere il farsi strada di una nuova tendenza, che gradatamente orienta verso, da un lato, l'applicazione globale della legge francese alle società costituite in forza della legge francese; e, dall'altro, verso il riconoscimento delle società straniere validamente sorte all'estero, indipendentemente da ogni specifico contatto con lo Stato di costituzione, fatti salvi, in quest'ultimo caso, alcuni correttivi diretti a sottoporre le società straniere all'osservanza di certe norme o grappoli di norme francesi, quand'esse presentino una connessione significativa – espressa tipicamente, ma non soltanto, dalla nozione polimorfa del *siège réel* – con il sistema socio-economico francese.

290. Il testo-base in materia è l'art. 1837 del *Code civil*, il quale ha ripreso l'art. 3 della legge del 24 luglio del 1966 sulle società commerciali, estendendone la disciplina alle « società civili ». Enunciando che « ogni società la cui sede è situata sul territorio francese è sottoposta alle disposizioni della legge francese »²⁰²¹, il primo comma è norma dalla formula manifestamente *unilaterale*²⁰²², che traccia il campo d'applicazione della sola legge dello Stato da cui emana. Decisivo, per delinearne la portata, è il significato che s'abbia ad attribuire al concetto di « sede ». Si sostiene spesso – specie all'estero – che la Francia abbia aderito alla teoria della « sede reale » anziché a quella dell'incorporazione²⁰²³. Il che, ammettendo che per sede reale debba intendersi il « centro di direzione » della società²⁰²⁴, implicherebbe, a ben riflettervi, che alla legge francese vadano,

²⁰²⁰ Contestano la correttezza dell'« enseignement traditionnel », già revocata in dubbio da CAFLISCH, *La nationalité des sociétés commerciales*, p. 131 s., MAYER/HEUZÉ, p. 662 s., in sostanza AUDIT, *D.i.p.*, 2^e éd., p. 877 s., LÉVY, *La nationalité des sociétés*, p. 244 s.; MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, Paris, 1997, p. 135 s. e ID. *Droit international et européen des sociétés*, Paris, 2001, p. 88 s. (fondandosi sull'accurata disamina della giurisprudenza francese condotta da SYNDET, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés. Conflits de lois en matière de sociétés et défaut d'autonomie économique de la personne morale*, thèse Rennes, 1979). Anche LOUSSOUARN, *Nationalité des sociétés*, p. 20 s., ripercorrendo la giurisprudenza, finisce in sostanza per approdare ad una revisione della tesi tradizionale (v. *infra*, nota 2040).

²⁰²¹ « Toute société dont le siège est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française ».

²⁰²² BATIFFOL/LAGARDE, t. I, p. 333; implicitamente, MAYER/HEUZÉ, p. 661.

²⁰²³ Una certa influenza su tale opinione pare spiegata dal comma 2 dell'art. 1837, a tenor del quale, in sostanza, la sede statutaria non è opponibile ai terzi nel caso in cui non corrisponda alla sede reale (v. *infra*, nota 2027), il che sembrerebbe – si è argomentato – significa, in sostanza, far prevalere la « sede reale » sulla « sede statutaria » anche ai fini del primo comma: v. LOUSSOUARN, *Nationalité des sociétés*, p. 13.

²⁰²⁴ Per « sede reale », si dovrebbe intendere il luogo dove si radica ed esercita la direzione della società, cioè « où résident les organes juridiques de la société, administrateurs, assemblées générales et où sont débattus les contrats et marchés se rapportant à la marche de l'entreprise »: BATIFFOL/LAGARDE, t. I, p. 335, che riprendono la definizione di THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, n. 309; AUDIT, *D.i.p.*, p. 889 parla di « centre de direction effectif ». Sugli atteggiamenti, talora notevoli, di tale concetto nella giurisprudenza, v. LOUSSOUARN, *La nationalité des sociétés*, p. 20 s.

ai sensi della disposizione citata, soggette le *sole* società con « centro di direzione » in Francia; e che, conseguentemente, le società costituitesi in Francia, e provviste qui di sede statutaria, e magari qui esercenti una parte consistente delle loro attività commerciali – od aventi qui, addirittura, il loro *centre d'exploitation* – ma con « centro di direzione » all'estero, siano *escluse* dal campo di applicazione della legge francese. Il che significa, traendo le ultime ma – parrebbe – inevitabili conseguenze, che tali società sarebbero da considerare nulle, quanto meno agli occhi dell'ordinamento francese, in quanto nate, quali entità giuridiche, in base ad un diritto, quello francese, non competente a farle nascere (cioè all'ombra di un *falsches Recht*)²⁰²⁵. Senonché approfondite indagini giurisprudenziali non hanno portato alla luce una sola decisione francese che abbia ritenuto, per questa ragione, inesistente od anche solo invalida una società pur regolarmente costituitasi in Francia²⁰²⁶, né che abbia applicato a tale società il diritto straniero dello Stato in cui si trovava la « sede reale ». Gli autori moderni ammettono dunque senza difficoltà che, se appunto validamente costituita sulla base del diritto francese, la società debba comunque considerarsi non solo esistente ma altresì funzionante sulla base di questo stesso diritto, benché la sede effettiva si trovi fuori Francia²⁰²⁷.

L'art. 1837 ha piuttosto da interpretarsi nel senso che una società per la quale si intende fissare la sede sociale in Francia debba innanzitutto essere « immatricolata » ad opera delle autorità francesi²⁰²⁸. La « sede sociale » è primamente quella contemplata e localizzata nel momento ed ai fini della costituzione, cioè quella statutaria. La quale sede sociale viene – si precisa talvolta – più precisamente a svolgere una duplice funzione: di tracciare, unilateralmente dunque, il campo di applicazione della sola legge francese; di

²⁰²⁵ Cfr. LÉVY, *La nationalité des sociétés*, p. 160; MAYER/HEUZÉ, p. 667-668.

²⁰²⁶ SYNDET, *L'organisation juridique*, p. 208; v. anche LÉVY, *La nationalité des sociétés*, p. 160; MENJUCQ, *Le droit international et européen des sociétés*, p. 90.

²⁰²⁷ MENJUCQ, *Le droit international et européen des sociétés*, p. 95: « il n'y a jusqu'à présent aucune décision de jurisprudence ayant refusé d'appliquer le droit français à une société immatriculée en France au motif qu'elle aurait son siège de direction dans un autre pays »; cfr. MAYER/HEUZÉ, p. 668: « il se confirme que la constitution au lieu du siège statutaire est possible et valable ». Il secondo comma dell'art. 1837, il quale consente ai terzi, per quanto riguarda i loro rapporti con la società, di scegliere se far valere la sede statutaria o la sede effettiva (una « *Rechtswahl* » è loro riconosciuta, secondo VISCHER, *Zürcher Kommentar*, p. 1784, pure dall'art. 159 LDIP: l'A. parla al riguardo di « *alternative Anknüpfung mit Wahlrecht des Gläubigers* »), contiene, ci sembra, implicito un riconoscimento dell'esistenza della società, e lascia intendere dunque che, per la validità di essa in virtù della legge francese, è necessario e sufficiente che si trovi in Francia la sede anche non « reale », cioè la sola sede statutaria; altrimenti, come rilevano MAYER/HEUZÉ, p. 668, si produrrebbe l'assurdo di consentire ai terzi di scegliere se o meno la società sia da considerarsi valida (perché costituita secondo la legge francese, legge da loro scelta) ovvero invalida (perché non costituita secondo la legge straniera, da loro scelta).

²⁰²⁸ MAYER/HEUZÉ, p. 668 e così pure LOUSSOUARN, *Nationalité des sociétés*, p. 13; cfr. anche LÉVY, *La nationalité des sociétés*, p. 245 (ed ancora p. 262), secondo il quale « une société immatriculée au registre du commerce et des sociétés en France (...) demeure soumise au droit français malgré le fait que son administration centrale se trouve à l'étranger ».

stabilire la competenza (interna ed internazionale) delle autorità francesi a creare l'organismo societario²⁰²⁹. E poiché, per costituirsi in Francia, una società, e più esattamente chi intende fondarla, deve comunque rispettare le norme francesi, e dunque fissare la sede in Francia, risulta, in definitiva, che l'art. 1837 prescrive che *le società constituiesi in Francia e, dunque, con sede statutaria in Francia, siano rette dalla legge francese*, o, detto altrimenti, che la legge francese si applica alle società costituite in Francia, e dunque provviste qui di sede statutaria.

291. Ma come spiegare allora la giurisprudenza che si richiama al « siège réel », il che ha indotto talvolta a concludere che questo sia il collegamento impiegato dal diritto positivo francese? Una dottrina recente²⁰³⁰, che riprende le conclusioni delle esaustive ricerche giurisprudenziali cui si è accennato²⁰³¹, e sostanzialmente condivisa da altri autorevoli interpreti, ritiene che tali sentenze hanno avuto per semplice, e rilevante, scopo di fare ostacolo alla legge straniera dello Stato della sede statutaria, cioè dell'incorporazione, quando non solo tale sede si era rivelata « fittizia », ma altresì la sua designazione – cioè la scelta di costituire una società all'estero – riuniva i caratteri della *frode*, cioè era stata compiuta al solo fine di sottrarsi all'« impero » della legge francese ed ai controlli da essa prescritti²⁰³². Si è dunque trattato di imbracciare la teoria della frode alla legge, precisiamo, soltanto alla legge francese²⁰³³. Si osservi d'altro canto che l'« evizione » della legge straniera non pare per lo più avere condotto a considerare inesistenti una società ed i suoi organi costituitisi sulla base di una legge straniera²⁰³⁴, ma semplice-

²⁰²⁹ V. i rilievi di MAYER/HEUZÉ, p. 668.

²⁰³⁰ MAYER/HEUZÉ, p. 668 s.; MENJUCQ, *Le droit international et européen des sociétés*, p. 92 s.

²⁰³¹ SYNVE, *L'organisation juridique*, ma anche, in sostanza, LÉVY, *La nationalité des sociétés*, p. 159.

²⁰³² AUDIT, *D.i.p.*, p. 889: « Affirmer, comme cela a été fait en France, que c'est le critère du siège social réel qui détermine en principe la nationalité d'une société a eu pour but et pour effet de décourager les fraudes au droit des sociétés par constitution à l'étranger. Mais cela ne peut effacer le fait que la personne morale tient son existence de sa loi de constitution et que l'on est obligé de se référer au premier chef à celle-ci: une société de droit suisse est au premier chef une société suisse »; v. anche LÉVY, *La nationalité des sociétés*, p. 159: « Les juridictions françaises ont précisément élaboré la théorie du siège social réel pour pallier à la fraude qui consistait à constituer à Londres des sociétés économiquement françaises pour échapper aux rigueurs de la loi du 13 juillet 1867 ».

²⁰³³ V. MAYER/HEUZÉ, p. 667: « Les arrêts cités comme ayant fait prévaloir le siège réel ont, en fait, constaté que le siège statutaire était non seulement fictif, mais *frauduleux*: simple application de la théorie de la fraude à la loi » (corsivo dell'A.); LOUSSOUARN, *Nationalité des sociétés*, p. 20-22, si sforza di identificare due criteri, ch'egli definisce « complementari »: il « caractère réel » (« ou non fictif ») e il « critère sérieux » (ou « non-frauduleux »), ma si trova a dovere ammettere che il fondamento d'entrambi è quello di sanzionare « la fraude à la loi », sicché è difficile scorgere la portata autonoma di ciascuno di essi. Non esiste, ad ogni modo, alcuna decisione che abbia annullato per « fictivité du siège » o « pour fraude » una società costituita in Francia: SYNVE, *L'organisation juridique*, p. 208; MENJUCQ, *Le droit international et européen des sociétés*, p. 95.

²⁰³⁴ Cfr. LÉVY, *La nationalité des sociétés*, p. 264, il quale ricorda che, a partire dalla legge del 1966, « le législateur a pris le maximum de précautions concevables pour éviter les nullités en matière de sociétés », mentre in precedenza la nullità era stata talvolta pronunciata (l'A. rinvia a MAZEAUD, *De*

mente ad applicare la legge francese – o meglio alcune norme internazionalmente imperative francesi – ad alcune questioni particolari e puntuali, venute al vaglio della giurisprudenza²⁰³⁵. La quale non ha, per lo più, rimesso in discussione la validità della società creatasi all'estero, o la regolarità della designazione dei suoi organi – aspetti pur preliminari ad ogni discussione circa lo specifico oggetto della lite di volta in volta proposto dinanzi ad essa –, nel che può vedersi un implicito riconoscimento dell'esistenza della società e quanto meno del funzionamento originario di essa, cioè, quindi, un'attribuzione, in punto a tali questioni, di efficacia in Francia alla legge straniera che ha realmente operato e sulla base della quale la società si è costituita e ha preso a funzionare²⁰³⁶. In altri termini, l'applicazione delle norme materiali francesi non è stata « indiscriminata », ma « mirata », ha avuto luogo soltanto riguardo a quelle questioni la cui natura era tale per cui il legame che la società intratteneva con l'economia francese è apparso sufficiente a prescrivere l'osservanza²⁰³⁷. Non vi è stata, tanto, la *sostituzione* del criterio

la nationalité des sociétés, Clunet, 1928, p. 49-50, il quale cita Parigi, 23 marzo 1909, *Rev. crit.*, 1909, p. 877).

²⁰³⁵ Cfr. LOUSSOUARN, *Nationalité des sociétés*, p. 22, il quale parla al riguardo di « aspects coercitifs de la loi française ».

²⁰³⁶ V. Douai, 1° dicembre 1955, *Rev. crit.*, 1956, p. 490, nota LOUSSOUARN, in cui, come ricordato (*supra*, nota 1939), si controverteva della responsabilità dell'amministratore di una « société anonyme » costituitasi in Lussemburgo con « lieu de succursale » in Francia, responsabilità che i giudici di Douai sottoposero alle norme francesi in materia, definite d'« ordine pubblico », senza con ciò rinnegare né la validità della nomina del dirigente convenuto né tanto meno l'esistenza della società. V. anche Cass. 1° civ., 2 marzo 1955, *RTD com.*, 1955, p. 457, obs. LOUSSOUARN, che ha fatto ricorso alla legge francese al fine d'impedire l'esclusione di una particolare categoria d'azionisti dal « partage des biens » conseguente alla messa in liquidazione di una società costituitasi in Russia.

²⁰³⁷ Ma quali sono questi legami, sufficienti perché la Francia intenda fare intervenire parte delle sue norme materiali? Un'analisi della giurisprudenza pare rivelare due tendenze, secondo la prima delle quali non è necessario provare a tal fine che il « siège réel », inteso come « centro di direzione » (LOUSSOUARN, *Nationalité des sociétés*, p. 21), si trovi in Francia, ma è possibile dar rilievo anche ad altri fattori di connessione, quali la sede di una succursale, il « principal établissement », il luogo di provenienza dei capitali, il « punto di gravità » del controllo, e così via (v. le decisioni citate da LOUSSOUARN, *op. cit.*, p. 20-22). Non si è probabilmente lontano dal vero se si dicesse che il « siège réel » è una comoda *formula di sintesi* che raccoglie tutti questi indici, e con la quale si è voluto significare che l'integrazione della società nel sistema economico francese, nei casi venuti al vaglio della giurisprudenza, si trovava ad essere particolarmente forte per giustificare l'« interferenza » della disciplina sostanziale francese. Più rigorosa, la seconda tendenza consiste nel non ritenere sufficiente il « centro di direzione » in Francia né, in generale, dei « rattachements notoires » con la Francia, dovendosi ammettere la sussistenza di un « interesse legittimo » dei fondatori di costituire la società all'estero, attestato e materializzato da un'« attache sérieuse » con lo Stato di costituzione, che ha di nuovo assunto la forma più variegata, quale il luogo dell'attività commerciale, la cittadinanza dei soci e così via, essendosi financo detto che la frode deve esistere « a titolo principale », il che avverrebbe soltanto quando « aucun motif légitime ne peut justifier le choix des fondateurs » (LOUSSOUARN, *op. cit.*, p. 22, il quale cita Cass. req., 17 luglio 1935, *Rev. crit.*, 1936, p. 767, che ha

della costituzione con quello della sede reale²⁰³⁸, ma piuttosto, sembrerebbe, una semplice *sovrapposizione*, sicché i due criteri hanno operato congiuntamente, ancorché distributivamente, cioè l'uno per alcune questioni, l'altro per altre questioni²⁰³⁹.

Pare dunque di potere riassuntivamente concludere che, da un lato, la legge francese « vuole » regolare la costituzione ed il funzionamento delle società che si costituiscono in base alle sue leggi fissando la loro sede statutaria in Francia; che, dall'altro, e reciprocamente, la legge straniera di costituzione regola, dal punto di vista dell'ordinamento francese, la società che si è costituita in forza ed attuazione di essa, indipendentemente dal luogo della sede effettiva²⁰⁴⁰; a questa legge straniera può però sovrapporsi la legge

confermato T. civ. Seine, 23 aprile 1932, S. 1933.II. p. 49, nota SOLUS, e T. civ. Seine, 22 dicembre 1938, *Rev. crit.*, 1939, p. 269).

²⁰³⁸ Cfr. AUDIT, *D.i.p.*, p. 889.

²⁰³⁹ V. « Trib. des conflits », 23 novembre 1959, Parigi, 19 maggio 1967, e Trib. gr. instance de la Seine, 23 giugno 1965, le quali, nelle parole di LOUSSOUARN, *La nationalité des sociétés*, Tr. com. fr. dr. int. pr., Année 1969, p. 209-210, hanno negato l'opportunità di ogni sistematizzazione in materia di legge applicabile alle società, nella determinazione della quale il giudice godrebbe della più ampia discrezionalità, tenendo conto « en chaque hypothèse (...) des intérêts en cause, (...) des particularités de l'espèce, des particularités de la matière », il che ha spinto a scorgere una « atomisation » della legge regolatrice delle persone giuridiche.

²⁰⁴⁰ Cfr. l'art. 5 del Progetto di codificazione elaborato dalla Commissione di riforma del *Code civil* alla fine degli anni quaranta (*Rev. crit.*, 1950, p. 111 s.), secondo cui « la personnalité morale conférée aux sociétés par la loi du pays de leur création leur est de plein droit reconnue en France avec les effets fixés par cette loi », ed ancora l'art. 6, comma 1, del progetto stesso, secondo cui « elles peuvent exercer leur activité en France à moins que cette activité ne soit contraire à l'ordre public ». Alla radice di tale disposizione si rinviene probabilmente il pensiero e la mano di NIBOYET, il quale aveva assunto la materia delle società (*Traité*, III, p. 317-318) quale esempio d'applicazione della sua teoria sull'*efficacia internazionale dei diritti*, ed aveva dichiarato, da un lato, che « chaque pays est parfaitement libre de fixer les conditions auxquelles sont soumises les sociétés en vue d'être valables sur son territoire », e, dall'altro, ed esemplificando, che « toute société qui (...) tient de la loi étrangère une certaine personnalité morale peut être, en France, reconnue telle » (v. *supra*, nota 566). Rimane da spiegare come si è arrivati, in presenza della norma unilaterale di cui all'art. 1837, all'applicazione alle società straniere della legge in virtù della quale sono state create, seppure con i limiti di cui si è detto. La « bilateralizzazione » del criterio di cui all'art. 1837 è parsa « eccessiva » (LOUSSOUARN, *La nationalité des sociétés*, p. 13) e pericolosa. E' vero che, poichè, nella grande maggioranza dei casi, la società stabilisce, ed è tenuta a stabilire, la sede statutaria nel Paese la cui legge le dà vita, il criterio della sede statutaria consente, in questi casi, sia di giustificare il riconoscimento della società, sia di rimanere nella bilateralità. Ma, come si è correttamente rilevato, ciò comporterebbe escludere il riconoscimento (e dunque affermare la nullità) di quelle società per le quali la legge che dà loro vita non esige che la sede venga fissata nel proprio territorio, come avviene negli Stati anglosassoni. Tale conseguenza è parsa per lo più ingiusta (LOUSSOUARN, *Nationalité des sociétés*, p. 13, MAYER/HEUZÉ, p. 668). E' vero – si è detto – che il « rinvio oltre » (*renvoi au deuxième degré*) può talvolta trarre d'impaccio, ma si tratta di una teoria inutilmente complicata (MAYER/HEUZÉ, p. 668). Sicché si tende ora a negare rilievo alla sede statutaria, riconoscendo che una società costituitasi in uno Stato, qualunque sia il legame per il quale è inserita nell'ambiente economico di esso, è regolata dalla legge di questo Stato: AUDIT, *D.i.p.*, p. 889; già SYNDET, *L'or-*

francese, o meglio alcune specifiche norme francesi, quando la società straniera presenta vincoli significativi con la Francia, e legami correlativamente minori con lo Stato di costituzione²⁰⁴¹, in particolare quando questi ultimi sono così tenui, ed i primi così preponderanti, da far supporre in capo ai fondatori un proposito fraudolento²⁰⁴².

292. Rimane da dire che la dottrina ha finora dedicato poca attenzione al problema dei *conflitti positivi* suscettibili di prodursi quando uno Stato dichiara applicabile la propria legge ad una società straniera in ragione di uno o più fattori d'integrazione con i suoi ambienti e lo Stato di costituzione, che riguarda in genere la società come propria, pure le dichiara applicabile la sua normativa. La giurisprudenza pare avere compiuto, in alcuni casi, una sorta di bilanciamento del grado d'integrazione dell'ente nei rispettivi sistemi socio-economici, avuto riguardo agli « interessi » concretamente in gioco, quand'anche senza avere chiara coscienza di risolvere un conflitto fra due volontà d'applicazione, non più potenziali, ma effettive²⁰⁴³.

ganisation juridique; cfr. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, 1991, p. 259 s.; v. del resto, in giurisprudenza, Parigi, 19 marzo 1965, *Rev. crit.*, 1967, p. 85, nota LAGARDE, *RTD com.*, 1967, p. 332, obs. LOUSSOUARN, *Clunet*, p. 118, nota GOLDMAN, secondo cui « la société est un contrat, quelle que soit la forme qui lui a été donnée » sicché « quiconque y adhère se trouve de son plein gré soumis, pour toutes les difficultés auxquelles peut donner lieu l'exécution du pacte social, à la compétence de la loi du lieu où la société a statutairement établi son siège social ».

²⁰⁴¹ Anche buona parte della dottrina tedesca si sta orientando in tale senso. Significativi i rilievi di TEIPEL, *Die Bedeutung der lex fori im internationalen Gesellschaftsrecht*, p. 125 s., il quale, dopo avere studiato i fondamenti della « Sitztheorie », conclude che quest'ultima « verfolgt das Interesse an einer Verhinderung der Umgehung nationaler Schutz- und Ordnungsvorschriften ». Ciò constatato, e dovendosi escludere la « bilateralizzazione » di tali interessi (e di conseguenza l'applicazione bilaterale del criterio della sede), l'A. formula, sulla scia della « Überlagerungstheorie » di SANDROCK (esposta dall'A. in numerosi scritti: v. in particolare *Die Multinationalen Korporationen im Internationalen Privatrecht*, in *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, 1978, p. 169-261) un suo « Vorschlag einer gesellschaftlichen Kollisionsregel », imperniato sull'assoggettamento dell'ente alla legge di costituzione con il limite delle norme imperative del foro, applicabili quando sussiste con il foro un significativo fattore di collegamento (« nicht das Sitzrecht als solches soll die Vorschriften des Gründungsstatuts überlagern [v]ielmehr soll das Gründungsstatut nur durch die zwingenden Vorschriften der lex fori verdrängt werden, soweit die Gesellschaft ihren Sitz oder zumindest den Schwerpunkt ihrer Geschäftstätigkeit im Inland hat »).

²⁰⁴² Sicché pare cogliere nel segno chi già diversi decenni fa dubitava dalla positività della tesi, pur allora già in voga, secondo cui la Francia avrebbe fatto proprio il collegamento del « siège réel », e notava che la legge francese veniva dichiarata applicabile in presenza di due criteri (unilaterali) alternativi, e cioè, in primo luogo, alle società che sono state create in Francia, anche se con « siège réel » all'estero, in secondo luogo a quelle che, pur create all'estero, possiedono « siège réel » in Francia (CAFLISCH, *La nationalité des sociétés commerciales*, p. 133: « On est amené à conclure que sont investies de la nationalité française non seulement les entités ayant leur siège administratif réel en France, mais aussi celles qui ont été créées sous l'empire de la loi française »).

²⁰⁴³ Cfr. BATIFFOL/LAGARDE, t. I, p. 334 (« la loi nationale de la société avec celle du pays avec lequel elle présente les liens les plus étroits »).

Un importante stimolo a contemplare tali conflitti nella loro realtà è però venuto dall'idea di *nazionalità*. E' vero che, sul terreno dei conflitti di leggi, la nazionalità di una persona giuridica non serve ad altro se non a designare la legge ad essa applicabile e che, dunque, è « a rigore inutile »²⁰⁴⁴. Ma avendo per le mani questo concetto suggestivo, consegnato da una veneranda anche se ciclicamente avversata tradizione, e volendo seguitare a farne uso anche per una certa comodità linguistica, alcuni autori hanno provato un certo ritegno nell'attribuire ad una società la nazionalità straniera in attuazione di quegli stessi criteri fissati dal foro per concedere la propria, anziché limitarsi – com'è tipico in materia di cittadinanza – a prendere atto del legame di *allégeance* che questo o quest'altro Stato straniero s'è risolto ad instaurare con la persona *de qua*, qui giuridica²⁰⁴⁵. Poiché – come si è ben rilevato – non v'è Stato che, conferendo ad una società la sua nazionalità, non intenda per ciò stesso assoggettarla alle proprie leggi²⁰⁴⁶, questi interpreti sono stati, così facendo, naturalmente sospinti a trasferire la ritrosia di cui si è detto alla designazione della legge straniera applicabile, che pure hanno infatti esitato a compiere usando di quegli stessi criteri con cui il foro traccia unilateralmente il dominio della propria, sicché è loro parso più opportuno richiamarsi ai collegamenti liberamente e altrettanto unilateralmente scelti da ciascuno Stato estero. Il che ha loro disvelato d'un colpo l'esistenza di casi di « società plurinazionali », cioè, per quanto qui interessa, casi in cui *più Stati rivendicano simultaneamente l'applicabilità della propria legge al medesimo organismo sociale*, considerato da entrambi come appartenente a sé. Vi è chi, a questo punto, trovando un puntello nell'art. 1837, ha proposto di sistematicamente risolvere a favore della legge francese i conflitti cui partecipa la legge francese, e quelli che mettono alle prese due leggi straniere a beneficio della legge del « siège réel », in nome della consueta e presuntamente irresistibile logica bilateralizzatrice²⁰⁴⁷. Altri ha mosso l'importante obiezione che l'art. 1837 non aspira a regolare « conflitti di nazionalità – per dir così – sociale », cioè, per quanto si è detto, conflitti internazionali di leggi applicabili, ma piuttosto ad attribuire la sola nazionalità francese – cioè a determinare l'applicabilità della sola legge francese – ed ha dunque escluso che tale disposizione possa servire allo scopo²⁰⁴⁸. Per questi autori, insomma, non solo i conflitti fra due leggi straniere, ma anche, sembrerebbe, i conflitti che coinvolgono la legge francese, andreb-

²⁰⁴⁴ MAYER/HEUZÉ, p. 663; cfr. LÉVY, *La nationalité des sociétés*, p. 149: « aucun Etat n'attribue son allégeance à une personne morale que son droit ne régirait pas ».

²⁰⁴⁵ V. BATIFFOL/LAGARDE, t. I, p. 334: « Il est discutable (...) d'étendre le caractère bilatéral de cette règle de conflit [leggi: 'la société est régie par sa loi nationale'] à la détermination de la nationalité elle-même, car le risque est alors d'attribuer à une société non française la nationalité d'un Etat qui ne la reconnaît pas comme sa loi nationale ».

²⁰⁴⁶ LÉVY, *La nationalité des sociétés*, p. 150; cfr. BASTID, *La nationalité des sociétés et la protection diplomatique*, Tr. com. fr. dr. int. pr., Année 1969, p. 250.

²⁰⁴⁷ BATIFFOL/LAGARDE, t. I, p. 337; LOUSSOUARN/BREDIN, *Droit du commerce international*, p. 258, p. 271.

²⁰⁴⁸ LÉVY, *La nationalité des sociétés*, p. 145.

bero piuttosto risolti ispirandosi al criterio dell'*effettività*, cioè sulla base di un esame degli effettivi legami che il soggetto giuridico da regolare intrattiene con i due Paesi²⁰⁴⁹: che è appunto quello stesso criterio in uso per arbitrare i *conflitti positivi di cittadinanza*, del quale, s'è detto, non v'è ragione di non servirsi analogicamente fintantoché non vi si opponga la specificità delle *personae fictae*²⁰⁵⁰. Si è insomma – e detto altrimenti – proposto di risolvere i conflitti positivi di leggi societarie ricercando il collegamento più significativo²⁰⁵¹.

§ V. – Conclusioni

293. Le autorità di uno Stato danno vita ad una società – conferendole « personalità originaria » – mettendo sempre, e soltanto, in opera le leggi di tale Stato. E' principio che può dirsi di valore e portata universali. Non v'è, tuttavia, crediamo, alcuna necessità logica o giuridica che lo imponga. E' piuttosto che non v'è ragione bastante perché si debba agire diversamente, perché, cioè, trattandosi di creare una trama di diritti ed obblighi, facoltà e soggezioni, prima inesistenti, quali quelli da cui prenderà sostanza il costituendo organismo societario, ciò debba in uno Stato farsi in attuazione della legge di un altro²⁰⁵². Ciascuno Stato fissa dunque, liberamente, cioè unilateralmente – in una con i requisiti sostanziali, formali e procedimentali – altresì la condizione spazial-geografica,

²⁰⁴⁹ Così anche CAFLISCH, *La nationalité des sociétés commerciales*, p. 151; v. già NUSSBAUM, *IPR*, p. 189, nota 4: « Solche Fälle (...) werden sinngemäss nach den Grundsätzen über Mehrstaater zu behandeln sein ».

²⁰⁵⁰ LÉVY, *La nationalité des sociétés*, p. 144, che ricorda sul punto l'opinione emessa da Fitzmaurice nel caso *Barcelona Traction*, il quale, dato il « contexte similaire et même presque identique », propose di applicare i criteri definiti dalla Corte internazionale nel caso *Nottebohm*.

²⁰⁵¹ Né è escluso che la scarsa e risalente giurisprudenza sul punto (riguardante per la verità il conflitto fra due leggi straniere) possa essere portata a suffragio di questa tesi. Una prima decisione (Parigi, 17 dicembre 1919, *Société européenne de publicité*, *Clunet*, 1920, p. 227), constatando il conflitto fra la legge tedesca, che pretendeva applicarsi quale legge della sede sociale « effettiva », e la legge svizzera, che pretendeva applicarsi quale legge di costituzione, ha privilegiato quest'ultima, facendo leva su alcuni ulteriori legami con la Svizzera, segnatamente la cittadinanza di pressoché tutti i soci e degli amministratori. Una seconda decisione (Rouen, 19 gennaio 1916, *Campanhia Krische*, *Rev. crit.*, 1915-1916, p. 251) ha attribuito rilievo, di contro a diversi elementi che facevano pensare che la società avesse la sede effettiva in Germania, alla regolare costituzione conformemente alla legge brasiliana, al vincolo personale di un amministratore con il Brasile nonché alla convinzione, diffusa presso diversi ambienti diplomatici stranieri, circa la nazionalità brasiliana della società.

²⁰⁵² La ragione di quest'applicazione « generalizzata » della *lex fori* è insomma, crediamo, quella stessa che s'è per lo più imposta in materia d'adozione, di unioni omosessuali, di divorzio: fa qui difetto il motivo primordiale per il foro di ricorrere ad una legge straniera. Che è quello di riconoscere ed attuare nel suo seno diritti ed obblighi cui una legge straniera ha (già) dato vita, in questo modo « coordinandosi » ed « armonizzandosi » con essa, e garantendo la continuità, cioè la permanenza, insomma l'effettività, di tali diritti ed obblighi, anche al di là dei confini dello Stato che li ha fatti sorgere, dunque la certezza, dunque la sicurezza, dunque, infine e soprattutto, la libertà dei soggetti che vi sono coinvolti.

cioè il collegamento, cui subordina l'accesso alla sua legge, cioè innanzitutto la « costituzione » e l'« organizzazione » delle « sue » società. La più parte degli Stati hanno iscritto le relative disposizioni nei codici civili o di commercio ovvero in leggi speciali. Talvolta la sfera vocazionale di applicabilità si deduce dalle norme sulla competenza, interna ed internazionale, dell'autorità del foro: il che è naturale, perché quest'ultima non è, come s'è detto, in questa fase, autorizzata a far funzionare altra legge se non la propria, e questa non può mettersi in opera se non per il tramite di quella. Lo stesso collegamento viene dunque a svolgere il duplice ruolo di fondare l'applicabilità della legge del foro e la competenza delle sue autorità a concretamente attuarla.

Lo Stato che dà vita ad una società « vuole », con le proprie leggi, in principio regolarne anche l'organizzazione, cioè il funzionamento, fino alla dissoluzione: « birth, life and death », come dicono i giuristi anglo-americani²⁰⁵³. Il che non significa che tale Stato intenda sempre ed a tutti i costi imporre internazionalmente le proprie norme ad ogni singolo aspetto di tale funzionamento, che non accetti mai di « cedere » di fronte alle leggi degli altri Stati. Ma significa innanzitutto che mai lascerà la società nel vuoto giuridico, mai rifiuterà di dichiarare ad essa *applicabile* la propria legge. La società rimane « sua » dovunque di fatto eserciti le sue attività, e sempre lo Stato che le ha dato nascita si cura della sua sorte, il « legame ombelicale » che idealmente li unisce non recidendosi se non con il dissolvimento, o operazioni equivalenti. Il che è enunciato in modo chiaro dal legislatore francese e di diversi Stati federali degli Stati Uniti: « le nostre norme sono applicabili alle società costituitesi qui », e non solo, evidentemente, per la costituzione, perché sarebbe tautologico, ma anche per la loro organizzazione successiva.

Una volta che una società attinge vita e corpo dalla legge di uno Stato, gli altri Stati possono riconoscerne ovvero non riconoscerne l'esistenza giuridica e l'iniziale organizzazione. Un'alternativa s'impone: o « bilateralizzare » il collegamento scelto dal foro, ed attribuire efficacia alla sola delle legge dello Stato in cui esso si concretizza, e dunque riconoscere soltanto le società sorte sulla base di questa legge, e non riconoscere quelle create in forza di ogni altra legge, che è per il foro « non competente » (*falsches Recht*); ovvero rispettare, di massima, il campo d'applicazione delle leggi straniere quale impresso dai rispettivi ordinamenti, e quindi riconoscere l'esistenza giuridica di tutte le società cui tali leggi hanno regolarmente dato vita, senza verificare l'identità fra il collegamento richiesto da queste e quello scelto dal foro. La prima via è quella della bilateralità e la seconda quella dell'unilateralità. La seconda via si esprime nella formula dell'« applicazione della legge di costituzione ». Attribuire efficacia a quest'ultima, cioè alla legge che si è concretamente applicata alla costituzione della società, che è anche quella che per lo più si dichiara applicabile al funzionamento di essa, non significa infatti altro che... applicare la legge che, appunto, *ha voluto* applicarsi alla costituzione, e che *vuole* applicarsi al funzionamento. « Legge di costituzione », o « legge dello Stato

²⁰⁵³ V. *supra*, nota 1935.

che ha dato vita alla società », « legge dello Stato secondo le cui norme la società si è costituita », sono brocardi che non indicano né il *collegamento* che fonda l'applicabilità della legge del « foro di costituzione », che infatti si è cercato nelle norme civilistiche di cui si è detto, né il *collegamento* necessario, a giudizio del « foro del riconoscimento », per l'applicabilità di una legge straniera, che è quello fissato liberamente, da ciascun ordinamento per suo conto, e di cui il foro indirettamente *s'appropria*. La legge dello Stato di costituzione, tradizionale nei Paesi anglosassoni, è stata fatta propria dall'Italia e da numerosi altri Stati europei, non esclusa, a differenza di quanto non si lasci talvolta intendere, la Francia, ed è pure quella che s'è imposta nei rapporti intracomunitari.

294. In tale criterio si è talvolta creduto di vedere un collegamento bilaterale classico. Il che, se è alquanto artificioso – perché tale criterio non esprime da sé, come detto, alcun preciso legame geografico, e la dottrina più recente, commentando la giurisprudenza comunitaria, ne ha preso atto, proprio ragionando in questo modo – non è comunque senza significato, perché conferma come l'unilateralismo possa essere condensato in una formula *bilaterale*, la quale può a sua volta essere racchiusa da una « norma » esplicita *bilaterale*: posto che ciascuno Stato può liberamente, cioè unilateralmente, fissare il criterio di applicabilità internazionale della propria legge ed è tenuto a riconoscere l'eguale libertà degli altri Stati, e l'eguale unilateralità connaturale all'esercizio di tale libertà, « è innanzitutto applicabile la legge che vuole applicarsi, *sia essa del foro, sia essa straniera*, e, nel caso di conflitto di leggi dichiarate applicabili dai rispettivi ordinamenti, s'applica in ciascuno di essi la legge, *sia essa del foro, sia essa straniera*, che ha realmente operato, che è stata messa in opera per prima », o quell'altra, sia del foro, sia straniera, che raccomandano altri criteri di risoluzione, di cui si è detto e dirà. Come anche riconoscono « bilateralisti », l'unilateralismo attua in questa materia, in modo più immediato e largo, l'apertura a « valori giuridici » stranieri, l'armonia delle soluzioni e l'uniformità attraverso le frontiere, il coordinamento fra il foro e gli ordinamenti stranieri, la continuità della vita giuridica internazionale dei soggetti. « Bilateralizzare » il collegamento del foro significa invece rischiare di considerare inesistente una società pur regolare e viva secondo lo Stato che l'ha creata, con tutto quel corredo di sconquassi che ciò provocare nella sfera di coloro che avevano fatto assegnamento sulla sua esistenza e sull'organizzazione impressale, e avevano da essa acquistato diritti e con essa contratto obblighi; significa rifiutare di appunto « coordinarsi » con lo Stato di costituzione; significa creare una « disarmonia », una discontinuità nella vita della società e di chi gravita attorno ad essa, significa renderla *boiteuse*: società che esiste qui ma non esiste lì, fascio di rapporti giuridici che è qui sorto e consolidato, ma che, valicato il confine, sparisce e *tamquam non esset*.

Proprio per queste ragioni la « bilateralizzazione » del collegamento scelto dal foro è stata impedita dalla giurisprudenza comunitaria. Tale divieto è stato innanzitutto giustificato in nome dell'eguale libertà degli Stati di dotarsi di un diritto societario e dell'eguale dignità di tali legislazioni statali. All'eguaglianza fra legge del foro e legge straniera viene impresso un indirizzo nuovo e fecondo. Essa non è più intesa nel senso che,

« come io prendo per me il diritto di creare un fascio di diritti ed obblighi in *queste* circostanze, così ti concedo di creare il tuo fascio di diritti ed obblighi in *queste* stesse, ma queste *sole*, circostanze ». Eguaglianza significa piuttosto, qui, prescrivere che ciascuno (Stato) membro, come gode della libertà di fissare i limiti dell'applicabilità della sua legge, così riconosca e rispetti, fin dove possibile, l'eguale libertà degli altri (Stati) membri della comunità. Ma soprattutto, l'obbligo del riconoscimento è stato motivato dall'aspirazione all'uniformità, dunque alla prevedibilità, dunque alla certezza, che solo possono agevolare il traffico giuridico intracomunitario, rendere effettive le libertà fondanti e fondative di esso. Giova qui ricordare ciò che talvolta ci si sembra scordare, e cioè che questi sono gli scopi tradizionali e primitivi del diritto internazionale privato: ricercare il coordinamento fra i sistemi, dunque l'uniformità, dunque la certezza, dunque la sicurezza del traffico giuridico. Se avvertiti con più forza ed urgenza nell'area comunitaria, è perché le relazioni in tale ambito sono più intense e frequenti, tanto intense e tanto frequenti che questi obiettivi devono smettere di rimanere sotterrati da una messe di « esercizi intellettuali » volti a « sfoderare argomentazioni a favore dell'una o dell'altra teoria » circa il « collegamento » più opportuno, ma devono cominciare ad essere presi sul serio²⁰⁵⁴. Il diritto comunitario, lungi dal sostituire il d.i.p. o anche dal giustapporsi ad esso, agisce piuttosto su di esso da potente stimolo, interviene a fecondarlo, a svolgerne il potenziale, a recarlo a maturazione. Ma *come* vi è intervenuto? Della norma di conflitto bilaterale – come hanno riconosciuto i giuristi del Paese forse più « colpito » da tale intervento: la Germania – si è eliminata la sola « bilateralizzazione ». La norma di conflitto nazionale è stata, si è detto, « debilateralizzata », amputata della sola porzione « estroversa ». E ciò perché questa sola è d'ostacolo al compimento degli obiettivi del diritto comunitario, che sono, appunto, anche, largamente, quelli del diritto internazionale privato. La delimitazione della sfera d'applicazione del diritto interno a mezzo di un criterio scelto da ciascuno Stato, è rimasta ferma e salda, ed anzi si è riconosciuto come essa faccia tutt'uno con la libertà degli Stati di dotarsi di un diritto societario.

295. Il fatto che ciascuno Stato possa fissare da sé le condizioni spaziali per dar vita ad una società comporta una prima serie di *conflitti positivi*, i quali si riscontrano quando la società non si è ancora costituita, quando evolve ancora allo stato di « progetto » ed ancora vive nella rappresentazione di chi ne contempla la costituzione; i quali conflitti assumono allora, in questa fase « prenatale », la fisionomia di *concorsi* di leggi societarie, nel senso che più leggi s'offrono, se i requisiti ch'esse prescrivono sono rispettati, di dar vita alla *costituenda* società. Tali conflitti sono risolti pianamente dagli interessati, che possono in sostanza scegliere se costituire la società – recarla da potenza in atto – sulla base di questa o quest'altra legge purché, ben inteso, procurino di soddisfare le relative condizioni sostanziali, formali e procedimentali e ne accettino le conseguenze,

²⁰⁵⁴ Così si esprime, BROGGINI, *Regole societarie*, p. 274.

specie in termini di localizzazione della vita societaria. Sicché si è detto che il criterio risolutore è la *volontà* dei fondatori. Una volta *costituita* la società, dar corso alla legge dello Stato di costituzione è apparso ad alcuni come privilegiare la legge che « valida » la società e se ne è dunque tratta la conseguenza che il conflitto è appianato a mezzo del *favor validitatis* o del *favor recognitionis*.

Ma i conflitti positivi più seri hanno un'altra origine, e si manifestano una volta che la società è sorta. La legge di uno Stato vuole bensì, come si è detto, applicarsi globalmente ad una società quando, realizzandosi il collegamento da essa richiesto, i soggetti interessati ne abbiano ottenuto la costituzione dalle autorità di tale Stato. La sfera d'applicabilità delle sue norme societarie può però non esaurirsi qui. Uno Stato può volere dichiarare applicabile la sua legge, o meglio alcune sue norme, anche a quelle società che, pur sottoposte alla legge straniera di costituzione, presentano con il proprio sistema un certo (altro) collegamento. Grosso modo tutti i principali sistemi procedono in questo modo: Francia, Spagna, Italia, Svizzera, Belgio, Paesi Bassi, Inghilterra, Stati Uniti...; le « esigenze imperative » riservate dalla giurisprudenza comunitaria, consentiranno probabilmente di continuare a ricorrervi, tutt'al più con maggiore moderazione. Questa è la vera *ratio* all'origine della « bilateralizzazione » del collegamento scelto dal foro, il che è riconosciuto da autori francesi, belgi, tedeschi: il proposito di uno Stato di assoggettare alle sue leggi le società integrate al suo sistema economico mediante un fattore che ritiene a tal fine sufficiente. Richiedendo un certo legame per dar vita alle società regolate dal suo diritto – la cui effettività, al momento della costituzione, non può peraltro essere predetta con sicurezza –, il foro intende procurare che quelle società che hanno con sé quel legame non potranno costituirsi altrove e sottrarsi all'osservanza delle sue norme. La ragione della bilateralizzazione è, come ognuno vede, una ragione tutta *unilaterale*, tutta interna, di difesa, di protezione. Ben si comprende dunque come questo strumento si sia rivelato eccessivo rispetto allo scopo cui è preordinato. In primo luogo, non ha senso imporre anche agli Stati stranieri di proteggersi quando questi non ne ravvisano il bisogno. In secondo luogo, non è vero che, per venire incontro a queste esigenze, il foro « voglia » – cioè abbia bisogno di volere – applicare, in questi casi, *tutte* le sue norme societarie, comprese quelle sulla costituzione, ma solo quelle la cui messa in opera si rivela strumentale rispetto a queste esigenze, specie di protezione di alcune categorie di soggetti della compagine sociale o che gravitano attorno ad essa. E' significativo che, per correggere i possibili eccessi cui può condurre l'apertura incontrollata alle leggi straniere implicita nel versante « estroverso » dell'unilateralismo, si è fatto ricorso... all'unilateralismo stesso, nella sua porzione « introversa ». L'unilateralismo si è rivelato anche qui, più adeguato: perché, più rispettoso dell'« alterità », non pretende generalizzare esigenze proprie del foro, e frapporre al libero commercio giuridico ostacoli che nessuno ha interesse a frapporre e che tutti vogliono scongiurare; perché interferisce con la legge straniera applicabile in modo « mirato », « chirurgico », nel modo meno invasivo possibile, perché induce lo Stato del foro a chiedersi quali norme « voglia » effettivamente applicare ed a quali società.

Resta il fatto che la volontà di uno Stato – per esempio, della « sede dell'amministrazione » – di applicare alcune sue norme, può concorrere con la parallela volontà dello Stato di costituzione o con quella di un altro Stato ancora, quello, per esempio, e per parlare come il legislatore italiano, dell'« oggetto principale ». Se concede ad ogni Stato di dichiarare applicabili le proprie norme ad una società costituita all'estero che abbia con il proprio sistema un certo collegamento, l'unilateralismo sempre correlativamente gli impone di considerare l'eventuale analoga volontà dei suoi omologhi e pariordinati, gli impedisce di ignorarla. Le quali volontà d'applicazione, una volta accertate e precisate, se risultano incompatibili – e veniamo al punto cruciale –, vanno comunque « coordinate » ed « armonizzate ». E' soprattutto grazie alla giurisprudenza e alla dottrina americana che se ne è elucidata la ragione profonda. Se più Stati insistono nel « volere » imporre al medesimo aspetto dell'organizzazione e della vita societaria le loro norme, e che queste sono tali che è impossibile attuare le une e le altre perché i loro effetti sono mutualmente esclusivi, i destinatari di esse – società, soci, detentori di cariche sociali o creditori che siano – rischiano di essere esposti a più prescrizioni contraddittorie, a più conflitti di situazioni giuridiche, di vantaggio e di svantaggio. Uno sforzo di conciliazione è necessario, è interesse di tutti, degli Stati che fanno le norme e degli individui che se ne servono e le rispettano, perché se ciascuno degli Stati, constatando il conflitto, persiste ciecamente nel proposito di far prevalere le sue proprie, i destinatari delle une e delle altre sono condannati per lo più ad ignorare pregiudizialmente qual è la regola di condotta cui attenersi – quali sono i loro diritti e i loro obblighi – né gli Stati possono ragionevolmente pretendere la spontanea osservanza.

Diverse vie per risolvere questo conflitto internazionale di normative societarie dichiarate applicabili dai rispettivi Stati si sono affacciate, talvolta istintivamente, a chi vi abbia riflettuto. Un primo « metodo » consiste nel guardare al *contenuto* delle norme antagoniste. Il d.i.p. viene dunque naturalmente a tingersi di *materialità*. Ma non si tratta di un obiettivo, ma di un semplice mezzo: la finalità ultima non è insomma applicare la norma materialmente *più giusta*, perché la più giusta è, di regola, per ciascuno Stato, e salva la comprovata obsolescenza di una di esse²⁰⁵⁵, quella che ciascuno ha messo a punto e messo e lasciato in vigore, sicché le norme « più giuste » sarebbero più d'una, e si sarebbe daccapo; l'obiettivo è che i due Stati finiscano per attribuire efficacia, l'uno e l'altro, per ogni questione per cui l'applicabilità simultanea delle loro norme, ch'essi pur dichiarano per ipotesi applicabili, è impossibile, *una sola di esse* (« single-law »). L'indagine del contenuto delle norme in conflitto è utile perché può rivelare innanzitutto la diversa intensità della volontà di applicazione che le sorregge: una norma può essere più facilmente disposta a cedere all'altra, il che avviene ad esempio, quando essa già all'interno dell'ordinamento di cui è parte si « ritrae » al cospetto di un'altra norma incompatibile elaborata dagli interessati e iscritta, per esempio, nello statuto della

²⁰⁵⁵ Cfr. i rilievi di KRAMER: *supra*, para. 161, n. 3

società. In secondo luogo, tale ricerca nel diritto sostanziale può far prendere coscienza di una comunanza di *ratio* fra le due norme, sicché una di esse, pur imperativa, può farsi da parte, perché l'altra reca ad attuazione la sua stessa finalità, anche se in misura ancora maggiore. Ecco come si è arrivati al *favor* di un certo risultato, il quale diviene *strumento* di coordinamento, e non indica il *fine* materiale cui ciascuno Stato in conflitto ambisce per sé. Un'altra via consiste nel far dirimere il conflitto da un fattore di collegamento « terzo », ovvero dal criterio del « collegamento più significativo »: si tratta dunque di dar rilievo a circostanze spaziali, le quali rafforzano la legittimità dell'applicazione effettiva di una fra le norme applicabili ed incompatibili, perché confermano la maggiore integrazione della società nel sistema socio-economico dello Stato da cui emana.

296. Autonomia della volontà, promozione di un determinato risultato materiale e collegamento più significativo, offrono dunque altrettanti strumenti – o appunto « metodi », nel senso primigenio e più alto del termine – proposti per risolvere i *conflitti positivi* di leggi, cioè i conflitti internazionali fra le normative nazionali poste da due Stati che intendono entrambi, per il loro tramite, regolare la medesima fattispecie in quanto integrata simultaneamente nei loro sistemi socio-economici, qui lo « statuto » della medesima formazione societaria.

E' constatazione diffusa che il *favor* per una certa soluzione, cui apparentemente aspirano le c.d. norme di conflitto alternative, nonché l'autonomia riconosciuta dalle norme di conflitto che prevedono la *professio iuris*, ed ancora il principio di prossimità « allo stato puro », siano da annoverare fra i fattori di maggiore novità da tempo infiltratisi – e ora moltiplicatisi a dismisura – nelle codificazioni e, più in generale, nei sistemi moderni di d.i.p. Ed è altresì noto che la dottrina si sta ormai da anni dibattendo con le difficoltà contro cui viene a cozzare ogni tentativo di ricondurre tali norme nell'alveo del paradigma tradizionale. Per rendere conto delle norme di conflitto alternative, ad esempio, si è cominciato con il dovere rinunciare ad un carattere della norma di conflitto « savigniana » comunemente riguardato come coesistente alla stessa: la sua *neutralità* rispetto al tenore delle leggi in presenza; sicché è con ragione che i più attenti organizzatori delle tecniche impiegate dai sistemi moderni rimarcano l'opposizione di queste norme rispetto a quelle classiche, a collegamento unico²⁰⁵⁶. Quanto al fondamento delle disposizioni che attribuiscono agli interessati il potere di designare da sé la legge applicabile, ed in cui pure sembra palesarsi il sacrificio della neutralità, si avanzano ipotesi esplicative ancora fluide, se non instabili, il che ha indotto taluni a parlare rassegnatamente di *Verlegenheitslösung*²⁰⁵⁷.

Di qui nasce la curiosità di verificare se tali norme, ed in particolare il criterio del *favor* e dell'autonomia della volontà cui ricorrono per risolvere i conflitti fra le leggi che esse stesse identificano come dotate di « vocazione ad applicarsi », possano in qualche modo

²⁰⁵⁶ PICONE, *Norme di conflitto alternative*, in *La riforma*, p. 305; e ID. *Cours général*, p. 117.

²⁰⁵⁷ KEGEL/SCHURIG, p. 678; cfr. recentemente NISHITANI, *Mancini und die Parteiautonomie*, p. 320.

spiegarsi alla luce dell'unilateralismo. Un tentativo di forte suggestione è, a dire il vero, già stato compiuto a proposito della facoltà di scelta della legge applicabile, anche se circoscritto alla materia contrattuale²⁰⁵⁸. Il quale tentativo non pare avere destato particolare interesse ma neppure ricevuto alcuna critica seria, e rimane dunque da esplorare. Ciò cui pure si è incoraggiati dalla constatazione che, fra quei pochi autori che vi hanno prestato attenzione, ve n'è uno, e d'indiscussa autorità, secondo il quale, « allo stadio attuale dell'evoluzione delle idee, sembra che la sola tesi unilaterale sia, dal punto di vista teorico, in grado di conciliare l'autonomia della volontà e la sottoposizione del contratto ad una legge statale determinata »²⁰⁵⁹.

²⁰⁵⁸ GOTHOT, *La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats*, *Trav. com. fr. dr. int. pr.*, Années 1975-1977, Paris, 1979, p. 201 s.

²⁰⁵⁹ LAGARDE, *Le principe de proximité*, p. 63.

Parte Terza

AUTONOMIA DELLA VOLONTÀ, *FAVOR* E PRINCIPIO DI PROSSIMITÀ ALLA LUCE DELL'UNILATERALISMO

Introduzione

SOMMARIO: – 297. Contiguità nei risultati pratici fra l'unilateralismo delle norme in materia di condizioni per la costituzione di un rapporto giuridico nel foro, con il loro *pendant* del riconoscimento, e le c.d. « norme di conflitto materiali ». Alla ricerca di una spiegazione unitaria.

297. Vogliamo qui di seguito provare a meditare sui dati che siamo venuti raccogliendo, chiedendoci se e in che misura essi possano contribuire all'affinamento di quella che si è di recente definita una « teoria globale del diritto internazionale privato »²⁰⁶⁰.

In diverse materie – si sono, in particolare, considerati i settori dell'adozione, del divorzio, delle *registered partnerships*, della celebrazione del matrimonio, delle società – il d.i.p. comparato mostra che, quanto meno per ciò che attiene alle *condizioni* per dar vita alle corrispondenti situazioni giuridiche, uno Stato tende sempre più spesso ad allargare la sfera d'applicabilità delle sue norme, estendendola oltre a quella derivante dall'impiego di quell'*unico* criterio di collegamento da lui ritenuto in astratto più forte, la cui esatta individuazione perde dunque di rilievo. Correlativamente, l'applicazione del diritto straniero, quando la costituzione del rapporto è richiesta alle autorità del foro, è sempre più di frequente ridotta od esclusa del tutto. Il diritto straniero, piuttosto, entra e viene messo in opera nel foro sotto forma di riconoscimento di rapporti già sorti, già formati all'estero in attuazione di leggi straniere, che si sono, appunto, effettivamente, e nella misura in cui si sono effettivamente, applicate. Il riconoscimento non è, dunque, limitato a quei rapporti che si sono instaurati in applicazione della *sola* legge dello Stato che il foro ritiene più strettamente collegato al rapporto, la cui identità, del resto, come si è detto, sempre più spesso si neglige. Piuttosto il foro, per ogni rapporto, accetta di lasciare esplicitare presso di sé, di volta in volta, quella legge che ha *effettivamente, storicamente*, vien fatto di dire, operato per dargli vita, contentandosi tutt'al più di verificare che tale legge avesse un « contatto sufficiente » con la fattispecie, cioè – in sostanza – con gli interessati²⁰⁶¹. Il foro, insomma, se, da un lato, *allarga* il campo d'applicabilità delle sue norme, fondandolo su più circostanze di collegamento *unilaterali* alternative, accetta, dall'altro, che anche gli altri Stati facciano lo stesso, essendo disposto a riconoscere, al suo interno, l'esistenza di rapporti cui non una sola, ma una « rosa » di leggi straniere, abbia di volta in volta dato vita.

La « risultante » di questo doppio movimento è che i soggetti interessati ad instaurare un rapporto dei tipi considerati, se vantano, ciascuno o l'uno e l'altro nel loro complesso,

²⁰⁶⁰ Cfr. JACQUET, il quale intitola l'ultimo capitolo del Corso professato all'Aja sulla *Fonction supranationale de la règle de conflit*, p. 213 s., appunto: « *Éléments d'une théorie globale des conflits de lois* ».

²⁰⁶¹ Cfr. LAGARDE, *Développements futurs*, p. 235.

connessioni con più Stati, possono sempre più spesso *scegliere* in quale Stato, e dunque sulla scorta di quale legge – in punto, innanzitutto, a condizioni sostanziali – richiederne la costituzione, per poi, per lo più, poterlo « vivere » anche nell'altra o nelle altre comunità statali cui sono in qualche misura pure collegati. Le parti sceglieranno verosimilmente quello Stato la cui legge consente loro nella specie lo stabilimento, o consente loro più agevolmente lo stabilimento, del rapporto²⁰⁶². Se, in particolare, soltanto una legge lo autorizza, e l'altra o le altre no, le parti opteranno verosilmente per la prima, la quale, una volta costituitosi il rapporto, lo considera *valido*, e metteranno da parte le altre, le quali lo reputerebbero *invalido*²⁰⁶³.

Ora, questo esito pratico pare, almeno a prima vista – come si è segnalato al termine del Capitolo precedente²⁰⁶⁴ – assai simile a quello cui lo Stato pure consente ai soggetti di un rapporto interindividuale di pervenire, anche se, questa volta, in maniera più diretta, quando adotta norme di d.i.p. *alternative* o che prevedono l'*autonomia della volontà*. E qui prendiamo le distanze per lo più dai settori, pur importanti, in cui, per dar vita ad un fascio di diritti ed obblighi, è necessario l'intervento di un'autorità, per addentrarci in pratica in ogni « divisione » dell'esperienza giuridica privatistica, in cui, per la costituzione di tale fascio di diritti ed obblighi, è sufficiente, in genere, la dichiarazione negoziale, seppure, spesso, esternata con certe formalità, di chi intende crearlo, ovvero un suo atto o comportamento, cosciente e volontario: contratti, convenzioni matrimoniali, testamenti, atti illeciti, e così via²⁰⁶⁵. E pure ci scostiamo dal circoscritto ambito delle disposizioni che fissano i requisiti sostanziali cui è subordinata l'insorgenza di un rapporto, per muovere, da un lato, a quelle che prescrivono le formalità all'uopo richieste, e, dall'altro, e soprattutto, a quelle che ne determinano il contenuto, gli effetti, sotto forma di situazioni giuridiche di vantaggio e svantaggio, cioè – semplificando un poco – *di diritti soggettivi ed obblighi*²⁰⁶⁶.

La contiguità negli approdi concreti delle norme che prevedono l'« applicazione generalizzata » della *lex fori* unitamente al « metodo del riconoscimento », da un lato, e,

²⁰⁶² Cfr. MAYER, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, Mélanges P. Lagarde, Paris, 2005, p. 562.

²⁰⁶³ Su ciò che il « metodo del riconoscimento » finisca per favorire la validità di una situazione giuridica creata all'estero, v. ancora MAYER, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, p. 564-565.

²⁰⁶⁴ V. *supra*, para. 296.

²⁰⁶⁵ Sull'estensione ormai assunta dalle « règles de rattachement à caractère substantiel », v. fra i tanti, SOIRAT, *Règles de rattachement à caractère substantiel*, p. 4: « aucune province du droit privé ne paraît plus désormais à l'abri de la tentation de la substantialisation »; per una lista di tali norme nella più parte delle codificazioni di d.i.p. degli ultimi vent'anni, v. BALLARINO/ROMANO, *Le principe de proximité chez P. Lagarde, Mélanges P. Lagarde*, Paris, 2005, p. 42 s.

²⁰⁶⁶ Su ciò che il metodo del riconoscimento « épuise ses effets avec l'établissement de la situation », v. MAYER, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, p. 572.

dall'altro, delle *norme di conflitto a collegamento multiplo o plurimo*²⁰⁶⁷, spesso designate nel loro insieme *materiali* perché incarnerebbero quella che si suole chiamare « materializzazione del diritto internazionale privato », è, come si è visto, stata, da taluno, rilevata²⁰⁶⁸: anche in questi tipi di norme di d.i.p., lo Stato del foro *estende* la sfera d'applicazione delle sue norme materiali oltre quell'unico criterio di collegamento, ritenuto più forte o stretto, che non interessa più designare²⁰⁶⁹; mentre accetta, nel contempo, che rapporti sorgano in forza di – e siano regolati da – una legge straniera, non da una *sola*, sempre la stessa, quella dello Stato del collegamento più significativo, ma, per lo più, da una cerchia di leggi straniere, tutte in qualche misura collegate alla fattispecie, fra le quali l'identificazione di quella che presenta, secondo la sua visione, la più grande prossimità, determinata in astratto, non è più necessaria, né utile. La norma bilaterale a *collegamento unico*, quella « classica », denominata « savigniana », che, nella sua purezza, individua, per ciascuna classe di relazioni interindividuali internazionali, il criterio di collegamento che lo Stato che l'adotta riguarda come più significativo, e che proclama l'applicabilità della sola legge dello Stato, del foro o straniero, a favore del quale tale fattore si concretizza, in quanto legge dello Stato della pretesa « sede » naturale del rapporto, ed esclude l'applicabilità ad esso di ogni altra legge, in quanto, per ipotesi, meno strettamente vincolata al rapporto, in quanto, cioè, legge dello Stato in cui *non* si trova la « sede » naturale di esso, è invece – come si è del resto sottolineato da più parti negli ultimi anni – in regresso nei sistemi di d.i.p. moderni²⁰⁷⁰.

Vogliamo chiederci qui di seguito, da un lato, se ed in che modo e misura il metodo unilaterale, il quale, come si è visto, rende piuttosto agevolmente conto del metodo dell'applicazione generalizzata della *lex fori* e del suo *pendant* del riconoscimento, possa anche fornire elementi utili ad illuminare la genesi delle norme di conflitto a collegamento plurimo; e, dall'altro, se il beneficio che il principio di « prossimità allo stato puro » è suscettibile di offrire non sia più percepibile – e dunque se non siano più adeguati, ad un tempo, la sua previsione nella *legislazione* e il suo impiego nella *pratica* del d.i.p. contemporaneo – qualora ci si disponga a contemplarlo da una prospettiva unilaterale. A tal fine, pare indispensabile riprendere l'esame di due *vexatae questiones*, oggetto di

²⁰⁶⁷ Di « règles de conflit à rattachement unique » e di « méthode du rattachement unique », in opposizione alle « règles de rattachements multiples » parla ad es. AUDIT, *Cours général*, p. 337 e 341.

²⁰⁶⁸ V. *supra*, para. 287-288, a proposito delle conseguenze spiegate dalla giurisprudenza *Centros* sul diritto internazionale privato societario dei singoli Stati membri; in materia di unioni non registrate, v. un cenno in tal senso in VON SACHSEN GESSAPHE, *Le partenariat enregistré en droit international privé allemand*, p. 16.

²⁰⁶⁹ Così già BUCHER, *Sur les règles de rattachement à caractère substantiel*, *Mélanges A. Schnitzer*, Genève, 1979, p. 48; cfr. AUDIT, *Cours général*, p. 339.

²⁰⁷⁰ « Naguère maître dans son royaume, la règle de conflit localisatrice est donc aujourd'hui menacée de toute part »: SOIRAT, *Règles de rattachement à caractère substantiel*, p. 441; cfr. PICONE, *Cours général*, p. 23 s. e GONZÁLEZ CAMPOS, *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé*, *RCADI*, 2000, t. 287, p. 60 s.

tradizionale dissidio fra bilateralismo e unilateralismo: ci chiederemo, da un lato, se sia legittimo, per un legislatore, interrogarsi *ex professo* sull'ambito d'applicabilità internazionale delle sue norme di diritto privato (Sezione I); dall'altro, avendo dato una risposta tendenzialmente positiva a questo primo quesito, se esista una sfera o « vocazione applicativa » *naturale* di tali norme (Sezione II). Essendo anche qui giunti ad una cauta affermazione, ci interrogheremo sul fine in vista del quale uno Stato, a mezzo della norma bilaterale tradizionale, si dispone a rinunciare ad una cospicua parte della vocazione naturale delle sue norme riducendola a mezzo appunto di un collegamento unico (Sezione III). Proveremo in seguito a spiegare perché, in casi numerosi e sempre crescenti, questo medesimo obiettivo è raggiunto dal foro più sicuramente e con minore sacrificio, da un lato, recuperando una parte di tale vocazione, dall'altro, rinunciando al « monopolio normativo » sulle fattispecie a sé vincolate dal solo fattore che ritiene in astratto il più significativo (Sezione IV). Infine, esamineremo se ed in che misura e con quali strumenti i conflitti positivi e negativi di leggi – altro nodo, rimasto a tutt'oggi in qualche modo irrisolto, della contesa fra bilateralità ed unilateralità – possano dirsi composti nei sistemi di d.i.p. moderni (Sezioni V e VI).

Sezione I

La norma di diritto privato come strumento e la ricerca dei beneficiari

SOMMARIO: – 298. La norma come « strumento » offerto ai soggetti per realizzarsi nella loro vita giuridica. Il senso dell'obbligatorietà della norma. Il « monopolio normativo ». – 299. L'esigenza di individuare i destinatari della norma. Loro interesse alla « tenuità » del contatto richiesto per rivendicarne il beneficio. – 300. L'interesse dello Stato circa la sfera di applicabilità del suo diritto privato: « altruismo » ed « egoismo ».

298. Come ricordano Pillet e, più recentemente, Hart e Raz, la maggior parte delle norme di diritto privato mira ad offrire ai destinatari uno *strumento* per dar vita a rapporti giuridici e conformarli alle proprie esigenze, ai propri interessi²⁰⁷¹. Le disposizioni in

²⁰⁷¹ PILLET, *Principes de droit international privé*, Paris, 1903, citato da BARNICH, *Union libre et cohabitation légale, Mélanges De Valkeneer, Bruxelles*, 2000, p. 10 s.: « Le bienfait du droit consiste en ce qu'il contient à la fois une direction et une garantie. Une direction: le droit indique à l'homme les formalités et, en général, les conditions quelconques qu'il doit remplir pour placer sa personne, ses biens, ses actes sous la protection de la loi. Une garantie: la direction indiquée étant supposée suivie, les conditions requises étant remplies, le droit garantit au particulier l'assistance du pouvoir social à l'appui des prétentions qu'il peut élever contre ceux qui ont formé des rapports avec lui »; RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, 1979, p. 169: « The main bulk of private law (...) are concerned with (...) providing facilities for private arrangements between individuals. Most of the institutions of private

materia di contratti, matrimonio, adozione, società, divorzio, testamento, riconoscimento di figlio, e così via, descrivono innanzitutto le *condizioni* materiali e le *formalità* che i soggetti, se intendono dar vita ai relativi rapporti, sono tenuti ad adempiere²⁰⁷². Accanto ai requisiti di sostanza e di forma – presupposto necessario per potere servirsi in assoluto degli strumenti che offrono –, le norme di diritto privato indicano per lo più anche le « modalità d'impiego », cioè la « cornice », i limiti insomma entro cui chi vuole avvantaggiarsene è libero di determinare il contenuto dei rapporti in cui progetta di implicarsi, gli *effetti* che ne conseguono nella sua sfera giuridica.

Ora, le norme che, in particolare, fissano le condizioni e le formalità cui è subordinata la regolare insorgenza delle relazioni interindividuali – ricorda ancora Hart – non rispondono al modello di regola come dispensatrice di *diritti soggettivi* e impositrice di correlativi *obblighi*, bensì accordano ai loro destinatari un *potere* di creare rapporti giuridici se essi destinatari, soddisfacendo appunto tali presupposti, ritengono che ciò risponda ai loro interessi²⁰⁷³: queste norme attribuiscono loro, cioè, un *diritto potestativo ad una modificazione giuridica*²⁰⁷⁴. Non v'è dunque, riguardo a questo specifico tipo di norme, nessun *obbligato*, perché non vi è nessun obbligo di una parte, in senso civilistico, che concreti, cioè, un diritto soggettivo dell'altra²⁰⁷⁵.

law serve primarily this purpose. Contracts, negotiable instruments, private property, marriage, companies (etc.) are all created to serve this function »; HART, *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford, 1994, p. 9, secondo cui le norme « prescribing the procedures, formalities, and conditions for the making of marriages, wills, or contracts, indicate what people should do to give effect to the wishes they have ». Cfr., anche se per lo più limitatamente al settore dei contratti, GARCIMARTÍN, *La racionalidad económica del derecho internacional privado, Curso de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria Gasteiz*, 2001, p. 99, secondo cui, tramite il diritto privato, « el Estado ofrece un marco jurídico-institucional que asegura a los individuos derechos subjetivos frente a otros individuos ».

²⁰⁷² Sicché la norma di diritto privato è ha natura *ipotetica*, cioè su cui – come già segnalato (*supra*, nota 1179) – con molta ragione insistono MAYER/HEUZÉ, p. 80 (« caractère hypothétique de la règle de droit »); v. già MAYER, *La distinction entre règles de conflit et règles de décisions*, p. 43 s.

²⁰⁷³ HART, *The Concept of Law*, p. 27: « legal rules defining the ways in which valid contracts or wills or marriages are made do not require persons to act in certain ways whether they wish or not. Such laws do not impose duties or obligations. Instead, they provide individuals with *facilities* for realizing their wishes (...) ». Sono, queste, per Hart, come noto, le « secondary rules », le quali « provide that human beings may by doing or saying certain things introduce new rules of the primary type, extinguish or modify old ones, or in various ways determine their incidence or control their operations ». Le « primary rules » sono invece quelle secondo cui « human beings are required to do or abstain from certain actions, whether they wish to or not », quelle, cioè, che attribuiscono diritti ed impongono correlativi obblighi.

²⁰⁷⁴ V. ad es. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, 14^a ed., Torino, 2002, p. 52.

²⁰⁷⁵ Di « huge and distinctive amenities » che la legge civile offre al soggetto cui si rivolge con riferimento alla « sphere of his contracts, trusts, wills, and other structures of rights and duties which he is enabled to build », parla HART, *The Concept of Law*, p. 41; sui « bienfaits » delle norme, gli « avantages qu'elles procurent », insiste RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, p. 314. Fra gli autori

Vero è che l'instaurazione di una relazione giuridica interindividuale è essenzialmente *volontaria*, nel senso – sufficiente – ch'essa deriva da una dichiarazione negoziale, atto o condotta di almeno un soggetto privato (e spesso dei due soggetti che, appunto, ne sono parti) e riconducibili a loro libere determinazioni²⁰⁷⁶: libere nel solo, e spesso limitato, senso di « non imposte dalla legge ». Le disposizioni che fissano i requisiti sostanziali per sposarsi, per adottare, per acquistare o vendere un bene, per testare, per costituire una società, per riconoscere un figlio, suppongono la *libertà dei soggetti* cui si rivolgono e non si attivano se non v'è una volontà in tal senso di colui o coloro che, compiendo la relativa manifestazione di volontà o il relativo atto o ponendo in essere il relativo comportamento, creano la corrispondente situazione giuridica. Le norme di diritto privato, prima ancora che rispettate, vengono dunque, da questo punto di vista, « applicate », « utilizzate », « praticate », da parte dei loro destinatari: sono mezzi messi a loro disposizione perché si realizzino pienamente e consapevolmente nella loro vita giuridica, cioè essenzialmente nei loro rapporti socio-economici²⁰⁷⁷.

di d.i.p., v. in particolare, KOGAN, *Toward A Jurisprudence of Choice of Law: The Priority of Fairness over Comity*, 62 N.Y.U.L. Rev. 651 (1987): l'« investment theory » da lui proposta, secondo cui « for a person to invoke the law of a state, that person must have made a contribution to the state », ha ad oggetto « one type of benefit that is provided by a state's law: the *benefit resulting from the law's ability to empower a person to perform certain actions* »; in materia di matrimonio, ad esempio, « an individual who wishes to marry is empowered to enter into that relationship by virtue of a state's law defining who may marry and under what circumstances » (corsivo nostro). Per una discussione circa la funzione della norma di permettere ai soggetti il compimento di atti che alimentano la loro auto-realizzazione, v. TEITELBAUM, *Family History and Family Law*, 1985 Wis. L. Rev. 1135, p. 1178. Su ciò che la legge viene messa a disposizione dei suoi destinatari, v. da ultimo anche AUDIT, *Cours général*, p. 342.

²⁰⁷⁶ Così per es. RAZ, *The Authority of Law*, p. 169, secondo cui le norme di diritto privato « form patterns of legal relations into which individuals enter of their own free will if and when they consider it will serve their ends or be to the good of somebody with whose well-being they are concerned »; così anche HART, citato *supra*, alla nota 2073; cfr. GARCIMARTÍN, *La racionalidad económica del derecho internacional privado*, p. 123: « [e]l Estado asigna a cada individuo el poder para tomar esas decisiones, pero las decisiones las toman, básicamente, los individuos »; ed ancora « nos guste o no, eso [= facilitar la toma individual de decisiones] es inherente a la propia existencia del Derecho privado », dal momento che « cada uno es el mejor juez de sus propios intereses ».

²⁰⁷⁷ V. ancora HART, *The Concept of Law*, p. 39: « the members of society are left to discover the rules and conform their behaviour to them; in this sense they *apply* the rules themselves to themselves »; cfr. CARBONNIER, *La sociologie juridique*, p. 396, e VISENTINI, *Lezioni di teoria generale del diritto*, 2^a ed., Padova, 2000, p. 37; di « usagers du droit » parla CARBONNIER, *La sociologie juridique*, p. 396 (v. anche, dello stesso A., *Introduction au droit civil*, p. 27-28); sull'« uso » od « utilizzo » delle norme da parte dei soggetti privati, parla HART, *The Concept of Law*, p. 40 e p. 41; cfr. anche ROUVILLOIS (ed.), *Le droit*, Paris, 1999, p. 17, p. 38; su ciò che il diritto è « praticato » dai suoi destinatari, v. SÉRIAUX, *Le droit: une introduction*, Paris, 1997, p. 98. Si ricordi a questo riguardo il generale monito di WINDSCHEID, *Recht und Rechtswissenschaft, Gesammelte Reden und Abhandlungen* (OERTMANN hrsg.), Leipzig, 1904, p. 4: « [d]ie Gewohnheit stumpft unsere Wertschätzung

In che senso, allora, la norma di diritto privato è *obbligatoria*, ed *imperativa*?²⁰⁷⁸ In primo luogo, una volta che il rapporto è sorto, gli individui, ormai *parti* effettive di esso, sono tenuti, che lo vogliano o meno, ad adempiere gli obblighi che ne sono scaturiti nella loro sfera giuridica, purché – beninteso – il titolare del diritto soggettivo corrispondente intenda esercitarlo²⁰⁷⁹. L'obbligatorietà, se così concepita – come segnalato – non riguarda le norme che stabiliscono le condizioni per dar vita ad un rapporto, ma piuttosto quelle che descrivono il contenuto, gli effetti di esso, e ne presuppone l'avvenuta costituzione. Una seconda accezione interessa invece anche le prime. La norma di diritto privato indica che, se si vuole ottenere quel risultato giuridico ritenuto conforme ai propri interessi, si è *obbligati* a riunire, o procurare di riunire, o ad attendere che siano riunite, le condizioni sostanziali e formali da essa prescritte, e si è obbligati a rispettare i limiti entro cui essa accorda alle parti il potere di adeguare il contenuto, gli effetti del rapporto giuridico, alle proprie necessità. Insomma, si è liberi di utilizzare lo strumento che il legislatore, ponendo la norma, offre, o di non utilizzarlo: ma *non* si è liberi di utilizzare vuoi lo strumento offerto dalla norma posta dal legislatore, vuoi un *altro* strumento, per esempio elaborato dalla parte o dalle parti ai propri fini, diverso e alternativo rispetto al primo, e da esso non riconosciuto né tollerato. Il legislatore, ogni legislatore, esercita, insomma, aspira ad esercitare, il *monopolio normativo*, a detenere l'*esclusività* nella fissazione delle condizioni richieste per creare un rapporto giuridico e della cornice c.d. appunto *imperativa*, entro cui il suo tenore può essere liberamente modulato dagli interessati²⁰⁸⁰. I quali tenuti a passare per la via da lui indicata per raggiungere i loro obiettivi. Altre vie non si danno: sarebbero, d'altra parte, nella sua visione, non conformi o meno conformi all'interesse delle parti stesse o di terzi, cioè sarebbero vie meno giuste se non ingiuste. La legge ci dice che siamo liberi di sposarci, di contrattare, di adottare, di fondare una società, di compiere il riconoscimento di un figlio, se lo *vogliamo*, se insomma ciò rientra nei nostri progetti di vita; ma se intendiamo effettivamente farlo, la legge ci impone di riunire *certe* condizioni, e non altre – meno restrittive od onerose –, di adempiere *certe* formalità, e non altre, di accettare *certi* limiti alla nostra libertà di configurare il contenuto della relazione così instaurata, cioè di potere configu-

ab; was täglich wiederkehrt und immer da ist, entzieht sich unserer Beachtung. Ist es nicht so mit dem Rechte? ».

²⁰⁷⁸ *Ex multis*, DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, 9ª ed., Roma, 1953, p. 81: « Importantissimo ed essenziale carattere della norma giuridica è l'imperatività. Non possiamo concepire una norma che non abbia carattere imperativo, sia pure sotto condizioni determinate »; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 2ª ed., Roma, 1946: « il comando è l'elemento indefettibile dell'ordinamento giuridico o, in altre parole, il prodotto semplice o primo del diritto »; BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, p. 81 s.

²⁰⁷⁹ Sono, nella fraseologia di Hart, le « primary rules »: v. *supra*, nota 2073.

²⁰⁸⁰ Cfr. ad es. VISENTINI, *Lezioni di teoria generale del diritto*, p. 33 e FAZZALARI, *Introduzione alla giurisprudenza*, Padova, 1984, p. 2-3.

rarlo secondo *questa* alternativa o *quest'altra* alternativa, ma non secondo quest'altra alternativa ancora.

Il diritto privato che emana da una comunità statale può dirsi dunque munito di una *duplicata* natura: presupponendo la libera determinazione dei soggetti cui si rivolge, cioè la loro *libertà* (matrimoniale, contrattuale, testamentaria, etc.), esso offre uno strumento che può, da parte loro, impiegarsi come può non impiegarsi, a seconda che siano o meno interessati a raggiungere gli obiettivi che esso consente loro di raggiungere; si è richiamata di recente la « funzione facilitatrice » (*función facilitadora*) del diritto privato, la cui missione prima è di promuovere l'« autorealizzazione », l'*épanouissement* dei soggetti, favorendo l'instaurazione dei rapporti che essi abbiano ritenere a ciò conformi²⁰⁸¹; ma il diritto privato è uno strumento che *deve* utilizzarsi – cioè che, dal punto di vista della comunità statale che l'elabora, è *esclusivo* di ogni altro strumento – nella misura in cui i destinatari *intendono*, appunto, raggiungere questi obiettivi; ai quali obiettivi i destinatari non potranno dunque pervenire se e fintantoché non soddisfino le condizioni o non adempiano le formalità imposte dalla norma stessa – al fine vuoi di proteggere i soggetti stessi vuoi di difendere valori condivisi dalla comunità – o non siano disposti ad accettare alcuni degli effetti dei rapporti cui la norma consente di dar vita ovvero i limiti entro cui essa accorda loro la libertà di organizzarne il contenuto: e si è evocata a questo proposito la « funzione direttiva » (*función directiva*) del diritto privato²⁰⁸².

299. Se si riflette su ciò che la norma posta da uno Stato è innanzitutto uno strumento di « autorealizzazione » individuale nel senso e con i limiti di cui si è detto, pare istintivo chiedersi *quali* individui possano, se lo vogliono, avvantaggiarsi della norma posta da *uno Stato determinato* e segnatamente porsi l'interrogativo con riferimento alle *condizioni spazial-geografiche*. Il che equivale ad interrogarsi sul campo d'applicazione internazionale della norma giuridica di origine statale²⁰⁸³. Ci s'intenda: non si pretende qui

²⁰⁸¹ GARCIMARTÍN, *La racionalidad económica del derecho internacional privado*, spec. p. 128 s.

²⁰⁸² Nella fraseologia di PILLET, citato *supra*, nota 2071, si tratta, da un lato, della « direzione » che l'ordinamento giuridico impartisce ai destinatari delle sue norme, dall'altro della « garanzia » di cui essi possono, seguendo tale « direzione », beneficiare.

²⁰⁸³ Se ciò è particolarmente evidente per quelle norme per la cui « realizzazione » è necessario l'intervento di un'autorità (CALLÉ, *L'acte public en droit international privé*, p. 20), di cui soprattutto si è discusso nella Parte Seconda, ma vale, in generale, per tutte le norme, anche per quelle che hanno « une valeur autonome, en ce sens qu'elles peuvent se réaliser elles-mêmes, en dehors de toute intervention d'un organe public » (*op. cit.*, p. 19). Che il legislatore debba indicare i destinatari delle sue norme è stato, come noto, con particolare energia, da QUADRI, *Lezioni*, p. 267 (v. *supra*, para. 124); cfr. SPERDUTI, in *Problemi di riforma del diritto internazionale privato italiano*, p. 543: « è verità elementare che una norma giuridica è tale in quanto ne sono designati i destinatari[...] [q]uale che sia la tecnica a tal fine utilizzata dal legislatore, è certo che la designazione dei destinatari di una norma giuridica è elemento essenziale della norma stessa ». Gli avversari dell'unilateralismo hanno insistito piuttosto su ciò che non è possibile dedurre dal contenuto materiale della norma stessa l'indicazione di un nucleo di destinatari determinati, dal momento che, come disse Rabel, « the answer is not in them ». Il che però sembra problema diverso: v. al riguardo l'argomentazione di

revocare in dubbio la legittimità, ed il prestigio storico, del procedimento, logico ed ermeneutico, che muove dal rapporto per determinare la « legge regolatrice » di esso. Si vuole piuttosto provare ad adottare l'altra prospettiva, essa pure, del resto, classica, contemplare la « cattedrale » da quell'altra angolatura, muovendo dalla norma per ricostruirne il campo d'applicazione. Come si è rilevato di recente, disporsi a contemplare il fenomeno del diritto internazionale privato da un « punto d'osservazione » distinto rispetto a quello tradizionale, significa arricchire la nostra comprensione generale di tale fenomeno, non travisarla o deformarla²⁰⁸⁴.

Trattandosi, nelle branche del diritto privato passate in rassegna, di creare un rapporto giuridico, pare istintivo adottare la prospettiva dei soggetti che, di fronte alla norma di un dato Stato che è del tipo, su cui si è soffermati, che accorda loro il *potere* di ottenere una modificazione giuridica, e di cui intendono *l'uno e l'altro* invocare il beneficio, e di cui soddisfano le condizioni sostanziali e formali, si chiedono se o meno hanno titolo per farlo. E', del resto, questa la prospettiva che ci pare più fedele alle preoccupazioni immediate dei legislatori e dei giudicanti moderni nei settori considerati, in particolare del matrimonio, delle « registered partnerships », del divorzio, dell'adozione, delle società. Sembra infatti rispondere ad una necessità pressante che l'individuazione dei potenziali beneficiari di una norma giuridica di origine statale sia *la più precisa possibile*. Non solo: sembra, almeno a prima vista, rispondere ad un interesse sia del legislatore che adotta la norma, sia degli individui suscettibili di invocarne la protezione, che questa cerchia internazionale di potenziali beneficiari sia, diciamo per ora genericamente, *piuttosto ampia*. Vediamo perché.

Dal punto di vista degli individui, è evidente, innanzitutto, l'esigenza, e la legittimità dell'esigenza, di sapere se si è o meno beneficiari dello strumento che la norma in questione intende offrire. Detto per ora genericamente, può avvantaggiarsene per lo più chi, oltre a soddisfare le condizioni materiali e formali che essa prevede, presenta un certo

BILLARANT, riportata *infra*, nota 2105. Che la funzione del diritto internazionale privato di uno Stato sia proprio quella di indicare i destinatari delle norme di diritto privato di quello Stato, è sostenuto con naturalezza da RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, p. 311 s.; cfr. HART, *The Concept of Law*, p. 21; per un'affermazione, altrettanto « naturale », di ciò che è questo il « ruolo della norma di conflitto », cfr. recentemente HEUZÉ, *La volonté en droit international privé*, Droits, 1999, p. 113 s., spec. p. 122: « si la loi française permet, dans une certaine mesure, au de cuius de disposer de ses biens à cause de mort, le rôle de la règle de conflit successorale doit être de délimiter le cercle des individus qui jouissent de cette autorisation de la loi française » (corsivo nostro).

²⁰⁸⁴ La metafora della cattedrale è di CALABRESI/MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability. One View of the Cathedral*, Harv. L. Rev., 1972, p. 1089 s., ed è stata recentemente impiegata da GARCIMARTÍN, *La racionalidad económica del derecho internacional privado*, p. 93-94, secondo cui appunto « la vista a través de distintas perspectivas, con sus correspondientes modelos analíticos », è suscettibile di contribuire « a mejorar nuestra comprensión general de lo que es el Dopr ». Cfr. BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, Avant-Propos, p. 7, con riferimento agli spiragli che lo studio del d.i.p. può aprire sull'essenza ed il senso del diritto.

collegamento, od uno fra più collegamenti, con il sistema dello Stato da cui emana, per mezzo – a seconda dei casi e delle materie – della sua *persona*, dei suoi *atti* o dei suoi *beni*. Se la norma è innanzitutto strumento che può utilizzarsi come può non utilizzarsi, vi è, inoltre, un sicuro, preciso interesse dei soggetti a che il collegamento con lo Stato che autorizza l'utilizzo di tale strumento sia il più *tenue possibile*, o, se si vuole, che il numero di collegamenti ciascuno sufficiente per legittimare tale impiego sia il più *esteso possibile*²⁰⁸⁵. Più il legame richiesto è *forte*, più *ristretto* è il novero dei soggetti beneficiari della norma; più il legame è *debole*, più questo novero è *ampio*. Riflettiamo su alcune delle norme esaminate nella seconda parte del presente lavoro.

Se per potere accedere al matrimonio quale offerto dalle norme svizzere, cioè per potere creare in virtù di queste ultime un legame coniugale, si deve possedere la cittadinanza svizzera e si deve intendere sposarsi con una cittadina svizzera, relativamente poco numerosi sono i beneficiari delle norme svizzere che offrono la possibilità di sposarsi a chi lo desidera e riunisce certe condizioni: cioè tutte e soltanto le coppie di cittadini svizzeri. Se è sufficiente la cittadinanza svizzera dell'uno *oppure* dell'altro nubendo, di guisa che se uno di essi è cittadino svizzero, anche il nubendo non svizzero può avvantaggiarsi della legge svizzera, vi è un allargamento di tale sfera (tutte le coppie di cui uno dei nubendi è cittadino svizzero). Se, poi, si ritiene che sia sufficiente *anche* il domicilio di entrambi, ovvero financo di uno solo di essi, allora la cerchia è, evidentemente, definita in modo ancora più generoso²⁰⁸⁶. Lo stesso è a dirsi dell'adozione, del divorzio, delle *registered partnerships*, ed anche, per esempio, dello stabilimento della filiazione naturale: se, per potere chiedere l'accertamento del legame di maternità in attuazione delle norme francesi, la madre deve, oltre che soddisfare i requisiti materiali da esse previsti, necessariamente essere cittadina francese, la categoria delle beneficiarie della legge francese è relativamente ristretta; se è sufficiente che, in alternativa, il figlio che essa madre intende riconoscere abbia la cittadinanza francese, la categoria è più ampia; se è sufficiente anche la sola residenza abituale del figlio cittadino straniero, la categoria è più ampia ancora²⁰⁸⁷.

Ora, se tutto ciò è vero per i settori esaminati, in cui essenzialmente la norma si applica per il tramite dell'intervento di un'autorità, viene fatto di chiedersi se non possa dirsi altrettanto per le altre norme del diritto privato. Si pensi ai *rapporti patrimoniali* fra coniugi²⁰⁸⁸: se, per potere assicurarsi l'applicazione delle norme italiane al riguardo, due

²⁰⁸⁵ Cfr. AUDIT, *Cours général*, p. 293.

²⁰⁸⁶ Ed infatti è questa la sfera d'applicazione della legge svizzera in materia di condizioni per contrarre matrimonio, quale risulta dal combinato disposto degli artt. 43 e 44 della LDIP: v. *supra*, para. 269.

²⁰⁸⁷ E' questo, sembrerebbe, il campo di potenziale efficacia delle norme francesi in materia, quale risulta dalla decisione Civ. 1°, 10 febbraio 1993, *Rev. crit.* 1993, p. 620.

²⁰⁸⁸ Si hanno qui a mente i soli casi in cui, per la valida pattuizione di un « regime matrimoniale », non è necessario l'intervento di alcuna autorità pubblica, come invece avviene talvolta: v. CALLÉ, *L'acte public en droit international privé*, p. 21.

coniugi devono essere entrambi cittadini italiani ovvero, nel caso di cittadinanza straniera diversa, entrambi domiciliati in Italia, la gamma dei beneficiari potenziali di tali norme è ristretta; se, invece, è sufficiente la cittadinanza italiana di uno di essi, allora la gamma è più estesa e, se è sufficiente anche la residenza in Italia di uno di essi, più estesa ancora²⁰⁸⁹. Lo stesso è a dirsi delle norme italiane in *materia successoria*: non solo un soggetto può essere, e legittimamente, interessato a sapere se o meno può organizzare la sua successione conformandosi alla legge italiana; ma egli ha pure un interesse manifesto a che, per potere sollecitare il beneficio di tale legge, i legami che deve intrattenere con il sistema socio-economico italiano siano più d'uno, alternativi l'uno all'altro: se è inderogabilmente richiesta la cittadinanza italiana, gli stranieri residenti in Italia sono esclusi dalla possibilità di avvalersi, nel pianificare la loro successione, della legge italiana; se è sufficiente anche la residenza in Italia, possono fruirne²⁰⁹⁰. Altro esempio fra gli innumerevoli che si potrebbero citare riguarda le norme italiane in materia di forma, poniamo, del testamento: se, per potere ricorrere alle formalità che esse prevedono, cioè per avere il diritto di osservarle e redigere un testamento che, se ad esse conforme, sarà considerato *valido*, il *de cuius* deve redigerlo in Italia, allora la cerchia dei potenziali beneficiari è circoscritta; se basta che il *de cuius* abbia la cittadinanza italiana, allora la cerchia è più ampia e se è altresì sufficiente la residenza in Italia, lo è ovviamente più ancora²⁰⁹¹.

300. Proviamo, sulla scorta di questi rilievi, ad inoltrarci nella tormentata, e tutt'ora aperta, questione dell'esistenza, e dell'esatta natura, di un *interesse dello Stato* circa la determinazione del diritto applicabile ai rapporti interindividuali internazionali²⁰⁹². Autorevole dottrina sostiene che, data una fattispecie che non è esclusivamente inserita nel suo sistema socio-economico, uno Stato è, almeno di regola, *indifferente* a che la sua legge si applichi o non si applichi²⁰⁹³. E' questa, sembrerebbe, ancora la visione dominante in Europa²⁰⁹⁴ anche se vi sono da qualche anno segnali che orientano in altra dire-

²⁰⁸⁹ Cfr. seconda proposizione del primo comma dell'art. 30 della legge di riforma.

²⁰⁹⁰ I potenziali beneficiari delle norme italiane in materia successoria, ai sensi dell'art. 46, comma 2, della legge di riforma, sono, infatti, sia i cittadini italiani che gli stranieri residenti in Italia. Cfr. proprio in materia successoria, recentemente HEUZÉ, *La volonté en droit international privé, Droits*, 1999, p. 113 s., spec. p. 122, citato *supra*, nota 2083, in fine.

²⁰⁹¹ Ai sensi dell'art. 48 della legge di riforma, le norme italiane in materia di forma del testamento sono in effetti offerte ad una categoria particolarmente ampia di potenziali testatori.

²⁰⁹² V. *supra*, para. 154 s.

²⁰⁹³ MAYER in MAYER/HEUZÉ, p. 89, citato anche da GOTHOT, *Simple réflexions à propos de la saga des conflits de lois*, p. 349, il quale così parafrasa: « Pierre Mayer explique qu'en effet, sauf cas exceptionnels, un législateur n'a ni volonté, ni intérêt à ce que sa loi s'applique à des rapports juridiques qui ne se rattachent entièrement à lui ». Per una presentazione del pensiero di Pierre Mayer sul punto, v. PATAUT, *Principe de souveraineté*, p. 26 s.

²⁰⁹⁴ Ancora di recente, MUIR WATT, *Concurrence d'ordres juridiques*, p. 617, nota 12, osserva che « [l]a doctrine européenne contemporaine considère généralement que le droit privé ne recouvre pas des intérêts étatiques susceptibles de donner prise à une (...) méthodologie [statutaire] ».

zione²⁰⁹⁵. Vogliamo affrontare la questione nel circoscritto ambito che ci interessa qui, cioè riguardo al problema della designazione di chi può avvalersi, nel senso che si è visto, delle norme di diritto privato poste da uno Stato. Ora, ad una cosa – si converrà – lo Stato non è indifferente, ha, potremmo dire, il *dovere di non essere indifferente*: cioè che chi può pretendere al beneficio ed alla protezione delle sue norme sia indicato nel modo più preciso possibile²⁰⁹⁶. Ma anche qui l'interesse, e forse anche il dovere, dello Stato sembrano andare oltre. Ciascuno Stato ha per missione di ricercare, e di incorporare nelle sue norme, l'organizzazione più *giusta* dei rapporti interindividuali. E' ad un tempo suo interesse e sua responsabilità il procurare che i singoli possano realizzarsi nella loro vita giuridica beneficiando della *migliore giustizia*²⁰⁹⁷. Qui è difficile non riconoscere un elemento di profonda verità all'idea – che autori eminenti hanno opposto all'unilateralismo, specie americano – secondo cui ciascun legislatore, quando adotta una legge, persegue la giustizia in assoluto, aspira ad elaborare la norma più giusta, più razionale, « per tutti gli uomini »; secondo cui, cioè, l'interesse che muove lo Stato sul terreno del diritto privato è « altruistico e non egoistico »²⁰⁹⁸. Più esattamente, uno Stato, quando mette a punto ed in vigore una legge di diritto privato, non pensa necessariamente che tale sua legge sia la più giusta per *certe* categorie di persone legate a sé per il tramite di *questo collegamento*, ma che non sia la più giusta per certe *altre* categorie di persone legate a sé per il tramite di quest'*altro collegamento*, perché, per queste, la migliore giustizia è un'*altra*.

La Francia permette, come si è ricordato, da qualche anno a due persone di stringere un *pacte civil de solidarité*, se esse soddisfano certe condizioni materiali e formali e, evidentemente, se lo vogliono. Il legislatore francese ritiene cioè che sia giusto, in astratto,

²⁰⁹⁵ BUCHER, *Vers l'adoption de la méthode des intérêts*, Tr. com fr. dr. int. pr., Année 1994-1995, p. 209 s.; cfr. MUIR WATT, *Concurrence d'ordres juridiques*, p. 617, nota 12, che dichiara che la « démonstration proposée » nel suo contributo « est plus proche » dell'opinione di A. Bucher.

²⁰⁹⁶ E ciò perché, nelle parole di VON MEHREN, *Choice of Law and the Problem of Justice*, p. 28, « legal rules and institutions must be known, or at least knowable, by the individuals for whose activities these rules or institutions have significance ». Mettendo a disposizione un certo strumento di realizzazione della vita giuridica, lo Stato è interessato a che questo possa venire utilizzato in assoluto; poichè, per potere servirsene, chi può servirsene deve sapere di poterlo fare altrimenti non lo farà, e non serve che glie se ne offra la possibilità, lo Stato, ponendo una norma di diritto privato che offre uno strumento nel senso qui ritenuto, non può esimersi dallo specificare chi può servirsene, e se non farà il legislatore, ci penseranno le altre autorità, specie giudiziarie, che sono pur sempre *organi dello Stato* e che si pronunciano in suo nome.

²⁰⁹⁷ KEGEL, *Begriffs- und Interessenjurisprudenz*, p. 270: « Jeder Staat hält sein Privatrecht für das gerechteste, weil er sonst nicht erlassen und beibehalten hätte ».

²⁰⁹⁸ KEGEL, *The Crisis*, p. 183: « The state has an altruistic rather than egoistic interest in private law, concerning itself primarily with a just ordering of private life. In this respect, even its domestic private law is not 'its own' private law; it rather strives to seek the best and fairest solution for all men » (corsivo dell'A.). Cfr. l'universalità dell'« élément rationnel » di cui parla BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, p. 117 s.

che gli interessati possano instaurare un tale vincolo « partenariale », produttivo di certi effetti. Può, innanzitutto, dirsi che, non appena una coppia di potenziali interessati presenti un fattore di estraneità – perché, per esempio, possiede la residenza all'estero – lo Stato francese sia indifferente a che tale coppia, per ipotesi dunque di cittadini francesi, possa o meno servirsi del PACS, che il loro Stato nazionale ritiene essere strumento di *épanouissement* sociale, utile e giusto? Proviamo ad andare un po' oltre. Può sostenersi che sia interesse della Francia *riservarne* il beneficio alle sole coppie di francesi, ed escludere da tale beneficio – dal beneficio della legge che ritiene più adeguata in assoluto –, ad esempio, le coppie di stranieri residenti in Francia o le coppie di cui uno di essi è cittadino francese? Può dirsi che lo Stato francese si preoccupa del benessere dei soli cittadini francesi, e che non si preoccupa di quello degli stranieri che vivono stabilmente in Francia? Che ha il dovere di astenersi dall'offrire la protezione delle sue leggi di diritto privato – si ha qui riguardo, in particolare, oltre al PACS, al matrimonio, all'adozione, al divorzio – a chi, in qualche modo, contribuisce al progresso della società francese, e che peraltro ha per lo più l'obbligo di rispettare le leggi francesi in materia fiscale, penale, amministrativa?²⁰⁹⁹ Non potrebbe forse dirsi il contrario, cioè che uno Stato, come ha il dovere di elaborare la legge più giusta, così ha il *dovere* di assicurare la giustizia di cui è portatrice a tutti coloro che intendono avvantaggiarsene, e che – e qui tocchiamo il punto decisivo su cui torneremo fra breve – presentano quanto meno *uno* fra una rosa di legami, di collegamenti, tutti significativi, per il tramite del domicilio o della cittadinanza, propria o, nel caso del PACS o del matrimonio, del proprio *partner*, con il suo sistema, cioè che sono a priori durevolmente integrati nella sua società, di cui dunque fanno parte, la possibilità di beneficiare di questo strumento di giustizia che esso Stato intende, e sente il dovere, di mettere a disposizione di chi lo ritiene conforme ai propri progetti di vita?²¹⁰⁰

La dottrina bilaterale tradizionale non pare essere riuscita ad accomodare la persistente contraddizione che scaturisce dall'urto di due fra i suoi più importanti postulati: da un lato, essa mette da sempre in guardia *contro* un'estensione ampia della sfera d'appli-

²⁰⁹⁹ Cfr. KOGAN, *Toward A Jurisprudence of Choice of Law*, p. 668, secondo cui « for a person to invoke the law of a state, that person must have made a contribution to the state ». Cfr. *supra*, nota 2075.

²¹⁰⁰ Su ciò che uno Stato, dichiarando applicabile la sua legge, in materia personale e familiare, ai suoi cittadini o ai suoi domiciliati, manifesti in qualche modo un suo « interesse », v. da ultimo AUDIT, *Cours général*, p. 295; v. anche *supra*, para. 246 s., e letteratura citata. Per il rilievo che « interest » è qui sinonimo di « concern », v. SYMEONIDES, citato *supra*, para. 155, e nota 1073. V. ancora PILLET, *Théorie continentale des conflits de lois*, p. 475, pure citato *supra*, nota 1074, ma che ci permettiamo di riprodurre qui: « Quand nous parlons d'*intérêt* et de *souverain intéressé*, nous devons bien nous faire entendre; le seul intérêt dont il y ait lieu de tenir compte est celui qu'a un souverain à *remplir ses fonctions* » (corsivo nostro).

cabilità della legge del foro²¹⁰¹ – cioè, innanzitutto, del novero internazionale dei suoi destinatari – dando talvolta a vedere che tale estensione sarebbe il frutto di un atteggiamento « aggressivo » ed « imperialistico » dello Stato, e che andrebbe *contro* gli interessi *individuali*, cioè contro gli interessi, appunto, dei potenziali beneficiari; dall'altro, sostiene che la legge che uno Stato si sforza di elaborare è la più adatta alle esigenze di *tutti* gli uomini, la più « giusta », la più « razionale » in assoluto, che essa ha una *vocazione universale*, che non *nasce* riservata ad una *categoria di individui* soltanto, ma deriva piuttosto da un impulso che « non è egoistico, ma è altruistico ». Forzando un poco il ragionamento: se ponendo una norma di diritto privato, uno Stato aspira ad offrire agli uomini il migliore assetto della giustizia nei rapporti intersoggettivi, e se l'ideale che lo ispira è « altruistico e non egoistico », allora, non dovrebbe poi *egoisticamente* riservare tale migliore assetto della giustizia ad una *sola* categoria – siccome spazial-geograficamente determinata – di soggetti, ma dovrebbe piuttosto, se davvero vuole essere altruista, *altruisticamente* allargarla anche ad altre categorie di soggetti altrimenti integrati nel suo sistema socio-economico. Da questo punto di vista l'interesse dello Stato, lungi dall'opporci all'interesse degli individui, pare *coincidere* con esso: più è larga la sfera d'applicazione, più è largo il benessere dispensato, offerto dalla norma. Si potrà forse un giorno affermare – già vi sono avvisaglie in tal senso – che riservare il beneficio della legge ad *una* categoria ristretta di soggetti – nelle materie studiate: vuoi i soli cittadini, vuoi i soli residenti – ed impedire agli altri soggetti, pur legati alla comunità statale da cui la norma origina, di avvalersene, non è conforme al fondamentale – e questo sì, nella sua formalità, davvero universale – *principio di eguaglianza*, che vuole che tutti siano eguali di fronte alla legge²¹⁰², cioè che tutti coloro che si trovano in una situazione – qui di prossimità spaziale – equivalente possano nella stessa misura invocarne la protezione ed i benefici²¹⁰³.

²¹⁰¹ V. ad es. MAYER/HEUZÉ, p. 81; VITTA, *Il principio di eguaglianza*, passim; VALLINDAS, *La structure de la règle de conflit*, p. 343 s.

²¹⁰² Cfr. VON MEHREN, *Special Substantive Rules for Multistate Problems*, p. 357, secondo cui « the principle of equality requires that a legal order does not distinguish between the treatment of localised and multistate situations or transactions *unless the circumstances are such as clearly to justify departing from the norm represented by domestic-law solutions* » (corsivo nostro).

²¹⁰³ Cfr. *supra*, para. 249. Il principio di eguaglianza ha, a quanto pare, avuto rilievo preponderante nell'elaborazione della norma di d.i.p. di cui all'Art. 17b EGBGB che offre l'accesso alla *Lebenspartnerschaft* tedesca, oltre che ai cittadini tedeschi, anche alle coppie miste, di tedeschi e stranieri, e alle coppie di stranieri specie se residenti in Germania (HENRICH, *Kollisionsrechtliche Fragen der eingetragenen Lebenspartnerschaft*, *FamRZ*, 2002, p. 137-144; VON SACHSEN-GESSAPHE, *Le partenariat enregistré en droit international privé allemand*, p. 15-16); lo stesso è dirsi della legge belga sul matrimonio omosessuale, il cui beneficio il principio di eguaglianza ha prescritto di offrire a tutte le coppie d'interessati di cui almeno uno sia cittadino belga ovvero abbia in Belgio la sua residenza (v. *supra*, para. 241) e della recente legge svedese sul d.i.p. in materia di condizioni per contrarre matrimonio, la quale permette l'accesso alle norme materiali svedesi a tutte le coppie di cui uno dei

Il procedimento che muove dalla norma per definirne il campo internazionale d'applicabilità non gode, ancor oggi di buona stampa. I motivi che impongono moderazione ad uno Stato che intenda determinare la sfera di efficacia delle proprie norme di diritto privato si sono però, con l'usura del tempo, un poco persi di vista. Se osservare cautela è doveroso, è doveroso pure interrogarsi criticamente sulle ragioni di tale cautela e usarne nella sola misura in cui essa è necessaria. Altrimenti si rischia di provocare ingiustizie, di essere « egoisti e non altruisti » con il proprio diritto privato, inutilmente limitando la cerchia di chi può « godere dei benefici » che aspira a procurare²¹⁰⁴.

Sezione II

Alla ricerca della « vocazione applicativa naturale » di una norma di diritto privato di origine statale

SOMMARIO: – 301. Necessità di derivare la vocazione naturale da ragion d'essere, contenuto, funzione della norma di diritto privato posta da uno Stato. – 302. La nativa finitudine della sua sfera di applicabilità naturale. – 303. Fattispecie puramente interne. – 304. Fattispecie internazionali. – 305. Sfera di applicabilità comprensiva di tutte le fattispecie integrate nel sistema socio-economico dello Stato per il tramite di un legame significativo qualsiasi nel momento rilevante. – 306. Conferme di tale vocazione « finita » ma « estesa » nei sistemi di d.i.p.

301. Quanto siamo venuti osservando sin qui conduce ad interrogarsi – ed aiuta, crediamo, a far luce – sulla questione, assai dibattuta fra bilateralisti ed unilateralisti e delicata quant'altre mai, circa il campo di applicabilità « naturale » di una norma di diritto privato di origine statale. Si tratta più precisamente di determinare se tale norma abbia, per sua natura, « vocazione – o propensione – applicativa universale », come sostiene certa dottrina tradizionale²¹⁰⁵, ovvero « vocazione limitata », come affermano o lasciano

nubendi abbia la cittadinanza svedese o la residenza in Svezia (sul rilievo che ha avuto l'idea della non-discriminazione, v. JÄNTERÄ-JÄREBORG, *The Foreign Law in National Courts*, p. 212).

²¹⁰⁴ Cfr. WINDSCHEID, *Gesammelte Reden und Abhandlungen* (Hrsg. von P. OERTMANN), Leipzig, 1904, p. 4: « [d]ie Wohltaten des Rechtes genießt jeder täglich und stündlich ».

²¹⁰⁵ In favore della « vocazione universale della norma giuridica », v. MAYER, *La distinction entre règles et décisions*, n. 50 s., e in MAYER/HEUZÉ, p. 80. Il chiaro A. si richiama a BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, p. 116 s., il quale a sua volta si ispirava ad AGO, *Règles générales*, p. 261, p. 297 (BATIFFOL, *Tendances doctrinales actuelles*, p. 50: « On évoque invinciblement les idées de M. Ago sur le caractère virtuellement universel de l'ordre juridique, au moins pour le droit privé »). Secondo Mayer, « la règle ordonne, mais, étant abstraite, elle ne peut ordonner que dans l'abstrait; elle ne s'adresse pas directement à des individus, mais se contente de poser une relation de cause à effet entre une hypothèse de fait et un certain effet juridique » (MAYER/HEUZÉ, p. 80). Il significato del

intendere diversi autori di fede unilaterale²¹⁰⁶. Che qualche sommaria meditazione sulla natura della *norma di diritto privato* sia utile per penetrare la *Zweckrationalität*²¹⁰⁷ di quella di *diritto internazionale privato* – di cui si rileva comunemente il carattere *strumentale* rispetto alla prima²¹⁰⁸ – è stato già da tempo rilevato²¹⁰⁹, e su ciò si è molto insistito negli ultimi anni²¹¹⁰.

fondamentale carattere dell'*astrattezza* della norma giuridica è così illustrato da RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, p. 313: « la généralité se reconnaît au caractère *abstrait* de la règle, qui est nécessaire pour son application dans l'*avenir*. Le législateur ne sait pas à l'*avance* quels sont ceux auxquels la loi s'appliquera. Ceux-là se détermineront eux-mêmes par leurs actes ou par leurs faits. Ils se placeront volontairement ou non sous l'application des lois. La loi a par elle-même un caractère général » (corsivo nostro). Che l'*astrattezza* di una norma giuridica non implichi che essa abbia una sfera d'applicazione infinita od anche soltanto indefinita, è mostrato dallo stesso Ripert, il quale, appena prima di trattare del « caractère général de la loi », aveva precisato che « la loi *doit* ensuite déterminer les personnes auxquelles elle s'appliquera », pur rilevando che « il n'est pas nécessaire que cette détermination soit expresse », dal momento che « le Pouvoir politique *ne régit qu'une certaine société* », accennando all'art. 3 del *Code civil*, il quale appunto fisserebbe i destinatari di parte delle norme francesi. Cfr. del resto HART, *The Concept of Law*, p. 21, il quale, dopo avere spiegato che il « legal control is therefore primarily, though not exclusively, control by directions which are in (...) [a] double sense *general* », afferma che « the *range of persons* [cioè la categoria dei destinatari] affected and the manner in which the range is indicated may vary with different legal systems and even different laws », e che « in a modern state it is normally understood that, in the absence of special indications widening or narrowing the class, its *general* laws extend to all persons within its territorial boundaries » (corsivo nostro). La vocazione universale della norma materiale è stata recentemente revocata in dubbio da BILLARANT, *La réglementation française des successions internationales*, p. 7-8, con un ragionamento che muove anch'esso da ciò che « le caractère abstrait d'une règle n'implique pas son universalité ». Prendendo ad esempio la proposizione imperativa « tous les enfants doivent dormir », l'A. spiega che « dans un langage normatif, les enfants qu'on quantifie dans cette proposition normative sont déterminés par le *contexte normatif*, c'est-à-dire par une autre norme. Si la norme est prescrite par des parents, *tous les enfants* renverra soit aux enfants du couple, soit aux enfants qui dorment au domicile parental, etc.; si la norme est prescrite par le directeur d'une école maternelle, *tous les enfants* renverra aux enfants présents dans l'établissement, ou aux enfants compris dans une certaine tranche d'âge, etc. ». La conclusione è che il campo d'applicazione di una disposizione è *spazialmente indefinito*, « c'est dire qu'il n'est ni universel, ni localement délimité », dal momento che « seule une norme externe peut en déterminer le domaine spatial ». V. anche, e soprattutto, letteratura citata *infra*, nota 2122.

²¹⁰⁶ Per Quadri, v. *supra*, para. 124 s.; per quanto riguarda Currie, DANE, *Vested Rights*, « *Vestedness* », and *Choice of Law*, p. 1202, afferma che, secondo questi, « implicit in every law is a built-in limit on the range of situations to which it purposefully can be applied ».

²¹⁰⁷ Il termine è preso da GOTHOT, *L'influence de Henri Batiffol dans la doctrine*, p. 29.

²¹⁰⁸ *Ex multis*, ANCEL, *Le conflit de qualifications*, p. 198 s.

²¹⁰⁹ V. PILLET, *La théorie continentale des conflits de lois*, p. 467, il quale intende dimostrare la sua tesi del « doppio » carattere, « territoriale et extraterritoriale » della norma giuridica interna attraverso « l'examen (...) de la loi et de ses caractères dans l'ordre intérieur ».

²¹¹⁰ In Europa, v. ad es. GARCIMARTÍN, *La racionalidad económica del derecho internacional privado*, p. 91: « los principios normativos, el sistema conceptual y las estructuras argumentales [del Dipro] deben ser análogos a los que informan las otras ramas del Derecho privado », dal momento che « la

« Natura » è concetto complesso che può riassumersi in *raison d'être* o *obiettivo*, *contenuto* o *tenore*, e *funzione*. Ai limitati fini che qui interessano, si può grosso modo dire che la *raison d'être* di ogni norma giuridica che emana da una data comunità statale, il suo *fine* ultimo, si rinviene nel bisogno di pace²¹¹¹, di ordine²¹¹², di stabilità²¹¹³, di continuità²¹¹⁴ e – ad un tempo – di progresso²¹¹⁵, sentito dalla comunità stessa e, in

función del Dpr no es sino reflejo de la función general de todo el Derecho privado »; BARNICH, *Les actes juridiques*, p. 61, secondo cui « [l]e principal objectif du droit international privé se trouve dans le prolongement de l'une des fins du droit privé »; cfr. anche JAYME, *Identité culturelle et intégration*, p. 127. Nella dottrina statunitense, fra i tanti, v. BRILMAYER, *The Role of Substantive and Choice of Law Policies in the Formation and Application of Choice of Law Rules*, la quale, a p. 37 s., e prima di entrare in *medias res*, sente l'esigenza di compiere un'ampia « digression in the realm of legal philosophy », al fine di spiegare le caratteristiche generali della norma giuridica *tout court*; DANE, *Vested Rights*, « *Vestedness* » and *Choice of Law*, p. 1193, secondo cui « certain ideas about the nature of law – ideas as basic as the proposition that law is about the recognition and enforcement of norms – can yield a thin but relatively solid foundation for choice of law »; BORCHERS, *Empiricism and Theory in Conflicts Law*, 75 *Ind. L. J.* 509 (2000), il quale constata che l'idea secondo cui « conflicts law needs to be evaluated in the same way as legal principles, rules, standards, and doctrine in the areas of the law (...) [is] rightly gaining currency »; WEINTRAUB, *Interest Analysis in the Conflict of Laws as an Application of Sound Legal Reasoning*, 35 *Mercer L. Rev.* 629 (1984), p. 630, per il quale « the evils that had beset conflicts methodology were the result of separating the conflict of laws from the mainstream of legal reasoning »; dello stesso A., v. *An Approach to Choice of Law That Focuses on Consequences*, 56 *Alb. L. Rev.* 701 (1993), p. 705 e *A Defense of Interest Analysis in the Conflict of Laws and the Use of That Analysis in Products Liability Cases*, 46 *Ohio St. L. J.* 493 (1985); REYNOLDS, *Legal Process and Choice of Law*, 56 *Md. L. Rev.* 1371 (1997), p. 1372, secondo cui « the present state of unhappiness over the practice of choice of law is a consequence, in very large part, of treating choice-of-law questions differently than ordinary questions that common law judges are asked to resolve »; così in sostanza già VON MEHREN, *The Significance of the State for Choice of Law*, p. 289 e *Choice of Law and the Problem of Justice*, p. 27 s.

²¹¹¹ CARBONNIER, *Introduction au droit civil*, p. 35: « Faire régner la paix entre les hommes est la fin suprême du droit ».

²¹¹² Kelsen, *Law, State, and Justice in the Pure Theory of Law*, in *What Is Justice?*, *Collected Essays*, Berkeley [etc.], 1957, p. 289: « It can hardly be denied that the law is a social order »; CARBONNIER, *Introduction au droit civil*, p. 50: « Le droit a pour but le maintien de l'ordre social » (corsivo dell'A.); sul mantenimento dell'ordine come finalità del diritto, v. le profonde pagine di BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, spec. p. 139 s.; cfr. SÉRIAUX, *Le droit: une introduction*, p. 8-9 e VON MEHREN, *Choice of Law and the Problem of Justice*, p. 28.

²¹¹³ VISENTINI, *Lezioni di teoria generale del diritto*, p. 33: « il diritto è un sistema normativo destinato a regolare in via generale ed esclusiva comportamenti, complessivamente per una determinata società, al fine della stabilità della società stessa » (corsivo dell'A.). Cfr. BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, p. 200: « l'objectif premier de la loi est d'assurer l'existence de la société » dal momento che « il faut d'abord que la vie en société soit possible; on avisera ultérieurement à la rendre plus utile, plus juste ou plus féconde »; MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, 1948, réimpr. Paris 1991, p. 9: « Le Droit, personne ne le conteste, a pour objectif la réalisation de l'harmonie sociale, la coordination des activités humaines à l'intérieur d'une organisation donnée »;

²¹¹⁴ V. sul bisogno di continuità cui assolve il diritto, RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, p. 2 s.; cfr. VON MEHREN, *Choice of Law and the Problem of Justice*, p. 28; SÉRIAUX, *Le droit: une introduc-*

genere, da ciascuno dei suoi membri. Quanto al *contenuto*²¹¹⁶, la norma aspira a riflettere la visione prevalente, all'interno della comunità ed in un particolare momento storico, circa la migliore organizzazione dei rapporti interindividuali, e ciò identificando e contemperando fra di loro gli interessi e le esigenze, molteplici ed in principio incompatibili²¹¹⁷, dei soggetti a vario titolo coinvolti in tali rapporti²¹¹⁸. La *funzione*, infine, della

tion, p. 8; cfr. VEDEL, *Droit constitutionnel*, p. 100: « Durer est l'effet d'un des instincts les plus tenaces de l'humanité », citato da RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, p. 87.

²¹¹⁵ Per l'affermazione della necessità di conciliare the « claims of stability with those of progress », v. CARDOZO, *The paradoxes of legal science*, New York, 1928, p. 5.

²¹¹⁶ E', in sostanza, crediamo, l'« élément rationnel » di cui parla BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, p. 110 s. Noi preferiamo designarlo, con MAURY, *Observations sur les « Aspects philosophiques du droit international privé »*, *Rev. crit.*, 1957, p. 245 et p. 247, quale « contenu normatif »; cfr. il « Gesetzesinhalt » individuato da KEIDEL (*supra*, para. 46 s.).

²¹¹⁷ Vivide pagine circa la composizione dei « conflitti d'interessi » (« clash of values or policies »: VON MEHREN, *Choice of Law and the Problem of Justice*, p. 34) che sempre presiedono all'opera legislativa, si rinvengono in RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, p. 71 s. e in CURRIE, *Selected Essays*, p. 82 s.; cfr. Kelsen, *Law, State, and Justice in the Pure Theory of Law*, p. 291.

²¹¹⁸ La necessaria o comunque opportuna « razionalità » di tale « contenu normatif » fa in pratica tutt'uno con la « legittimità sostanziale » descritta da VON MEHREN, *The Significance of the State for Choice of Law*, p. 298, cioè la capacità della norma di « express views of justice and wisdom that are fairly widely held by the society ». Più una norma è conforme a « giustizia », più essa è in grado di svolgere la sua essenziale funzione – v. *infra*, nel testo, e note seguenti – di guida e di orientamento dei comportamenti individuali (cfr. BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, p. 94: « L'adhésion sera plus facile si la loi est oeuvre de raison »). E' ben noto che una norma che per lo più si percepisce come ingiusta finisce per essere disattesa, per non fare presa sui rapporti che pur mira regolare, per scapitare in efficienza, sicché l'ingiustizia finisce per tradursi in *disordine* ed in *anarchia*: v. ancora VON MEHREN, *Choice of Law and the Problem of Justice*, p. 27: « rules and institutions perceived as unjust are unstable and ultimately unacceptable »; cfr. ROUVILLOIS (ed.), *Le droit*, Paris, 1999, p. 26 s.; cfr. RIPERT, *Le déclin du droit*, p. VI, secondo cui « l'injustice est aussi un désordre, désordre intellectuel et moral »; e SÉRIAUX, *Le droit: une introduction*, p. 9, secondo cui « la véritable paix n'existe que lorsque chacun a le sien. Sans cela, en effet, une certaine tranquillité peut bien apparaître extérieurement mais en réalité elle n'est que le résultat de la peur du gendarme », sicché « [t]ôt ou tard cette paix-là s'effondre et aboutit à la revendication violente et désordonnée de ses droits ». D'altra parte, non v'è vera giustizia senza ordine: v. ancora BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, p. 201: « dans le désordre les individus tendent à se replier sur eux-mêmes ou à attaquer leurs voisins, il n'a y plus de société... [l']ordre matériel peut certes être injuste, au moins relativement, mais cette injustice, qu'on espère provisoire, est indispensable à la recherche de la justice ». Il che ci fornisce nel contempo una risposta all'interrogativo circa il criterio con cui misurare la giustizia di una norma. Il d.i.p. – e qui risiede una parte non piccola del suo fascino – se da un lato ci obbliga a dare della giustizia nel diritto privato una nozione almeno tendenzialmente *relativa*, nel tempo come nello spazio (v. Kelsen, *Law, State and Justice in the Pure Theory of Law*, p. 295, e *What is Justice?*, p. 7 s.: « [e]very system of values, especially a system of moral and its central idea of justice, is a social phenomenon, the product of a society, and hence different according to the nature of the society within which it arises »; cfr. SÉRIAUX, *Le droit: une introduction*, p. 66), quanto meno ci consente dall'altro di darne una in assoluto: non vi è una norma giusta in sé, ma una norma è tanto più giusta quanto più intensamente e largamente riesce a riflettere e a soddisfare, in un dato momento storico, il sentire, le esigenze e le aspirazioni, dei soggetti della comunità che ad un

norma consiste nello spingere i destinatari a tenere i comportamenti indicati nella norma stessa, a lasciarsi guidare dai suoi precetti, procurando in questo modo che tali soggetti, servendosi di tali precetti, si realizzino e appaghino nella loro vita giuridica, cioè nei rapporti socio-economici in cui sono implicati²¹¹⁹: sicché la norma è dunque una « regola di condotta », « di comportamento »²¹²⁰, dal che consegue la necessità che essa sia *conosciuta o conoscibile* da coloro ai quali s'indirizza²¹²¹.

tempo contribuisce alla sua emanazione e ne è la destinataria (cfr. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, p. 23 s.).

²¹¹⁹ Per quest'impiego del termine « funzione », v. Kelsen, *The Law as a Specific Social Technique*, p. 231: « The function of every social order is to bring about a certain mutual behaviour of individuals »; JACQUET, *Le principe d'autonomie*, p. 219-220, per il quale la « fonction (...) des normes juridiques » consiste in ciò che « celles-ci [ont] vocation à servir de modèle à certaines conduites humaines ».

²¹²⁰ *Ex multis*, v. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, Erster Band, Freiburg i. B. und Leipzig, 1894, p. 19: « Zweck alles Rechts ist ein bestimmtes äusseres Verhalten von Menschen zu Menschen »; Kelsen, *Law, State and Justice in the Pure Theory of Law*, p. 289, secondo cui la legge è « an order regulating the mutual behaviour of human beings »; v. anche dello stesso A., *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, p. 267; RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, p. 309: « le texte donne une règle de conduite, destinée à assurer des rapports pacifiques entre les hommes »; VISENTINI, *Lezioni di teoria generale del diritto*, p. 33: « il diritto è un sistema di norme destinato ad ordinare comportamenti umani »; ed ancora, a p. 35, « il diritto è norma di comportamento »; cfr. GOLDSCHMIDT, *Système et philosophie du droit international privé*, *Rev. crit.*, 1955, p. 639 s.; 1956, p. 21 s. 223 e s.: « Le droit est conduite directrice de la société humaine »; RAZ, *The Authority of Law*, p. 86; MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, p. 9; BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, p. 23 s.

²¹²¹ RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, p. 313: « Il est (...) indispensable que la règle à suivre soit connue de tous »; cfr. anche, dello stesso A., *Le déclin du droit*, p. 161; RAZ, *The Authority of Law*, p. 86: « A law, the existence of which is unknown (...), does not guide human behaviour of most people, not even that of law-abiding people »; SCALIA, *The Rule of Law as a Law of Rules*, 56 *U. Chi. L. Rev.* 1175 (1989), p. 1176: « Predictability, or as Llewellyn puts it, *reckonability*, is a needful characteristic of any law worthy of the name »; ed ancora: « as laws have become more numerous, and as people have become increasingly ready to punish their adversaries in the courts, we can less and less afford protracted uncertainty regarding to what the law may mean ». Il *Conseil Constitutionnel* francese (decisione n. 99-421, del 16 dicembre 1999, *J.O.*, 22 dicembre 1999, p. 19041, *D.* 200.SC.425, obs. RIBES, *Rev. trim. dr. civ.*, 2000, 186, obs. MOLFESSIS) ha fatto dell'accessibilità e dell'intelligibilità della legge un « objectif de valeur constitutionnelle » così giustificando: « L'égalité devant la loi, énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la garantie des droits requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables »: v. FRISON-ROCHE/BARANÈS, *Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité du droit*, *D.*, 2000, Chr. 361 (citato da LAGARDE, *Loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale*, *Rev. crit.*, 2001, p. 277, nota 4). Anche nella dottrina del d.i.p., ci si sofferma sempre più spesso sulla necessaria conoscibilità della norma giuridica e dunque della legge applicabile: v. LAYCOCK, *Equal Citizens of Equal and Territorial States: The Constitutional Foundations of Choice of Law*, 92 *Colum. L. Rev.* 249 (1992), p. 319: « People cannot obey the law unless they know it; they cannot know the law unless they know which law to learn »; JACQUET, *Le principe*

302. In teoria generale del diritto si rileva non di rado, talora con vigore, la necessaria, costitutiva, cioè naturale, finitudine spaziale della sfera d'applicabilità vocazionale di ogni norma giuridica di fonte statale²¹²², della quale si afferma in particolare qu'essa è

d'autonomie, p. 219-220: « En droit interne, il est présumé souhaitable que ceux qui s'engagent contractuellement sachent à quoi ils s'engagent et quelles suites l'ordre juridique dans lequel ils insèrent leur contrat donner à celui-ci. (...) Si l'on ne veut pas commettre de contresens sur la fonction même des normes juridiques, l'on doit bien admettre que celles-ci ayant vocation à servir de modèle à certaines conduites humaines, doivent au moins être connues, faute de quoi leur respect, à quoi l'on porte tant d'attention, ne sera que le fruit du hasard »; WENGLER, *L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable*, *Rev. crit.*, 1990, p. 657: « En vertu du principe général de politique législative, valable pour tout domaine du droit et en particulier pour le droit international privé, les sujets de droit, avant de se livrer à des actes ou des omissions susceptibles de leur valoir par la suite des sanctions juridiques en raison d'une sentence judiciaire, devraient avoir la plus grande certitude sur le droit que le juge va leur appliquer par la suite »; v. già dello stesso A., *Die Funktion der richterlichen Entscheidung über internationale Rechtsverhältnisse – Feststellung und Gestaltung im internationalen Privatrecht*, *RabelsZ.*, 1950, p. 6, il quale parla della « starke Bedürfnis », « die vom Richter angewendeten Normen als Verhaltensnormen zu verstehen, die die Parteien kannten und nach denen sich richten können ».

²¹²² V. ad es. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre, Erster Band*, Freiburg i. B und Leipzig, 1894, p. 19 s.: « kann darüber kein Streit sein, dass alle Rechtssätze nur Geltung haben für einen irgendwie beschränkten Kreis individuell oder generell bestimmter Subjekte »; ed ancora « (...) die Rechts-Anerkennung, d.h. die das konstituierende Merkmal des Rechts bildende Anerkennung, *niemals als eine schlechthinnige, sonder immer nur als eine räumlich und zeitlich bedingte* zu denken ist. Nicht nur, dass wahre Rechts-Anerkennung allein da zustande kommen kann, wo es Menschen gibt, die in einer irgendwie bestimmten Weise zusammenleben wollen; *sie hat auch stets und überall nur diejenigen im Auge, welche an diesem bestimmten Zusammenleben teilnehmen, das will sagen, die zu dem betreffenden Kreise gehörigen, die Genossen* » (il corsivo è dell'A.). L'A. precisa che questa limitatezza dell'ambito di operatività della norma non è soltanto opportuna ai fini della sua efficacia, ma deriva costitutivamente dall'essenza stessa di ogni diritto, sgorga dalla natura di questo: « Es gibt m.a.W. wahre Rechts-Anerkennung nur soweit und so lange, als es anerkennende Genossen gibt, und dies gilt nicht bloss dem tatsächlichen Erfolge nach, sondern es liegt schon begrifflich im Wesen alles Rechts im juristischen Sinne » (il corsivo è pure dell'A.); RAZ, *The Authority of Law*, p. 115: « It is a necessary feature of all legal systems (...) that they have *limits* »; ad essere « limitato », precisa in seguito l'A., è il loro « claimed scope of competence » (p. 117), cioè l'ambito di applicazione da essi rivendicato, sicché « the authority which all legal systems claim is authority to regulate any form of behaviour of a certain community. They need not claim authority to regulate the behaviour of everybody » (*op. cit.*, *loc. cit.*, corsivo nostro »; JAHR, *Internationale Geltung nationalen Rechts*, *RabelsZ.*, 1990, p. 496: « Es gibt kein Verständnis von Sinn und Funktion nationalen Privatrechts, das dessen universale Geltung begründen könnte. Rücknahme der scheinbar universalen Extension der (unvollständigen!) Sachnorm auf den gemeinten Ausschnitt der Welt, ist Beschreibung der Technik der Formulierung, keine Bestimmung des Begriffs der Geltung nationalen Privatrechts. Bei dieser Geltung ist nichts, was 'primär' weiterginge und dann zur Vermeidung von 'Kollisionen' o.ä. zurückgenommen werden müsste; dieser Geltung ist die Beschränkung auf Ausschnitte der Welt allein schon aus Gründen der Legitimation von Recht immanent » (corsivo nostro); CARBONNIER, *La sociologie juridique*, p. 350: « Le système juridique a, en principe, pour champ spatial, l'ensemble de la société: au delà s'étendent d'autres systèmes juridiques »; RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, p. 311: « La loi doit ensuite déterminer les personnes auxquelles elle s'appliquera. Il n'est pas

fatta appunto soltanto per *quella* comunità statale, cioè per il sistema socio-economico di *quello* Stato²¹²³, da cui essa emana²¹²⁴. Più precisamente, si afferma o lascia intendere che una norma giuridica di fonte statale abbia per destinatari quei soli soggetti che sono « membri » di quella comunità statale, cioè, potremmo dire, che sono « attori » del suo sistema socio-economico, cioè che sono « parti » di quelle relazioni interindividuali in qualche modo integrate in tale sistema e che tale sistema cooperano a formare ed alimentare: i quali soggetti, in quanto appunto parti di tali rapporti, divengono per ciò stesso, e quanto meno limitatamente ai rapporti stessi, membri di tale comunità ed attori di tale sistema²¹²⁵. I teorici del diritto parlano di *Rechtsgenossen*²¹²⁶, di *membres de la communauté sociale*²¹²⁷, di *members of the community*²¹²⁸, e dichiarano che a questi, appunto, a questi soltanto, si indirizza la norma giuridica elaborata, adottata e mantenuta in vigore dalle autorità di uno Stato determinato.

nécessaire que cette détermination soit expresse. Le Pouvoir politique ne régit qu'une certaine société; il ne saurait avoir la prétention d'atteindre les hommes qui ne sont pas soumis à sa souveraineté »; HART, *The Concept of Law*, p. 21: « English law, French law, and the law of any modern country regulates the conduct of population inhabiting territories with fairly well-defined geographical limits ».

²¹²³ Di « ordre socio-économique » parlano, ad esempio, BUCHER/BONOMI, p. 100, di « social and economic unit » VON MEHREN, *Choice of Law and the Problem of Justice*, p. 29, di « sistema sociale » BALLARINO, *D.i.p.*, 1^a ed., p. 278.

²¹²⁴ MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, p. 9, e VISENTINI, *Lezioni di teoria generale del diritto*, p. 33 citati *supra*, nota 2113. Tra gli autori di d.i.p., v. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, 5^a ed., p. 5: « Le droit [constitue] un complexe de normes réglant l'activité d'une collectivité d'hommes pour la poursuite des buts communs », citato – e tradotto – da MAURY, *Observations sur les « Aspects philosophiques du droit international privé »*, *Rev. crit.*, 1957, p. 246, il quale, avversando la tesi della « vocazione universale » avanzata da Batiffol, afferma appunto che « les règles de droit (...) sont faites pour un groupe d'hommes, pour une communauté déterminée dont elles régissent le comportement », sicché dunque « il y a un droit français, il y a un droit italien, etc. »; GOLDSCHMIDT, *Système et philosophie du droit international privé*, p. 659: « chaque droit a été confectionné pour une ambiance déterminée – soit pour un groupe de personnes caractérisé par leur lien spatial a un territoire déterminé, soit pour un cercle de personnes caractérisé par leur lien personnel avec un groupe déterminé individualisé par la religion, la race, la couleur, etc... L'application du droit s'effectue dès lors dans cette ambiance ». V. anche autori citati *infra*, nota 2129.

²¹²⁵ Non ci pare il caso di insistere su ciò che per « componenti » di una comunità statale e per « attori » del sistema socio-economico di uno Stato s'intendono non già i cittadini di quello Stato, cioè non solo i cittadini e non necessariamente anche i cittadini di quello Stato; ma coloro che, cittadini o non cittadini di quello Stato, sono in qualche modo integrati nella sua comunità, o meglio nel suo sistema socio-economico, e ciò proprio in quanto si trovano ad essere parti di rapporti interindividuali che in tale sistema sono in qualche modo integrati e che tale sistema cooperano a formare.

²¹²⁶ V. in particolare BIERLING, citato *supra*, alla nota 2122.

²¹²⁷ MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, p. 16.

²¹²⁸ V. ad es. VON MEHREN, *Choice of Law and the Problem of Justice*, p. 29.

La finitudine di cui si discorre deriva, appunto, dalla *natura* della norma stessa, cioè dalla sua ragion d'essere, dal suo contenuto, dalla sua funzione. Quanto alla *ragion d'essere*, se è vero che uno Stato che pone una norma giuridica aspira ad assicurare pace, ordine, certezza, progresso, è anche vero che esso non aspira – non, almeno, direttamente e primamente – ad assicurare pace, ordine, certezza, progresso al mondo intero, bensì alla comunità statale dei cui interessi, bisogni ed aspirazioni egli ha il compito di farsi interprete. Uno Stato mira a regolare con le proprie norme di diritto privato soltanto alcuni dei rapporti interindividuali che si creano e si svolgono nel mondo intero, e non già tutti; e cioè soltanto quelle relazioni intersoggettive alle quali, in quanto a qualche titolo ed in qualche misura integrate nella sua comunità statale, esso ha il dovere di – e dunque è interessato a – procurare ordine e sicurezza, più precisamente ad imporre quella visione dell'ordine e della certezza che egli ha ritenuto di dovere fare propria avuto riguardo agli interessi, ai bisogni e alle aspirazioni della comunità; detto ancora altrimenti, e da altra prospettiva, uno Stato ha la responsabilità di quei rapporti interindividuali che, se ordinati ed organizzati secondo appunto tale sua visione dell'ordine e della certezza, contribuiscono, seppure ciascuno in misura impercettibile, alla stabilità ed al progresso della comunità intera. Quanto al *contenuto*, se è vero che una norma di fonte statale riflette la visione circa la migliore e più giusta organizzazione dei rapporti interindividuali prevalente all'interno di una data comunità e ritenuta più confacente agli interessi ed alle esigenze della stessa, è anche vero che tale visione è quella prevalente soltanto all'interno di tale comunità e non già nel mondo intero; che gli interessi e le esigenze che una norma giuridica statale aspira a soddisfare sono appunto soltanto quelli di tale comunità e non già del mondo intero. Da ciò deriva che una norma giuridica statale è naturalmente applicabile soltanto a quei rapporti – cioè che ha per destinatari i soggetti di quei soli rapporti – che sono integrati in tale comunità in modo e misura tali che i soggetti coinvolti in essi finiscono per lo più involontariamente per contribuire, seppure in misura impercettibile, alla formazione del sentire comune e della visione prevalente circa la migliore organizzazione di tali rapporti, cioè che, attraverso la prospettiva degli interessi e delle esigenze da soddisfare, indirettamente e per lo più inconsapevolmente concorrono all'elaborazione delle norme ritenute più adatte a regolarli²¹²⁹.

²¹²⁹ Fondamentali a questo riguardo gli studi di VON MEHREN: v. per es. *Choice of Law and the Problem of Justice*, p. 29: « legal rules and institutions have a claim to acceptance by those affected by the rules' application or the institution's operation as they are members of the community and participate in its social, economic, and political life »; nonché *The Significance of the State for Choice of Law*, p. 290, secondo cui la « legittimità » formale di una norma « derives from its source in a constitutional order », sicché tale norma « is established only for those who can be said to participate in that constitutional order », e p. 294, ove si legge appunto che « [a] rule is formally legitimate for all those who form part of the society juridically embodied in a State in whose constitutional order the rule has its source »; cfr. anche KOGAN, *Toward a Jurisprudence of Choice of Law*, p. 674 s. PILLET, *La théorie continentale des conflits de lois*, p. 457, riferisce di aver trovato, nella biblioteca di Grenoble, un'opera del 1260 circa « l'impuissance du souverain à faire des lois pour des personnes qui ne sont pas au nombre de ses sujets ».

Quanto infine alla sua *funzione*, se una norma giuridica statale serve ad orientare i comportamenti degli individui verso l'attuazione spontanea di quella visione circa la migliore organizzazione delle relazioni intersoggettive che si riflette nella norma stessa, è chiaro che tale norma non esplica e non riesce ad adempiere tale funzione con riguardo a *tutti* i comportamenti individuali, o meglio ai comportamenti individuali di *tutti* i soggetti del mondo, ma soltanto a quelli di *alcuni*: cioè di quei soggetti che intendono dar vita a, o stanno per rimanere coinvolti in, rapporti giuridici a tal punto integrati in quella comunità statale da cui la norma promana che essi soggetti non possono non avere vuoi la certezza istintiva dell'applicabilità a tali rapporti di tale norma, o comunque in generale della naturale « soggezione » di essi all'ordinamento cui la norma appartiene, vuoi quanto meno il ragionevole dubbio circa tale applicabilità o tale soggezione; dubbio che permette a tali soggetti, se lo vogliono, di attivarsi per verificare appunto tale applicabilità e tale soggezione, e, in caso affermativo, di procurarsi la conoscenza della norma regolatrice del rapporto ed orientarsi sulla base dei suoi precetti, insomma di « viverli », applicandoli per lo più spontaneamente.

Una norma che sia di emanazione statale ma abbia applicabilità universale, cioè che intenda regolare tutti i rapporti giuridici del mondo, cioè che abbia per destinatari tutti i soggetti che siano parti di tali rapporti, *non sarebbe una norma giuridica*²¹³⁰. Una norma siffatta finirebbe per avere un *contenuto* del tutto arbitrario, che non riflette cioè la visione dell'organizzazione della vita giuridica interindividuale prevalente fra i suoi destinatari, cioè appunto la visione prevalente nel mondo intero, perché un legislatore *nazionale* non è in grado di, né soprattutto ha la *legittimità* per, valutare le esigenze e gli interessi di tutti gli esseri umani che vivono il nostro pianeta, e finirebbe per elaborare il contenuto di tale norma sulla base della visione e delle esigenze della propria comunità statale, visione che poi si troverebbe ad essere estesa, anzi imposta, anche a soggetti che non hanno in alcun modo contribuito alla formazione di tale norma e che hanno cioè interessi, esigenze ed aspirazioni potenzialmente diverse di cui la norma non ha potuto tenere conto²¹³¹. Una norma siffatta, soprattutto, mancherebbe alla sua *funzione*, nel senso che non riuscirebbe ad orientare i comportamenti della grandissima maggioranza dei suoi destinatari, che sono, per ipotesi, tutti i soggetti del mondo: innanzitutto perché la maggiore parte di essi non sarebbe in grado di conoscerne i precetti né dunque di programmare la propria vita sulla base di essi²¹³²; in secondo luogo perché, anche se fosse

²¹³⁰ Così ROUVILLOIS (ed.), *Le droit*, p. 17: « Assimiler (...) le droit à la règle (...) implique (...) de la situer dans un environnement social, en dehors duquel elle n'aurait ni objet, ni fonction ».

²¹³¹ V. ad es. JAHR, *Internationale Geltung nationalen Rechts, RabelsZ.*, 1990, p. 496, secondo cui la limitata efficacia nello spazio della norma giuridica « ist die Beschränkung auf Ausschnitte der Welt allein schon aus Gründen der Legitimation von Recht immanent » (corsivo nostro), e VON MEHREN, citato *supra*, nota 2129.

²¹³² Cfr. KRAMER, *Return of Renvoi*, p. 337: « A defendant from Illinois involved in an accident in Wisconsin can reasonably expect that the law of Timbuktu will not be applied ». Secondo RAZ, *The Authority of Law*, p. 86, una norma non conosciuta (o meglio non conoscibile) non è parte del

conoscibile dai suoi destinatari, la più parte di questi, non identificandosi nel suo contenuto, non giudicandola idonea a soddisfare i loro interessi e le loro esigenze, e comunque non riconoscendone la legittimità, la sentirebbero come un'imposizione arbitraria e finirebbero per disattenderla²¹³³.

« legal system, since its complete inefficacy has deprived it of the main characteristic of law, that of guiding behaviour ».

²¹³³ Cfr. Kelsen, *Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, p. 268: « Jurisprudence regards a legal norm as valid only if it belongs to a legal order which is by and large efficacious; that is, if the individuals whose conduct is regulated by the legal order in the main actually do conduct themselves as they should according to the legal order. If a legal order loses its efficacy for any reason, then jurisprudence regards its norm as no longer valid »; e « a rule which is not legally valid is not a legal rule at all »: cfr. Raz, *The Authority of Law*, p. 31. Dobbiamo nostro malgrado confessare di trovare un po' contraddittorio che s'insista, da un lato, nel riconoscere che ogni Stato ha il suo diritto privato, e che è normale, ed anzi legittimo, ed anzi « giusto », che ogni Stato abbia il suo diritto privato; e che si pretenda, dall'altro, che il diritto privato di ogni Stato nasca con una sfera di applicabilità – appunto « nativamente » – universale; che cioè, sebbene l'Italia abbia il suo diritto privato, e la Cina abbia il suo diritto privato, ciò che è appunto legittimo e giusto, le norme di diritto privato italiane nascano come applicanti non già soltanto al sistema socio-economico italiano, cioè ai rapporti in qualche modo integrati in tale sistema, ma anche al sistema socio-economico cinese, cioè ai rapporti interindividuali in qualche modo integrati in tale sistema, e viceversa (v. MAURY, *Observations sur les « Aspects philosophiques du droit international privé »*, *Rev. crit.*, 1957, p. 245, citato *supra*, nota 2124, dal quale passaggio si deduce che, in pratica, il diritto francese regola la comunità *francese*, il diritto italiano regola la comunità *italiana*, e così via). Per parte nostra, noi vogliamo invitare a riflettere su questo semplice punto: riconoscere che ogni Stato ha il suo diritto privato non implica forse implicito il riconoscimento di ciò che non vi è un diritto privato avente valore universale? (v. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, p. 71: « Le droit est créé volontairement par l'homme. La diversité des législations dans des pays de même civilisation suffit à prouver que les règles de droit sont l'œuvre voulue par le législateur dans un esprit propre. Chaque peuple a le droit qu'il se donne, donc le droit qu'il mérite »). E questo riconoscimento non implica a sua volta quell'altro che il diritto privato, ogni diritto privato, ha piuttosto una validità spazialmente condizionata? Che insomma ogni diritto privato, così come trae origine dal costume, dalle esigenze, dagli interessi, dalle aspirazioni che si manifestano nella comunità statale da cui proviene, o meglio nel suo sistema socio-economico, o meglio nell'insieme dei rapporti interindividuali che in esso sono in qualche modo integrati e che esso cooperano a formare, così e per ciò stesso è fatto in vista di questi rapporti e questi soltanto, per questi e questi soltanto, e che deve dunque applicarsi a questi e a questi soltanto? Noi crediamo che una delle ragioni del ritardo con cui si è maturata la coscienza di questa coesistenza limitazione dell'orbita di applicabilità di una norma giuridica di diritto privato, risieda nel non essersi posto mente a sufficienza a ciò che, come abbiamo ricordato più volte, la norma giuridica di diritto privato, sebbene regoli rapporti interindividuali, ha pur sempre per destinatari *soggetti* di diritto, cioè gli esseri umani, insomma uomini e donne (HOLMES, in *Wedding v. Meyler*, 192 U.S. 573, 584 (1904); *Central Railroad v. Jersey City*, 209 U.S. 473, 479 (1908). Ci sembra infatti che l'affermazione che una norma di fonte statale abbia vocazione ad applicarsi a *tutti* i rapporti giuridici, ovunque si svolgano, indipendentemente cioè da una loro « localizzazione spaziale », susciti meno riserve, desti minore meraviglia, e meno incoraggi dunque ad interrogarsi sulla sua verità o quanto meno plausibilità, che non l'affermazione che una norma di fonte statale ha per destinatari tutti i soggetti del mondo, a qualunque Stato appartengano ed in

303. Ma quando, allora, e veniamo alla questione centrale, si può dire che un rapporto interindividuale è integrato in, che le parti di esso sono « membri » di, una comunità statale, cioè del sistema socio-economico di uno Stato, che, cioè, tali soggetti sono, relativamente a quel rapporto, *Rechtsgenossen* di quel sistema, e che, dunque, le norme di diritto privato dello Stato in questione hanno « vocazione naturale » a rivolgersi ad essi, nel senso, innanzitutto, di permettere loro di avvalersene?

Cominciando da ciò che non è controverso, è indubbio che tutte quelle fattispecie che, nel momento *rilevante*, cioè, tendenzialmente, nel momento *iniziale* del rapporto o di ogni sua successiva fase provvista di un autonomo rilievo socio-economico, in cui questo s'articola e svolge, presentano contatti *rilevanti* dal punto di vista socio-economico soltanto con *uno* Stato, che cioè sono integrate esclusivamente nel sistema socio-economico di quello Stato, ricadono, appunto « naturalmente », nella sfera di applicabilità della legge posta da tale Stato²¹³⁴. La quale naturale inclusione deriva dalla naturale

qualunque Stato siano domiciliati o dimoranti, che insomma tutti gli uomini e tutte le donne che vivono sulla terra siano tenuti a conoscerne e rispettarne i precetti. E ciò perché la giuridicità di un rapporto è essenzialmente il prodotto di un'astrazione intellettuale, sicché il rappresentarsi appunto la sua precisa localizzazione, se soltanto talvolta è propriamente impossibile, è comunque sempre meno agevole che non per i soggetti persone fisiche per lo più parti del rapporto, il cui sostrato corporeo consente una loro rappresentazione spaziale in genere immediata ed istintiva.

²¹³⁴ Un rapporto rilevante per il diritto ha, come noto, per lo più una sua apprezzabile estensione nel tempo: è « la dispersion des faits (dans le temps) du présupposé de la règle » (HÉRON, *Principes du droit transitoire*, Paris, 1996, p. 82 s.). Esso può dunque suddividersi in più momenti, o fasi, cronologicamente scandite, ciascuna potenzialmente provvista di uno specifico rilievo socio-economico. Tali fasi sono, grosso modo, la fase di *instaurazione* del rapporto, la fase di *svolgimento* del rapporto o di produzione dei suoi effetti, la fase di *estinzione* o di *scioglimento* del rapporto (ROUBIER, *Le droit transitoire*, 2^e éd., Paris, 1960, p. 183: « Le cycle de développement d'une situation juridique comprend trois moments, le moment de sa constitution, le moment de ses effets et le moment de son extinction »). Spesso avviene che due delle tre o addirittura tutte e tre le fasi del rapporto abbiano ciascuna un proprio distinto rilievo socio-economico, che ciascuna di esse possa essere dunque considerata come un « sotto-rapporto » a sé, quanto meno ai fini dell'esame dell'integrazione di essa con questo o con quello Stato rilevante per il d.i.p. Quest'ultima constatazione impone di fissare con precisione il *momento temporale rilevante* cui riferirsi quando ci si interroga sull'integrazione di un rapporto in questo o quel sistema: almeno di regola, perché l'elemento di un rapporto, o meglio di una fase di esso, concretizzantesi nel sistema di uno Stato, esprima con quello Stato un'integrazione rilevante ai fini dell'individuazione delle norme applicabili, tale concretizzazione deve avere luogo nel momento in cui inizia la fase rilevante, cioè nel momento in cui il rapporto nasce e/o o prende esecuzione e/o si estingue, cioè, almeno di regola, non *prima* e non *dopo* tale momento. V. ad es., in materia contrattuale, DICEY/MORRIS, *The Conflict of Laws*, p. 1167; WENGLER, *L'évolution moderne du droit international privé*, p. 670-671; v. soprattutto ROUBIER, *Le droit transitoire*, p. 188 s.: « C'est la loi du jour où le dommage a été causé qui fixera les conditions de la responsabilité civile (...); c'est la loi du jour de l'enrichissement qui dira s'il y a ou non enrichissement sans cause (...); c'est la loi existant au jour de la conclusion du contrat qui détermine, au fond et dans la forme, les conditions de validité de ce contrat (...); c'est également la loi du jour du contrat, et elle seule, qui dira si le contrat est nul comme contraire à la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs (...). Il en va de même pour les conditions de forme des actes juridiques relatifs aux droits réels. C'est la loi en

ragion d'essere, dal naturale contenuto, dalla naturale funzione della norma stessa. Riguardo a quelle che si suole denominare « fattispecie puramente interne » ad uno Stato, è dato infatti constatare, da un lato, che tale Stato è interessato, nel massimo grado, a procurare ad esse ordine e certezza, perché tale ordine e tale certezza contribuiscono, nel massimo grado, all'ordine e alla certezza esistenti nella sua comunità statale; in secondo luogo, che la conoscibilità, da parte dei soggetti coinvolti in tali fattispecie, della norma in questione, o meglio, la percezione da parte loro che la norma che regola tali fattispecie, se ve ne è una, debba essere ricercata nel diritto posto da quello Stato, e non già in quello posto da altri Stati, è essa pure massima (e non già semplicemente a livello di dubbio, ma a livello di certezza); di conseguenza, la possibilità, per i soggetti coinvolti, di lasciarsi guidare, nei loro comportamenti, dal modello prefigurato dalla norma in questione (ovvero, che è lo stesso, la capacità delle norme di orientare tali comportamenti), è, di conseguenza, essa pure massima; infine, l'attitudine di tali fattispecie a contribuire a prospettare quelle esigenze interindividuali che le autorità normative di quello Stato vengono a trovarsi naturalmente sotto gli occhi, e di cui le autorità normative di quello Stato sono dunque portate naturalmente a curarsi, nel processo di verifica dell'efficienza della norma in questione, e dell'eventuale messa a punto di modifiche di cui essa abbia a palesarsi bisognosa, è essa pure massima. Insomma, rispetto ad una fattispecie puramente interna, la funzione e l'obiettivo delle norme proprie dello Stato nel cui ambiente socio-economico essa è integralmente inserita, se tali norme vengono applicate appunto a tali fattispecie, sono realizzati nel massimo grado possibile. Mentre non sarebbe difficile dimostrare che, rispetto, appunto, a siffatta fattispecie, la funzione e gli obiettivi delle norme giuridiche di qualsiasi altro Stato, nel quale la fattispecie non è dunque per nulla integrata, non sarebbero realizzati in alcuna misura.

304. Accanto alle fattispecie puramente interne, si danno quelle internazionali. Una fattispecie internazionale è tale perché è integrata nei sistemi socio-economici di *più Stati*; rispetto a tutti gli altri Stati del mondo, la fattispecie è invece *totalmente estranea*²¹³⁵. E

vigueur *au jour de cet acte* qui sera compétente (...). C'est la loi *de cette époque* qui dira si l'acte juridique à lui seul pouvait suffire à transférer la propriété ». Sull'irrelevanza, in principio, del momento in cui la questione si pone, cioè del momento in cui il giudice è chiamato a pronunciarsi dichiarativamente, v. ancora ROUBIER, *Le droit transitoire*, a p. 225-226 s., il quale a sua volta riproduce alcune idee di VON SCHEURL, *Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts*, Erlangen, 1953, p. 137: « Un fait donné a-t-il acquis, sous l'influence d'une règle de droit, une structure déterminée, il est dès lors parfaitement indifférent que ce rapport fasse l'objet d'un procès et d'une décision judiciaire sur-le-champ même, ou un an après, ou cent ans plus tard. Comme le juge ne fait qu'énoncer et exprimer ce qui est vrai *pour cet instant où ce rapport a acquis sa forme juridique particulière*, un changement survenu après cet instant (dans la règle) de droit ne peut avoir aucune influence sur une décision judiciaire postérieure. *C'est à cet instant décisif qu'il faut se placer*; que le juge ne soit appelé à statuer que plus tard, *c'est quelque chose de tout à fait accidentel*; de même qu'il aurait statué à ce moment-là, de même et non autrement, il doit le faire à tout autre moment où il sera appelé à juger » (corsivo nostro).

²¹³⁵ Cfr. MAYER/HEUZÉ, p. 4.

veniamo dunque alla *crux* della questione, la quale può essere enunciata nella forma dell'interrogativo che segue: è possibile e ragionevole per uno Stato – cioè, innanzitutto, è *zweckrational*, conforme all'obiettivo, alla funzione, al contenuto della sua norma giuridica come sopra descritti – prevederne l'applicabilità a quelle relazioni interindividuali che sono integrate nel suo sistema socio-economico *vuoi* tramite questo collegamento, *vuoi* tramite quest'altro collegamento, *vuoi* tramite quest'altro collegamento ancora? L'alternativa a questo modo di procedere è che uno Stato si limiti piuttosto, a scegliere, per definire la sfera di applicazione delle sue norme di diritto privato, in principio soltanto *un unico collegamento*, diverso, si capisce, a seconda delle materie, ma numericamente *uno*, non *plurimo*.

Si riprenda l'esempio di un rapporto successorio. Può uno Stato disporre che la sua legge si applichi sia alle successioni in cui il *de cuius* ha la *cittadinanza* di quello Stato, sia a quelle in cui egli ha qui il suo *domicilio*, sia a quelle in cui vi ha la sua *residenza abituale*, sia a quelle in cui il *luogo di situazione* dei beni compresi nella successione si trova nel territorio di quello Stato (almeno relativamente alla sorte di tali beni)? Ovvero non deve esso Stato piuttosto, per qualche motivo, limitarsi (almeno in un primo momento) a designare *uno soltanto* fra tali molteplici fattori d'integrazione della successione con i suoi ambienti sociali ed economici?²¹³⁶ Non vi è dubbio che ciascuno dei quattro contatti menzionati, se opera a favore dello Stato in questione, esprime un certo inserimento della fattispecie in tali ambienti²¹³⁷. Vero è che, qualora sussista l'uno o l'altro o l'altro ancora dei menzionati collegamenti con lo Stato in questione, la ragion d'essere, la funzione e gli obiettivi delle sue norme in materia si realizzerebbero, quand'anche non nella massima misura, quanto meno in una certa misura²¹³⁸. Se ne traggano allora le

²¹³⁶ E' appena il caso di rilevare che, se uno Stato adotta il primo metodo di delimitazione della sfera di applicabilità delle sue norme materiali, le fattispecie che vi ricadono sono più numerose che non se adotta il secondo metodo: nel primo caso, tale sfera ricomprende infatti *sia* quelle successioni che sono integrate nel suo sistema socio-economico in forza della cittadinanza del *de cuius*, *sia* quelle che vi sono integrate in virtù del suo domicilio, *sia* quelle che lo sono per mezzo della sua residenza, *sia* quelle che lo sono tramite la situazione dei beni; nel secondo caso, invece, tale sfera di applicabilità ricomprende *soltanto* quelle successioni che sono collegate allo Stato attraverso la cittadinanza del *de cuius*, se lo Stato ha scelto come unico criterio la cittadinanza, ovvero *soltanto* quelle che lo sono per il domicilio, se ha scelto il domicilio, e così via.

²¹³⁷ In altre parole, non vi è dubbio che la fattispecie successoria che abbiamo supposto – cioè il fascio di rapporti nascenti dall'apertura di una successione – sia, dal punto di vista socio-economico, integrata nel sistema di uno Stato, *benché in modo e per ragioni diverse*, sia quando il *de cuius* ha la cittadinanza di quello Stato, sia quando vi ha il suo domicilio, sia quando vi ha la sua residenza abituale, sia quando in esso si trovano tutti o la maggior parte dei suoi beni od alcuni beni rilevanti. E' difficile dire, in generale ed in astratto, *quale* di questi quattro elementi esprima l'integrazione *più rilevante* con tale sistema socio-economico: a sostegno dell'uno o dell'altro fattore si possono portare, e si portano in effetti, diversi argomenti, tutti di buon senso, nel merito dei quali non è d'altra parte qui luogo entrare.

²¹³⁸ L'esigenza di procurare ordine e certezza alla fattispecie che presenta il contatto in questione, sia esso la cittadinanza o il domicilio o la residenza o il luogo di situazione dei beni, si dà qui almeno in

conclusioni in ordine all'alternativa di cui sopra. Se è vero che ciascuno di questi legami esprime un'*integrazione sufficiente*, non si vede, a prima vista, perché, sempre muovendo dalla funzione e dagli obiettivi di una norma giuridica, la legge di uno Stato non possa applicarsi a *tutte* quelle fattispecie che presentano con lo Stato *uno qualsiasi* fra una rosa d'indici di prossimità, tutti significativi. Insomma, sembra di poter senz'altro dire che, se il *de cuius* ha la cittadinanza di tale Stato, anche in assenza di domicilio o di residenza abituale, sussiste un'*integrazione sufficiente* della fattispecie successoria con il sistema di tale Stato per giustificare l'operatività della legge di esso, e cioè quell'*integrazione*, appunto, espressa o assicurata dalla cittadinanza del *de cuius*; se invece il *de cuius* ha il suo domicilio in tale Stato, ma non la residenza né la cittadinanza, si può nondimeno e non infondatamente sostenere che sussiste anche qui un'*integrazione sufficiente*, quella appunto espressa dal domicilio del *de cuius*; e così via.

305. Siamo venuti enucleando quello che possiamo appunto denominare area di applicabilità naturale o vocazione applicativa spaziale naturale di una norma di diritto privato di fonte statale, la quale deriva cioè dalla ragion d'essere, dal contenuto, dalla funzione naturali, « native », di tale norma, e comprende dunque *tutti i rapporti interindividuali internazionali che sono, tendenzialmente nel momento di nascita o d'inizio della fase rilevante, integrati nel sistema socio-economico dello Stato da cui la norma emana a mezzo di uno qualsiasi fra gli elementi costitutivi del rapporto* – soggetti ed oggetto – *ed idonei a denotare ed esprimere appunto una sufficiente integrazione in tale sistema di tale rapporto e dei soggetti in esso coinvolti*. La norma ha dunque per *destinatari* naturali tutti coloro che sono od intendono essere parti dei rapporti intersoggettivi così definiti. Se, meditando attorno alla ragion d'essere, al contenuto, alla funzione della norma giuridica statale, si è, in un primo tempo, potuto escludere che tale norma abbia costitutivamente una « vocazione universale », perché, in ogni caso, vi esorbitano quei rapporti che, nel momento naturalmente rilevante, non sono legati da alcun vincolo sufficiente alla comunità statale da cui la norma per ipotesi origina, pare ora di potere dire, positivamente, che *tutti* quei rapporti che hanno un contatto significativo in tale momento rilevante rientrano nel campo di operatività naturale della norma in questione.

Preme rilevare che la dottrina dominante perviene ad una conclusione analoga. Trattandosi di determinare le leggi che hanno « naturale vocazione » – o, come anche si dice, « vocazione *a priori* » o « titolo ragionevole » – a regolare una fattispecie internazionale, e fra le quali vi è dunque potenziale « conflitto », si indicano *tutte quelle, ma solo*

una *certa* misura, perché tale ordine e tale certezza, quanto meno in una *certa* misura, ridondano a favore dell'ordine e della certezza della comunità statale; del pari, i soggetti coinvolti in tali fattispecie non possono non avere la percezione, almeno nella forma attenuata del *dubbio*, che la norma regolatrice possa doversi desumere dal diritto posto da quello Stato: cfr. KRAMER, *Return of Renvoi*, p. 337, in materia di « torts », secondo cui il danneggiante residente nello Stato dell'Illinois, coinvolto in un incidente nel Wisconsin, può legittimamente attendersi l'applicabilità sia della legge dell'Illinois, sia della legge del Wisconsin.

quelle, che presentano con essa fattispecie un *qualsiasi legame significativo*²¹³⁹, osservandosi peraltro, da diversi autori, che tale legame deve sussistere nel momento *iniziale* della vita del rapporto da regolare, mentre quello successivamente acquisito, pur idoneo in ipotesi a fondare la giurisdizione di uno Stato in origine « slegato », rimane *estrinseco* al rapporto e non vale dunque ad includerne la legge fra quelle in presenza²¹⁴⁰. I difensori della vocazione virtualmente universale della norma materiale di uno Stato s'involgono allora, sembrerebbe, in contraddizione, laddove convengono che le leggi che hanno « vocazione naturale » ad applicarsi ad una fattispecie internazionale, e fra le quali è ne-

²¹³⁹ Fra i tanti, v. PILLET, *La théorie continentale des conflits de lois*, p. 467-468, il quale, dopo avere « pris le parti de chercher dans la *nature même* de la loi les principes appelés à nous guider dans la solution des conflits », ed essersi chiesto se « la loi est-elle territoriale ou extra-territoriale? », e dopo avere ricordato che « les uns la disent territoriale, les autres extraterritoriale », enuncia la sua opinione: « elle possède à la fois ces deux caractères, donc (...) elle est à la fois territoriale et extra-territoriale », formulando un esempio proprio in materia successoria; FRANCESCakis, *La théorie du renvoi*, p. 135, per cui « lorsque le système français soumet de manière générale le statut personnel à la loi nationale cela ne devrait pas signifier qu'il se refuse à accorder toute portée juridique aux autres rattachements qu'une situation concrète, justiciable du statut personnel, présenterait: ainsi et avant tout, au domicile de l'intéressé ou à sa résidence, au lieu de la situation des biens éventuellement en cause, etc. »; BAPTISTA MACHADO, *Les faits, le droit de conflit et les questions préalables*, *Festschrift W. Wengler*, p. 444 s.: « A la base du droit international privé se trouve un principe pareil à celui du droit intertemporel: nulle loi ne s'applique qu'aux faits qui ont un contact avec elle. D'où il s'ensuit que le domaine d'efficacité possible de chaque loi s'étend à tous les faits (quelqu'ils soient) qui se rattachent à cette loi par un rattachement quelconque: par le siège ou les sièges des personnes intéressées, par la localisation directe des faits, par la situations des choses »; JACQUET, *Le principe d'autonomie*, p. 229: « Un contrat a été conclu entre A et B ressortissants des Etats X et Y dans lesquels ils sont domiciliés, ce contrat doit être exécuté pour partie dans l'Etat X et pour partie dans l'Etat Z. La constatation de ce fait brut conduit à la conclusion suivante: *à priori seules les lois des Etats X, Y et Z sont 'en conflit'*, ce qui signifie que, corrélativement *les lois de tout Etat autre que X, Y ou Z ne sont pas à prendre en considération dans le règlement de ce conflit*: corsivo dell'A., il quale aggiunge significativamente: « Premier résultat d'importance »; v. anche, dello stesso A., *Fonction supranationale*, p. 213; BUCHER/BONOMI, p. 1: « Lorsqu'une situation présente des éléments d'extranéité et soulève un problème de droit, tel le mariage d'un couple d'étrangers ou la vente des biens à fournir au-delà de la frontière, le droit de chacun des Etats concernés peut avoir a priori vocation à s'appliquer, en raison, notamment, d'un lien fondé sur le domicile ou la nationalité »; ANCEL/LEQUETTE, p. 10, secondo cui « les champs d'application dans l'espace des lois n'étant pas limités a priori, toute situation dont les éléments se dispersent dans plusieurs ordres juridiques est confrontée à la coexistence des diverses règles au moyen desquelles chacun de ceux-ci définit la conduite qu'il convient d'adopter »; AUDIT, *La fraude à la loi*, p. 23, il quale, riguardo alle « relations juridiques internationales », precisa che « la caractéristique de celles-ci est que deux lois au moins peuvent s'appliquer à elles, parce que ces lois sont formulées sans limitation spatiale, et surtout parce qu'il existe avec chacune d'elles un rattachement qui justifierait qu'elle s'appliquât. Le conflit n'est plus inexistant, il est réel. Ainsi, la loi allemande et la loi française peuvent raisonnablement s'appliquer à un salarié français travaillant en Allemagne pour le compte de la filiale d'une entreprise française ».

²¹⁴⁰ MAYER/HEUZÉ, p. 4: « la saisine de l'organe est un élément extrinsèque qui n'affecte pas la substance même de la relation ».

cessario scegliere, sono *soltanto* quelle che hanno un *certo contatto*, *uno qualsiasi*, con la fattispecie, perché fra queste, ma fra queste *soltanto*, sussiste « vocazionalmente » il conflitto. Gli elementi addotti quali presunte prove della « vocazione universale » di una norma giuridica non attestano, a ben guardare, di tale « vocazione universale », ma confermano appunto la propensione naturale della norma ad estendersi bensì anche a fattispecie fuoriuscenti dal campo d'applicazione tracciato dal solo collegamento ritenuto più significativo, ma sempre inequivocabilmente legate allo Stato da cui promana per il tramite di un *altro* rilevante fattore d'integrazione²¹⁴¹. Rimane da osservare che tale vocazione applicativa corrisponde a quella ricostruita dalla « dottrina della giurisdizione prescrittiva » (*doctrine of prescriptive jurisdiction*) anglosassone quale sicuramente conforme al diritto internazionale pubblico²¹⁴², mentre la volontà da parte di uno Stato d'applicare le sue norme al di fuori di questa cerchia, ampia ma pur sempre rigorosamente limitata, di rapporti internazionali sarebbe, secondo questa dottrina, in contrasto con esso²¹⁴³; e che tale vocazione rappresenta altresì il limite ultimo oltre il quale l'esercizio

²¹⁴¹ MAYER/HEUZÉ, p. 5: « chaque Etat avec lequel la situation présente des points de contact a ses lois, qui apportent en principe une réponse à toute question de droit privé qui peut se poser; il faut donc choisir, c'est le conflit de lois », dal che si deduce che la « vocazione ad applicarsi » è circoscritta a quelle leggi che presentano dei « punti di contatto » con la fattispecie. BATIFFOL scorge una conferma della vocazione universale nell'ordine pubblico e nell'attribuzione di efficacia alla legge straniera al di fuori dell'ambito assegnatole dalla norma di conflitto dello Stato da cui emana (cioè che avviene nei casi di rifiuto del rinvio): nell'un caso come nell'altro, si applicherebbe una legge a fatti « échappant à son empire originaire » (*Aspects philosophiques*, p. 117-118). Né nell'uno né nell'altro caso, tuttavia, la legge così applicata rivela la sua vocazione universale, perché sia nell'uno che nell'altro caso essa interviene riguardo ad una fattispecie che ha un certo collegamento con lo Stato da cui emana (rispettivamente: il foro e lo Stato straniero).

²¹⁴² Nonostante sia comune, fra gli autori dell'Europa continentale, il rilievo che il ruolo spiegato dal diritto internazionale pubblico nella nostra materia sia scarso od addirittura nullo – v. per tutti MAYER/HEUZÉ, p. 18: « tout Etat peut édicter les normes – lois, jugements, actes publics – à qu'il lui plaît, et les déclarer applicables à qui il veut » –, la letteratura anglosassone si va da ormai diversi decenni interessando ai legami fra le due discipline in modo che ci pare proficuo: oltre allo studio di MANN, *The Doctrine of International Jurisdiction* (in *RCADI*, 1964-I, p. 7 s.), e la rivisitazione compiutane dallo stesso A. vent'anni dopo (*The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years*, *RCADI*, 1984-III, p. 11 s.), v. ad es. i contributi raccolti da MEESSEN (ed.), *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*, The Hague, 1996, nonché il *General Course* di LOWENFELD, *International Litigation and the Quest for Reasonableness*, *RCADI*, 1995, t. 245. Ebbene, il dato che sembra emergere da tale filone è che la pretesa di uno Stato di regolare (cioè di esercitare la « jurisdiction to prescribe »), con le proprie norme di diritto privato, una fattispecie internazionale che non presenta alcuni contatti con tale Stato non sarebbe compatibile con il diritto internazionale pubblico.

²¹⁴³ MANN, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, p. 46: « the legally relevant point of contact will have to be defined as indicating the State which has a close, rather than the closest, connection with the facts, a genuine link, a sufficiently strong interest ».

della *legislative jurisdiction* da parte degli Stati federali sarebbe contrario alla Costituzione degli Stati Uniti²¹⁴⁴.

Questa vocazione applicativa naturale ci consente sin d'ora di dubitare che, entro tale ambito, si possa ragionevolmente parlare, avuto riguardo alle leggi in esso comprese, di rifiuto *assoluto* o di volontà *assoluta* di *non applicazione*²¹⁴⁵: se una legge di diritto privato ha naturale propensione a rivolgersi simultaneamente ai cittadini dello Stato ed agli stranieri domiciliati nello Stato ed eventualmente, almeno per certi rapporti, quali quelli successori, agli stranieri domiciliati all'estero che possiedono beni nello Stato, mettere effettivamente in opera tale legge entro tale ambito non significa altro che assecondarne la naturale propensione.

306. I sistemi moderni di d.i.p. moderni forniscono prove numerose e sempre crescenti di questa vocazione applicativa – *finita* (cioè non infinita né indefinita) ma *estesa* (cioè non circoscritta ai rapporti delimitati da un unico collegamento) – delle loro norme di diritto privato. E' come se la sfera di applicabilità naturale della norma giuridica di uno Stato, che il modello di norma bilaterale tradizionale a collegamento unico comprime limitandolo a quelle sole fattispecie che presentano con lo Stato del foro il fattore di integrazione che questi ritiene più significativo, riaffiori, apertamente o surrettiziamente, in tante divisioni del diritto internazionale privato.

Si pensi al metodo dell'applicazione generalizzata della *lex fori*, che è in sicura espansione nei sistemi moderni di d.i.p.: si è visto che, per suo tramite, l'applicabilità della legge di uno Stato viene a fondarsi su una *pluralità* di criteri di collegamento *alternativi*, fino a coprire spesso ogni ipotesi in cui sussiste con l'ambiente sociale del foro uno qualsiasi fra una « rosa » di fattori di integrazione, tutti aventi una certa pregnanza: in genere, domicilio o cittadinanza o residenza di uno dei due soggetti interessati ad ottenere la pronuncia dell'autorità da cui scaturisce il rapporto. Un'altra prova è offerta dalle *norme di conflitto alternative*, che stanno proliferando ormai da decenni, e nelle quali lo Stato, adottandole, indica, di nuovo, una gamma di elementi di integrazione socio-economica, senza designare un fattore spaziale preferenziale: grazie ad esse, la norma di diritto privato di quello Stato risulta applicabile sia che sussista (soltanto) un certo collegamento del rapporto con il suo sistema socio-economico, sia che sussista (soltanto) un certo altro collegamento, sia che sussista (soltanto) un altro collegamento ancora. Lo stesso è a dirsi delle norme che consentono alle parti la *professio iuris*, le quali pure

²¹⁴⁴ *Allstate Insurance Co. Hague*, 449 U.S. 320: « For a State's substantive law to be selected in a constitutionally permissible manner, that State must have a significant contact or significant aggregation of contacts, creating state interests, such that choice of its law is neither arbitrary nor fundamentally unfair ».

²¹⁴⁵ WENGLER, *Les conflits de lois et le principe d'égalité*, p. 210 s.; MAYER/HEUZÉ, p. 81; v. anche i rilievi mossi da WIETHÖLTER a Pilenko e la discussione *supra*, para. 112.

ormai da tempo stanno vivendo una « irresistibile estensione »²¹⁴⁶: specie quando tale *professio iuris* è espressamente e specificamente limitata alle leggi di più Stati determinati sufficientemente « prossimi » al rapporto, le norme di diritto privato dello Stato che si è dotato del tipo di norma di d.i.p. in questione risultano applicabili sia a quelle fattispecie che presentano con il sistema di quello Stato un certo indice di prossimità, sia a quelle che presentano con esso un altro indice, alternativo al primo.

Ulteriore spia della propensione applicativa naturale delle norme materiali del foro è fornita dal *rinvio indietro*, formidabile dispositivo, anzi, di riespansione della sfera d'applicazione *effettiva* di tali norme, la quale, per suo tramite, non risulta circoscritta a quelle fattispecie che presentano il contatto in principio prescelto dalla corrispondente norma di d.i.p. di quello Stato quale più significativo, ma si estende piuttosto a fattispecie in cui sussistono altri contatti, denotanti ciascuno un'integrazione, sicura e forte, con il sistema di quello Stato. Solo apparentemente, ad esempio, le norme italiane in materia successoria sono applicabili soltanto quando il *de cuius* è cittadino italiano²¹⁴⁷: in realtà, attraverso il meccanismo del rinvio indietro – si dimentichi per un momento la *professio iuris* che oggi è pur offerta all'interessato – esse risultano applicabili anche a casi in cui il *de cuius* non è italiano ma ha in Italia il suo *domicilio* o la sua *residenza*, ed anche quelli in cui il *de cuius* non è italiano né ha in Italia il suo domicilio, ma ha qui una parte dei suoi beni, specie immobili²¹⁴⁸. Il che mostra che l'area di operatività delle norme italiane in materia successoria, e di tutti quegli Stati i cui sistemi di d.i.p. sono disposti a seguire in materia successoria il rinvio indietro, è ben più ampia di quella che impone loro il criterio di collegamento scelto da ciascuno di essi in via preferenziale, fino in pratica a potenzialmente comprendere tutte quelle fattispecie successorie che presentano con il relativo Stato un contatto socio-economicamente rilevante, uno qualsiasi²¹⁴⁹. E poiché il rinvio indietro è meccanismo di portata per lo più generale; e poiché le eccezioni, per altro vivacemente discusse, quanto meno *de lege ferenda*²¹⁵⁰, sono rappresentate *proprio* dalle norme di conflitto alternative e da quelle che prevedono l'autonomia della volontà²¹⁵¹, le quali norme, *già di per sé* e per altra via, fanno a loro volta riaffiora-

²¹⁴⁶ L'espressione è di VON OVERBECK, *L'irrésistible extension de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, Hommage F. Rigaux, Bruxelles, 1993, p. 619 s.

²¹⁴⁷ Ci riferiamo all'art. 46, comma 1, della legge di riforma.

²¹⁴⁸ Cfr. NIBOYET, nota a Cass. (Req.), 10 maggio 1939, *Rev. crit.*, 1939, p. 475: « Le renvoi par cela qu'il permet de soumettre en définitive à la loi française les nombreux étrangers domiciliés en France d'origine anglosaxonne joue donc un rôle préventif excellent qui nous ramène pratiquement au système du domicile pour l'état et la capacité ».

²¹⁴⁹ Anche l'ordine pubblico è dispositivo rivelatore della sfera applicativa naturale di cui è questione: cfr. le spiegazioni di Pilenko, *supra*, para. 117, nonché le considerazioni in tema di « ordre public de proximité », *supra*, para. 215, e i rilievi di Batiffol, *supra*, nota 2141.

²¹⁵⁰ Così ad es. PICONE, *La riforma italiana*, p. 318 s. (per le norme di conflitto alternative) e p. 539 (per la norma che prevede l'autonomia in materia successoria); più in generale, SONNENTAG, *Der Renvoi*, spec. p. 169 s., e BODEN, *L'ordre public*, p. 584, spec. nota 1190.

²¹⁵¹ Art. 13, al. 2 e 3, della legge di riforma.

re l'orbita applicativa naturale di cui si discute (per il metodo dell'applicazione generalizzata della *lex fori* va da sé che il problema del rinvio non può porsi, ché « sans envoi point de renvoi »²¹⁵²), si può concludere che, pressoché in ogni comparto dei sistemi moderni di d.i.p. che, come quello italiano, sono pronti a tener conto del rinvio indietro eccettuati i casi indicati, si palesa, se ne abbia o meno consapevolezza, tale ambito vocazionale di efficacia.

Il che vuol dire insomma che numerose e forse pressoché tutte le norme di diritto privato italiane, nonché degli altri Paesi i cui sistemi di d.i.p. abbiano le caratteristiche indicate, sono *applicabili* non già soltanto se sussiste un *solo*, specifico collegamento di tali fattispecie con il sistema socio-economico italiano – o, rispettivamente, di tali altri Paesi – bensì se operano a suo favore, alternativamente, uno o più fattori esprimenti una certa integrazione in esso, una « prossimità sufficiente »: seppure l'*applicazione effettiva* avviene soltanto a *certe* condizioni, che è giunto il momento di esaminare da vicino.

Sezione III

La *Zweckrationalität* del collegamento unico: la prevenzione di un conflitto internazionale di leggi

SOMMARIO: – 307. Ragion d'essere del criterio di collegamento unico: la volontà di evitare ai destinatari antinomie normative internazionali. – 308. Antinomie normative in diritto interno. – 309. Disordine, incertezza, disincentivo all'uso del diritto cui condurrebbe il tentativo di realizzare la vocazione applicativa naturale della norma giuridica. – 310. Modalità di risoluzione delle antinomie normative in diritto interno. – 311. Modalità di risoluzione delle antinomie internazionali nel caso di assenza di controllo della legge applicabile in sede di riconoscimento e l'ingiustizia di tali modalità.

307. E' infatti gran tempo di chiedersi perché la norma di d.i.p. bilaterale classica, a collegamento unico, prescrive al foro di rinunciare ad attuare nella sua pienezza la propensione applicativa naturale delle proprie norme giuridiche, restringendone il dominio ad *un* criterio di collegamento *soltanto*, imponendogli, così facendo, di rinunciare, innanzitutto, ad offrire ad una parte dei suoi destinatari naturali la possibilità di beneficiarne effettivamente, cioè di realizzarsi nella loro vita giuridica servendosi di esse²¹⁵³. Perché uno Stato s'impone – cioè, innanzitutto, impone ai soggetti che pur potrebbero intendere avvalersi delle sue norme – questo *sacrificio*? Sull'opportunità di interrogarsi sulla *Zweckrationalität* della norma di d.i.p. tradizionale pare registrarsi da ultimo un certo

²¹⁵² ANCEL/LEQUETTE, p. 476.

²¹⁵³ Per l'espressione « realizzazione della vocazione applicativa della *lex fori* », anche se in un contesto diverso, v. ANCEL/LEQUETTE, p. 304.

consenso²¹⁵⁴. I « buoni giuristi – ha detto tempo fa un autore eminente – non possono permettersi di perdere di vista gli interessi in gioco ». Ed ancora: « E' molto più facile dire che *questa* legge si deve applicare che non spiegare *perché* deve applicarsi. *La questione del perché deve tuttavia inesorabilmente porsi: altrimenti si procede alla cieca* » (il corsivo è in originale)²¹⁵⁵. « Non è forse – si è pure fatto autorevolmente osservare – il compito più alto del giurista andare al di là della realtà formale per scoprire il fondamento che ne sta al di sotto e l'ideale che ne sta al di sopra, e cui tale realtà tende? »²¹⁵⁶.

Tale fondamento diversi autori, più e meno recenti – e primo fra tutti Savigny stesso²¹⁵⁷ – serbano alla mente, ma esso ci pare, con il trascorrere del tempo, un po' passato in secondo piano²¹⁵⁸. Esso si rinviene, ancora una volta, nella *natura* della norma giuridica: cioè nell'esigenza che la norma posta da uno Stato e di cui uno o più soggetti sono destinatari *non confligga* con la norma posta da un altro Stato e di cui gli stessi soggetti sono pure destinatari, il che generebbe, per questi, un conflitto di norme, un'antinomia normativa, qui internazionale, produttiva di *incertezza, disordine, non-conoscibilità*

²¹⁵⁴ V. recentemente, JÄNTERÄ-JAREBORG, *Foreign Law in National Courts*, RCADI, 2003, t. 304, p. 203, la quale ha dichiarato che « interestingly enough, a uniform answer has not yet been provided to the question why it is necessary, under certain circumstances, to apply foreign law »; per un'energica affermazione dell'esigenza di fare il punto su tale problema, v. JUENGER, *What's Wrong with Forum Shopping?*, 16 *Sydney L. Rev.* 5 (1994), p. 13: « courts and legal writers ought to face the important question of what function the conflict of laws should serve », dal momento che « the time has come to ponder what purposes it can possibly have ». Per una recente, estesa analisi degli « objectifs du droit international privé », v. BARNICH, *Les actes juridiques en droit international privé*, Bruxelles, 2001, p. 24-61; cfr. GARCIMARTÍN, *La racionalidad económica del derecho internacional privado*, p. 92.

²¹⁵⁵ KEGEL, *Begriffs- und Interessenjurisprudenz*, p. 259: « guten Juristen haben nie bei ihren Entscheidungen die im Spiel befindlichen Interessen aus den Augen verloren »; ed ancora: « [e]s ist viel einfacher zu sagen: Dieses Recht muss angewandt werden, als zu sagen, warum es angewandt werden muss. Die Frage nach dem 'warum' muss jedoch unerbittlich gestellt werden. Sonst tappen wir blind » (corsivo dell'A.). Già il padre dell'*Interessenjurisprudenz*, HECK, in una recensione alla seconda edizione della *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts* di von Bar (ZgesHR, 1891, p. 306), dichiarava che « auf dem Gebiete des IPRs nur die Methode der Interessenprüfung zum Ziel führt ».

²¹⁵⁶ LOUIS-LUCAS, *J.-P. Niboyet, Clunet*, 1952, p. 120: « n'est-ce pas la haute mission du juriste que de dépasser la réalité formelle pour découvrir, au-dessous d'elle, le fondement qui la soutient, et, au dessus d'elle, l'idéal qui l'inspire? ».

²¹⁵⁷ SAVIGNY, *System*, VIII, p. 87, il quale, constatata la « wahre Concurrenz unter den Ansprüchen jener Städte an dieselbe Person », dichiara che « eine solche Concurrenz war bei der Unterordnung der Person unter das positive Recht verschiedener Städte unmöglich, weil sie einen inneren Widerspruch mit sich geführt hätte ». Una scelta s'impone dunque: « Es war also nur die Unterordnung unter ein örtliches Recht möglich, und es musste für diesen Zweck unter den verschiedenen in anderen Hinsicht concurrierenden Städten eine entscheidende Wahl getroffen werden » (corsivo nostro); il passaggio è citato anche da OPEKIN, *The Price for Forum Shopping*, p. 15, il quale pure rileva « Savigny's concern that a person might be subject to simultaneously valid but contradictory laws ».

²¹⁵⁸ Cfr. LALIVE, *Tendances et méthodes*, p. 38.

della regola di condotta, e scoraggerebbe il traffico giuridico internazionale, cioè l'instaurazione di rapporti internazionali: cioè, in una parola, l'utilizzazione del diritto privato, perché ne vanificherebbe i benefici, frustrando quella che abbiamo denominato la « funzione facilitatrice » pur connaturale ad esso²¹⁵⁹.

²¹⁵⁹ Citiamo un po' in disordine: AUDIT, *D.i.p.*, p. 186, secondo cui « l'objectif majeur du droit international privé » è quello di « éviter (...) la contrariété des statuts », cioè quello di soddisfare, per dirla con lo stesso A., *Cours général*, p. 302, « l'intérêt des individus à ne pas se trouver soumis à des ordres contradictoires »; LALIVE, *Tendances et méthodes*, p. 38, secondo cui la « finalità » del d.i.p. è di rimediare alla « diversité et à la contradiction des lois »; RHEINSTEIN, *Book Review*, 31 *U. Chi. L. Rev.* 369 (1965), p. 375: « the primary policy, indeed the very *raison d'être* of conflicts law, is the policy of mitigating for individuals the inconveniences and problems that can arise through the actual or potential conflict of differing states' norms or judicial decisions »; WENGLER, *General Principles*, p. 280 s., il quale esordisce il suo Corso indicando che l'interesse ad evitare i « conflict of laws » è precisamente quello di evitare i « conflicts of absolutely contradictory legal duties regarding the behaviour of a person »; MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 205, che, esponendo il pensiero di Wengler, dichiara che « il convient en effet, avant tout, eu égard à la difficulté que rencontrent les justiciables dans une situation internationale pour connaître la loi applicable à leurs rapports, d'éviter qu'ils ne se voient adresser, de la part de fors différents mais également prêts à intervenir, des ordres contradictoires »; la chiara A. definisce inoltre tale idea come « la tentative la plus élaborée de donner un contenu concret à cette idée de justice proprement conflictuelle » (p. 204); BATIFFOL, *Principes de droit international privé*, p. 483, il quale afferma che « pratiquement, le désordre [che deriva dal fatto che vi sono più norme di conflitto diverse, cioè di più norme applicabili ad un medesimo rapporto] en cette matière entraîne des incohérences désastreuses dans la situation de ceux qui ont des attaches avec plusieurs pays » (v. dello stesso A., *Les tendances doctrinales actuelles*, p. 23: « Si la divergence des règles de conflit aboutit à ce que la solution valable dans l'un des pays ne l'est pas dans l'autre, ces contradictions sont évidemment désastreuses pour les intéressés et peuvent aboutir à des situations inextricables. La moindre expérience des cas concrets que l'on peut rencontrer montre que dans la majorité de ces cas les parties sont préoccupées de ce que vaudra, à l'étranger, la solution qui va intervenir dans les pays où la question est posée »; JOSSELIN-GALL, *La place de l'Etat dans les relations internationales et son incidence sur les relations privées internationales*, p. 494, nota 6: « Les rapports transnationaux de droit privé s'insèrent simultanément dans plusieurs ordres juridiques, pour connaître la norme applicable à la validité et aux effets de la situation qui s'est ainsi nouée, il sera nécessaire de procéder à un choix parmi les systèmes, qui ne peuvent logiquement prétendre à la régir concurremment »; ANCEL/LEQUETTE, p. 10, secondo cui, se ciascuno degli Stati collegati « définit la conduite qu'il convient d'adopter » prescrivendo delle « conduites différentes », allora « il faut choisir entre elles »; BARNICH, *Union libre et cohabitation légale, Mélanges De Valkeener*, Bruxelles, 2000, p. 6, il quale, rifacendosi a PILLET, *Principes de droit international privé*, Paris, 1903, spec. pp. 14-15, dichiara: « Le droit international privé étant destiné à étendre l'action du droit aux relations internationales, on peut dire que cette science a pour premier objectif d'établir la certitude du droit privé dans ces relations. Elle vise à préserver l'unité et la continuité indispensable de la vie juridique privée des individus contre le morcellement et les ruptures entraînées par la structure politico-juridique du monde »; v., dello stesso A., *Les actes juridiques*, p. 61: « le principal objectif du droit international privé se trouve dans le prolongement de l'une des fins du droit privé: assurer la certitude et la prévisibilité de la règle de droit »; v. ancora NEUHAUS, *Grundbegriffe*, p. 163; KROPHOLLER, *IPR*, § 6 I; SONNENTAG, *Der Renvoi*, p. 123.

308. Val la pena di compiere, per acquistarne consapevolezza, una breve escursione nel comparto della teoria generale del diritto che affronta il tema delle « antinomie normative ». L'analogia con la « grammatica »²¹⁶⁰ dei « conflitti di leggi », che da parte di alcuni autori, specie anglosassoni, ci si sta sforzando da decenni di ridurre all'essenza, appunto, di « conflitti di norme »²¹⁶¹, pare degna di interesse²¹⁶².

E' esigenza elementare che una norma giuridica non sia *contraddetta* da altra norma egualmente applicabile²¹⁶³. Il principio di *non-contraddizione*, si è rilevato, « è il requisito pratico più importante della legalità »²¹⁶⁴. Le norme contraddittorie « sono la negazione dell'ordine e, a maggior ragione, della certezza »²¹⁶⁵. « Una norma cui un soggetto non può obbedire, ed in conformità alla quale non può agire – ammoniscono certi interpreti – è *nulla*, anzi *non* è una *norma*; ed è impossibile obbedire a *contraddizioni*, ovvero agire in conformità ad esse »²¹⁶⁶. Due norme possono, ai fini che qui interessano, definirsi contraddittorie quando sono fra loro *incompatibili*²¹⁶⁷, sicché i soggetti cui esse

²¹⁶⁰ L'espressione è di FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi*, p. 3.

²¹⁶¹ Cfr. AUDIT, *Cours général*, p. 260.

²¹⁶² I lavori più importanti in materia sembrano essere, a tutt'oggi, il volume edito da PERELMAN, *Les antinomies en droit*, Bruxelles, 1965, il libro di GAVAZZI, *Delle antinomie*, Torino, 1959, le pagine 209-235 della *Teoria generale del diritto* di BOBBIO, Torino, 1993. E' da rilevare che nella prima delle opere citate gli autori si sono soffermati a più riprese sul d.i.p. quale « terreno di elezione » delle antinomie normative: v. in particolare i contributi di MALGAUD, *Les antinomies en droit, à propos de l'étude de G. Gavazzi*, p. 7 s.; VAN DER ELST, *Antinomies en droit international privé*, p. 138 s.; SILANCE, *Quelques exemples d'antinomies et essai de classement*, p. 63 s.; PERELMAN, *Les antinomies en droit. Essai de synthèse*, p. 393 s.

²¹⁶³ « Ce serait grand mal – diceva Portalis – qu'il y eut des contradictions dans les maximes qui gouvernent les hommes », citato da FORIERS, *Les antinomies en droit*, p. 29; RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, p. 321, definisce appunto « exigence élémentaire » il fatto che « deux lois différentes ne sauraient régir le même acte ou le même fait »; v., sul principio di non-contraddizione, FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, 1964, p. 65-70; Kelsen, *General Theory of Law and the State*, p. 374-375; HOHFELD, *The Relations Between Equity and the Law*, 11 Mich. L. Rev. 537 (1913), p. 557.

²¹⁶⁴ DANE, *Vested Rights*, « *Vestedness* », and *Choice of Law*, che definisce la « rule of non-contradiction », « which requires that a given event not be governed simultaneously by two directly opposite norms » quale « the most basic practical requirement of legality » (p. 1204).

²¹⁶⁵ GAVAZZI, *Delle antinomie*, p. 127.

²¹⁶⁶ « [A] law which a man cannot obey, nor act according to it, is void and no law; and it is impossible to obey contradictions, or act according to them »: VAUGHAN, C.J., *Thomas v. Sorrell*, 1677, citato da FULLER, *The Morality of Law*, p. 33; così anche ROUVILLOIS (ed.), *Le droit*, p. 17, secondo cui l'esistenza di principi « de classement, de structuration et de hiérarchie » per organizzare la « masse informe » di norme « apparaît comme nécessaire à l'existence même du droit: indispensable à sa lisibilité et à son utilisation concrète »; v. anche ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg, 1935, p. 129. Sulla difficoltà di definire la nozione di antinomia, GANNAGÉ, *Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes (l'exemple du droit de la famille)*, Rev. crit., 2001, p. 35.

²¹⁶⁷ BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, p. 208.

s'indirizzano non possono concretamente uniformare la propria condotta ad entrambe, non possono rispettarle od utilizzarle entrambe²¹⁶⁸. Perché si abbia contraddittorietà fra di esse, le due norme devono volere regolare il medesimo rapporto, cioè essere dirette agli *stessi* soggetti, e prevedere conseguenze giuridiche tali che l'efficacia dell'una comporta di necessità l'inefficacia dell'altra²¹⁶⁹. Si parla al riguardo di *conflitto di norme* o *collisione* o *concorso* o *urto* di norme o di *antinomia giuridica* o *normativa*²¹⁷⁰. Alcuni studiosi delle antinomie hanno precisato che presupposto perché si abbia antinomia, è la coincidenza dell'ambito *spaziale, personale, temporale, e materiale* di due norme²¹⁷¹. Casi manifesti di conflitti di norme sono quelli in cui una norma dice che un certo comportamento è vuoi *obbligato* vuoi *permesso*, e l'altra dice che quello stesso comportamento è *proibito*; ovvero in cui una norma dice che, se viene compiuto un certo atto, si produrrà un certo effetto A, ed un'altra norma dice che, se viene compiuto questo stesso atto, si produrrà un certo effetto B, effetti tra loro incompatibili, perché, ad esempio, il primo consiste nel trasferimento di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto ed il secondo nel mantenimento o nel trasferimento dello stesso diritto in capo ad un soggetto diverso²¹⁷². Casi meno evidenti, ma non perciò men reali, di contraddittorietà di due norme sono quelli in cui una di esse prescrive, per la produzione di una certa conseguenza giuridica, la riunione delle sole condizioni A e B e l'altra anche della condizione C.

La norma, per essere tale, cioè per essere *norma* dei comportamenti umani, deve essere dunque *univoca*, nel senso di *esclusiva di ogni altra norma con essa incompatibile*²¹⁷³. Il soggetto destinatario di due norme incompatibili non sa qual è il comportamento che deve tenere perché si producano certi effetti giuridici, ovvero non sa se può o non può tenerlo e con quali effetti, e non può dunque lasciarsi orientare da tale precetto ed organizzare sulla sua base la sua attività giuridica futura. Un precetto contraddittorio non è in grado di orientare gli individui né dunque di dare loro certezza e continuità, ma ingenera

²¹⁶⁸ GAVAZZI, *Delle antinomie*, p. 131; cfr. ROUVILLOIS (ed.), *Le droit*, p. 17, ove, a proposito delle diverse fonti del diritto, si legge che, senza i « principes d'ordre », « un juriste, et plus encore un justiciable ordinaire, confrontés à une masse informe et pratiquement infinie de règles, ne pourraient ni s'en servir ni même les respecter ».

²¹⁶⁹ PERELMAN, *Les antinomies en droit, Essai de synthèse*, p. 393. Se invece, pur dandosi due norme entrambe applicabili, le conseguenze giuridiche da esse previste sono le stesse, i teorici del diritto dicono che vi è un falso problema: v. per es. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, München, 4. Aufl., 1979, p. 250 (« Ordnen beide Rechtssätze genau die gleiche Rechtsfolge an, ist die Konkurrenz problemlos »).

²¹⁷⁰ GAVAZZI, *Delle antinomie*, p. 76; MALGAUD, *Les antinomies en droit. A propos de l'étude de G. Gavazzi*, p. 8; FORIERS, *Les antinomies en droit*, p. 22 e p. 23.

²¹⁷¹ BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, p. 214: « le due norme devono avere lo stesso ambito di validità. Si distinguono quattro ambito di validità di una norma: *temporale, spaziale, personale, materiale* » (corsivo dell'A.).

²¹⁷² BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, p. 212, GAVAZZI, *Delle antinomie*, p. 52.

²¹⁷³ MALGAUD, *Les antinomies en droit. A propos de l'étude de G. Gavazzi*, p. 13. V. anche autori citati *supra*, nota 2080.

piuttosto disorientamento, insicurezza, stasi²¹⁷⁴. L'intera *collettività*, si è detto, ne subisce i contraccolpi e ne soffre²¹⁷⁵. Due norme contraddittorie, insomma, non « normano » un bel nulla, nel senso che non possono applicarsi entrambe, cioè non possono esigere entrambe rispetto dai loro destinatari²¹⁷⁶, né possono tanto meno essere applicate l'una e l'altra autoritativamente da parte del giudice²¹⁷⁷. E' necessario dunque – insegna la teoria del diritto – che l'ordinamento *risolva* l'antinomia. Poiché due norme incompatibili *non* possono ricevere entrambe efficacia, tale soluzione non può per lo più che avvenire attraverso l'identificazione, o la « scelta », fra le norme aventi *in astratto* vocazione ad applicarsi, che sono appunto più d'una, della norma che sarà *concretamente* applicata, che non può per ipotesi essere che *una* sola, con la conseguente *disapplicazione* dell'altra

²¹⁷⁴ V. in particolare i seguenti rilievi di GAVAZZI, *Delle antinomie*, p. 126: « L'ordine è un fatto, la certezza implica che quel fatto sia in un certo modo. Posto che il mio comportamento potrà subire, per effetto delle due norme incompatibili, due trattamenti esattamente contrapposti e dato che di fatto solo uno dei due trattamenti sarà applicato, è chiaro che la *rappresentazione del mio contegno nel futuro*, o, se si vuole usare l'altra formula, la previsione della qualificazione del mio comportamento, è *resa impossibile ab origine*. Tutto quel che posso prevedere è che il mio contratto o sarà tenuto valido o sarà dichiarato nullo, che per un certo atto o sarò punito o andrò assolto. Potrò sì prevedere che non ci saranno altre soluzioni oltre quelle che discendono dalle due norme antinomiche, ma è scarso conforto, dato che non posso prevedere quale sarà la soluzione. *Le norme incompatibili sono la negazione dell'ordine e, a maggior ragione, della certezza* » (corsivo nostro); BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, p. 234, va oltre affermando che le antinomie sono anche un attentato alla *giustizia*: « là dove esistono due norme antinomiche, entrambe valide e quindi entrambe applicabili, l'ordinamento giuridico non riesce a garantire né la certezza, intesa come possibilità, da parte del cittadino, di prevedere con esattezza le conseguenze giuridiche della propria condotta, né la giustizia, intesa come egual trattamento delle persone che si trovano ad appartenere alla stessa categoria »: l'A. ha qui in mente i casi di « antinomie insolubili », quelle, cioè, che sono rimesse alla libera discrezione del giudice, e riguardo alle quali dunque, fra le due norme incompatibili, « la discrezionalità dell'organo che applica il diritto comporta che esso possa applicare oggi la prima e domani la seconda ».

²¹⁷⁵ HART, *The Relations Between the State and Federal Law*, 54 *Colum. L. Rev.* 489 (1954): « People repeatedly subjected like Pavlov's dog to two or more inconsistent sets of directions, without means of resolving inconsistencies, could not fail in the end to react as the dogs did. *The society, collectively, would suffer a nervous breakdown* »; v. anche la sentenza *De Wrede*, Ch. Civ., 9 maggio 1900, secondo la quale, come ricordano ANCEL/LEQUETTE, p. 86, « une dualité d'états provoquerait un trouble profond dans les familles et une atteinte grave à l'ordre social ».

²¹⁷⁶ FULLER, *The Morality of Law*, p. 39: « Certainly there can be no rational ground for asserting that a man can have a moral obligation to obey a legal rule that (...) was contradicted by another rule of the same system »; HAZARD & MOSKOWITZ, *A Historical and Critical Analysis of Interpleader*, 52 *Calif. L. Rev.* 706, 752 (1964): « It is intolerable that a legal system should come down at the point of application to tell someone he has orders such that he cannot help but disobey »; cfr. ROUVILLOIS (ed.), *Le droit*, p. 38; KOGAN, *Toward a Jurisprudence of Choice of Law*, p. 693; RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, p. 321,

²¹⁷⁷ BOLAND, *Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies en particulier en droit administratif*, p. 185.

norma²¹⁷⁸. Tale identificazione o scelta della norma concretamente applicabile avviene a mezzo di alcuni criteri, denominati *criteri di soluzione* del conflitto di norme, di cui peraltro taluno dice che sono contenuti in *norme positive*, cioè, possiamo dire, « norme di conflitto »²¹⁷⁹. Di ciascuno di tali criteri ci si preoccupa di indicare la conformità alla *natura*, al *senso*, al *fine* del diritto in genere²¹⁸⁰. Per lo più è il legislatore stesso che fornisce tali criteri, in via generale ed astratta, sicché i destinatari possono prevedere in anticipo come sarà risolta l'antinomia, cioè quale sarà la norma che sarà loro concretamente applicata e che dovranno rispettare, e quale quella che rimarrà *applicabile* solo in astratto, ma che non si *applicherà* in concreto, e che non dovranno rispettare.

309. Se è vero che chi si è occupato delle antinomie ha soprattutto avuto in mente ipotesi in cui le norme in conflitto sono poste dalle autorità di un medesimo Stato, taluni constatano che se due norme, pur adottate da Stati diversi, vogliono applicarsi entrambe al medesimo rapporto – cioè hanno gli stessi destinatari –, *il buon senso suggerisce di affermare l'esistenza dell'antinomia*²¹⁸¹: e dunque la necessità di risolverla per ripristinare certezza ed ordine.

Ebbene, il criterio di collegamento unico – cifra del metodo bilaterale tradizionale – rappresenta appunto un metodo per prevenire quelli che potremmo chiamare « conflitti internazionali di norme » od « antinomie normative internazionali ». Ricordiamo rapidamente in che modo²¹⁸². Gli Stati del mondo sono numerosi ed in pratica non vi è territorio socio-economicamente rilevante che non cada sotto la sovranità territoriale di uno di essi, il che fa sì che ogni elemento di una relazione interindividuale internazionale che non si concretizza nel sistema socio-economico di *uno* Stato, si situi per lo più all'interno del sistema socio-economico di un altro Stato²¹⁸³. Se uno Stato, riguardo ad ogni

²¹⁷⁸ LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 250, per il quale, se le conseguenze giuridiche si escludono a vicenda, « so kann nur einer der beiden Rechtssätze zur Anwendung gelangen »; BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, p. 217: « Poiché *antinomia* significa (...) incontro di due norme che non possono essere entrambe applicate, l'eliminazione dell'inconveniente non potrà consistere che nella eliminazione di una delle due norme ». Su ciò che deve aver qui luogo una « scelta », GAVAZZI, *Delle antinomie*, p. 76.

²¹⁷⁹ GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción a la lógica jurídica*, Mexico, 1951, p. 47.

²¹⁸⁰ BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, p. 218 s.; LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 251.

²¹⁸¹ GAVAZZI, *Delle antinomie*, p. 78.

²¹⁸² Una dimostrazione suggestiva al riguardo è svolta da PILLET, *La théorie continentale des conflits de lois*, p. 468-469.

²¹⁸³ Se uno Stato fosse solo al mondo, e se il territorio circostante a quello soggetto alla sua sovranità non fosse soggetto a quella di alcun altro Stato, il nostro Stato potrebbe estendere la sfera di applicazione delle proprie norme in modo che la sua legge venisse applicata sia al caso in cui il *de cuius* è cittadino del nostro Stato, sia al caso in cui egli ha il domicilio ovvero la residenza abituale in tale Stato, sia al caso in cui qui si trova la maggior parte dei suoi beni: tale pretesa applicativa non concorrerebbe con quella di alcun altro Stato e verrebbe dunque ad adempiere la sua funzione di produrre ordine e certezza: cfr. ROOSEVELT, *The Myth of Choice of Law*, p. 2480.

categoria di fattispecie internazionali, dispone che le sue norme di diritto privato siano applicabili quando sussiste con il suo ambiente *uno* qualsiasi fra *due o più fattori di connessione*, deve per ciò stesso *fare i conti con la concreta possibilità che anche gli altri Stati*, nel cui sistema socio-economico la fattispecie è pure integrata, *facciano altrettanto*²¹⁸⁴. Ma se tutti gli Stati intendono in concreto esercitare tale facoltà, le aree di operatività delle loro rispettive norme di diritto privato verrebbero a sovrapporsi, e si determinerebbero dei « conflitti positivi », che non solo altro che « conflitti internazionali di norme », *cioè situazioni in cui una stessa fattispecie internazionale ricade nella sfera di applicabilità delle norme di diritto privato che emanano da due o più Stati*. Più precisamente ancora – ed è poi questo ciò che in definitiva interessa – se tutti gli Stati fruissero della possibilità in questione, i soggetti di un rapporto internazionale si troverebbero ad essere *destinatari di più norme di condotta*, ciascuna delle quali è loro prescritta da uno Stato diverso²¹⁸⁵. Se ciascuno degli Stati intende – e qui anticipiamo un momento-chiave del ragionamento proposto – non solo *offrire* la sua norma a tali soggetti, ma altresì *imporla* loro, cioè riservarsi il « monopolio normativo », cioè impedire loro che si sottopongano alle norme di altri Stati con cui il rapporto è pure collegato, i soggetti sarebbero destinatari di due norme *contraddittorie*, dove l'antinomia deriva da due norme emanate bensì da Stati diversi, ma aventi il medesimo campo d'applicazione temporale, materiale, personale e spaziale. Vi è allora il rischio che nessuna delle due norme in conflitto riesca ad assicurare ordine e certezza, ma che entrambe provochino disordine ed incertezza, presso i soggetti del rapporto e di rimbalzo presso le collettività cui appartengono; che nessuna delle due norme sia in grado di « normare », sia vera *norma*, vero *comando*²¹⁸⁶. Il primordiale fine della norma giuridica, dunque di *ciascuna* delle due norme, verrebbe mancato, ché esse norme rimarrebbero, quanto alla loro quintessenziale funzione di guida delle condotte umane, entrambe inefficaci. Insomma: se uno

²¹⁸⁴ E' ciò che DANE, *Vested Rights*, « *Vestedness* », and *Choice of Law*, p. 1205, denomina *vestedness*, che costituisce « a principle of law requiring that the court of any forum should, in selecting the criteria governing the substantive elements in an adjudication, apply choice of law criteria that could be expected to generate the same set of substantive criteria if they were applied by any other forum in an actual adjudication »; è la regola di « lealtà » del d.i.p. ricordata da GARCIMARTÍN, *La racionalidad económica del derecho internacional privado*, p. 123-124.

²¹⁸⁵ WENGLER, *Les conflits de lois et le principe d'égalité*, p. 211. I soggetti, in questa situazione di conflitto, si ritrovano « *depecés* »: v. CASSIN, *Trav. de l'année 1945*, p. 49: « Par conséquent, personnellement, je suis hostile à l'idée que chaque pays civilisé ferait une sorte de Code de droit international privé national, rigide, qui ne ferait qu'exalter, si je puis dire, au suprême degré, la lutte des lois et dépecer les êtres humains ».

²¹⁸⁶ PILLET, *La théorie continentale des conflits de lois*, p. 468: « ce serait vouloir que la loi fut en même temps et ne fut pas, ce serait courir à des conflits insolubles ». Cfr. BATIFFOL, *Principes de droit international privé*, p. 483, secondo cui il rinvio realizza un principio di riparto della competenze delle norme di conflitto: « Il est permis de penser qu'une telle répartition est en soi un bien. En soit elle remédie à un désordre qui est contraire au principe premier du droit international privé, lequel veut une répartition organisée des compétences ».

Stato vuole assicurare ordine e certezza, a mezzo della propria legge, ad una fattispecie internazionale integrata con il suo sistema, o meglio ai soggetti di tale fattispecie, permettendo loro di servirsi (soltanto) di tale ordine e di tale certezza per realizzarsi nella propria vita giuridica; e se tale sua volontà *concorre* con la volontà di un altro Stato, con cui la fattispecie è pure integrata, anch'esso desideroso di procurare, a mezzo della sua legge, ordine e certezza alla *stessa* fattispecie, cioè agli stessi soggetti; e se tale ordine e tale certezza sono diversi, se cioè il contenuto delle norme dei rispettivi Stati è diverso, e il d.i.p. nasce perché tale contenuto è diverso ed ha senso soltanto finché lo è; *nessuno degli Stati* riesce, con la propria legge, a creare quell'ordine e quella certezza cui aspira, e dunque a permettere ai soggetti della fattispecie di realizzarsi nella loro vita giuridica sulla base di tale ordine e di tale certezza; ma finisce piuttosto per sortire l'effetto esattamente contrario. Gli è che l'ordine e la certezza, riguardo ad una stessa fattispecie (o ad uno stesso aspetto della stessa), riguardo, insomma, ai diritti e obblighi che fanno capo ai due o più soggetti in essa coinvolti, sono *unici*, nel senso di *esclusivi* di ogni altro (diverso e con essi incompatibile) ordine e di ogni altra (diversa e con essa incompatibile) certezza: o vi è questo o vi è quell'ordine, ma non può esservi *sia* questo *sia* quell'ordine; o vi è questa o vi è quella certezza, ma non vi può essere *sia* questa *sia* quella. Due ordini diversi ed incompatibili, se si pretende prescriverli simultaneamente al medesimo rapporto, si elidono a vicenda e producono *disordine* nel rapporto (una vera e propria « torre di Babele », ha sentenziato qualche anno fa un giudice australiano)²¹⁸⁷; due certezze diverse ed incompatibili si neutralizzano reciprocamente e causano *incertezza* ai soggetti ai quali pur si vuole procurare certezza. Lo stesso è a dirsi della *conoscibilità* del precetto derivante da due norme diverse ed incompatibili, cioè dell'ordine e della certezza che esse mirano a procurare: se esse sono applicabili alla medesima situazione, finiscono per provocarne l'inconoscibilità²¹⁸⁸.

310. Si potrebbe obiettare che, qualora ciascuno Stato estendesse l'orbita di operatività della propria legge fino al limite estremo della sua vocazione naturale, il conflitto internazionale di norme rimane in definitiva *virtuale* per i destinatari se e nella misura in cui, una volta che una delle norme in conflitto è stata in concreto messa in opera dall'autorità giudiziaria dello Stato di appartenenza, l'altro Stato accetta di riconoscere la relativa decisione; così facendo, infatti, quest'ultimo finisce per *rinunciare* all'applicabilità della sua norma a beneficio di quella dello Stato la cui norma è stata, diciamo così, giudizialmente applicata « per prima ». Poniamo che, per lo più, sia così: il che è realistico supporre, attesa l'assenza di controllo della legge applicabile in sede di riconoscimento

²¹⁸⁷ Si tratta di DEAN J, in *Breavington v. Godleman* (1988) 169 CLR 41: « It would be to substitute the bedlam of a Babel for an ordered system of law to recognise the right of each of the country's court systems (...) to speak at the same time but in conflicting terms about the lawfulness, consequences or attributes of a particular act or thing in a particular place at a particular time ».

²¹⁸⁸ Cfr. BATIFFOL, *Les tendances doctrinales actuelles*, p. 28.

delle sentenze straniere che caratterizza i principali sistemi di d.i.p.²¹⁸⁹. Il conflitto di norme viene, effettivamente, in questo modo, appianato. Ma si esamini la « giustizia » di tale modo di risoluzione e, per farlo, si rammenti, ancora una volta, come uno Stato rimedia all'antinomia che viene a prodursi all'interno del suo ordinamento.

Alcuni autori distinguono fra antinomia *solubile* e antinomia *insolubile*: è *solubile* ove l'ordinamento preveda un criterio ragionevolmente chiaro per « purgarsi » da essa, restaurando dunque la certezza e l'ordine messi in crisi dall'esistenza di due norme egualmente applicabili ma incompatibili²¹⁹⁰. Nel qual caso – si dice talvolta – si versa in un conflitto di norme soltanto *apparente*, ché i soggetti destinatari sono qui in grado di sapere in anticipo come il conflitto sarà risolto, cioè quale norma sarebbe applicata dal giudice, e di conformarsi ad essa senza necessità di ricorrervi. Un'autonomia è *insolubile* vuoi quando non v'è criterio sufficientemente chiaro « antegudizialmente » fornito dall'ordinamento per eliminarla, vuoi quando v'è un conflitto di criteri tutti egualmente applicabili, e non sono dati criteri di soluzione di questa « antinomia o conflitto di norme di secondo grado »²¹⁹¹. Sicché un'antinomia insolubile non può che essere appianata dal *giudice*, il ricorso al quale è dunque necessario se i soggetti intendono conoscere la norma di condotta da osservare. Certo, di fatto, rispetto a quel rapporto concreto, il giudice non può che applicare una norma e disapplicare l'altra; ma poiché fa, per ipotesi, difetto qualsiasi criterio che lo vincoli, ad essere risolto, rilevano taluni, è il *caso concreto*, non l'*antinomia*, la quale permane. Tanto ciò è vero che il giudice – quello stesso od un altro – potrà essere chiamato a misurarsi con la medesima antinomia il giorno successivo e potrà, sempre rispettando i dettami dell'ordinamento, applicare la norma che si era in precedenza disapplicata, cioè risolvere l'antinomia in maniera diversa²¹⁹². L'antinomia insolubile – si conviene – minaccia due valori-*cardine* del fenomeno giuridico, ed è talvolta definita come « mostruosa anomalia »²¹⁹³: la *certezza*,

²¹⁸⁹ Lo ricordano, fra gli altri, VON MEHREN, *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments – General Theory and the Role of Jurisdictional Requirements*, spec. p. 39 s.; RADICATI, *Mondialisation, juridiction, arbitrage*, p. 35 e LAGARDE, *Développements futurs*, p. 219. In Francia, come noto, tale controllo ancora sussiste, anche se è per lo più contestato: v. ANCEL, *Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères*, *Trav. com. fr. dr. int. pr.*, Année 1986-1988, e *Les règles de droit international privé et la reconnaissance des décisions étrangères*, *RDIPP*, 1992, p. 201; per un'analisi storica, v. PATAUT, *Principe de souveraineté*, p. 337 s.

²¹⁹⁰ GAVAZZI, *Delle antinomie*, p. 75.

²¹⁹¹ BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, p. 218.

²¹⁹² GAVAZZI, *Delle antinomie*, p. 109: « In presenza di due norme incompatibili (...) comporta che esso possa applicare oggi la prima e domani la seconda. Con ciò si potrà dire che, rispetto al caso concreto, materia di giudizio, il conflitto è stato risolto (e normalmente saranno anche addotte buone ragioni a sostegno della decisione), *ma in realtà ciò che è stato risolto non è il conflitto fra le norme, bensì il caso concreto*. Il conflitto è stato tanto poco risolto che l'indomani, probabilmente con altrettante buone ragioni, si applicherà allo stesso caso la norma contraria. E ancora si potrà dire che il caso è stato risolto, ma non che è stato risolto il conflitto fra le norme » (corsivo dell'A.).

²¹⁹³ ROUVILLOIS (ed.), *Le droit*, p. 39.

perché è impossibile, per i soggetti coinvolti che la subiscono, prevedere le conseguenze giuridiche della propria condotta; e la *giustizia* intesa come trattamento eguale di fattispecie giuridicamente analoghe²¹⁹⁴. Ci si compiace di prendere atto della rarità dei casi in cui si dà questo tipo particolarmente insidioso di conflitto di norme, ci si appella alle « leggi non scritte », all'« etica » o alla « moralità », alla « coscienza del giudice » per comporlo in concreto, confidando che, pur trattandosi di una soluzione personale, soggettiva e in definitiva non giuridica²¹⁹⁵, per lo più il giudice avrà buone ragioni per privilegiare l'una o l'altra norma, che, insomma, si lascerà guidare, potremmo dire, dalla « giustizia del caso singolo », dall'equità.

311. Vediamo ora come viene risolto il conflitto internazionale di norme quando due o più Stati dichiarano applicabile la propria legge non appena la relazione intersoggettiva da regolare presenta un collegamento significativo con il sistema di ciascuno, ma, nello stesso tempo, rinunciano a tale applicabilità una volta che la norma posta dall'altro Stato si sia applicata giudizialmente, ed in particolare abbia dato luogo ad una decisione. La norma che riceve efficacia, in ultima analisi, è una sola dal punto di vista di entrambi gli ordinamenti, e la scelta di quale fra le leggi antagoniste la « spunterà » dipenderà dal foro che conoscerà della causa, il quale per ipotesi darà preferenza alla sua propria norma accantonando quella pur dichiarata applicabile dall'altro Stato in presenza²¹⁹⁶.

Ora, se le norme materiali sono *diverse*, e il d.i.p. suppone che lo siano²¹⁹⁷, e se tutti gli Stati (o comunque almeno due di essi) con cui una fattispecie internazionale presenta contatti dispongono l'applicabilità della propria legge, e noi abbiamo supposto che sia così, l'antinomia che ne scaturisce è sempre di tipo *insolubile*, nel senso che solo può essere eliminata mediante giudizializzazione del rapporto: il ricorso al giudice, lungi

²¹⁹⁴ BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, p. 234-235: « E' evidente che là dove due norme contraddittorie sono entrambe valide, e può essere indifferentemente applicata l'una o l'altra, secondo il libero giudizio di coloro che sono chiamate ad applicarle, vengono violate due esigenze fondamentali, cui si ispirano o tendono ad ispirarsi gli ordinamenti giuridici: l'esigenza della *certezza* (che corrisponde al valore della pace o dell'ordine), e quella della *giustizia* (che corrisponde al valore dell'eguaglianza). La dove esistono due norme antinomiche, entrambe valide, e quindi entrambe applicabili, l'ordinamento giuridico non riesce a garantire né la certezza, intesa come possibilità, da parte del cittadino, di prevedere con esattezza le conseguenze giuridiche della propria condotta, né la giustizia, intesa come egual trattamento delle persone che si trovano ad appartenere alla stessa categoria » (corsi-vo in originale).

²¹⁹⁵ GAVAZZI, *Delle antinomie*, p. 78.

²¹⁹⁶ Ex multis, PILLET, *La théorie continentale des conflits de lois*, p. 468-469.

²¹⁹⁷ Cfr. Civ. 1°, 13 aprile 1999, *Cie royale belge* (Rev. crit., 1999, p. 698, nota ANCEL e MUIR WATT; *Clunet*, 2000, nota FAUVARQUE-COSSON; D. 2000, p. 268, nota AGOSTINI), secondo la quale l'« é- quivalence entre la loi appliquée et celle désignée par la règle de conflit – en ce sens que la situation de fait constatée par le juge aurait les mêmes conséquences juridiques en vertu de ces deux lois – justifie la décision qui fait application d'une loi autre que la compétente »; cfr. GAUDEMET-TALLON, *De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé*, *Mélanges P. Lagarde*, Paris, 2005, p. 303 s.

dall'essere un'eccezione, e limitato ai casi d'incertezza – diciamo così – « oggettiva » della norma giuridica, diverrebbe qui la regola, ed anzi una vera e propria necessità, al fine appunto di conoscere quali effetti giuridici – quali diritti ed obblighi – risultano per le parti dalla fattispecie in questione. Verrebbe di conseguenza violata l'esigenza della *certezza* ed anche la direttiva dell'*eguaglianza*, perché due casi identici sono suscettibili di essere regolati in modo diverso – l'uno potendo essere portato dinanzi ai giudici di questo Stato, l'altro dinanzi a quelli dell'altro Stato. Rimane da chiedersi se – come avviene quando l'antinomia deriva da due norme emananti da un medesimo legislatore – il conflitto internazionale di norme venga risolto dal *giudice* e conformemente all'idea che questi si forma della giustizia del caso singolo²¹⁹⁸. Trattandosi di antinomia interna *insolubile*, se anche l'ordinamento non fornisce criterio giuridico di risoluzione, è infatti pur sempre ad un'autorità imparziale che è rimessa la soluzione del conflitto di norme – non ad altri: non, in particolare, ad *una* delle parti! –, la quale autorità si avvale per lo più delle tecniche interpretative ordinarie, tutt'al più motivando, come detto, in base a leggi non scritte, servendosi di principi razionali e generali. Le parti, per converso, versano entrambe nell'incertezza, ignorano cioè l'una e l'altra come il giudice deciderà la questione. In tutto diversa è la situazione che viene a crearsi quando l'antinomia scaturisce dalla diversità di fonte statale delle norme in conflitto. In caso di pluralità di norme che vogliono applicarsi ad una medesima fattispecie e fra le quali la scelta di quella che sarà ad essa effettivamente applicata dipende dallo Stato il cui giudice viene adito per primo, l'antinomia non è decisa da esso giudice, cioè da un soggetto *super partes* rispetto ai litiganti, ma può esserlo da uno di essi litiganti, il quale, decidendo di radicare la lite innanzi a questo o a quest'altro foro, *sceglie* ad un tempo la legge che dovrà ricevere efficacia, risolvendo così l'antinomia²¹⁹⁹ (*qui eligit iudicem eligit ius*); e tale scelta non sarà tenuto a compiere in virtù di un principio « estratto » dall'ordinamento, che attenga al modo d'essere della fattispecie, ma di un criterio arbitrario e parziale, e potrà lasciarsi guidare dalla maggiore convenienza per sé stesso, alla quale farà riscontro la minore convenienza per la parte avversaria²²⁰⁰. Come attesta tutta una serie di casi giurisprudenziali più e meno recenti, il conflitto internazionale di leggi non è dunque risolto *grazie* alla pronuncia di un giudice ed *al momento* in cui tale pronuncia viene resa, ma già *prima* ed *indipendentemente* da quest'ultima, non appena cioè una parte ha radicato il contenzioso presso questo o quest'altro giudice²²⁰¹. Il che significa che *non* è questi che

²¹⁹⁸ CARBONNIER, *Introduction au droit civil*, p. 15.

²¹⁹⁹ BATIFFOL, *Principes de droit international privé*, p. 472.

²²⁰⁰ VON MEHREN, *Special Substantive Rules for Multistate Problems*, p. 353.

²²⁰¹ V. per es. i casi riportati da BELL, *Forum shopping and transnational litigation*, Oxford, 2003, per es. *Al Battani* [1993] 2 Lloyd's Rep 219, 221, dove SHEEN J. così si esprime con un certo sgomento: « I cannot help thinking that the reality of the matter is that my decision as to the venue for trial will put one party or the other into a stronger position when negotiating any possible settlement of this claim »; l'unica « incertezza » in tale circostanza riguardava la competenza delle autorità del foro; non appena risolta tale questione, le parti avrebbero cercato un accordo extragiudiziale transattivo,

dirime il conflitto internazionale di norme, bensì la parte che lo ha adito. Il « ricorso al giudice » diviene in realtà una « corsa verso il giudice » (*race to the courthouse*).

Insomma, se due o più Stati nelle cui società una relazione intersoggettiva è simultaneamente e significativamente integrata si sforzassero, ciascuno per suo conto, di far coincidere il campo d'applicabilità delle sue norme con quello riguardo al quale esse hanno vocazione applicativa naturale nel senso di cui si è detto, finirebbero per produrre *antinomie internazionali*, le quali sarebbero *programmatiche* e non già *eccezionali*, *insolubili* e non già *solubili*, suscettibili di essere eliminate non già dalle determinazioni e dal senso di giustizia di un'autorità terza bensì da *una delle parti* a danno dell'altra. Non solo sono violate l'esigenza della certezza e della giustizia intesa quale eguaglianza – come avviene nel caso di antinomie insolubili derivanti dall'applicabilità di due norme poste da un medesimo Stato – ma è altresì disatteso il postulato fondamentale del processo, imperniato sull'*imparzialità* del soggetto cui è affidata la decisione, qui la risoluzione del conflitto internazionale di norme. Tutto ciò – come ognuno vede – è in aperto contrasto con il senso primo del diritto privato e processuale di ogni « Stato di diritto » (*Etat de droit*, *Rechtsstaat*, *rule of law*)²²⁰².

assumendo a parametro di riferimento vuoi la legge del foro, nell'ipotesi in cui questo avesse appunto affermato la propria competenza, vuoi la legge dell'altro Stato in conflitto, nel caso contrario. La pronuncia sul merito del giudice adito non interessava, non aveva mai interessato, le parti; il processo diventa inutile, e proprio a partire dal momento in cui il giudicante ha deciso di avere il potere di celebrarlo! In *Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd* [1986] 3 WLR 972, 3 All ER 843, [1987] A.C. 460, STAUGHTON J. ebbe a dichiarare: « I suspect that what I am in fact deciding is not where the Spiliada action will ultimately be tried, but whether a settlement will be reached against the background of litigation pending in England or of litigation pending in Canada ». Lo stesso è a dirsi di *The Golden Mariner* [1989] 2 Lloyd's Rep 390; *Maharanees of Baroda v. Wildenstein* [1972] 2 QB 283, 298; *Smith Kline & French Laboratories Ltd v Bloch* [1983] 2 All ER 72, 77; *The Abidin Daver* [1984] AC 398, 412; *de Dampierre v de Dampierre* [1988] AC 92, 103; *Baghlaf Al Zafer v PNSC* [1998] 2 Lloyd's Rep 229, 235.

²²⁰² WENGLER, *Die Funktion der richterlichen Entscheidung*, p. 14: « muss jedenfalls für diejenigen Rechtsordnungen, die sich *rechtsstaatlich* nennen, festgestellt werden, dass jede staatliche Entscheidung *im Zweifel* an Hand von *Regeln* erfolgen muss ».

Sezione IV

Il primo inconveniente del collegamento unico, l'estensione dei beneficiari e la rinuncia al « monopolio normativo »

SOMMARIO: – 312. I due inconvenienti del collegamento unico. – 313. Assenza di disaccordo fra le parti sulla legge applicabile ed assenza di controversia – 314. La costituzione nel foro di un rapporto giuridico: possibilità di applicabilità simultanea di più norme. – 315. Il dilemma fra l'estensione del novero dei beneficiari della norma e la rinuncia del foro al monopolio normativo sulla categoria a lui più significativamente collegata. – 316. Le due ragioni che spiegano l'estensione della « funzione facilitatrice » e la riduzione della « funzione direttiva ». – 317. Il « realismo » di tale scelta. – 318. La concorrenza degli ordinamenti giuridici e la norma come « prodotto ». La spiegazione unilaterale della *professio iuris* e del *favor*.

312. Alla radice della norma bilaterale tradizionale risiede dunque il proposito, da parte dello Stato che l'adotta, di circoscrivere l'applicabilità della sua legge a quei soli rapporti che presentano con il suo sistema socio-economico un *solo, specifico* collegamento, ritenuto in astratto il più significativo; e di rinunciare all'applicabilità di essa a quei rapporti che sono integrati nella sua comunità mediante un altro o più altri fattori, i quali rapporti « pretermessi » pure sono naturalmente ricompresi nella sfera applicativa « vocazionale » – come sopra enucleata – del suo diritto privato. Tale restrizione scaturisce a sua volta dal desiderio di evitare che la sua legge entri *in conflitto* con quella degli altri Stati ai quali la fattispecie è strettamente vincolata, e di risparmiare ai soggetti dei rapporti interindividuali in questione le *prescrizioni contraddittorie* e tutti i mali che ne conseguirebbero, cioè incertezza, disordine, instabilità, possibilità di abuso dell'una parte a danno dell'altra e, a lungo andare, disincentivo all'uso del diritto – cioè al traffico giuridico internazionale – cioè una situazione di complessivo, potremmo dire, « non-diritto », anzi di « anti-diritto », una sorta, come è stato detto, di « stato di natura » a livello internazionale²²⁰³.

La via del collegamento unico presenta tuttavia, proprio avuto riguardo allo scopo cui tende, due *inconvenienti*, legati l'uno all'altro. Tanta parte delle soluzioni moderne che vuoi prendono le loro distanze dalla bilateralità classica vuoi comunque vanno oltre, aspirano, crediamo, a rimediare, o quanto meno attenuare, tali due inconvenienti. Di essi un ragionamento unilaterale permette di rendersi conto, e ad essi, crediamo, un ragionamento unilaterale può in qualche modo contribuire a porre riparo.

²²⁰³ GARCIMARTÍN, *La racionalidad económica del derecho internacional privado*, p. 102, il quale muove l'espressione da SCHMIDT-TRENZ, *Aussenhandel und Territorialität des Rechts*, 1990, p. 232 s.

Il primo è ben noto. La scelta da parte di uno Stato A di un certo collegamento unico può non essere in grado di assicurare la risoluzione del conflitto internazionale di norme, perché un altro Stato B, la cui legge abbia naturale vocazione ad applicarsi alla stessa fattispecie, potrebbe aver promosso alla dignità di collegamento un indice di prossimità diverso. Il che provoca la simultanea applicabilità di più criteri di soluzione dell'antinomia, dunque un *conflitto di criteri di soluzione del conflitto internazionale di leggi* od *antinomia internazionale di secondo grado*, che in d.i.p. si denomina per lo più « conflitto di sistemi », ma che pure si è recentemente chiamata « antinomia di norme di conflitto »²²⁰⁴: il conflitto internazionale di leggi in questi casi, insomma, non è affatto risolto per i soggetti coinvolti, che continuano a trovarsi sottoposti a due (serie di) prescrizioni per ipotesi incompatibili, con tutto il corredo di disordine, incertezza, ingiustizia, non-diritto, che ciò reca con sé. Sicché, in questi casi, la rinuncia, cui il foro si è disposto, ad una porzione della naturale propensione applicativa delle sue leggi non è servita, ha mancato al suo scopo. Per raggiungere il quale è infatti necessario risolvere l'« antinomia internazionale di norme di conflitto ». Senonché, per verificarne l'esistenza, è necessario che lo Stato del foro s'interroggi su come gli altri Stati aventi vocazione a mettere in opera le loro leggi affrontino l'antinomia internazionale di primo grado.

E' in sostanza il programma *estroverso* dell'unilateralismo. Di esso ci occuperemo nella sezione seguente.

Il secondo inconveniente rimane invece un po' in ombra nella spiegazione classica, e di esso si fa una certa fatica a rendersi conto. L'adozione da parte di uno Stato di un collegamento unico *sacrifica*, si è detto, una fetta della sfera d'applicabilità naturale della sua legge, cioè priva una porzione dei destinatari e beneficiari « vocazionali » di essa della possibilità di avvantaggiarsene concretamente. Il sacrificio che è per questa via imposto a tali destinatari – e dunque allo Stato che ha il dovere di farsi carico del loro benessere – è o può essere assai *gravoso*. Il che spinge il foro a chiedersi se, avuto riguardo allo scopo in vista del quale accetta di attribuire presso di sé efficacia ad una legge straniera – quello di risparmiare ai soggetti di rapporti privatistici transfrontalieri i mali cagionati da un conflitto internazionale di leggi di diritto privato – sia davvero necessaria questa privazione, o se *il medesimo scopo non possa essere raggiunto in altro e meno « invasivo » modo*: in un modo che sia tale da consentire alla legge del foro di *recuperare* una parte della sua propensione applicativa naturale, cioè da abilitarlo ad allargare il novero dei beneficiari del suo diritto privato, cioè da consentire ai beneficiari naturali, o comunque ad un *maggiore numero* di beneficiari naturali, di esserne beneficiari *effettivi*.

²²⁰⁴ JACQUET, *La fonction supranationale de la règle de conflit*, p. 175 s.; cfr. già GOTHOT, *La place d'Henri Batiffol dans la doctrine*, p. 29.

Tale allargamento della sfera d'applicazione della sua legge che il foro rivendica per sé pare possibile a mezzo di una *démarche* unilaterale²²⁰⁵. E' il versante *introverso* dell'unilateralismo. Iniziamo proprio da qui.

313. L'aspirazione che anima il foro quando si dispone a moderare la sfera internazionale d'efficacia che pretende per le sue norme privatistiche è innanzitutto – si è detto più volte – di evitare che l'applicabilità di queste ultime coesista con la simultanea applicabilità delle norme privatistiche di un altro Stato; e che un soggetto, in caso di *lite*, possa sfruttare questa situazione scegliendo il foro e, per questa via, anche la legge applicabile, e mettendo l'altra parte – ed il giudice – di fronte al *fait accompli* della risoluzione a suo favore del conflitto internazionale di leggi (*forum shopping*). Due sono, dunque, i presupposti perché quest'esigenza sussista veramente, e perché possa e debba dunque venire concretamente soddisfatta mediante ricorso al collegamento unico: il primo è che si versi in un contesto *contenzioso*, cioè che un rapporto sia o si pretenda sorto e si controverta appunto, giudizialmente, circa la sua esistenza e il suo contenuto; il secondo è che i litiganti siano in *disaccordo* sulla legge applicabile ad esso.

Ora, il diritto internazionale privato è chiamato ad operare anche in situazioni in cui uno di questi due presupposti fa difetto, od in cui fanno difetto entrambi. Può ben avvenire, innanzitutto, che, pur dandosi una controversia, i litiganti richiedono concordemente al giudice del foro di applicare le norme del foro ad un rapporto che rientra nel campo d'applicabilità *naturale* di esse norme, ma non in quello, più ristretto, derivante dal criterio di collegamento designato dal foro come il più significativo. Ora, qui, una delle ragioni della privazione che impone il collegamento unico – quella di evitare l'abuso di una parte a danno dell'altra – viene meno, sicché tale privazione sembra perdere la sua principale giustificazione. Per spiegare la messa in opera, in questi casi, della legge del foro ci si potrebbe certo richiamare alla tesi della c.d. *facoltatività* delle norme di conflitto, che, pur criticata da buona parte della dottrina, gode senza dubbio di una positività piena in numerosi sistemi, quelli di « common law », e di una certa positività in tanti altri²²⁰⁶. Di essa non vogliamo però trattare in questa sede se non per fare osservare che il

²²⁰⁵ Così, con riferimento all'art. 310 del *Code civil*, JACQUET, *La fonction supranationale de la règle de conflit*, p. 167: « Ainsi, pour le divorce, il eut été impossible au législateur français, par le recours à une règle bilatérale, de retenir à la fois la compétence de la loi du domicile commun (...) et de maintenir l'application de la loi française pour les couples de nationalité française qui auraient eu un domicile commun en pays étranger. Seul le recours à une règle de conflit unilatérale permettait d'obtenir une solution diversifiée du conflit de lois » (corsivo nostro).

²²⁰⁶ V., da ultimo, JÄNTERÄ-JAREBORG, *Foreign Law in National Courts*, p. 193 s., e l'analisi comparativa di GEEROMS, *Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative and Functional Analysis*, Oxford, 2004; una misurata risposta ad alcune delle obiezioni elevate contro la teoria – che fu, come noto, elaborata da FLESSNER, *Fakultatives Kollisionsrecht*, *RabelsZ*, p. 547 s., e difesa, tra gli altri, da STURM, *Fakultatives Kollisionsrecht: Notwendigkeit und Grenzen*, *Festschrift K. Zweigert*, Tübingen, 1981, p. 329 s. – è compiuta da DE BOER, *Facultative Choice of Law*, spec. p. 340 s. In

risultato cui approda è anch'esso rivelatore dell'estensione naturale dell'orbita di potenziale efficacia della norma di diritto privato di uno Stato. Rimane da precisare che se, come per lo più avverrà, dovesse risultare che la decisione resa dal giudice del foro giusta la sua legge, concordemente richiesta dalle parti, in ordine ad un rapporto che presenta appunto un fattore d'integrazione con il proprio sistema, sarebbe riconosciuta egualmente negli altri Stati, in particolare in quello designato dal collegamento ritenuto dal foro in astratto più forte – sicché ogni rischio ulteriore di antinomia internazionale, qui nella forma di *conflitto internazionale di decisioni*, è eliminato in radice – la ragione più seria per escludere, in questi casi, l'applicazione *effettiva* della legge del foro sembra venire meno.

Qui vogliamo dire piuttosto delle situazioni, esaminate nella Parte Seconda, in cui *non v'è alcuna controversia*, perché la questione si pone quando gli interessati chiedono alle autorità del foro per lo più di comune accordo, e per perseguire un progetto comune, la costituzione di un rapporto nuovo e non già il riconoscimento giudiziale di un rapporto già sorto, asseritamente in ogni caso. Si tratta, per ipotesi, di soggetti che, seppure non appartengono alla categoria dei destinatari « primari » della legge del foro siccome tracciata dal collegamento più significativo, sono nondimeno da includere fra i destinatari « naturali », in quanto a qualche titolo « membri della comunità statale del foro », per esempio, trattandosi di Stato che adotta in principio la cittadinanza, a motivo del domicilio di entrambi, ovvero anche di uno solo di essi. Ora, la riduzione del campo d'applicazione naturale della legge del foro ad un solo contatto condurrebbe a *negare* ai soggetti che pure sono, per ipotesi, in misura apprezzabile integrati nel sistema socio-economico del foro, la facoltà di avvalersi del diritto privato di questo Stato e costituire, conformemente e grazie ad esso, la relazione giuridica desiderata. Si giustifica questo diniego? La progressiva diffusione, in questi ipotesi, del metodo d'applicazione generalizzata o quasi generalizzata della *lex fori* inclina a dubitarne e se ne vogliono qui di seguito approfondire le ragioni.

314. E' capitale rilevare che qui, *prima* della pronuncia dell'autorità – che è *costitutiva* – non v'è, per lo più, alcuna norma da seguire, perché il rapporto, appunto, non esiste per ipotesi ancora. La minaccia di antinomia fra due prescrizioni non si dà in questo momento, perché non esiste alcuna condotta cui le parti siano, in questo momento, tenute²²⁰⁷. Vero è che qui le due norme in conflitto sono precisamente del tipo di cui si è

Italia, in argomento, v. BOSCHIERO, *Norme di diritto internazionale privato facoltative?*, RDIPP, 1993, p. 541 s.

²²⁰⁷ Cfr. LAGARDE, *Développements futurs*, p. 230-231, per il quale « les règles de conflit de lois » (l'A. ha qui a mente, sembrerebbe, le norme di conflitto bilaterali) potrebbero venire in futuro riservate « aux matières où des intérêts purement privés sont, au moins virtuellement et pour un temps assez court, en état de confrontation, comme c'est le cas en matière de contrats ou de délits », cioè – si può forse ulteriormente precisare – a quelle materie, o meglio categorie di situazioni, in cui viene in considerazione un rapporto già nato e sul quale è insorta controversia; mentre per quelle in cui

discorso in apertura di questa Parte Terza: esse non attribuiscono un *diritto soggettivo* ad una parte né impongono una correlativa *obbligazione* all'altra, sì da rendere impossibile un loro funzionamento simultaneo. Qui l'una e l'altra norma conferiscono ciascuna ai destinatari cui s'indirizzano un *potere*: di dar vita, di comune accordo, ad una situazione giuridica, se lo vogliono, e se riuniscono certe condizioni, per ipotesi diverse, fissate da ciascuna. L'applicabilità simultanea di esse – a parte l'importante precisazione di cui si dirà fra un istante – non è impossibile: il risultato di tale doppia applicabilità è che i destinatari dei diversi poteri giuridici, che ciascuna delle norme offre loro, potranno – internazionalmente – *esercitare l'uno o l'altro*²²⁰⁸. Il rifiuto generalizzato o quasi generalizzato di attribuire efficacia alla legge straniera quando questa dovesse permettere la costituzione del rapporto mentre la legge del foro non l'autorizza, non comporta che, quand'anche gli altri Stati facciano lo stesso, s'ingeneri per le parti un'antinomia normativa, in ogni caso non, appunto, nel momento in cui la costituzione del rapporto è richiesta dagli interessati e pronunciata nel foro²²⁰⁹. Il disaccordo potrebbe insorgere più

l'autorità pubblica interviene « lorsqu'il s'agit de donner aux personnes un certain statut », una norma di conflitto tradizionale non è, opina l'A., strettamente necessaria, mentre è sufficiente una « règle de reconnaissance » (ch'egli chiama anche « règle de conflit d'autorité »). Cfr. la constatazione di AUDIT, *La fraude à la loi*, p. 35-36, secondo cui « [l]a difficulté est inégale (...) selon qu'il s'agit de créer un état nouveau, ou de se prononcer sur la validité de la création ou de la modification antérieure d'un état », sicché « il est permis de se demander s'il est nécessairement de bonne technique de déterminer selon les mêmes principes la loi applicable à l'acquisition d'un état, d'une part, et la validité d'un état créé, d'autre part ». La distinzione fra « création des droits » e « accueil des droits constitués », è – come abbiamo visto (*supra*, para. 103 s.) – stata ripresa da MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, p. 643: « [i]l s'agit (...) de savoir si, dans certaines hypothèses, le critère de rattachement choisi par l'ordre du for comme devant commander la création de situations nouvelles doit nécessairement être opposé aux situations conformément à une loi non désignée par la règle de conflit du for ». La radice storica di tale idea sembra, in Francia, doversi rinvenire nel pensiero di NIBOYET: v. *supra*, para. 70 e 73 s.

²²⁰⁸ Applicare simultaneamente due norme di cui una dice che, sulla base di un determinato rapporto, X deve 10 a Y, e l'altra che, sulla base dello stesso rapporto, X deve 20 a Y, non è logicamente possibile, per il principio di non-contraddizione: o X deve 10 o X deve 20. Applicare simultaneamente due norme di cui una dice che X e Y possono costituire il rapporto se sussistono le condizioni A e B, e l'altra dice che X e Y possono costituire lo stesso rapporto se sussistono le condizioni C e D, non è logicamente impossibile: X e Y possono, per costituire il rapporto, procurare che vuoi le condizioni A e B, vuoi le condizioni C e D, siano riunite.

²²⁰⁹ PICONE (*Metodo dell'applicazione generalizzata della lex fori*, p. 405) rinviene il fondamento di tale metodo – almeno quale fatto proprio dall'ordinamento inglese in materia di divorzio e di adozione – in ciò che si tratterebbe di costituire « determinate situazioni giuridiche, attribuendo esclusivo rilievo, in una prospettiva funzionale, alla localizzazione ed alle possibilità di svolgimento, proprio e solo in tale ordinamento, delle situazioni medesime », dunque di « situazioni giuridiche meramente interne, destinate in principio ad essere fatte valere e ad essere garantite dal solo ordinamento inglese », cioè, ancora, di « situazioni comunque assorbite dall'ordinamento interno ». Se tale spiegazione contiene, crediamo, un nucleo profondo di verità, ci permettiamo nondimeno di apportare qualche precisazione. L'ordinamento cui si chiede di « immettere » nel traffico giuridico internazionale un nuovo *status*, cioè un nuovo fascio di diritti ed obblighi, non si immagina tanto –

tardi, cioè una volta che il rapporto è venuto a regolare esistenza conformemente alla legge del foro, e se ne chieda da una parte, e se ne contesti dall'altra, il riconoscimento in un Stato diverso. Ma se dovesse risultare che il riconoscimento non sarà negato – e qui anticipiamo un punto di cui ci occuperemo fra breve – il rischio di conflitto internazionale di norme, di prescrizioni, non sussiste.

I rilievi che precedono rendono ragione di tre dati la cui positività nei sistemi moderni di d.i.p. è – lo si è visto – in crescita: da un lato, ci si spiega perché lo spazio assegnato alla legge straniera è sempre più spesso, nel momento della costituzione del rapporto, assai ridotto rispetto a quello risultante da una norma bilaterale, ovvero addirittura nullo; dall'altro, e correlativamente, si comprende perché il campo d'applicabilità della legge del foro, e la cerchia dei suoi beneficiari, si estendano oltre quello, ristretto, risultante dal collegamento ritenuto dal foro più significativo, così da coprire casi di integrazione pur apprezzabile, a mezzo di collegamenti unilaterali alternativi; infine, si chiarisce perché, talvolta, il foro, prima di costituire la situazione giuridica nel foro, s'interroghi circa l'eventualità che tale situazione giuridica sarebbe riconosciuta o meno presso uno o più ordinamenti, strettamente collegati alle parti ed in cui il rapporto potrebbe dunque essere vissuto²²¹⁰.

non sempre e non necessariamente – che tale *status* sarà vissuto soltanto in tale ordinamento, e non già all'estero: l'ordinamento svizzero, per esempio, non prevede né si prefigura che, una volta celebrato il matrimonio fra un cittadino svizzero ed un cittadino italiano, entrambi domiciliati in Italia, conformemente alla legge svizzera, il nuovo *status* non sarà vissuto se non in Svizzera, e non altrove, in particolare non in Italia. Vero è, piuttosto, che qui non vi è un nucleo di diritti ed obblighi preesistente di cui si chieda l'*accertamento* al giudice: se così fosse, la cittadinanza di una qualsiasi delle parti non sarebbe, per uno Stato, sufficiente per l'applicabilità della propria legge, perché, se gli altri Stati facessero lo stesso, ne risulterebbe una pluralità di norme di condotta potenzialmente contraddittorie, che minaccerebbero di togliersi reciprocamente efficacia e precipitare i soggetti nel disordine giuridico. Non dandosi un rapporto preesistente, se sussiste un legame con la Svizzera tale per cui vi è un interesse oggettivo dei soggetti a vivere il rapporto coniugale in Svizzera (quale la cittadinanza di uno di essi), tanto basta, alla Svizzera, per costituire il nuovo rapporto sulla base della propria legge, inserendolo nei circuiti giuridici internazionali. Certo, tale rapporto potrebbe non essere riconosciuto negli altri Stati, dal che potrebbe derivare, ai soggetti interessati, un conflitto internazionale di *status*: ma, da un lato, la Svizzera lascia in qualche modo valutare ad essi soggetti se o meno, data la possibilità o la certezza di un non-riconoscimento all'estero, sia consigliabile che non si dia vita, in Svizzera, ad uno *status* che potrebbe non essere effettivo in qualcuno od in nessuno degli altri Stati collegati; e, dall'altro, e soprattutto, la Svizzera si rappresenta che, proprio come essa accetta di riconoscere il matrimonio celebrato all'estero in casi reciproci, per evitare agli interessati la « dualité d'états », i quali costituirebbero un « trouble profond dans les familles et une atteinte grave à l'ordre social » (ANCEL/LEQUETTE, p. 86), gli altri Stati (specie, nell'esempio, l'Italia) finiscano per (dovere) preferire adeguarsi per lo stesso motivo e riconoscere il legame coniugale così creato. Lo Stato « permissivo » è, insomma, in una posizione internazionale di forza: v. *infra*, para. 317 e nota 2221.

²²¹⁰ V. gli esempi proposti da PICONE, *Cours général*, p. 126 s.; cfr. anche JACQUET, *La fonction supranationale*, p. 191 s.

315. Vi è però da osservare che uno Stato non può legittimamente attendersi che un altro Stato riconosca i rapporti cui ha dato vita in virtù della propria legge – applicata grazie a più collegamenti alternativi – se non è disposto a riconoscere i rapporti che tale altro Stato ha inteso da parte sua creare nelle ipotesi reciproche. Si materializza allora, per il foro, un acuto « dilemma », che scaturisce dalla duplice natura della norma di diritto privato²²¹¹: la quale, si è detto, da un lato, offre ai suoi destinatari uno « strumento di auto-realizzazione », di cui questi sono per lo più *liberi* di servirsi, se vogliono raggiungere certi obiettivi giuridici, o di non servirsi, se non lo vogliono; la quale, dall'altro, prescrive uno « strumento obbligato » – *esclusivo* di ogni altro, diverso e nella specie più « liberale » – cioè aspira al « monopolio », all'*autorità esclusiva* nella scelta del tipo, delle condizioni, modalità e limiti di impiego²²¹². Il dilemma si presenta allora in questi termini: o lo Stato *rinuncia* a far beneficiare della propria legge i soggetti integrati nel proprio sistema mediante un contatto meno forte del più forte, ed allora può cercare di legittimamente continuare a *prescrivere* l'applicazione della sua legge ai soggetti più strettamente legati a sé, nel senso di invitare gli altri Stati a negare loro il potere di costituire rapporti all'ombra delle loro rispettive leggi, per ipotesi più liberali, e di rifiutare il riconoscimento presso di sé di tali rapporti; ovvero *incrementa* la categoria dei beneficiari della propria legge – fino a farla eventualmente coincidere con quella che abbiamo denominato « naturale » – ma accetta per contropartita che gli altri Stati facciano lo stesso, e dunque che consentano ai soggetti cui esso pur sarebbe propenso ad imporre le sue leggi in quanto più strettamente legati a sé, di sottrarsi all'autorità di queste e di cercare la protezione, e profittare, di quella degli altri Stati, per ipotesi più confacente ai loro interessi. Riformulata, l'alternativa, per il nostro Stato, è questa: o cercare di serbare l'autorità esclusiva su una cerchia *ristretta* di soggetti, quelli collegati a sé da quell'unico collegamento da lui ritenuto più significativo, i quali, in questo modo, si trovano ad essere, dunque, bensì i soli beneficiari della sua legge, ma ai quali esso proibisce di fruire delle leggi eventualmente più permissive di altre comunità statali nelle quali pure tali soggetti sono integrati; ovvero *estendere* la sfera di coloro che possono avvalersi della sua legge, rinunciando al *monopolio normativo* riguardo alla prima categoria di soggetti, ed accettando che l'autorità del suo diritto privato *concorra* con quella degli altri Stati che intendano avocarla a sé, cioè accettando, potremmo dire, a seconda dei casi,

²²¹¹ Il riferimento è al « dilemma del prigioniero », di cui si è recentemente detto che costituisce « sin duda uno de los mayores descubrimientos epistemológicos en las ciencias sociales de los últimos años » (v. GARCIMARTÍN, *La racionalidad económica del derecho internacional privado*, p. 96), e che, come noto, è utilizzato con sempre maggiore frequenza quale modello analitico nella scienza giuridica, innanzitutto americana: v. recentemente POSNER, *Law, Cooperation, and Rational Choice*, 1998.

²²¹² Per un impiego delle espressioni « monopole de la production normative » e « monopole dans la gestion des relations internationales », v. di recente JOSSELIN-GALL, *La place de l'Etat dans les relations internationales et son incidence sur les relations privées internationales*, *Mélanges P. Lagarde*, p. 499-500.

una sorta di « duopolio » o « oligopolio normativo »²²¹³. Si precisi ancora che la prima alternativa, nelle intenzioni del nostro Stato, non comporta sovrapposizione dei campi d'applicabilità spaziale delle leggi in presenza, nel senso che una categoria di soggetti può soltanto costituire rapporti secondo una certa legge, e mai secondo l'una o l'altra o l'altra ancora: la sola legge messa a disposizione è dunque, in questo senso, *imperativa* per tali soggetti, mentre non è *facoltativa* per nessun altro, nel senso che nessun altro può avvantaggiarsene, perché tutti disporranno di una legge che li regola *esclusivamente* e alla quale non potranno sottrarsi. Nella seconda alternativa, si ha bensì sovrapposizione dell'area di operatività di più leggi, ma ciascuno Stato rinuncia ad *imporre* la propria, per poterla *offrire* a quei destinatari naturali che siano interessati a richiederne la messa in opera. Sicché dal punto di vista di coloro che si trovano ad essere destinatari di più leggi, nessuna di esse è *imperativa*, nel senso precisato, ma tutte sono *facoltative*, il che consente loro, di fatto, una scelta.

Se tutti gli Stati optano per la medesima alternativa, l'antinomia internazionale è comunque risolta. La bilateralità a collegamento unico non è dunque, dal punto di vista del foro, il solo « metodo » che, se adottato anche dagli altri Stati, risparmia ai soggetti coinvolti il conflitto internazionale di norme di diritto privato, cioè – per impiegare la terminologia corrente – consegue l'*armonia internazionale delle soluzioni*. Un altro metodo, con cui vi si perviene egualmente, consiste, per esso foro, nel maggiorare, da un lato, lo spazio internazionale d'applicabilità della propria legge fondandola su più criteri di collegamento alternativi; e, dall'altro, nel rinunciare all'imperatività della propria legge in tutte le fattispecie in cui anche uno solo di questi contatti si concretizza in un Paese straniero, cioè nell'accettare che i destinatari delle proprie norme, qualora si trovino ad essere destinatari anche di norme straniere, si servano, in concreto, di quelle che appaiono loro più congrue rispetto ai loro disegni e si sottraggano all'« impero » delle altre²²¹⁴.

²²¹³ Sul « paradigma competitivo », da tempo oggetto di viva attenzione nella letteratura anglosassone, v. in Europa, MUIR-WATT, *Concurrence d'ordres juridiques*, p. 616 s., e GARCIMARTÍN, *La racionalidad económica del derecho internacional privado*, spec. p. 108 s.

²²¹⁴ L'alternativa in analisi può essere riformulata ancora nel modo seguente. Uno Stato, dovendo necessariamente *rinunciare* ad una frazione delle fattispecie che pur rientrano nel campo d'applicazione naturale delle sue norme, può selezionare la frazione cui rinunciare vuoi sulla base di criteri (soltanto) *spaziali*, vuoi sulla base di criteri (anche) *materiali*. Come si è già accennato, una norma che conferisce il potere di dar vita ad un fascio di diritti ed obblighi, se sussistono certe condizioni, consta di due versanti: uno *permissivo* e l'altro *proibitivo*. La norma di uno Stato che stabilisce che, in presenza delle condizioni A o B, ma non di C o D, è possibile adottare, sposarsi, divorziare, stabilire un rapporto di filiazione, costituire una società, dice due cose: che è *possibile* sposarsi, adottare, divorziare, stabilire un rapporto di filiazione, costituire una società, se sussistono le condizioni A e B (versante *permissivo*); che *non è possibile* sposarsi, adottare, divorziare, stabilire un rapporto di filiazione, costituire una società, se non sussistono le condizioni A e B anche se, per ipotesi, sussistono le condizioni C o D (le quali appunto non sono ritenute sufficienti allo scopo:

316. Ebbene, la conclusione che è dato trarre dall'indagine condotta nella Parte Seconda è che, trattandosi di *costituire* un rapporto nel foro, gli Stati moderni, più o meno esplicitamente, imboccano sempre più spesso la seconda alternativa, altra rispetto al collegamento bilaterale unico. Essi sempre più spesso, cioè, tendono ad estendere il campo d'applicabilità delle proprie norme fondandolo su *collegamenti unilaterali plurimi*, accettando ch'esso *concorra* con quello che gli altri Stati fissano alle loro, a mezzo pure tendenzialmente di collegamenti plurimi. Il risultato è che la *componente o « faccia » proibitiva* delle norme di diritto privato del foro – quella che impedisce che, in assenza dei requisiti sostanziali e formali da esse previsti, il rapporto possa venire ad esistenza – subisce una *diminuzione della sua efficacia internazionale*, mentre *s'accresce* l'efficacia internazionale della *componente permissiva*, che autorizza, in presenza dei requisiti sostanziali e formali da esse previsti, l'insorgenza del rapporto (se, ben inteso, gli interessati intendono farlo nascere)²²¹⁵. Lo Stato rinuncia al monopolio normativo relativamente alla categoria di fattispecie, cioè di soggetti, che considera a sé più significativamente collegata, e, nello stesso tempo, avanza la pretesa di regolare con le sue norme una seconda ed una terza categoria di fattispecie, cioè di soggetti, che considera sufficientemente integrati nel suo sistema socio-economico per essere legittimati ad esercitare il diritto potestativo di creare un rapporto giuridico che le sue norme intendono conferire. Quali le ragioni di questo allontanarsi dalla bilateralità tradizionale? Due le principali, crediamo, legate l'una all'altra.

versante *proibitivo*). Ecco il dilemma per il nostro Stato, che supponiamo ritenga che il collegamento più forte sia la *cittadinanza* della o delle persone interessate, per le questioni di *status*, e la *sede sociale effettiva*, intesa come sede dell'amministrazione, per le società: vuoi negare (cioè rinunciare ad accordare) la possibilità di sposarsi, adottare, divorziare, stabilire un rapporto di filiazione, costituire una società, a tutti coloro che non sono cittadini, o, rispettivamente, a tutte quelle società la cui sede sociale effettiva non è o non sarà stabilita nel foro, nonostante essi abbiano nel foro, in ipotesi, ad esempio, rispettivamente, il domicilio o la residenza ovvero l'oggetto principale della loro attività; in questo modo potendo pretendere d'applicare imperativamente la propria legge a tutti coloro che hanno la cittadinanza di tale Stato (o le società che hanno in esso la sede effettiva), sia che tale legge consenta in concreto, di sposarsi, di divorziare, di adottare, di stabilire la filiazione, di costituire una società (cioè nella parte permissiva), sia che, in concreto, non lo consenta (cioè nella parte proibitiva); vuoi consentire anche a chi ha la residenza o il domicilio sul suo territorio di sposarsi, di adottare, di divorziare, di stabilire il rapporto di filiazione conformemente alla propria legge, e anche a quelle società che abbiano l'oggetto principale della loro attività nel foro di costituirsi conformemente alla propria legge, cioè allargare, nell'uno e nell'altro caso, l'efficacia della parte permissiva, ma accettando correlativamente di non potere più imporre la propria legge, cioè di rinunciare ad applicarla imperativamente, ai propri cittadini (o alle società aventi la sede effettiva sul proprio territorio), i quali cittadini potranno sposarsi, adottare, divorziare, chiedere lo stabilimento della filiazione, secondo la legge della residenza, e sottrarsi alla presa della legge nazionale, quando questa non lo consente e la legge della residenza lo consente (ovvero rinunciare ad imporla imperativamente alle società che abbiano la sede effettiva sul territorio). L'una e l'altra alternativa conducono, come detto, se accettate anche da gli altri Stati, alla risoluzione dei conflitti internazionali di norme, all'armonia internazionale delle soluzioni.

²²¹⁵ V. nota precedente.

Una prima è suggerita ancora una volta dalla teoria generale del diritto. Questa insegna che spesso, quando uno Stato pone due norme aventi lo stesso ambito d'applicazione, una che attribuisce ai suoi destinatari una certa facoltà, l'altra che nega loro tale facoltà, sicché esse norme non possono ricevere entrambe efficacia, lo Stato tende a privilegiare la norma *permissiva* e rinunciare alla norma *proibitiva*. Nel caso di antinomia, insomma, fra la *lex permittens* e la *lex prohibens*, la *lex permittens*, spesso, prevale. Lo Stato tiene, per dir così, più a quest'ultima che non alla prima²²¹⁶. E' uno dei criteri di soluzione dei conflitti « interni » di norme, ulteriore rispetto a quelli classici: temporale, gerarchico e di specialità. Tale prevalenza viene talvolta spiegata con un « appello » al fondamento razionale del diritto privato, il quale, si è detto, presuppone la *libertà dei soggetti* cui si rivolge ed è fatto perché questi realizzino i programmi giuridici conformi alle loro scelte. Certo, se uno Stato ha adottato entrambe le norme – l'una permissiva e l'altra proibitiva – è perché ha avuto di mira, in ciascun caso, anche dunque quando ha « proibito », uno scopo particolare, che ha ritenuto meritevole di protezione. Ma nell'ipotesi di conflitto fra due obiettivi incompatibili perseguiti da due norme egualmente dichiarate applicabili all'interno del medesimo ordinamento, quella che garantisce agli individui la *libertà* di compiere alcunché spesso viene preferita rispetto a quella che conduce a *negare* tale libertà, per quanto buone siano le ragioni che risiedono a fondamento di quest'ultima. La *funzione facilitatrice* – possiamo dire richiamandoci alla distinzione illustrata più sopra – prevale sulla *funzione direttiva*.

Ora, la situazione è analoga quando il conflitto normativo è *internazionale*, cioè quando oppone la norma adottata da uno Stato e la norma adottata da un altro Stato. Il foro, che deve rinunciare a qualcosa – o a *tutta* la norma, nelle sue due componenti, permissiva e proibitiva, in *alcuni* casi, o ad una *sola* porzione di essa, proibitiva, potendo conservare l'altra, permissiva, in *tutti* o comunque in un *numero maggiore* di casi – propende spesso per la seconda via. Proprio come, in un conflitto fra norme da sé poste, preferisce mettere da parte l'interesse che fonda la norma proibitiva, e privilegiare quello che fonda la norma permissiva, così, in un conflitto fra la sua norma e quella di un altro Stato, e *dovendo cedere qualcosa, lo Stato preferisce mettere da parte la porzione proibitiva e privilegiare la porzione permissiva*.

²²¹⁶ BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, p. 223: « Il criterio rispetto alla forma consisterebbe nello stabilire una graduatoria di prevalenza fra le tre forme della norma giuridica, per esempio, in questo modo: se di due norme incompatibili *una è imperativa o proibitiva, l'altra è permissiva, prevale la permissiva*. Questo criterio sembra ragionevole, e corrispondente ad uno dei canoni interpretativi più costantemente seguiti dai giuristi, quello di dare prevalenza, in caso di ambiguità od incertezza nell'interpretazione di un testo, all'interpretazione *favorabilis* su quella *odiosa*. In linea generale, se si intende per *lex favorabilis* quella che concede una qualche libertà (o facoltà, o diritto soggettivo), e per *lex odiosa* quella che impone un obbligo (seguito da sanzione), non c'è dubbio che una *lex permissiva* è *favorabilis*, e una *lex imperativa* è *odiosa* ».

La seconda ragione, strettamente avvinta alla prima, riposa sulla circostanza che l'attuazione del primo programma, cioè la conservazione dell'efficacia proibitiva rispetto ad un certo numero di fattispecie – individuate dal collegamento unico – *dipende in misura maggiore dall'atteggiamento degli altri Stati di quanto non lo sia l'attuazione del secondo programma*²²¹⁷. Ora, la collaborazione degli Stati stranieri al primo programma *fa sempre più spesso difetto*, e ciò, anche qui, crediamo, per due motivi: il primo è che, come si è visto, il secondo programma è già di per sé spesso più attraente; il secondo è che il criterio di selezione (quell'unico criterio di selezione) dei soggetti da mantenere sotto l'autorità esclusiva della propria legge, è spesso diverso da Stato a Stato, cioè è diverso il criterio di collegamento prescelto, sicché, quand'anche tutti gli Stati condividessero il primo programma – conservare il più possibile l'efficacia proibitiva delle loro norme – *la riunione dei programmi proibitivi, se questi sono sconnessi fra loro, li frustra entrambi*. Così, se la Svizzera vuole serbare autorità esclusiva su una certa categoria di soggetti, e sceglie i domiciliati sul proprio territorio, e l'Italia pure vuole serbare autorità esclusiva su una certa categoria di soggetti, e sceglie i propri cittadini, ecco che il cittadino italiano domiciliato in Svizzera può, ad esempio, sposarsi secondo l'una o secondo l'altra legge, sicché nessuno degli Stati conserva davvero autorità esclusiva su di lui. Se due Stati insistono nell'imporre l'efficacia proibitiva della propria norma ad una certa categoria di soggetti, ma scelgono ciascuno una categoria diversa, nessuno riesce veramente nel proprio intento, mentre l'effetto naturale di quest'assenza di coordinamento è che l'efficacia permissiva di ciascuna si estenda anche alla categoria che l'altra ha inteso avocare a sé²²¹⁸.

²²¹⁷ Vero è che, se ne abbia o meno consapevolezza, la norma bilaterale a collegamento unico riposa su un patto rigoroso, dalle regole ferree, che ha senso se rispettato da tutti, e non lo ha più se taluno comincia a « giocare falso ». Le competenze, gli ambiti geografici di « esclusiva » dei paciscenti, sono ripartite, qui le mie, lì le tue; io ho il monopolio riguardo a quest'ambito, e decido, riguardo a questo, se ed a quali condizioni immettere rapporti nel traffico giuridico internazionale e con quale contenuto (chiedendoti la collaborazione nell'attuazione di tale monopolio, cioè innanzitutto chiedendoti, in quest'ambito, di non immettere rapporti se non sulla base della mia legge, e di prestare assistenza all'esecuzione di quelli che ho immesso da me); in cambio, accetto di rispettare il tuo monopolio riguardo a queste altre (e ti presto la mia collaborazione nella sua attuazione, innanzitutto non immettendo rapporti giuridici se non sulla base della tua legge e prestando assistenza all'esecuzione di quelli che hai immesso da te). Tutti devono stare alle regole, e queste devono essere le stesse per tutti. Se taluno comincia a non rispettare il monopolio dell'altro, ad immettere rapporti sulla base della sua legge nell'ambito dell'esclusiva di questo, ovvero, che è lo stesso, se prova a praticare il monopolio sulla base di un riparto diverso, il beneficio di stare al gioco, per gli altri, svanisce.

²²¹⁸ Per chiarire le idee, si pensi ad una persona che vuole entrare in un edificio, cui si accede tramite due porte, e che è gestito da due padroni. Il primo gli dice: tu puoi entrare, ma devi farlo attraverso questa porta A, mentre l'accesso per quest'altra porta B ti è vietato; l'altro gli dice: tu puoi entrare, ma devi farlo attraverso quest'altra porta B, mentre l'accesso per la porta A ti è vietato. L'interessato può in sostanza entrare per l'una o per l'altra, ed entrerà per quella che gli è più comoda: una volta entrato, cioè, è difficile che lo si possa legittimamente ricacciare. La proibizione, che pur entrambi

317. Il fatto sta dunque che matrimoni vengono celebrati, adozioni e divorzi vengono pronunciati, rapporti di filiazione vengono costituiti, società vengono create, con il concorso di autorità straniere ed in forza di leggi straniere anche quando si tratta di soggetti rispetto ai quali lo Stato del foro sarebbe portato istintivamente a riservare a sé l'autorità esclusiva, perché sussiste con la sua comunità il collegamento che giudica più forte, ed anche quando quei soggetti non soddisfano le condizioni sostanziali fissate dalla legge del foro. E' di questa invincibile *realtà internazionale* che gli ordinamenti sono progressivamente sospinti a prendere atto e tenere realisticamente conto. L'autorità esclusiva cui uno Stato abbia ad aspirare su una certa categoria di fattispecie, cioè di soggetti, e per la cui attuazione è disposto a rinunciare ad una cospicua parte della vocazione naturale delle sue norme, opera in modo soddisfacente, cioè in modo che lo ripaga di tale sacrificio, cioè insomma è davvero effettiva, quando, rispetto a quei soggetti, il matrimonio *non è celebrato* neppure all'estero, il divorzio o l'adozione *non sono pronunciati* neppure all'estero, la filiazione *non è stabilita* neppure all'estero, la società *non è costituita* neppure all'estero, quando ciò *non* sarebbe consentito nel foro. Assai diverso è il caso in cui un matrimonio è *effettivamente celebrato*, un divorzio o un'adozione sono *effettivamente pronunciati*, un rapporto di filiazione è *effettivamente costituito*, una società è *effettivamente creata all'estero*. Il foro, in questi casi, potrebbe cercare di riaffermare l'autorità proibitiva della sua legge, limitatamente al proprio territorio, *negando* il riconoscimento del rapporto così sorto. E ciò fa infatti talvolta. Ma sempre meno spesso: perché, una volta celebrato all'estero un matrimonio, pronunciato un divorzio, costituito un rapporto adottivo o di filiazione, ovvero una società, *diventa difficile, almeno in qualche misura, non riconoscerli nel foro*. Da un lato, è un po' come per il matrimonio *putativo* nel diritto interno: questo non avrebbe dovuto essere celebrato, ma se lo è – benché, dal suo punto di vista, irregolarmente – lo Stato è costretto, suo malgrado, a riconoscerne, in certi casi, almeno alcuni effetti. Potrebbe insistere per affermare il nulla giuridico, conformemente alle sue vedute; ma un rapporto si è in definitiva costituito, e spesso è già stato vissuto – qui all'estero – sicché pare più opportuno, in definitiva più giusto, che il diritto si adegui, almeno in parte, ad una realtà che, in ogni caso, non può, neppure minacciando la nullità, più orientare²²¹⁹. Ma, soprattutto, e d'altro lato, *non riconoscere tali rapporti significa provocare un'antinomia internazionale, mentre riconoscerli significa evitarla*. Come ben ha rilevato chi, fra i primi in Italia, ha riflettuto sul fondamento profondo delle norme sul riconoscimento delle decisioni giudiziarie, lo scopo di tali norme è precisamente quello stesso delle norme di conflitto, cioè di procurare ai rapporti intersoggettivi trasfrontalieri l'armonia internazionale delle

gli Stati vogliono imporre, se ha per l'oggetto una porta diversa, non è concretamente efficace. Diverso è il caso in cui i padroni si mettano d'accordo per consentire l'accesso solo tramite la porta A e proibirlo tramite la porta B, e viceversa. Qui la scelta non vi è, e la proibizione diviene effettiva. Se la persona entra lo stesso, potrà legittimamente venire ricacciata.

²²¹⁹ JOBARD-BACHELLIER, *L'apparence en droit international privé*, Paris, 1984: cfr. LAGARDE, nella *Préface* ad essa, p. XX.

soluzioni e farne beneficiare i soggetti coinvolti, cioè proteggerli contro il conflitto internazionale di norme che inevitabilmente si ingenererebbe se essi si trovassero, dal punto di vista di uno Stato, quello d'« origine », cioè le cui autorità hanno pronunciato la decisione²²²⁰, ad essere parti di un rapporto avente un certo contenuto e, dal punto di vista di un altro Stato, quello « richiesto » e che, per ipotesi, rifiuta il riconoscimento²²²¹, parti di un rapporto avente un tenore incompatibile.

Insomma, poiché la possibilità per il foro di imporre la sua volontà proibitiva come più sopra definita finisce per naturalmente ridursi, nel senso che esso foro è suo malgrado costretto ad accettare che altri Stati consentano la costituzione di rapporti a quei soggetti relativamente ai quali intendeva riservarsi l'autorità esclusiva, cioè il monopolio normativo, il foro non ottiene la contropartita della privazione cui era disposto; e dilata allora la sfera di competenza delle sue leggi inglobandovi i rapporti a sé meno strettamente

²²²⁰ CONDORELLI, *La funzione del riconoscimento di sentenze straniere*, Milano, 1967, p. 75 s., secondo cui « a fondamento, tanto del sistema del diritto internazionale privato, quanto del riconoscimento di sentenze straniere, sta l'esigenza d'uniformità », cioè « l'esigenza di evitare, nei limiti del possibile, di valutare e disciplinare quel medesimo rapporto in maniera diversa; di evitare cioè, che determinati soggetti, in relazione a dati beni, posseggano diritti ed obblighi contrastanti o anche solo differenti nei diversi ambienti giuridici nei quali la medesima questione è suscettibile di essere valutata in qualsiasi modo »; così anche VON MEHREN, *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: General Theory and the Role of Jurisdictional Requirements*, spec. p. 39 s. e RADICATI, *Mondialisation, jurisdiction, arbitrage*, p. 35.

²²²¹ Quando uno Stato *proibisce* la costituzione di un certo rapporto, e un altro Stato *permette* la costituzione di tale rapporto, se si pronuncia per primo lo Stato *proibitivo*, le cui autorità abbiano dunque a respingere la richiesta di costituzione da parte degli interessati, tale pronuncia non dà vita ad alcun nuovo rapporto, ma conferma, per dir così, lo *status quo ante*. Cioè tale pronuncia non ha prodotto alcuna norma di condotta, perché non ha creato alcun nuovo fascio di diritti ed obblighi. Se, successivamente, la questione si pone innanzi allo Stato permissivo, *questo non è tenuto a nulla per evitare l'antinomia*: sia che *rifiuti* a sua volta di costituire il rapporto, sia che *accetti* di farlo, non genera, non può generare alcuna antinomia, perché non v'è conflitto internazionale di leggi né quando, da una situazione in cui vi è assenza di diritti ed obblighi, si muova ad una situazione in cui pure vi è assenza di diritti ed obblighi, né quando, da tale ultima situazione, si muova ad una situazione in cui diritti ed obblighi sono stati creati. Se si pronuncia prima lo Stato permissivo, invece, e se, con la pronuncia delle sue autorità, esso, dando vita al rapporto, *crea* un fascio di diritti ed obblighi, *l'altro Stato, quello proibitivo, è assai meno libero nelle sue scelte*: non riconoscere il rapporto, insistendo nella propria volontà proibitiva, vorrebbe dire creare, per i soggetti, un'antinomia, perché il rapporto, cioè i diritti e gli obblighi in cui si concreta, esisterebbero (in uno Stato) ed ad un tempo non esisterebbero (nell'altro Stato), né potrebbe, per le stesse ragioni, dar vita ad un nuovo rapporto, di contenuto diverso ed incompatibile a quello precedente. Lo Stato permissivo è in una posizione, per dir così, di forza: lo Stato proibitivo non può esercitare su di lui alcuna pressione significativa, perché s'astenga dal permettere la costituzione di un rapporto, mentre lo Stato permissivo può esercitare una certa pressione perché il primo ceda, riconoscendo il rapporto.

collegati ed insinuandosi in questo modo nel monopolio di questi ultimi e rendendolo duopolio od oligopolio²²²².

318. Il risultato di tutto ciò – lo si è già messo in luce – è che, volendo dar vita ad un rapporto giuridico, gli interessati, se hanno, attraverso la cittadinanza o il domicilio ovvero la residenza, contatti con più Paesi, sono sempre più spesso destinatari delle *norme* di tutti, o comunque di più fra questi, fra le quali possono scegliere quella più conforme ai loro programmi, in tale modo sottraendosi all'autorità delle altre. Trattandosi di costituire alcunché, saranno naturalmente portati a scegliere la legge che consente loro tale costituzione – e chiedere la collaborazione delle autorità del relativo Stato – anziché quella che non l'autorizzerebbe e le cui autorità rifiuterebbero di prestare il loro concorso. L'approdo pratico coincide ad un tempo, da un lato, con una sorta di *professio iuris*, cioè di *law shopping*, e, dall'altro, con il *favor matrimonii*, *favor divortii*, *favor adoptionis*, *favor filiationis*, *favor constitutionis*. S'ingenera dunque naturalmente una sorta di « deregolamentazione »²²²³ (« race to the bottom »²²²⁴) in materia di condizioni per dar vita ad un rapporto giuridico del tipo considerato. Lo strumento che ciascuno Stato intende offrire ai suoi beneficiari perde il carattere *esclusivo* e si confonde con quello offerto dagli altri Stati ai medesimi soggetti, dando corpo – per utilizzare un termine ora molto in voga – ad un vero e proprio « *mercato di prodotti normativi* »²²²⁵. Ma è bene intendersi su un punto. Il metodo dell'applicazione generalizzata della *lex fori* mostra che il foro non riguarda il *favor matrimonii*, il *favor divortii*, il *favor adoptionis*, il *favor filiationis*, il *favor constitutionis*, come un *fine in sé*. Gli Stati sono, come si è visto, sempre più rigorosi nell'*impedire* che si possano, *nel foro*, celebrare matrimoni, pronunciare divorzi o adozioni, instaurare rapporti di filiazione, costituire società, *laddove non sono riuniti requisiti sostanziali prescritti dalla legge del foro*. Il *favor* è, dunque, dal punto di vista di ciascuno Stato, *unilaterale*, nel senso che ciascuno Stato estende la cerchia dei beneficiari della *propria legge*, correlativamente escludendo sempre più spesso che questi possano, nel foro, pretendere far sorgere un rapporto servendosi di altra legge che la propria, anche se una legge straniera egualmente o maggiormente « prossima »

²²²² In questo senso JOSSELIN-GALL, *La place de l'Etat dans les relations internationales*, p. 499, secondo cui lo Stato postmoderno « n'a plus pour l'instant les moyens de prétendre au monopole de la production normative efficace sur son territoire, si tant est qu'il l'ait jamais possédé »; v. anche p. 501 ove è questione di « déficit d'autonomie étatique » con riferimento alla « réglementation des rapports humains ».

²²²³ MUIR WATT, *Concurrence d'ordres juridiques*, p. 615 s.

²²²⁴ La quale si è riscontrata in effetti, soprattutto, in materia societaria: v. *supra*, para. 282, e letteratura ivi citata; adde GARCIMARTÍN, *La racionalidad económica del derecho internacional privado*, spec. p. 108 s.

²²²⁵ V., fra i tanti, negli Stati Uniti, ROMANO, *Law as a Product: Some Pieces of the Incorporated Puzzle*, *J. Law Econ. & Org.*, 1985, p. 225 s.; in Europa, e con particolare riferimento al d.i.p., STEHR, *Ökonomische Analyse des Internationalen Privatrechts*, *Festschrift K. Firsching*, 1985, p. 269 s., GARCIMARTÍN, *La racionalidad económica del derecho internacional privado*, spec. p. 108 s.; MUIR WATT, *Concurrence d'ordres juridiques*, p. 615 s.

dovesse essere più *favorevole* a tale risultato, cioè consentirlo quando la legge del foro lo proibisce.

Mette conto precisare ancora come, escludendo che la legge straniera possa servire per dar vita ad un rapporto nel foro, ed essendo il foro disposto a riconoscere il rapporto cui ha dato vita un'autorità straniera in attuazione della legge straniera, quest'ultima finisca per ricevere efficacia nel foro soltanto quando (e perché) ha già *operato* all'estero, cioè ha già dato concretamente vita all'estero al rapporto in questione, cioè si è *concretamente, effettivamente, perché* « *autoritativamente* », *applicata all'estero*. Ciò che il foro è disposto a riconoscere presso di sé, è *quel* matrimonio, *quel* divorzio, *quella* adozione, *quella* società, che *esistono* in uno Stato estero, che *esistono effettivamente*, per essere stati validamente pronunciati o costituiti dalle autorità di tale Stato. « E' la volontà dell'autorità straniera », cioè dello Stato straniero, il quale agisce per il tramite di essa, « che il foro riconosce presso di sé »²²²⁶. Dal che consegue che i due inconvenienti della bilateralità pura lamentati dagli unilateralisti non possono prodursi qui, o che, comunque, il rischio che essi si producano è qui sensibilmente ridotto: l'attribuzione nel foro di efficacia ad una norma straniera che lo Stato da cui emana non dichiara applicabile al rapporto non può in genere avere luogo, nella misura in cui la messa in opera nel foro del diritto straniero avviene soltanto nella forma – ed a seguito – del riconoscimento di un rapporto la cui esistenza già si dà nello Stato d'origine; la non-applicazione nel foro di una norma straniera che lo Stato da cui emana vuole applicare alla fattispecie viene altresì per lo più evitata, l'applicazione nel foro di tale norma, sotto forma appunto di riconoscimento del rapporto che essa ha già fatto sorgere, potendo per lo più avvenire senza difficoltà – ché il foro stesso attribuisce anche ad altri collegamenti, meno forti del più forte, il potere di fondare l'applicabilità del diritto materiale del foro –; non solo, qui l'operare del diritto straniero, sempre nella forma ed a seguito del riconoscimento, può avere luogo altresì in virtù di un fattore di collegamento al quale il foro, qualora si fosse concretizzato presso di sé, non avrebbe attribuito il potere di fondare l'applicabilità delle proprie norme.

Siamo in grado di concludere che la *professio iuris* o il *law-shopping* – ed il *favor matrimonii, divortii, adoptionis, filiationis, constitutionis* cui dà vita il suo esercizio – ben lungi dal riflettere l'obiettivo cui aspira il d.i.p. privato di ciascuno Stato, risultano piuttosto, da un lato, dal proposito di ciascuno Stato di incrementare, mediante una norma unilaterale, l'efficacia della propria legge, cioè l'insieme dei beneficiari internazionali di essa, e, dall'altro, dal desiderio di evitare l'antinomia normativa internazionale in cui verrebbero invischiati i soggetti privati se ciascuno Stato intendesse, oltretché offrire loro la propria legge, altresì *importarla*, escludendo ch'essi possano presso di lui far valere rapporti costituiti in forza di norme straniere. L'unica via per conseguire questo doppio

²²²⁶ V. *supra*, para. 278, nota 1931.

risultato consiste, per ciascuno degli Stati nelle cui comunità una fattispecie è simultaneamente integrata, nel sacrificare l'*esclusività* delle proprie norme accettando la concorrenza delle norme di quegli altri Stati che intendono per parte loro metterle a disposizione dei medesimi soggetti: sicché i destinatari e beneficiari delle sue norme, che sono destinatari e beneficiari anche delle norme straniere, potranno da sé scegliere quale, delle leggi simultaneamente *applicabili*, nel senso di *utilizzabili*, « applicare » effettivamente – cioè rispettare ed utilizzare ad un tempo – ad esclusione delle altre.

Il criterio del *favor* e della *professio iuris* non nascono dunque da altro che dall'intrecciarsi della norma unilaterale del foro con la norma unilaterale dello Stato straniero, della cui applicazione, che ha luogo per il tramite dell'autorità di questo, il foro è tratto ad accettare le risultanze al fine di impedire l'insorgenza di un'antinomia internazionale. La « materializzazione » del d.i.p. non è, almeno qui, altro che l'equilibrio finale del « gioco » di queste forze contrastanti.

Sezione V

Secondo inconveniente del collegamento unico: conflitti positivi e negativi

SOMMARIO: – 319. Il secondo inconveniente del collegamento unico: « antinomie di norme di conflitto ». – 320. « Volontà d'applicazione » e « volontà di non applicazione » di una norma. Il significato del « conflitto negativo » e i limiti del rinvio. – 321. Contrasto fra la deplorazione unanime dell'esistenza dei conflitti positivi e l'inerzia della dottrina nel proporre soluzioni. – 322. Alla ricerca di ragioni plausibili per non risolvere i conflitti. I conflitti negativi. – 323. I conflitti positivi. La disponibilità del foro alla rinuncia alla propria norma dopo la « giudizializzazione » del rapporto. L'affidamento della soluzione del conflitto ad una parte. – 324. Le conseguenze della soluzione giudiziale ed unilaterale del conflitto: disfunzioni ed ingiustizie.

319. Come si è già ricordato, il secondo limite congenito alla norma a collegamento unico bilaterale adottata da uno Stato – cioè potremmo dire, di fonte « unistatale », o « monostatale » – consiste in ciò che essa può, in un numero importante di casi, non adempiere lo *scopo* per cui esso Stato si dispone al sacrificio di una porzione della sfera d'applicabilità naturale delle sue norme, cioè la risoluzione, a beneficio dei destinatari di esse, di un conflitto internazionale di leggi. Ciò avviene, come è noto, quando gli Stati nelle cui comunità il rapporto intersoggettivo da regolare è simultaneamente integrato scelgono collegamenti diversi o quando il medesimo collegamento è da essi, cioè dai

loro organi, diversamente interpretato o diverso è il contenuto delle categorie coperte dalle norme che lo incorporano²²²⁷. Sono, questi, i c.d. « conflitti positivi e negativi ».

Lo studio dello svolgimento storico del pensiero unilaterale che abbiamo cercato di condurre nella Parte Prima ha rivelato che gli unilateralisti europei, seppure – come si è ricordato ancora di recente²²²⁸ – non hanno avuto modo di occuparsi estesamente di tali conflitti, sono nondimeno venuti, nelle loro meditazioni, ad avanzare un certo numero di proposte, che si sono affacciate loro istintivamente, e come *au bout de la plume*, di cui alcune, come il *favor validitatis*, emersero abbastanza presto²²²⁹. Pure si è visto – fatto degno di nota – che queste proposte per buona parte coincidono con quelle elaborate in via del tutto indipendente e sistemate da parte di certi autori americani contemporanei. Si tratta, in pratica, della *ricerca della legge più effettiva e del collegamento in concreto più stretto, del principio del favor per un certo risultato materiale, del rispetto delle previsioni delle parti e dell'autonomia della volontà*.

Qui di seguito ci chiederemo se ed in che modo tali criteri possono dirsi impiegati dai sistemi moderni di d.i.p. per risolvere i conflitti positivi e negativi. Preliminarmente, tuttavia, vogliamo mostrare l'ambiguità intima al concetto di « conflitto negativo » e precisare, alla luce degli svolgimenti condotti sin qui, il significato di « volontà d'applicazione » o di « non applicazione », che tanta parte ha avuto nella *querelle* fra unilateralismo e bilateralismo; nonché, soprattutto, chiederci se esistano plausibili ragioni, dal punto di vista di uno Stato, per non cercare, con le sue norme di d.i.p., di appianare i conflitti di cui si discorre, per lasciarli irrisolti.

320. I « conflitti negativi » – si suol dire – hanno luogo quando *nessuno* degli Stati con i quali la fattispecie è collegata *vuole* applicare la sua legge. Si è talvolta rimproverato – e talvolta si rimprovera tutt'ora – all'unilateralismo d'incorrere qui in un'aporia: qualunque sia la legge in definitiva applicata – che sia, cioè, quella del foro, mediante accettazione del rinvio, o quella dello Stato designato dalla norma bilaterale, in esclusione del rinvio – si finisce per dar efficacia ad una legge che *non vuole* applicarsi, cioè per applicarla *contro* la sua volontà. Sicché il postulato, secondo cui « si applica la legge che vuole applicarsi, non si applica la legge che non vuole applicarsi », bandiera dell'unilateralismo, verrebbe comunque sconfessato²²³⁰.

Ora, come si è detto, pare esservi un certo consenso, presso la dottrina classica, attorno a ciò che la vocazione *naturale*, cioè la *volontà d'applicazione naturale*, della norma di

²²²⁷ ANCEL/LEQUETTE, p. 67.

²²²⁸ AUDIT, *Cours général*, p. 260, il quale riconosce al « metodo dell'analisi degli interessi » « le mérite d'approfondir ce qui constitue la véritable difficulté suscitée par la diversité des lois internes, à savoir les vrais conflits, ce que la doctrine européenne – en particulier la doctrine unilatéraliste confrontée aux cumuls – ne s'est guère essayée de faire ».

²²²⁹ V. ad es. le conclusioni di NIBOYET, *supra*, para. 77.

²²³⁰ WIETHÖLTER, *Einseitige Kollisionsnormen*, p. 75.

uno Stato – del foro innanzitutto – comprende tutte le fattispecie che presentano con il suo sistema un fattore d'integrazione rilevante, dunque anche un collegamento diverso da quello ritenuto dal foro in astratto il più significativo, dunque, sicuramente, anche quello che un altro Stato, quello in cui si concretizza il collegamento ritenuto dal foro il più stretto, considera a sua volta il più stretto. Vero è che, riguardo a queste fattispecie, il foro è bensì disposto a rinunciare a dichiarare applicabili le proprie norme; ma non già perché non sia interessato a procurare alcun ordine ed alcuna certezza ai rapporti inter-soggettivi internazionali che ne formano l'oggetto, cioè perché si disinteressa della loro sorte, come sembra suggerire la denominazione di « conflitto negativo »; ma anzi proprio perché, volendo che ad essi rapporti siano assicurati un ordine ed una certezza e pur di procurare che *non* rimangano appunto senza un ordine e senza una certezza – situazione alla quale equivale quella in cui essi sono destinatari di *due* ordini e di *due* certezze diversi ed incompatibili – è disposto a rinunciare alla propria visione dell'ordine e della certezza ed appropriarsi dell'ordine e della certezza che risultano dalla norma posta da un altro Stato²²³¹.

E' essenziale comprendere tale meccanismo: che, cioè, per il foro, si tratta di *rinuncia* a mettere in opera la propria norma e non già *rifiuto* di applicarla, o – se vogliamo – che si tratta di « rifiuto condizionato » e non già, dunque, di « rifiuto assoluto », od ancora di « volontà di non applicazione condizionata », e non già di « volontà di non applicazione

²²³¹ KRAMER, *Return of Renvoi*, p. 1034: « Illinois and Michigan defer to one another not because neither wants to enter (i.e. not because they have no interest), but because each believes that the other would or should prefer go first » (corsivo nostro). In giurisprudenza, v. esemplarmente, la seguente affermazione della Corte di cassazione francese nella sentenza *Soulié* del 9 marzo 1910: « la loi française de droit international privé ne souffre en aucune manière du renvoi qui est fait à la loi interne française par la loi de droit international privé étranger; qu'il n'y a qu'avantage à ce que tout conflit se trouve ainsi supprimé et à ce que la loi française régie, d'après ses propres vues, des intérêts qui naissent sur son territoire ». Da tale enunciazione si deduce, innanzitutto, che la Corte ha inteso far 'giocare' il rinvio proprio al fine di risolvere un *conflitto*, ma di tipo diverso da quello che la norma di conflitto aspirerebbe a risolvere (cioè un conflitto fra più leggi aventi, per il foro, « in astratto » vocazione ad applicarsi, come si suol dire: v. BONOMI/BUCHER, p. 3; JACQUET, *La fonction supranationale*, p. 213), un conflitto che nasce dall'atteggiamento *effettivo* dell'altro Stato e la cui esistenza si constata esplorando tale atteggiamento (cfr. ANCEL/LEQUETTE, p. 70: « En affirmant 'qu'il n'y a qu'avantage à ce que tout conflit se trouve ainsi supprimé', la Cour de cassation entendait sans doute marquer que, grâce au renvoi, la solution serait la même en France et en Bavière »); vi si deduce, in secondo luogo, che la Francia è « interessata » a regolare con la sua legge anche la fattispecie che, benché non collegata alla Francia per il tramite del fattore adottato dalla norma di conflitto francese, lo è per il tramite di altro contatto « territoriale » rilevante, cioè che la legge francese ha, appunto, una « vocazione naturale » a regolare anche questa fattispecie; in terzo luogo, tale vocazione la Francia può pure concretamente attuare laddove, attuandola, risolve quel tipo di conflitto di cui si è detto. Il che induce a pensare che se, ponendo la norma bilaterale, la Francia rinuncia ad attuare tale vocazione naturale, è perché teme che ciò non valga a risolvere il conflitto, del tipo, di nuovo, di cui si è detto, e che tale rinuncia si giustifica nei soli limiti in cui è idonea a raggiungere lo scopo cui è preordinata.

assoluta »; ed è essenziale comprendere che tale « rinuncia », tale « volontà di non applicazione », è *condizionata* precisamente all'esistenza di una *norma straniera* dichiarata applicabile al rapporto, cioè alla « volontà di applicazione di una norma straniera », cioè al « non rifiuto di applicazione » di tale norma²²³². E' essenziale comprendere che la finalità di questa « volontà di non applicazione » è di impedire che la fattispecie sia regolata da più leggi potenzialmente contraddittorie. Ed è essenziale comprenderlo perché, se lo si comprende, risulta chiaro che tale rinuncia, tale « volontà di non applicazione », ha senso unicamente nei limiti in cui essa è in grado non solo di prevenire tale conflitto internazionale di norme ma anche di procurare che vi sia comunque una norma applicabile, una norma che abbia « volontà di applicazione », cioè di procurare che la norma applicabile sia *una* (non già nessuna: perché altrimenti non vi sarebbero ordine e certezza) ed *una sola* (non due o più: perché neppure in questo caso vi sarebbero ordine e certezza).

Ora, se è così, è giocoforza concludere che qualora, invece, rinunciando a dare efficacia alla propria norma, il nostro Stato venga bensì, da un lato, ad evitare che le norme applicabili alla fattispecie siano *due*, ma procura, dall'altro, che non ve ne sia *nessuna*, allora non solo la rinuncia a convocare la propria norma, la « volontà di non applicazione », non si giustifica più, ma anzi si giustifica la – per dir così – « non rinuncia », cioè « la *non* volontà di *non* applicazione », cioè, più semplicemente, e chiudendo i bisticci linguistici, la « volontà d'applicazione » della sua legge. Insomma: se uno Stato ha rinunciato ad una porzione della sfera applicativa vocazionale della sua legge per raggiungere un certo obiettivo, ma si avvede che, almeno relativamente ad alcune fattispecie, rinunciando a tale porzione non raggiunge affatto tale obiettivo, ma che è piuttosto *non* rinunciando che lo raggiunge, allora non soltanto non ha più senso la rinuncia, ma s'impone la « non rinuncia ». Il che spiega perché uno Stato, quando constata che, se rinuncia ad applicare la sua norma ad una fattispecie, non vi è alcuna altra norma applicabile alla fattispecie, si affretta, per dir così, a « revocare » la rinuncia e a ritornare ad occupare la porzione dell'area di operatività naturale che pur era pronto a dismettere per conseguire l'unicità di regolamentazione, cioè per assicurare al rapporto l'ordine e la certezza e farne beneficiare i soggetti parti di esso.

Dire che qui il foro applica la propria legge *di contro* od addirittura *in violazione* dei limiti d'applicazione che essa si assegna, cioè in violazione della sua « volontà d'applicazione », e brandire tale argomento come prova della « scacco » dell'unilateralismo, che fa del rispetto di tali limiti e di tale volontà – degli Stati stranieri ed innanzitutto del foro – la sua ambizione primaria, significa dimenticare ciò che pure si riconosce comunemente, cioè che la legge del foro ha una « vocazione applicativa naturale », che altro

²²³² Si tratta davvero di « *désistement* », termine impiegato da WESTLAKE, *AIDI*, 1900, p. 166, e ripreso da LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Observations sur la question du renvoi*, *Clunet*, 1924, p. 877 (cfr. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi*, p. 98 s.).

non può significare se non una « volontà d'applicazione naturale »; e altresì dimenticare che, a fondamento della compressione di tale « volontà d'applicazione naturale » che la norma bilaterale prescrive, risiede una condizione cui è rigorosamente subordinata la ragion d'essere di tale restrizione. Per cui è perfettamente coerente che, se tale condizione fa difetto, la restrizione non abbia luogo, e che dunque, per queste fattispecie, la « volontà d'applicazione *effettiva* » della norma del foro torni a coincidere con la « volontà d'applicazione *naturale* ».

Ecco spiegata la logica del *rinvio indietro*. Vi è però una difficoltà ulteriore, che si è sempre, e giustamente, rimproverata ai fautori di esso: se entrambi gli Stati coinvolti, per i motivi appena illustrati, « revocano » tale rinuncia, cioè insomma finiscono per volere ciascuno riappropriarsi della vocazione in un primo momento sacrificata della propria legge – e, se uno Stato fa alcunché su un terreno che in qualche modo interessa anche altri Stati, deve aspettarsi che anche questi ultimi facciano, o quanto meno *possano* fare, lo stesso, cioè rivendicare la medesima libertà – la fattispecie risulta di nuovo « colpita » da un conflitto internazionale di leggi. Il conflitto negativo si trasforma in conflitto positivo, in un conflitto di « volontà dispositive » o « suppletive ». Vero è che, dietro ad ogni conflitto negativo, si annida e nasconde un conflitto positivo, almeno in potenza²²³³. Ed il rinvio indietro ha il merito di togliere la maschera ai conflitti negativi e rivelarne la vera natura di conflitti positivi.

321. Come già si è osservato, i teorici del diritto insegnano che i criteri di soluzione delle antinomie normative possono, a loro volta, entrare *in conflitto* fra di loro²²³⁴ e provocare *conflitti di criteri di soluzione dei conflitti di norme*, che alcuni autori chiamano – si è pure rammentato – « antinomie di secondo grado »²²³⁵. Ciò avviene quando più criteri, hanno l'uno e l'altro « vocazione » ad applicarsi, cioè sono *simultaneamente applicabili*, ad un *medesimo* conflitto di norme, pretendendo l'uno e l'altro di risolverlo, ma in modo appunto diverso. Presupposto del conflitto di criteri di soluzione del conflitto di norme è che uno di essi designi come applicabile – cioè risolva il conflitto di norme a favore di – una delle norme in conflitto, e che l'altro renda applicabile l'altra norma, cioè risolva l'antinomia a favore di questa; mentre, si rileva, non vi è problema se, pur operando due criteri diversi, la messa in opera di entrambi richiama nei fatti la medesima norma²²³⁶. I teorici del diritto rilevano che l'ordinamento *deve* dirimere anche tali antinomie normative di secondo grado. E lo deve fare per le medesime ragioni per cui

²²³³ Così già SOHN: *supra*, para. 141.

²²³⁴ V. *supra*, para. 310.

²²³⁵ BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, p. 229: « Accanto al conflitto delle norme, che dà luogo al problema delle antinomie, c'è il conflitto dei criteri per la soluzione delle antinomie, che dà luogo ad un'antinomia di secondo grado ».

²²³⁶ V. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, p. 229: « Questa situazione complessa non suscita particolari difficoltà, quando le due norme sono disposte in modo che, qualunque sia il criterio che si voglia applicare, la soluzione non muta ».

deve risolvere i conflitti di norme, per dir così, « di primo grado »: i soggetti non possono essere destinatari di più norme incompatibili, *non importa che questa simultanea applicabilità derivi dal conflitto di norme ovvero dal conflitto di criteri di soluzione di esso*. La soluzione di tali conflitti di norme di secondo grado si fonda sulla *forza o razionalità* dei rispettivi criteri di soluzione.

Ora, è legittimo ragionare diversamente se l'antinomia di secondo grado, o il conflitto di criteri di soluzione del conflitto di norme, si dà tra norme di conflitto poste da Stati diversi – e i loro collegamenti – se cioè si è in presenza di quella che si è significativamente denominata, di recente, « antinomia di norme di conflitto »²²³⁷?

La deplorazione dell'esistenza di tali conflitti è, si può dire, ed è forse sempre stata, unanime. Henri Batiffol scriveva or sono più di cinquant'anni che « la prétention simultanée de deux pays à régir la même matière par leurs lois respectives est la négation de la répartition des compétences », e così classicamente esemplificava: « la capacité d'un Français domicilié en Angleterre sera régie en Angleterre par la loi anglaise, et en France par la loi française », concludendo: « [o]n ne peut dire qu'il n'y ait pas là un conflit contraire à un ordre international digne de ce nom »²²³⁸. L'eminente autore dichiarava vent'anni dopo che « pratiquement, le désordre » provocato da tali conflitti « entraîne des incohérences désastreuses dans la situation de ceux qui ont des attaches avec plusieurs pays »²²³⁹. Pochi anni fa, un altro *maître à penser* del d.i.p. europeo, Bernard Audit, ha affermato che « dès lors que les lois de fond en présence ne sont pas identiques, le conflit positif de rattachements se traduit par une contrariété des statuts; or l'*objectif majeur du droit international privé est d'éviter cette situation* »²²⁴⁰. Nel suo Corso generale professato all'Aja, di recente pubblicazione, Bernard Audit ha pure insistito su ciò che la « véritable difficulté suscitée par la diversité des lois internes » – diversità da cui il diritto internazionale privato prende nascita – è costituita dai « vrais conflits »²²⁴¹.

Vivo è il contrasto fra tale condanna e quell'atteggiamento di fatalistica inerzia pressoché totale serbata dalla dottrina europea nei confronti di tali conflitti²²⁴², inerzia ancora

²²³⁷ JACQUET, *La fonction supranationale de la règle de conflit*, p. 181.

²²³⁸ *Tendances doctrinales actuelles*, p. 28.

²²³⁹ *Principes de droit international privé*, p. 483.

²²⁴⁰ *D.i.p.*, p. 186.

²²⁴¹ *Cours général*, p. 232.

²²⁴² Tale atteggiamento viene ben illustrato, ad esempio, dalla seguente constatazione di BATIFFOL, *Principes de droit international privé*, p. 472: « le conflit positif ne trouve dans l'état actuel du droit aucune solution: le résultat dépendra du choix de la juridiction par le demandeur, juridiction dont on suppose qu'elle se reconnaîtra compétente. Si le juge anglais est saisi, il appliquera la loi anglaise, si c'est le juge français qui statue, il appliquera la loi française ». Ci permettiamo di mettere fronte a fronte la rassegnazione di Batiffol con la seguente « protesta », di vent'anni precedente, di ZICCARDI, *Il valore del diritto straniero nell'ordinamento nazionale*, Milano, 1946, ripubblicato in *Vita giuridica internazionale, Scritti scelti a cura degli allievi*, Milano, 1992, p. 43: « In nessun campo il giurista ha altrettante poche ragioni di assumere un atteggiamento esegetico, riducendo il

sottolineata di recente dallo stesso Audit²²⁴³. Manca, a tutt'oggi, in Europa, si può dire, una « teoria dei conflitti internazionali di norme »²²⁴⁴, cioè manca una teoria di ciò che rappresenta la « vera difficoltà » del d.i.p., cioè di quei casi di « contrarietà di norme » che pur è il « primo obiettivo del d.i.p. evitare »; quella contrarietà di norme di cui René David disse che « choque la raison et constitue une vergogne pour les juristes »²²⁴⁵, e la cui persistente esistenza lo indusse a chiedersi, nelle sue severe *Riflessioni di un comparatista sul diritto internazionale privato*, se « concernant les relations internationales, [les juristes] ont été à l'hauteur de leur tâche »²²⁴⁶.

E' difficile sottrarsi all'impressione che la spiegazione di quest'inerzia debba rinvenirsi, almeno in parte, in ciò che il metodo bilaterale, con il paradigma della « bonne vieille règle de conflit »²²⁴⁷ che lo incarna, non consente di *lavorare* ad una soluzione di tali conflitti, perché, semplicemente, non consente di *prenderne atto*, il che è stato, ancora da ultimo, francamente ammesso²²⁴⁸. Mentre, si è pur detto di recente, tali « antinomie », la consapevolezza della cui esistenza e delle cui « conséquences sur la vie juridique des particuliers » fa apparire « l'objectif supranational inhérent au droit des conflits de lois », dunque è funzionale a tale obiettivo, sono, al contrario, « assumées frontalement par l'unilatéralisme »²²⁴⁹, per quest'ultimo in effetti, « dans sa version plus élaborée, l'exigence de coordination (...) [étant] immanente au règlement du conflit de lois »²²⁵⁰.

proprio compito a quello di desumere la norma dal testo legislativo, come in questo in cui i testi non sono altro che l'espressione di una interpretazione personale, naturalmente arretrata ed imperfetta, di quella che è una funzione generale dell'ordinamento giuridico »; ed ancora: « E' strano che la dottrina, la quale sa benissimo di essere l'artefice principale, con l'interpretazione, delle norme di d.i.p. realmente esistenti, costituendo uno dei principali fattori di quell'opinione giuridica che è fonte di tali norme, assai più delle leggi stesse, continui a proclamare in buona fede un gretto positivismo ».

²²⁴³ Cours général, p. 260.

²²⁴⁴ Cfr. IDOT, *Les conflits de lois en droit de la concurrence*, Clunet, 1995, p. 340, secondo la quale dei « conflits de lois de police », che non sono altro che conflitti internazionali di norme, si deve ancora elaborare una teoria. V. *supra*, para. 222-223.

²²⁴⁵ *Le droit du commerce international: une nouvelle tâche pour les législateurs nationaux ou une nouvelle lex mercatoria?*, Rapport général au deuxième Congrès international de droit privé, New York, 1977, vol. I, p. 5 s., citato da LALIVE, *Tendances et méthodes*, p. 39, nota 42.

²²⁴⁶ *Le droit du commerce international, Réflexions d'un comparatiste sur le droit international privé*, Paris, 1987, p. 22.

²²⁴⁷ DAVID, *Le droit du commerce international, Réflexions d'un comparatiste*, p. 22, citando la formula di « son ami Batiffol », *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, Années 1963-1966, p. 103.

²²⁴⁸ Già FRANCESCAKIS, *Théorie du renvoi*, p. 61, citando LEWALD, *La théorie du renvoi, Recueil*, 1925-IV, t. 9: « Le conflit positif, de par sa nature même, est insoluble. Il ne peut être supprimé que par l'unification des règles de conflit »; v. più recentemente JACQUET, *La fonction supranationale de la règle de conflit*, p. 238: « le mécanisme du renvoi ne permet pas de résoudre les conflits positifs incluant la *lex fori* puisque cette hypothèse est située en dehors de son champ de perception »; cfr. AUDIT, *Cours général*, p. 325; BODEN, *L'ordre public*, vol. II, p. 589.

²²⁴⁹ JACQUET, *La fonction supranationale de la règle de conflit*, p. 175.

²²⁵⁰ JACQUET, *La fonction supranationale de la règle de conflit*, p. 231.

Lasciando da parte qui la questione di chi, fra bilateralisti ed unilateralisti, debba assumersi la responsabilità storica di questa – ci si passi il termine un po' grosso – « svergiatezza » di fronte alla questione, e del ritardo che ne è derivato, vero è che se si riconosce che la ragione prima che conduce gli Stati a limitare la sfera di applicabilità delle proprie norme a mezzo di un solo criterio di collegamento è che, se ne scegliessero due o più, e se anche tutti gli altri Stati facessero parimenti, *non* si produrrebbero, per gli individui, certezza ed ordine, perché vi sarebbe il rischio della simultanea applicabilità di norme e dunque di prescrizioni contraddittorie, non pare coerente con questo « moto primo » che, laddove, cioè per quelle fattispecie per le quali, tale prima operazione di delimitazione ancora non si riveli, per difetto o per eccesso, sufficiente a prevenire il conflitto normativo internazionale, a produrre l'ordine e la certezza ricercati²²⁵¹, non si provi a raggiungerli, ove possibile, con altri mezzi, se ve ne sono²²⁵². Il « procedimento » della risoluzione del conflitto internazionale di leggi, insomma, non può e deve, in questi casi, arrestarsi qui, semplicemente perché tale conflitto non è ancora risolto: è necessaria, una « tappa » ulteriore²²⁵³. Ed invero la dottrina europea ha preso da qualche anno a guardare con crescente attenzione a tali conflitti, a ravvisare la necessità di occuparsene più da vicino²²⁵⁴.

²²⁵¹ Su ciò che le « antinomies des règles de conflit » siano « source de potentiels désordres », v. JACQUET, *La fonction supranationale de la règle de conflit*, p. 176.

²²⁵² Insomma: se l'obiettivo è che, per (ogni aspetto di) ogni relazione privata internazionale, vi sia una ed una sola legge applicabile; e se lo strumento X che si sceglie per raggiungere tale obiettivo, cioè l'adozione di un solo criterio di collegamento, è bensì in grado di raggiungerlo per alcune fattispecie, diciamo pure per numerose fattispecie, ma non già per tutte; e se si dà un certo strumento Z, con il quale si è in grado di raggiungerlo per le altre, quanto meno per alcune altre; coerenza vuole che, per queste ultime, si imbracci lo strumento Z, a meno che non vi siano validi motivi contrari. Viene del resto fatto di dire che, se riguardo a tali ipotesi residue, si sceglie deliberatamente, senza cioè alcun valido motivo, di *non* curarsi dell'*unicità* della legge ad esse applicabile – ed a parte il rilievo che non si capisce bene perché ce ne se debba curare nelle altre – tanto valeva piuttosto, per queste fattispecie, che il nostro Stato delimitasse la sfera di applicazione delle sue norme con due o più criteri di applicazione. Reazione questa che si dà proprio nel rinvio indietro.

²²⁵³ Che la soluzione di un « conflit de lois » sia un « procédé », o une « recette », cioè che possa articolarsi in più « étapes » e doversi proseguire anche dopo la « mise en œuvre de la règle de conflit », v. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi, passim*; sottolinea l'opportunità, talvolta, e segnatamente nei casi di pluralità di norme che vogliono applicarsi, di « considérer le choix exprimé par la règle de conflit du for comme non-définitif » JACQUET, *La fonction supranationale*, p. 230. La necessità di un « two-step approach » è stata, come abbiamo visto, teorizzata dall'unilateralismo americano, da Currie in poi (v. *supra*, para. 142 s., spec. 150, 153, 158, 160 e 165). E pure si è visto come a questo « two-step approach » si vada interessando da qualche tempo certa dottrina europea: v. ad es. PICONE, *Cours général*, p. 78 s.

²²⁵⁴ Oltre a AUDIT, *Cours général*, citato *supra*, note 2384 e 2385, v. JACQUET, *La fonction supranationale*, p. 91 s.; PICONE, *Cours général*, p. 78 s.; SCHWANDER, *Wie kann nationales IPR zu vermehrt internationaler Optik gelangen?*, p. 678 (*supra*, nota 1154).

In particolare, nelle situazioni di conflitto *negativo*, poiché si constata che la prima delimitazione è stata, per dir così, *eccessiva*, cioè che lo Stato ha per tramite di essa rinunciato ad una porzione non solo inutilmente grande, ma troppo grande della sua sfera di applicazione, perché tale rinuncia ha « azzerato » la pluralità naturale di norme applicabili alla fattispecie in questione, facendo risultare che essa non è regolata da alcuna (e non già da *una*, seppure soltanto una), esso Stato ben potrà riguadagnarne una parte. Nelle situazioni di conflitto *positivo*, al contrario, poiché la prima delimitazione non si è rivelata *sufficiente* per raggiungere l'obiettivo dell'unicità della norma applicabile – poiché cioè il campo di applicazione delle norme dello Stato del foro, pur ridotto, è però ancora troppo ampio per assicurare la ricercata unicità – si dovrà procedere ad una sua ulteriore compressione.

Vogliamo provare a vedere se possano dirsi esistere ragioni teoricamente o praticamente plausibili perché il foro possa o debba *non* preoccuparsi di tali conflitti, perché possa o debba non aspirare, riguardo ad essi, a « réaliser cette unité rationnelle de deux règles de conflit, certes distinctes, mais qui peuvent par leur combinaison, n'en faire qu'une », che, con le parole di Pierre Gothot, Henri Batiffol vedeva nel rinvio²²⁵⁵. E' opportuno al riguardo distinguere fra conflitti *positivi* e conflitti *negativi*. Le conclusioni cui perverremo sono le stesse, ma il percorso dimostrativo richiede, per dir così, una diversa energia.

322. Sui conflitti positivi che originano da conflitti negativi non pare necessario trattarsi a lungo. La prospettiva di risolverli a mezzo di un criterio « neutro », che faccia cioè « eguale parte » alle due leggi in conflitto, dovrebbe infatti risultare facilmente accettabile per entrambi gli Stati. Il fatto che vi fossero un tempo diversi Stati, e ve ne siano tuttora alcuni, che, rifiutando il rinvio indietro, accettavano, ed accettano, di attribuire *sempre*, in questi casi di conflitto negativo, efficacia alla legge dell'*altro* Stato, conferma che non sembrano esservi ragioni di principio che possano indurre uno Stato, all'opposto, a volere sistematicamente insistere, in questi casi, per l'applicabilità della *propria* legge, e a rifiutare dunque sempre di lasciare operare quella dell'altro. Ogni volta che si dà un conflitto negativo, ciò è segno, come si è detto, che tutti gli Stati appunto in conflitto si sono dichiarati pronti – al fine di ridurre all'*unità* la *pluralità* di norme applicabili alla fattispecie – a rinunciare ciascuno alla propria. E non pare esservi alcun valido motivo, una volta – come pure si è detto – che, a mezzo del rinvio indietro, ciascuno di essi ha « revocato » la rinuncia a mettere in opera la propria norma (revoca imposta dalla constatazione che la rinuncia non sarebbe servita alla ricercata unicità), che valga ad impedire loro di compiere una *nuova rinuncia, questa volta però soltanto parziale*, e per così dire, « mirata », per conseguire l'obiettivo in vista del quale erano ciascuno disposto ad una rinuncia *totale*. Si tratterebbe, insomma, qui, per ogni Stato, di mettere a punto un *secondo* criterio di applicabilità delle proprie norme di diritto privato da utilizzare riguardo a quelle fattispecie che, sulla base del primo criterio, scelto perché

²²⁵⁵ GOTHOT, *La place d'Henri Batiffol dans la doctrine*, p. 30.

ritenuto esprimere un'integrazione più forte, *non* risultano regolate da tali sue norme; *il che consentirebbe allo Stato di recuperare una parte di quella porzione dell'area di applicabilità naturale delle sue norme della quale, in nome dell'unicità, era preparato a privarsi per intero*²²⁵⁶.

323. Più complesso, in apparenza, è il caso dei conflitti (già originariamente) positivi. Più complesso perché si tratta qui di procurare che ciascuno degli Stati – che chiameremo A e B – nei cui ambienti socio-economici la fattispecie è significativamente integrata, si privi di una porzione della vocazione applicativa delle sue norme, ulteriore rispetto a quella cui già si è risolto a rinunciare propendendo per *un solo* collegamento. Non potrebbe allora, di grazia, sostenersi che ciascuno Stato ha, per questa via, compiuto il *massimo* sacrificio cui è disposto, che, cioè, i rapporti intersoggettivi legati alla sua comunità mediante quell'unico, particolare fattore formino, dal punto di vista di ciascuno, il *nucleo minimo, irrinunciabile e dunque irriducibile* della sfera di applicabilità internazionale del suo diritto privato? Ora, un simile argomento si presta ad una serie di gravi e decisive obiezioni – molte delle quali già formulate dall'ultimo unilateralismo americano – ed è, del resto, smentito dall'atteggiamento concreto per lo più positivamente tenuto dagli ordinamenti contemporanei. Basterà rilevare due punti, assumendo qui, per comodità, ed a fini di chiarezza, la prospettiva dello Stato A.

1. Se lo Stato A insiste nell'applicabilità delle proprie norme, è perché ritiene preferibile, anziché preoccuparsi qui di prevenire il conflitto internazionale di leggi, imporre a queste fattispecie, e ai soggetti coinvolti, il *suo* modello di giustizia, di ordine e di certezza. Senonché, concorrendo la legge dello Stato A con quella dello Stato B, non è dato alle parti sapere che si applicherà la prima – cioè che esse parti possono esercitare i diritti e sono tenute ad adempiere gli obblighi che la legge di A prescrive loro –, se non una volta che sia avvenuta una « giudizializzazione » del rapporto presso i giudici dello Stato A. La giustizia, l'ordine e la certezza che lo Stato A (come lo Stato B) intende procurare mediante il suo diritto privato non potrebbero insomma che essere qui « giudiziali »²²⁵⁷; mentre lo Stato A (come lo Stato B, ed ogni altro Stato) desidera, almeno di regola, ed in larga misura, che il suo diritto privato valga ad orientare *spontaneamente* – cioè pregiudizialmente ed extragiudizialmente – il comportamento dei soggetti cui si

²²⁵⁶ Concludendo: non pare esistere alcuna ragione, né convincente né plausibile, che possa indurre gli Stati a rifiutarsi di risolvere, a mezzo di un criterio neutro, un « conflitto (positivo che origina da un conflitto) negativo »: perché, detto in modo un po' ruvido, per risolverlo, si chiede loro di fare un po' meno di quanto non si siano già mostrati disposti a fare.

²²⁵⁷ Per questa preoccupata constatazione, v. già WENGLER, *Die Funktion der richterlichen Entscheidung über internationale Rechtsverhältnisse*, *RabelsZ.*, 1950, p. 1 s.; FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi*, p. 118, nota 2: « l'hypothèse contentieuse imprime à cette branche du droit quelque chose d'inquiétant ».

indirizzano le sue prescrizioni²²⁵⁸. La funzione – così come sopra definita²²⁵⁹ – della legge di A (così come della legge di B), non sarebbe dunque, riguardo a queste fattispecie, adempiuta²²⁶⁰. Si potrebbe a questo punto osservare che, se lo Stato A non è qui (come non lo è lo Stato B), in grado di assicurare alle parti la giustizia, l'ordine e la certezza che prescrive ed assicura la sua legge *se non* per via giudiziale, ciò dipende da fattori che sfuggono al suo controllo e di cui può dunque legittimamente non curarsi; mentre è legittimo che, per ragioni di coerenza del suo ordinamento e di saldezza e tenuta del suo sistema socio-economico, trattandosi di fattispecie che, essendo significativamente legate appunto al suo ordinamento e al suo sistema, meritano, dal suo punto di vista, di essere equiparate, quanto al loro trattamento, alle fattispecie puramente interne, lo Stato A si sforzi appunto di mettere in opera la sua legge, di attribuire efficacia alle sue « valutazioni giuridiche », *per quanto ciò sia in suo potere*.

2. Ma si tratta di una conclusione che viene per lo più – si anticipava – sconfessata dalla realtà positiva. Ché, per lo più, lo Stato A, nel valutare se consentire o meno l'ingresso nel suo ordinamento di una decisione resa da parte dello Stato B che ha messo in opera una legge diversa dalla sua (la quale pur era per ipotesi dichiarata applicabile dalle norme di conflitto di A), non respinge tale decisione, quanto meno *non* sulla base di tale diversità – il controllo della legge applicabile dal giudice d'origine non è infatti in genere praticato –, ma le consente di svolgere i suoi effetti²²⁶¹: in questo modo, dunque, lo Stato A accetta che tale fattispecie, che pure aveva cominciato col volere sottoporre alle sue norme materiali, quanto meno all'interno nel suo ordinamento, venga, anche nel suo ordinamento, regolata dalle norme straniere, qui dello Stato B, siccome concretamente messe in opera da parte dei giudici di B e « consacrate » in una norma individuale decisionale di B e colà puntualmente, ed individualmente, « vigenti » rispetto a quel

²²⁵⁸ HART, *The Concept of Law*, p. 40: « The principal function of the law as a means of social control [is] not to be seen in private litigation (...), which represents vital but still ancillary provisions for failures of the system. It is to be seen in the diverse ways in which the law is used to control, to guide, and to plan life out of court »; cfr. AUDIT, *D.i.p.*, p. 25: « les questions ne doivent pas être envisagées sous le seul aspect contentieux: les particuliers impliqués dans des relations internationales ont un intérêt certain à savoir de quelle manière leur situation sera appréciée dans les différents pays intéressés, afin d'organiser leurs affaires » (corsivo nostro); cfr. MALAURIE: « Il y a donc une place pour la législation – les cas nombreux; il y en a une autre pour la discussion, la recherche et les arrêts de la Cour de cassation – les cas exceptionnels ».

²²⁵⁹ Per una sommaria definizione di ragione d'essere, contenuto e funzione di una norma di diritto privato, v. *supra*, para. 301 s.

²²⁶⁰ Ancora HART, *The Concept of Law*, p. 39, il quale definisce la « private litigation » quale rimedio al « breakdown or failure of the primary purpose of the system »; di « anéantissement de l'ordre », cui il giudice viene « à remédier », parla BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, p. 140. Cfr. anche ROUBIER, *Le droit transitoire*, p. 227, secondo il quale « la décision judiciaire elle-même, l'exercice du pouvoir de juridiction, n'est autre chose que la consécration par la force de ce qui aurait pu, et dû, être admis par les plaideurs eux-mêmes, sur la base du droit, en dehors de tout procès ».

²²⁶¹ V. *supra*, para. 310.

rapporto²²⁶². Il che rende perfino in teoria, e per assurdo, possibile – come certa dottrina americana ha fatto osservare²²⁶³ – che lo Stato si trovi ad accettare che nessuna delle fattispecie riguardo alle quali sussiste un conflitto positivo venga in definitiva regolata, nel suo ordinamento, dal suo diritto privato nonostante questi abbia cominciato col dichiarare di volerle, per il tramite di esso, « controllare » tutte.

La constatazione che precede dimostra due cose. Ed innanzitutto la non veridicità dell'idea che, rispetto alle fattispecie che sono collegate con il suo sistema socio-economico a mezzo di quel contatto elevato dalla sua norma bilaterale a collegamento unico, uno Stato sia sempre sistematicamente interessato a che tali fattispecie siano governate dalla sua legge, indipendentemente cioè dal fatto che esistano uno o più altri Stati che intendano a loro volta applicarvi la propria. L'assenza di controllo della legge applicabile rivela che, quanto meno una volta che la legge straniera abbia concretamente, effettivamente e giudizialmente operato, uno Stato è disposto a rinunciare alla sua, che pur in origine dichiarava applicabile, ed ad accettare che la fattispecie sia regolata, *anche nei limiti del proprio ordinamento*, dalla legge dell'altro Stato in conflitto. La seconda riguarda l'obiettivo che il nostro Stato ha di mira quando è propenso a sacrificare l'operatività delle proprie norme pur dichiarate in principio applicabili dalla sua norma di conflitto bilaterale: è quello stesso che – lo si è già ricordato – risiede a fondamento del riconoscimento nel foro delle decisioni giudiziarie: cioè appunto di procurare l'*armonia internazionale delle soluzioni*, cioè la prevenzione a beneficio dei soggetti di un conflitto internazionale di norme, cioè di procurare che il rapporto interindividuale in questione sia regolato da una ed una sola norma (o serie di norme) nelle comunità statali in cui è integrato, anche se non dalla sua²²⁶⁴.

324. Ad una rinuncia all'applicabilità della propria legge nel caso di conflitto positivo, il nostro Stato è dunque bensì *disposto*, e proprio al fine di evitare ai soggetti del rapporto interindividuale il conflitto internazionale di norme. Ma – vi è ora da chiedersi – è ragionevole che lo sia soltanto quando si è avuta una pronuncia giudiziaria? Questo atteggiamento un po' « schizofrenico »²²⁶⁵, come è stato definito, in un contesto assai vi-

²²⁶² V., per questa constatazione, JACQUET, *La fonction supranationale*, p. 231 s.; RADICATI, *Mondialisation, juridiction, arbitrage*, p. 35.

²²⁶³ KRAMER, *Rethinking Choice of Law*, p. 314 (v. *supra*, para. 160).

²²⁶⁴ Cfr. i seguenti rilievi di RADICATI, *Mondialisation, juridiction, arbitrage*, p. 35, secondo cui l'esigenza di « ne pas remettre en jeu les résultats acquis devant le juge et sauvegarder les attentes légitimes des parties (et en dernière analyse le bon fonctionnement des rapports internationaux), finit donc par revêtir plus d'importance que l'application à chaque espèce des règles considérées à ce point importantes qu'elles doivent impérativement être appliquées par le juge du for s'il est lui-même appelé à juger ». Nella misura in cui uno Stato accetta di riconoscere la decisione emanata sulla base dell'altra legge in conflitto, quest'ultimo non può coerentemente definirsi « irréducible »: cfr. AUDIT, *Cours général*, p. 260.

²²⁶⁵ RADICATI, *Mondialisation, juridiction, arbitrage*, p. 35, il quale così osserva: « Il en résulte une approche quelque peu schizophrénique des systèmes juridiques: d'un côté, ceux-ci s'efforcent

cino al nostro, di uno Stato, che, per tutto il tempo che precede l'adizione di un giudice, non si cura di mettere in discussione l'applicabilità delle sue norme ad un rapporto intersoggettivo al quale un altro Stato, cui pure la fattispecie è significativamente vincolata, dichiara applicabili le proprie, « ignorando superbamente » tale parallela volontà²²⁶⁶, per poi piegarsi incondizionatamente (o quasi) alla messa in opera presso di sé della legge straniera una volta che i giudici stranieri si siano pronunciati; questo *ritardo*, insomma, nella ricerca della composizione del conflitto internazionale di norme – nella disponibilità a sacrificare l'applicabilità delle proprie per conseguire tale scopo – pare però avere un prezzo assai elevato. E ciò dal punto di vista sia, e da un lato, della *certezza del diritto*, sia, e dall'altro, della *giustizia del diritto*. Se ne è già discusso più sopra raffrontando le modalità di composizione delle antinomie interne ed internazionali, sicché è possibile qui trattarne soltanto sommariamente richiamando le conclusioni già formulate.

Quanto alla *certezza*, prima dell'instaurazione del rapporto, e nel momento in cui le parti s'interrogano sull'opportunità d'instaurarlo, esse non sono, come si è detto, nel caso in cui soggiacciano a più leggi incompatibili dichiarate applicabili dagli Stati da cui emanano, in grado di prevederne il contenuto, perché ignorano quale legge, fra quelle *applicabili*, sarà effettivamente *applicata*. Tale incertezza ha o può avere per effetto di scoraggiare il traffico giuridico, quando lo scopo del diritto privato – delle norme dell'uno Stato e delle norme dell'altro – è che i suoi destinatari possano servirsene, nel senso che si è detto, cioè se lo ritengono conforme ai loro programmi di vita, economica e sociale; cioè insomma tale incertezza impedisce che la « funzione facilitatrice » del diritto privato in genere, e, qui, di *ciascuna* delle norme in conflitto, sia davvero efficace. Una volta sorto il rapporto, le parti neppure sono in grado di conoscerne il tenore, quando s'interrogano sugli effetti che esso abbia prodotto nella loro sfera giuridica, né addirittura, eventualmente, di determinare se il rapporto sia valido od invalido, cioè se un rapporto, in assoluto, è effettivamente sorto: la parte cui deriva un diritto soggettivo non può con sicurezza esercitarlo (perché non sa se esiste) e quella cui deriva un obbligo non può con sicurezza adempierlo (perché non sa se esiste)²²⁶⁷. Tale incertezza ha per effetto

d'édicter une quantité de règles visant à protéger des intérêts considérés comme fondamentaux, et qui sont par conséquent classées comme lois de police dans la terminologie du droit international privé; d'autre part, ils finissent par (devoir) accepter que ces règles ne reçoivent pas application chaque fois que ce n'est pas l'Etat en question qui exerce la juridiction ».

²²⁶⁶ L'espressione è mutuata da JACQUET, *La fonction supranationale de la règle de conflit*, p. 188-189.

²²⁶⁷ DAVID, *Le droit du commerce international, Réflexions d'un comparatiste*, spec. p. 13 s.; OPESKIN, *The Price for Forum Shopping*, p. 17: « So long as the legal consequences of a defendant's actions depend on the discretion of the plaintiff in choosing a forum for litigation, it is not possible for the defendant to know his or her rights and obligations with sufficient certainty in advance of acting »; WENGLER, *L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable*, p. 660: « Comment quelqu'un peut-il s'acquitter de ses obligations juridiques de comportement qu'il est en principe prêt à assumer, alors qu'il ne sait pas de quel droit ces obligations dérivent? »; ed an-

di scoraggiare la composizione amichevole di un dissidio eventuale, che il diritto intende favorire, e d'incoraggiare le iniziative giudiziarie: non tanto, però, come si è detto, il « ricorso al giudice », ma la « corsa al giudice », quando il diritto mira a procurare che la certezza di esso le riduca al minimo²²⁶⁸. Il che conduce all'attentato forse più profondo al senso, alla natura stessa del diritto privato: l'incertezza circa il contenuto del diritto soggettivo di una parte e dell'obbligo dell'altra può essere risolta, anziché dall'alto, da un soggetto imparziale, il giudice, e secondo un principio di giustizia, eventualmente di equità, da una delle parti stesse, e secondo il criterio del proprio maggior profitto e del maggior danno dell'altra. La *rule of law* diviene la *rule of one of the litigants*: legislatori e giudici accettano di diventare spettatori del prepotere che finiscono per accordare ad uno dei soggetti coinvolti²²⁶⁹. « L'essenza del diritto privato », di quel diritto, cioè, di cui uno dei più autorevoli giuristi europei contemporanei ha sottolineato che ha « tradizionale vocazione ad offrirsi quale modello alle altre discipline giuridiche », e proprio per l'immagine che incarna, presso la collettività, di « equilibrio imposto dall'alto a due soggetti, bilancia nelle mani di una dea »²²⁷⁰, viene compromessa e la fisionomia del momento processuale viene sfigurata.

Pare allora ben altrimenti conforme alla ragion d'essere ed alla funzione del diritto privato che questo conflitto internazionale di leggi che lascia sussistere un'antinomia internazionale di norme di conflitto, anziché risolto necessariamente *dopo* l'instaurazione di un rapporto, in un contesto *giudiziale*, e da una *sola parte* in danno dell'altra, sia, laddove possibile, composto *prima* dell'instaurazione del rapporto, cioè che sia in sostanza *prevenuto*, dalle autorità legislative degli Stati in conflitto ed in virtù di un criterio « solutorio » *neutro* che promuova gli interessi oggettivi del rapporto in questione, e dunque quelli, oggettivi, di entrambe le parti; e che, nei residui casi d'incertezza, nei casi in cui l'iniziativa giudiziaria non è evitabile, il conflitto internazionale di leggi sia deciso da un soggetto terzo, un giudice appunto, e secondo un criterio di equità.

cora, a p. 669: « Malheureusement, ce sont souvent les juristes et même les avocats conseils qui ne comprennent pas que surtout en présence d'un contrat se rattachant à plusieurs Etats, chacune des parties a besoin de connaître avec certitude les obligations qu'elle doit remplir en vertu du contrat et la loi régissant le contrat »; cfr. FULLER, *The Morality of Law*, p. 39.

²²⁶⁸ V. autori citati *supra*, alle note 2258 e 2260; cfr. KRAMER, *Rethinking Choice of Law*, p. 314.

²²⁶⁹ OPESKIN, *The Price for Forum Shopping*, p. 15: « legal rules that encourage the practice of forum shopping exact a heavy price of principle and strike at the foundations of the rule of law upon which our legal system is based ». L'A. insiste con ragione sulla « clear relationship between the rule of law and the goal of decisional harmony » (p. 17). Cfr. VON MEHREN, *Special Substantive Rules for Multistate Problems*, p. 350: « permitting one party, after a controversy has arisen, to select the law more favourable to his position runs counter to ideas of equality that are basis to Western justice »; v. GOTTESMANN, *Adrift on the Sea of Indeterminacy*, 75 *Ind. L. J.* 527 (2000): « It is simply not fair that one party gets to choose, *after the fact*, what legal regime will govern the parties' dispute » (corrispondente nostro); v. anche le conclusioni dello studio di BELL, *Forum Shopping in Transnational Litigation*, p. 336-337.

²²⁷⁰ CARBONNIER, *Introduction au droit civil*, p. 15-16.

Rimane da verificare se i criteri proposti dagli autori passati in rassegna nella Parte Prima abbiano queste caratteristiche e, soprattutto, se ed in che misura siano penetrati nei sistemi moderni.

Sezione VI

Possibilità di soluzione dei conflitti positivi e negativi nei sistemi moderni

SOMMARIO: – 325. Criteri di soluzione spaziali e criteri di soluzione materiali. – § I. *Principio di prossimità*. – 326. Il « collegamento più stretto », la sua razionalità e la sua positività: clausola d'eccezione, norme imperative straniere, un certo uso del rinvio. – § II. *Criterio del favor*. – 327. Il criterio del *favor*, la sua razionalità e la sua positività. – § III. *Previsioni delle parti e professio iuris*. – 328. Le previsioni delle parti e l'autonomia della volontà: loro razionalità e loro positività.

325. Occorre innanzitutto precisare che il termine « criterio » sta qui, appunto, per criterio di *soluzione* del conflitto positivo – *originariamente* positivo o derivato, nel senso che si è esposto, da un conflitto negativo –, e non necessariamente per criterio di *collegamento*, nel senso più proprio del termine, cioè di fattore che esprime un'integrazione spazial-geografica della fattispecie nella comunità dello Stato in cui si manifesta. La semplice insorgenza del conflitto positivo significa che la relazione intersoggettiva che esso colpisce presenta contatti oggettivamente significativi con entrambi gli Stati in conflitto (A e B), che partecipa insomma ai sistemi socio-economici dell'uno e dell'altro. Poiché la soluzione del conflitto – che abbia a luogo a favore di questa o quest'altra legge – non potrà che operare a favore di quella di uno Stato con il cui ordinamento la fattispecie è già significativamente vincolata, ci si può qui affidare anche a criteri d'indole *non spaziale*, cioè materiale. A parte quest'importante rilievo, i criteri qui in analisi non si distinguono da quelli che gli Stati adottano per delimitare la naturale sfera di applicabilità delle proprie norme. Si deve infatti trattare di criteri che possono condurre alla legge dell'uno ovvero dell'altro Stato in conflitto, cioè in principio « paritari », neutri, rispetto ai quali insomma non è dato sapere a priori che si applicherà questa o quest'altra legge, ma nello stesso tempo tali che, una volta che la fattispecie sia sorta o stia per sorgere, le parti che sono o saranno coinvolte sono per lo più in grado di determinare con ragionevole certezza quale sarà la legge a favore della quale il conflitto è risolto, se di A o di B; ancora, di criteri tali da non potere operare se non a favore di in uno degli Stati in conflitto – di A ovvero di B – e non dunque di entrambi gli Stati, A e B, e neppure a favore di nessuno dei due Stati (né di A né di B), perché, nell'uno e nell'altro caso, il conflitto internazionale di leggi permarrebbe. Si esamineranno qui di seguito tre criteri o metodi per la sua risoluzione: il principio di prossimità (§ I), il *favor* per un risultato materiale (§ II), le previsioni delle parti e la *professio iuris* (§ III).

§ I. – Principio di prossimità

326. Una prima via consiste nel privilegiare la legge dello Stato, di A o di B, con il quale il rapporto da regolare risulta, nel suo insieme, più strettamente collegato²²⁷¹: il che può avvenire o identificando un *terzo* fattore di connessione, cui far arbitrare il conflitto²²⁷², ovvero lasciando che l'apprezzamento venga condotto tenendo conto di ogni *ulteriore indice* che, in ciascun caso di specie, si presenti come rilevante, cioè in sostanza ricorrendo al principio di prossimità « allo stato puro »²²⁷³. Se, dunque, il rapporto è integrato nei sistemi di due Stati A e B a mezzo di due collegamenti scelti da ciascuno per proprio conto; e se viene successivamente individuato un *terzo* elemento o una *serie* di altri elementi – che attengano ai soggetti ovvero agli atti ovvero alle cose oggetto del rapporto –, i quali siano idonei ad esprimere a loro volta un'integrazione del rapporto nel sistema in cui si realizzano; tale terzo o tali ulteriori contatti contribuiscono a *rafforzare* il legame complessivo della fattispecie nel sistema socio-economico di quello Stato. Tale metodo di soluzione porta, lo si vede, ad un « raggruppamento o cumulo di punti di contatto » o alla preferenza per l'« ordinamento più forte », proposta ancora di recente²²⁷⁴. Il fondamento razionale di esso è quello stesso in cui si suole scorgere il più visibile fattore della giustizia del diritto internazionale privato: dal punto di vista delle comunità statali, la preoccupazione di offrire ed ad un tempo di prescrivere l'osservanza della propria legge alle parti di una determinata fattispecie è tanto maggiore quanto più essa fattispecie è significativamente integrata nel sistema di tale Stato; dal punto di vista dei soggetti del rapporto, se uno di loro invoca la protezione dell'una legge e l'altro quella dell'altra legge, e se entrambe le leggi sono dichiarate applicabili ma non possono applicarsi effettivamente, la pretesa della parte che chiede l'applicazione della legge dello Stato più strettamente collegato, nell'insieme, al rapporto può dirsi più legittima rispetto alla contraria pretesa dell'altra parte²²⁷⁵.

Rimane da chiedersi se tale criterio di soluzione possa dirsi già in qualche modo positivo. Le codificazioni e le elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali recenti e meno recenti offrono almeno tre strumenti che consentono di dare una – cauta – risposta affermativa.

²²⁷¹ E' uno dei criteri, lo si ricorderà, proposti dall'unilateralismo americano, sin dai suoi primordi (v. *supra*, para. 141 s.), ma cui pure accennò Quadri (v. *supra*, para. 134)

²²⁷² Per esempio il luogo di situazione dei beni in materia successoria quando sia lo Stato nazionale che lo Stato del domicilio vogliono applicare le proprie norme: cfr. AUDIT, *D.i.p.*, p. 186.

²²⁷³ BALLARINO/ROMANO, *Le principe de proximité chez P. Lagarde*, p. 37 s.

²²⁷⁴ AUDIT, *D.i.p.*, p. 186, secondo cui, in materia di conflitti positivi, « l'on pourrait donc admettre qu'en certaines matières, l'un des systèmes en présence jouit d'un titre supérieur à avoir le dernier mot parce qu'il constitue l'ordre juridique le plus fort à l'égard de la situation ».

²²⁷⁵ V. ad es. KOGAN, *Toward A Jurisprudence of Choice of Law*, p. 666 s.

1. Il primo è offerto dalla « clausola d'eccezione », la quale si ritrova in un numero sempre crescente di codificazioni di d.i.p.²²⁷⁶, e della quale si è detto che è o può diventare un meccanismo di « perfezionamento del sistema classico »²²⁷⁷. La clausola consente alle autorità di uno Stato di attribuire efficacia alla legge dello Stato in cui il rapporto risulta in concreto più significativamente collegato, anche se tale legge è diversa da quella designata dalla norma bilaterale a collegamento unico, ed anche se la legge designata dalla norma bilaterale è quella del foro e la legge a favore della quale la clausola opera è una legge straniera. La più parte degli autori che se ne sono occupati *ex professo* ritiene che una delle principali funzioni di questo meccanismo sia proprio quella di risolvere il conflitto, positivo o negativo, che lascia sussistere la diversità dei collegamenti adottati dalle norme bilaterali degli Stati in presenza, cioè – come ci si esprime per lo più – di raggiungere o tendere a raggiungere l'uniformità di soluzioni²²⁷⁸. Sembra dunque che la clausola si possa attivare per lo più a beneficio di una legge che lo Stato di emanazione ha dichiarato a sua volta in principio applicabile, ma anche, precisiamo, quando tale applicabilità deriverebbe da un'accettazione del rinvio. La scelta di quale fra le leggi in conflitto, A e B, l'una e l'altra in principio dichiarate applicabili, debba applicarsi effettivamente, ad esclusione dell'altra, può dipendere da un'analisi dei rispettivi collegamenti, al fine d'individuare quello complessivamente più forte.

E' ben vero che sono ancora numericamente limitati i sistemi che espressamente codificano il dispositivo in analisi. Ma a parte il fatto che in altri Paesi si va da qualche tempo raccomandando l'opportunità di accoglierlo²²⁷⁹, una delle ragioni della resistenza opposta da certa dottrina è il timore che s'insinuerebbe un fattore d'incertezza, cioè di imprevedibilità per le parti, circa la legge applicabile, in contrasto con la direttiva della certezza e della prevedibilità cui, come si è ricordato ancora di recente, aspirerebbe la norma bilaterale²²⁸⁰. Ora, tale riserva – ci sembra – può e deve mettersi da parte qualora si

²²⁷⁶ E' il caso segnatamente della Svizzera (art. 15 della LDIP), del Quebec (art. 3082 del *Code civil*), della Slovenia (art. 2 della legge sul d.i.p. del 1999: per il testo di queste tre norme GONZÁLEZ CAMPOS, *Cours général*, p. 229 s.), della Corea del Sud (art. 8 della legge sul d.i.p.), del Belgio (art. 19 del Codice di d.i.p.). Per indicazioni bibliografiche, oltre ai lavori citati qui di seguito, rinviamo a *Zürcher Kommentar*, p. 183-185.

²²⁷⁷ Cfr. RÉMY-CORLAY, *Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois*, p. 39 s.

²²⁷⁸ Nella letteratura svizzera, v. DUBLER, *La clause d'exception*, p. 100: « Le premier objectif qu'on devrait avoir en vue, lors de l'application de la clause d'exception, est celui de l'uniformité ou de l'harmonie internationale »; cfr. REICHART, *Der Renvoi im schweizerischen IPR, Funktion und Bedeutung*, Zürich, 1996, p. 180; KELLER/GIRSBERGER, *Zürcher Kommentar*, p. 183; VON OVERBECK, *Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications récentes*, RCADI, 1982-III, p. 191, e il « Messaggio » relativo alla LDIP, p. 48.

²²⁷⁹ Per la Francia, RÉMY-CORLAY, *Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois*, p. 38 s.; per i Paesi Bassi, cfr. GIRSBERGER, *Zehn Jahre IPRG*, SJZ, 1999, p. 220, nota 88.

²²⁸⁰ AUDIT, *Cours général*, p. 326; GONZÁLEZ CAMPOS, *Cours général*, p. 215 s.

limiti rigorosamente l'impiego della clausola, come per lo più i sistemi che l'ammettono si premurano di fare. Innanzitutto, vi è accordo, per lo più risultante dalle redazioni legislative, su ciò che la clausola di eccezione non possa funzionare quando le parti abbiano scelto la legge applicabile e potevano farlo²²⁸¹: le previsioni delle parti, particolarmente forti e legittime, che si siano fondate su tale scelta, non possono dunque venire frustrate. In secondo luogo, diversi autori, come diremo fra un istante, raccomandano che la clausola sia impiegata per rendere applicabile proprio quella fra le leggi in conflitto verso cui si sono orientate le aspettative comuni delle parti. Non sembra allora giustificato, neppure in questi casi, sostenere che tale strumento rischia di contrariare la *prevedibilità*, perché ad essa ci si rivolgerebbe qui proprio al fine di venire incontro alle *previsioni effettive*²²⁸². Ma, soprattutto, se non vi sono state aspettative comuni obiettivamente accertabili, l'argomento dell'imprevedibilità non ha presa nella misura in cui si ammette che la clausola possa operare *soltanto* quando il suo impiego vale a rimediare ad un conflitto positivo (anche risultante da un conflitto negativo). Se insomma si concorda che può aversi ricorso ad essa al fine di conseguire l'uniformità, cioè di procurare la certezza, cioè la prevedibilità, circa la legge applicabile, diventa assurdo argomentare che è pericoloso ammetterla perché indebolisce la prevedibilità: delimitandone in questo modo l'ufficio, questo viene a consistere nell'assicurare tale prevedibilità ad una fattispecie internazionale che, altrimenti, sarebbe dominata dall'imprevedibilità più inestricabile.

Gli è infatti che, se due Stati dichiarano la loro legge applicabile al medesimo rapporto in quanto simultaneamente e significativamente integrato nelle loro rispettive comunità – come hanno additato ora è più di un secolo un nostro internazionalista²²⁸³ e più di

²²⁸¹ V. ad es. l'art. 15 della LDIP, l'art. 3082 del Codice civile del Quebec, l'art. 19 del Codice belga di d.i.p.

²²⁸² Così il « Messaggio » relativo all'art. 15 LDIP, a p. 84. Se poi, come segnala l'*Exposé des motifs* relativo all'art. 19 del Codice belga, la clausola può utilizzarsi per conseguire il rispetto delle « situazioni giuridiche acquisite all'estero »; e se tale rispetto si giustifica proprio per l'esigenza di non disattendere le aspettative delle parti circa la validità e il contenuto di tale situazione (MAYER, *Les méthodes de la reconnaissance*, p. 562), allora la clausola, lungi dall'ingenerare imprevedibilità, finisce proprio per essere asservita all'osservanza delle previsioni individuali effettive e legittime.

²²⁸³ ANZILOTTI, *Codificazione del diritto internazionale privato (Discorso letto nel R. Istituto di Scienze Sociali Cesare Alfieri in Firenze il giorno 12 Novembre 1893)*, in *Studi critici*, p. 55, il quale così motivava le riserve da lui nutrite rispetto ad una codificazione del d.i.p. mediante legge interna: « Qui lo scopo [di una codificazione nazionale] [] può essere [] soltanto quello di dare anche a questa parte del diritto la maggior possibile certezza (...). Il valore di questa forma di codificazione deve dunque considerarsi di fronte a un duplice scopo, in quanto cioè possa servire a sottrarre all'incertezza le relazioni giuridico-private internazionali, ed in quanto possa favorire i progressi generali di questa parte del diritto. Per ciò che riguarda la certezza del diritto internazionale privato in genere, a nessuno sfugge che una codificazione interna può contribuirvi in ben piccola misura. Tutto quello che se ne può aspettare è di sapere con sufficiente sicurezza che, in quello [S]tato, una data questione sarà risolta applicando questa o quella legge, ma non di più: ed è assai poco nelle relazioni internazionali, a cui la certezza deriva soltanto dal sapere che un dato rapporto giuridico

recente un insigne comparatista²²⁸⁴, e come rileva tutto un movimento contemporaneo d'autori d'oltreoceano²²⁸⁵ – non vi è alcuna certezza, dunque alcuna prevedibilità per le parti sulla norma di condotta da osservare, né nel momento dell'instaurazione del rapporto, né nel momento della sua naturale, fisiologica attuazione. Non appena sorga un disaccordo, questo non potrà essere risolto facendo riferimento alla « saggezza » delle norme che lo regolano, perché non è dato sapere quali siano queste norme. Per sciogliere tale incertezza ed imprevedibilità si è incoraggiati ed anzi obbligati a « giudzializzare » il disaccordo. Mentre la certezza e la prevedibilità quali valori fondativi del

sarà dovunque e sempre regolato da una legge determinata, perché il più delle volte è impossibile prevedere se, in tutti i momenti suoi ed in tutte le controversie cui può dar luogo, si svolgerà sul territorio d'uno o d'un altro ».

²²⁸⁴ DAVID, *Le droit du commerce international, Réflexions d'un comparatiste*, p. 28: « La sécurité qui règne actuellement n'est, à bien considérer les choses, qu'une sécurité bien relative puisque, lorsque les juridictions de plusieurs Etats peuvent être saisies – cas fréquent dans notre matière – ces juridictions ne font pas nécessairement application du même droit national en l'espèce ».

²²⁸⁵ La certezza e la prevedibilità – che consentono ai soggetti « to plan one's individual affairs on the basis of this knowledge »: HAYEK, *The Road to Serfdom*, 1944, p. 72 – spiegano il loro ruolo se sono assicurate *ex ante*. Per la differenza fra « ex ante predictability » ed « ex post predictability », v. O'HARA/RIBSTEIN, *From Politics to Efficiency in Choice of Law*, 67 U. Chi. L. Rev. 1151 (2000), p. 1188; in modo simile, BAXTER, *Choice of Law and the Federal System*, 16 Stan. L. Rev. 1 (1963), p. 3, distingue fra « primary predictability », cioè « the ability to predict what the legal consequences of [a particular] conduct, if litigated, would be held to be », e « secondary predictability », cioè « the ability of the parties to predict the legal consequences a particular court would attach to past conduct once a matter [is] in litigation ». Sul rilievo che le norme di conflitto aspirano a, e devono, assicurare la « ex ante predictability » la quale « instead of seeming to draw the law ex post from out of a hat », ha per effetto « to encourage the parties to tailor their conduct to conform to that law, thereby enhancing the law's deterrent value », v. O'HARA/RIBSTEIN, *From Politics to Efficiency in Choice of Law*, p. 1188; del resto, sottolineano gli autori, è lo stesso *due process* che impone che una parte non sia « unfairly surprised », che « focuses on the parties' expectations when they act »; v. fra gli altri BAXTER, *Choice of Law and the Federal System*, p. 3, secondo cui pure l'obiettivo delle norme di conflitto è proprio quello di « foster primary predictability »; BRILMAYER, *The Role of Substantive and Choice of Law Policies in the Formation and Application of Choice of Law Rules*, p. 42, la quale assume essere desiderabile « [t]o formulate the relevant legal principles at an early stage, in advance of actors engaging in primary conduct, for example, so that they can know what is permitted and what is not »; LAYCOCK, *Equal Citizens of Equal and Territorial States: The Constitutional Foundations of Choice of Law*, 92 Colum. L. Rev. 249 (1992), p. 319, il quale rimarca l'esigenza di « identify, before the act, the one state empowered to govern »; OPESKIN, *The Price for Forum Shopping*, 16 Syd. L. Rev. 14 (1994), p. 17, per il quale è importante che l'individuo conosca « his or her rights and obligations with sufficient certainty in advance of acting »; in Europa, v. WENGLER, *L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable*, p. 670, per cui « les sujets de droit, avant de se livrer à des actes ou des omissions susceptibles de leur valoir par la suite des sanctions juridiques en raison d'une sentence judiciaire, devraient avoir la plus grande certitude sur le droit que le juge va leur appliquer par la suite (...) »; l'esigenza che « particuliers et entreprises participant au commerce international » siano in grado di sapere « à l'avance à quel droit national leur contrat sera soumis », è rilevata con energia da DAVID, *Le droit du commerce international*, p. 13; cfr. LEFLAR, MC DOUGAL, FELIX, *American Conflicts Law*, 4th ed. 1986, p. 14.

diritto privato, e che vengono appunto talora opposti all'ingresso della clausola d'eccezione, ad una cosa sola mirano davvero – lo si è già rilevato, ma ci sia permesso di insistere –, cioè a garantire lo svolgimento piano e naturale delle relazioni interindividuali, cioè ad evitare che i soggetti che vi sono implicati debbano giudizializzarli per pretenderne reciprocamente l'osservanza. Certo, per beneficiare della certezza matematica circa quale sia il collegamento globalmente più significativo, la valutazione del giudice sarà *talvolta* necessaria. Ma solo *talvolta*: in numerosi casi di conflitto positivo, la fattispecie è, oggettivamente e dunque indiscutibilmente, più legata all'uno ovvero all'altro degli Stati in conflitto, sicché, in questi casi, vi è una ragionevole certezza circa la soluzione del conflitto per la quale i giudici dell'uno o dell'altro Stato propenderebbero se fossero autorizzati a ricorrere alla clausola e dunque sarebbe inutile, almeno ai fini di conoscere la legge applicabile, ricorrere al giudice per sollecitare una pronuncia il cui contenuto è « prevedibile ». Soprattutto, nei casi in cui l'incertezza si dà, per dir così, oggettivamente, l'adozione di tale criterio consente di scongiurare i gravi inconvenienti derivanti dalla « certezza » di una « duplicità » di disciplina, suscettibile di ridursi ad unità a seguito dell'iniziativa di uno dei soggetti coinvolti ed a danno dell'altro. L'incertezza qui ricade infatti su entrambe le parti, la soluzione, o meglio lo « scioglimento », di essa è affidato al giudice e non ad uno dei litiganti, il quale giudice vi provvederà a mezzo di un criterio imparziale, ed il processo tornerebbe a svolgere la sua funzione naturale; sicché pare di poter dire anche qui che « la souplesse des solutions – faiblesse du système unilatéraliste – devient ainsi (...) une de ses vertus »²²⁸⁶.

2. Il secondo dispositivo suscettibile di risolvere l'antinomia normativa internazionale in favore della legge più significativamente collegata è offerto dalle « norme internazionalmente imperative » straniere. Attribuendo ad esse efficacia, lo Stato A accetta di disapplicare le norme, anche sue proprie, pur in principio da esso dichiarate applicabili, che risultano incompatibili appunto con le norme « imperative » di B. Cioè, insomma, lo Stato A, constatando qui il conflitto fra le sue norme e le norme di B, entrambe dichiarate applicabili alla fattispecie dagli Stati di emanazione, accetta, talvolta, di fare prevalere le seconde e di non applicare le prime²²⁸⁷. Si è visto come la dottrina moderna riconosca che il fondamento della disponibilità di uno Stato a rispettare la volontà d'applicazione della legge straniera fino eventualmente a « ritirare » la volontà d'applicazione della propria, risieda proprio nell'aspirazione verso l'*uniformità internazionale*, cioè verso la risoluzione, per gli interessati, di un conflitto internazionale di norme, eventualmente nella forma di *conflict de lois de police*. E' dunque conforme all'essenza stessa di tale mezzo di coordinamento, ed è del resto pacifico, che lo si impieghi soltanto quando la

²²⁸⁶ LEQUETTE, *La protection familiale*, p. 238 (citato *supra*, para 222 in fine, nota 1504).

²²⁸⁷ Per un elenco degli Stati che consentono l'applicazione delle norme imperative straniere, v. *supra*, para. 226. Ad essi va aggiunto l'art. 15, comma 2, del Progetto di legge sul d.i.p. della Repubblica Argentina, del dicembre 2004, di cui abbiamo avuto direttamente copia da uno dei promotori di esso, il Professor A. Soto.

norma straniera *voglia* applicarsi, tale volontà fondandosi qui, perché la questione abbia pratico rilievo, su un collegamento diverso rispetto a quello individuato dal foro²²⁸⁸. Soprattutto – come anche alcuni autori lasciano intendere – una norma straniera, ai fini della messa in opera del dispositivo di cui si discorre, e avuto riguardo alla sua ragion d'essere, può già qualificarsi come « internazionalmente imperativa » quando – e per il semplice fatto che – *vuole* applicarsi alla fattispecie, indipendentemente da ciò che tale volontà risulti da una norma a formulazione bilaterale o unilaterale, esplicita od implicita. Uno dei fattori proposti dalla dottrina per determinare se la prevalenza debba essere effettivamente accordata alle norme straniere, con conseguente disapplicazione di quelle del foro, consiste nell'esame comparativo del *grado di inserimento* del rapporto nel sistema socio-economico dell'uno o dell'altro Stato – dovendosi, per ipotesi, dare rilievo ad altri collegamenti, oltre a quelli che fondano la loro applicabilità da parte dello Stato di emanazione – che è a sua volta uno degli indici del *grado d'imperatività* di ciascuna²²⁸⁹. Anche qui, la principale riserva che nutre certa dottrina rispetto alla possibilità di dar rilevanza alle norme imperative straniere – cioè l'*imprevedibilità* per le parti circa le norme che saranno concretamente applicate – può, ai nostri fini, mettersi da parte²²⁹⁰. E', ancora una volta, proprio l'*incertezza* derivante alle parti dal conflitto internazionale di norme cui per ipotesi si trovano di fronte sia prima che dopo l'instaurazione del rapporto, che dovrebbe motivare ciascuno degli Stati a cercare di risolverlo *ab initio*, privilegiando quelle dello Stato più strettamente collegato, e garantendo alle parti che le norme dello Stato meno strettamente collegato, pur applicabili, non interverranno. Significativo è, del resto, che, nell'ultima progettata disposizione, si sia esplicitamente subordinata la presa in considerazione delle norme imperative straniere alle ragionevoli previsioni delle parti circa la loro operatività²²⁹¹.

3. Un terzo meccanismo è fornito da un certo funzionamento del rinvio, specie riguardo a quelle norme, sempre più numerose, che impiegano più fattori di « collegamento a cascata », cioè in « concorso successivo »²²⁹². Si tratta, come noto, di quelle disposizioni che, se un primo collegamento non designa alcuno Stato o ne designa più d'uno, prescri-

²²⁸⁸ AUDIT, *Cours général*, p. 284.

²²⁸⁹ Cfr. AUDIT, *Cours général*, p. 285.

²²⁹⁰ Cfr. di MAYER, il quale, dopo la comunicazione al *Comité français* di SCHULTSZ, *Les lois de police étrangères*, Tr. com. fr. dr int. pr., 1983, p. 58, così interviene: « Je ferai une observation sur la prévisibilité. Je comprends bien que la notion même de loi de police puisse être inquiétante pour la prévisibilité mais à partir du moment où on ne peut pas éviter le phénomène de l'application des lois de police du for, alors il me semble qu'il vaut mieux admettre aussi l'application des lois de police étrangères pour l'intérêt de la prévisibilité sinon les solutions seront différentes selon le tribunal saisi; ce qui n'est pas un avantage pour la prévisibilité » (v. *supra*, para 221; il passaggio è altresì citato alla nota 1485).

²²⁹¹ Art. 15, comma 2, del Progetto di legge sul d.i.p. della Repubblica Argentina (v. *supra*, nota 2287; « razonable prevision de las partes »).

²²⁹² Su tali norme, nella letteratura italiana, BALLARINO, *D.i.p.*, p. 272, in quella straniera, v. fra gli altri GONZÁLEZ CAMPOS, *Cours général*, p. 229 s., SONNENTAG, *Der Renvoi*, p. 245.

vono di far funzionare una connessione ulteriore, che il foro pure ritiene significativa, anche se meno significativa, almeno in astratto, di quella adottata per prima: per esempio, e tipicamente, se non sussiste una cittadinanza comune, o vi sono più cittadinanze comuni, si ha riguardo alla legge della residenza abituale comune e – in un ulteriore subordine – a quella dello Stato con cui la fattispecie è più strettamente collegata. Si prendano i rapporti fra adottato e famiglia adottiva, oggetto dell'art. 39 della legge italiana, e si supponga che la coppia di adottanti, domiciliata in Italia, abbia una cittadinanza comune straniera – l'Italia rinuncia, seppure condizionatamente, alla « vocazione applicativa » delle proprie norme – e che lo Stato estero della cittadinanza comune adotti il criterio del domicilio comune – che cioè rinunci anch'esso, seppure condizionatamente, all'applicabilità delle proprie norme –; l'Italia potrebbe bensì « tener conto » del rinvio alla sua legge, come vuole l'art. 13 della legge di riforma, cioè, innanzitutto, riprendere per sé la competenza, ma non già per mettere senz'altro in opera la propria legge in quanto legge del domicilio comune, quanto piuttosto per *far funzionare ulteriormente la propria norma di diritto internazionale privato*, cioè per attivare il collegamento posto nella seconda balza della « cascata », sul secondo gradino della « scala », cioè quello della residenza abituale comune, o, se si trattasse di rapporti personali fra coniugi, il criterio della « prevalente localizzazione della vita matrimoniale », che, in pratica, è altra formula del principio di prossimità pura. Se si accoglie l'interpretazione qui in analisi, il criterio della residenza abituale – o, a seconda dei casi, della connessione complessivamente più significativa – verrebbe impiegato per risolvere un *conflitto positivo di leggi*, ancorché nato da un conflitto negativo.

Il che induce a più generalmente proporre quale soluzione al problema del rinvio indietro – che non ha mai mancato di prodursi di continuo nella pratica, né smesso di alimentare il dibattito dottrinale²²⁹³ – che se ne subordini l'accoglimento alla verifica che l'integrazione complessiva della fattispecie nella comunità statale del foro è più significativa rispetto all'integrazione complessiva di essa fattispecie nella comunità statale straniera la cui legge è stata designata dalla norma di conflitto del foro²²⁹⁴. Osserviamo che una tale risposta al problema del rinvio – e vi sono sistemi, quali quello tedesco, in cui la lettera della relativa disposizione non sembra ostile ad una certa flessibilità²²⁹⁵ – riu-

²²⁹³ Si contano, negli ultimi anni, non meno di cinque monografie sul tema: REICHART, *Der Renvoi im schweizerischen IPR*, Zürich, 1996; KUHN, *Der Renvoi im internationalen Erbrecht der Schweiz*, Zürich, 1998; SONNENTAG, *Der Renvoi im internationalen Privatrecht*, Tübingen, 2001; LINDENAU, *Die Einführung des Renvoi in das internationale Privatrecht Italiens*, Frankfurt a.M., 2001; KASSIR, *Réflexions sur le renvoi en droit international privé comparé*, Bruxelles, 2002.

²²⁹⁴ Cfr. KUHN, *Der Renvoi im internationalen Erbrecht der Schweiz*, p. 388.

²²⁹⁵ L'art. 4 dell'*EGBGB* si richiama al « Sinn der Verweisung » (v. SONNENTAG, *Der Renvoi*, passim): non pare contrario né alla lettera né alla *ratio* di tale disposizione sostenere che il d.i.p. dello Stato designato viene preso in considerazione *nella misura* in cui esso è compatibile con il « senso della designazione »; che tale « senso » consiste nel proposito di evitare ai soggetti privati un conflitto internazionale di norme; che dunque il *Kollisionsrecht* dello Stato designato, se questo accetta a sua

scirebbe a superare d'un sol balzo le più acute obiezioni mosse in passato, ma rimaste sostanzialmente a tutt'oggi senza replica, all'accettazione del rinvio indietro²²⁹⁶. L'argomento *teorico o giuridico*²²⁹⁷, secondo cui il rinvio contravviene al giudizio di « prossimità », cioè alle valutazioni di « giustizia del diritto internazionale privato » compiute dal legislatore del foro, non avrebbe più presa perché il foro rimane « padrone » di tali valutazioni e di tale giudizio, ed anzi è condotto, grazie alla constatazione del conflitto, ad affinarli, a perfezionarli, ascoltandone l'« ispirazione profonda »²²⁹⁸. All'argomento *pratico*, fondamentale, secondo cui il rinvio, se accettato da tutti gli Stati, non vale a raggiungere l'uniformità, si potrebbe finalmente rispondere che ciò non è più vero, perché, se entrambi gli Stati in conflitto negativo adottano questo stesso rimedio al problema – cioè se ciascuno lo accoglie soltanto se risulta che, dall'insieme delle circostanze, la fattispecie è più strettamente « avvinta » alla sua comunità statale – l'uniformità sarà spesso raggiunta, perché spesso, nella misura in cui l'esame di prossimità può portarsi su tutti gli indici in qualche misura rilevanti, il collegamento complessivo con uno Stato risulterà oggettivamente più forte che con l'altro. All'argomento *logico*, infine, secondo cui, se la designazione del foro vale come *Gesamtverweisung*, allora anche il rinvio operato dal d.i.p. dello Stato primo richiamato deve valere quale *Gesamtverweisung*, si può infine replicare che, appunto, si tratta ben di *Gesamtverweisung*, di un richiamo, cioè, alla legge del foro comprensiva del suo d.i.p., tanto è vero che il foro evita, appunto, di mettere in opera, indiscriminatamente e senz'altro, la sua legge *materiale*; e si schiverebbero, nel contempo, le conseguenze negative che gli avversari del rinvio vedono come logicamente necessitate, cioè quell'inestricabile *cabinet de miroirs* od ancora quell'infinita « partita di tennis internazionale »: perché qui, pur trattandosi di *Gesamtverweisung*, l'effetto di essa non è un nuovo attivarsi di quel criterio che ha già funzionato, seppure senza raggiungere l'obiettivo, e che non potrebbe che rifunzionare nello stesso modo, ma appunto l'attivarsi di un nuovo criterio, cui verrebbe affidato il compito che il primo non è riuscito a recare a compimento, cioè di rendere possibile l'uniformità delle soluzioni, cioè la soppressione del conflitto internazionale di leggi.

Né, forse, è escluso che tale impiego del rinvio possa dirsi attuato da certa giurisprudenza. Per riprendere il caso più famoso di rinvio, e « probabilmente la più celebre *affaire* di tutto il diritto internazionale privato francese »²²⁹⁹: avrebbe la Corte di casazione francese applicato la legge francese anche se i beni di François-Xavier Forgo si

volta il rinvio indietro, è rispettato nella parte in cui rimette in discussione l'applicabilità dell'una o dell'altra risolvendo tale conflitto a mezzo di un criterio neutro.

²²⁹⁶ Cfr. SONNENTAG, *Renvoi*, p. 116 s.; LINDENAU, *Die Einführung des Renvoi in das internationale Privatrecht Italiens*, p. 11 s.

²²⁹⁷ Ci riferiamo alla classificazione degli argomenti opposti al rinvio effettuata da FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi*, spec. p. 100 s.

²²⁹⁸ RÉMY-CORLAY, *Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois*, p. 39.

²²⁹⁹ ANCEL/LEQUETTE, p. 55.

fossero trovati *in Baviera*? E, più in generale, non si può forse sostenere che, nel conflitto fra i collegamenti della residenza abituale e del domicilio d'origine del *de cuius*, la Corte abbia propeso per la legge francese anche perché, in qualche modo, avvertiva che, nel complesso, la successione da regolare era più strettamente e più effettivamente collegata con la Francia, luogo di residenza effettiva del *de cuius* per più di sessant'anni, nonché, soprattutto, luogo di situazione di tutti i beni ereditari, ciò che, del resto, i giudici si sono premurati di far osservare a due riprese nello spazio di una motivazione alquanto succinta?²³⁰⁰

§ II. – Criterio del *favor*

327. Una seconda via per porre rimedio al conflitto positivo – e raggiungere l'uniformità delle soluzioni pur nella diversità dei collegamenti adottati dagli Stati che dichiarano per ipotesi, l'uno e l'altro, applicabile la propria legge – consiste, per l'uno e l'altro Stato, nel dare efficacia a quella che assicura, od assicura in misura maggiore, un certo risultato materiale. Il *favor validitatis* nei casi di conflitti positivi è stato proposto abbastanza presto nella storia dell'unilateralismo²³⁰¹, e diversi autori di fede unilaterale hanno pure contemplato altre varietà di *favor*²³⁰², per esempio *creditoris*, di cui quello del creditore alimentare o della vittima di un atto illecito non sono se non delle applicazioni puntuali. Conviene spendere qualche parola per spiegare la *razionalità* di tale criterio e poi verificarne la *positività* ed infine mostrare il contributo che l'unilateralismo possa portare a spiegare le norme alternative nella specifica materia delle condizioni *formali* cui è subordinata la regolare insorgenza di un rapporto giuridico.

1. Quanto al fondamento, possono formularsi almeno due rilievi. In primo luogo, trattandosi dell'archetipale *favor validitatis*, è dato constatare che il principio della conservazione degli effetti di un atto o di una situazione giuridica è spesso impiegato dagli ordinamenti quale criterio di soluzione delle *antinomie normative* interne. Se, cioè, uno Stato ha posto due norme, che ha dichiarato entrambe applicabili ad un medesimo rapporto, l'una che valida un atto, o, più in generale, conformemente alla quale si è prodotta una modificazione giuridica, l'altra che invalida l'atto, o, più in generale, la cui messa in opera condurrebbe a negare la modificazione giuridica, non potendole applicare effetti-

²³⁰⁰ Ci riferiamo alla motivazione della sentenza del 24 giugno 1878, riportata in ANCEL/LEQUETTE, p. 53. Nel descrivere i « collegamenti » di Forgo, la Corte indica che, oltre ad essersi stabilito in Francia « sans esprit de retour », questi aveva lasciato « dans sa succession des créances et valeurs mobilières qui se trouvent situées en France »; poco dopo, la Corte conclude che « la dévolution héréditaire des biens meubles qu'il possédait en France, où il s'était fixé, doit être régie par la loi française ».

²³⁰¹ Specie a partire da Niboyet (*supra*, para. 69 e 75), ma anche dagli unilateralisti tedeschi (per es. von Bar: v. *supra*, nota 300).

²³⁰² V. *supra*, para. 127 (Quadri) e 161 (Kramer).

vamente entrambe, e dovendo dunque rinunciare ad una di esse, uno Stato preferisce, spesso, rinunciare alla norma *invalidante* a beneficio della norma *validante*²³⁰³. La massima primordiale per cui *res magis valeat quam pereat* rinviene, crediamo, la sua radice nella « funzione facilitatrice » del diritto privato su cui si è più sopra insistito. Si spiega dunque che, quando il conflitto sussista fra la norma di uno Stato A e quella di uno Stato B, entrambe dichiarate applicabili dagli ordinamenti di emanazione, di cui una invaliderebbe l'atto o negherebbe la modificazione giuridica, e l'altra validerebbe l'atto o affermerebbe la modificazione giuridica, uno Stato preferisca rinunciare alla « componente *invalidante* » della sua norma nei casi in cui viene a confliggere con la « componente *validante* » della norma dell'altro Stato, per potere cercare di reciprocamente far prevalere la « componente *validante* » della sua norma nei casi in cui questa confligge con la « componente *invalidante* » della norma dell'altro.

Considerazioni non dissimili ispira il *favor* di una parte considerata « debole », il quale risponde qui ad una direttiva di eguaglianza sostanziale che aspira a compensare una disuguaglianza di lato opposto, la quale disuguaglianza deriva a sua volta dalla circostanza che vuoi la creazione del rapporto giuridico dipende dalla volontà o dalle azioni o atti coscienti e volontari di *uno dei soggetti*, cioè è rimessa alla sua sfera di controllo, mentre l'*altro soggetto* finisce per subire tale creazione, cioè per trovarsi coinvolto nel rapporto anche suo malgrado – si pensi alla vittima di un atto illecito o al figlio creditore di alimenti – vuoi, comunque, uno dei soggetti dispone di *maggiore libertà* nella configurazione del contenuto del rapporto rispetto all'altro: ciò che spiega il principio, pure di applicazione universale per risolvere antinomie interpretative suscitate da una norma contrattuale, dell'*interpretatio contra stipulatorem*, particolarmente frequente nel contratto di consumo o di lavoro. Il che conduce a precisare che trattandosi di conflitto internazionale di norme, uno Stato A si dispone al *favor* non già perché ritenga che sia materialmente più giusto *in assoluto* che, ad esempio, la parte debole, in forza delle norme applicabili di B, riceva *ancora* di più di quanto non sia fissato dalle sue norme che pur dichiara applicabili; ma perché, dandosi appunto un'antinomia internazionale e dovendo rinunciare all'applicabilità delle proprie norme in alcune fattispecie, cioè dovendo in alcune fattispecie rinunciare all'attuazione di quell'« equilibrio » fra gli interessi delle parti che ritiene migliore²³⁰⁴, e che, in ipotesi, dà alla parte debole 10 – non 15 né 5 – uno Stato A preferisce rinunciarvi a favore della norma straniera di B che

²³⁰³ Cfr. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, p. 203; si pensi anche, per connessione, alla norma d'interpretazione di un negozio giuridico di cui all'art. 1370 del Codice civile che prevede che, nel dubbio fra due interpretazioni egualmente possibili, delle quali una consente al negozio di avere qualche *effetto*, l'altra no, prevale la prima (cioè l'interpretazione validante rispetto a quella invalidante).

²³⁰⁴ Cfr. i rilievi di MAYER, fatti propri e citati da ANCEL/LEQUETTE, p. 197, proprio a proposito delle norme di conflitto alternative: « Toute règle de droit privé tend à réaliser un équilibre entre les multiples intérêts qui s'affrontent entre les individus (...). Que cet équilibre puisse être situé en un point différent par les divers législateurs est le signe qu'aucune solution n'est évidente, que la pesée est complexe, que peut-être aussi les intérêts en présence ne sont pas partout les mêmes ».

dà alla parte debole 15 per potere far prevalere la propria norma sulla norma straniera di B qualora quest'ultima dia alla parte debole 5.

Il secondo rilievo è che, nel caso in cui due Stati vogliano ciascuno applicare la propria norma, quella più favorevole all'esistenza dell'atto o dello *status* o di un diritto soggettivo di credito, cioè la norma che afferma essersi prodotta la modificazione giuridica (si potrebbe parlare di *favor existentiae*)²³⁰⁵, è quella che, per lo più, per sua propria *natura*, risulta essere più *efficace* nella realtà internazionale, al di là ed al di sopra degli atteggiamenti particolari degli Stati in conflitto, secondo una sorta, dunque, di regola di « diritto spontaneo » dell'ordine internazionale, di « legge non scritta » ma naturalmente operante²³⁰⁶. Si prendano, per convincersene, due Stati che vogliono entrambi applicare le proprie norme, e di cui l'una ritiene un atto invalido, l'altra lo ritiene valido, ovvero di cui l'una non accorda il risarcimento o gli alimenti o li accorda soltanto in una certa misura, l'altra accorda tale risarcimento o tali alimenti in una misura maggiore, di cui l'una non consente di stabilire la filiazione, l'altra lo consente. Per lo più è questa seconda legge che finisce per essere *internazionalmente più effettiva*, perché è il sistema di d.i.p. di questo secondo Stato che, per lo più, sarà chiamato ad attivarsi. E' infatti, almeno di regola, chi è interessato a *fare valere* la validità di un atto, e dunque ad esercitare i diritti che ne derivano, ovvero ad ottenere il risarcimento del danno, ovvero a far accertare e dichiarare il rapporto di filiazione, cioè chi è interessato a fare valere l'esistenza della modificazione giuridica da cui risultano benefici nella sua sfera, che sarà tratto ad agire in giudizio quale *attore naturale*, ed agirà o potrà agire nello Stato la cui legge gli è più favorevole. Lo strumento di tutela a disposizione di chi, quanto meno in via principale, vuole fare valere l'invalidità dell'atto, l'inesistenza del diritto al risarcimento o agli alimenti, è per lo più un'*azione di accertamento negativo*. Ora, l'ammissibilità di questa è, in diversi Paesi fra cui l'Italia, discussa, e comunque, laddove accolta, è subordinata a condizioni e va incontro a limiti ed a difficoltà procedurali di vario genere²³⁰⁷. Così, ad esempio, nonostante l'Italia intenda dare efficacia alla propria legge, sulla base della quale, poniamo, l'atto risulta invalido, gli alimenti non devono prestarsi,

²³⁰⁵ Vista la tendenza a scoprire diversi « favores », già rilevata da BUCHER, *Sur les règles de rattachement à caractère substantiel*, p. 46; cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, *Cours général*, p. 362.

²³⁰⁶ Per quest'espressione, v. DAVID, *Le droit du commerce international, Réflexions d'un comparatiste sur le droit international privé*, p. 42-43.

²³⁰⁷ Ancora nel 1997, MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio (casi e prospettive)*, *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 1064, concludeva negando l'ammissibilità dell'azione in accertamento negativo di crediti e, più in generale, di domande atipiche di accertamento negativo; per una cauta ammissione di tali domande, v. però recentemente TAVORMINA, *Per la tendenziale ammissibilità di domande di accertamento negativo di diritti altrui*, *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 233. Per una trattazione dei « negative declaratory proceedings » quale « reverse-forum shopping technique » nelle controversie internazionali, con ampia casistica, v. BELL, *Forum shopping in Transnational Litigation*, p. 246 s., che cita fra gli altri *Asher v Goldman Sachs and Co* (21 ottobre 1991), ove il giudicante ebbe a dire che « the court will watch with special caution actions commenced for declarations of non liability by parties who are not natural plaintiffs ».

il risarcimento o l'indennizzo non devono versarsi, ma, da un lato, rende alla parte che rivendica la protezione di tale legge difficile o addirittura impossibile farsi attrice ed ottenere una pronuncia che accerti tutto ciò, dall'altro, è pronta a riconoscere la decisione straniera che si sia pronunciata conformemente alla legge straniera che valida l'atto o che condanna al risarcimento o agli alimenti, l'Italia finisce per accettare di dar efficacia e lasciare operare presso di sé alla *legge straniera più favorevole*.

2. Venendo alla positività del *favor*, come è noto, e come si è già rilevato, ormai sempre più numerose disposizioni adottano una pluralità di collegamenti, privilegiando fra le leggi così designate vuoi quella che valida un atto o lo stabilimento di una situazione giuridica o di uno *status*, tipicamente la filiazione, legittima o naturale, vuoi (ma talvolta la distinzione fra le due categorie non è agevole), una delle parti, ritenuta bisognosa di maggiore protezione, segnatamente il creditore di alimenti, il danneggiato, il consumatore, il lavoratore, il figlio²³⁰⁸. Come si è autorevolmente rilevato, la pratica codificatoria internazionale mostra che, in un certo numero di casi, è più facile per gli Stati trovare un accordo sulla preferenza da dare, in assoluto, ad un certo risultato materiale, piuttosto che ad un certo collegamento²³⁰⁹. Per prendere l'esempio più visibile, il *favor validitatis* quanto alla forma, la capacità di esso di risolvere il conflitto fra criteri di collegamento, è ben illustrata da una delle Convenzioni dell'Aja che hanno riscosso il maggiore successo: quella in materia di forma testamentaria²³¹⁰. Come hanno rilevato alcuni osservatori, qui ciascuno degli Stati veniva al tavolo delle trattative portandovi il proprio o i propri fattori di collegamento e il consenso, la conciliazione, la soluzione delle divergenze, cioè la risoluzione delle potenziali antinomie internazionali di secondo grado, si è ricercata e trovata attorno ad un criterio *materiale*. Nessuno Stato ha rinunciato alle proprie vedute in termini di prossimità. Il *favor* non è stato l'obiettivo, ma è stato il mezzo per raggiungerlo²³¹¹: il quale obiettivo non è, appunto, di assicurare la validità sempre e comunque, ma garantire l'eliminazione del conflitto di norme, procurando certezza e prevedibilità²³¹². Contro l'impiego sempre più massiccio delle norme di conflitto alternative si è opposto che non è giustificato il privilegiare sistematicamente un certo risultato

²³⁰⁸ Per un elenco di queste norme, rinviamo a BALLARINO/ROMANO, *Le principe de proximité chez Paul Lagarde*, p. 46 s.; v. che GONZÁLEZ CAMPOS, *Cours général*, p. 362 s.

²³⁰⁹ GAUDEMET-TALLON, *L'utilisation des règles de conflit à caractère substantiel dans les Conventions internationales, Mélanges Y. Loussouarn*, p. 18: « on peut penser tout d'abord, qu'il est plus facile pour des Etats de se mettre d'accord sur un objectif précis et de fixer ensuite des règles de conflit donnant une probabilité maximale de parvenir à ce résultat. Au contraire, la négociation serait plus ardue si elle portait sur des règles essentiellement localisatrices et abstraites: il est parfois bien difficile de s'entendre sur un critère de rattachement dès lors que toute situation juridique internationale présente, par hypothèse, des liens avec plus d'un ordre juridique ».

²³¹⁰ Si tratta della Convenzione dell'Aja del 5 ottobre del 1961, di cui fu relatore Henri Batiffol.

²³¹¹ Negano che il *favor validitatis* possa qualificarsi come uno scopo in sé, ad es., PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices*, p. 49 e AUDIT, *Cours général*, p. 338.

²³¹² PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices*, p. 22; GAUDEMET TALLON, *L'utilisation des règles de conflit à caractère substantiel dans les Conventions internationales*, p. 185.

materiale, perché si disconosce il fondamento dell'altra porzione della norma, quella che dichiara che, se certe condizioni non sono riunite, il diritto al risarcimento, all'indenizzo, agli alimenti, *non* è sorto²³¹³. La quale riserva mette il dito sull'irragionevolezza del *favor* se impiegato da uno Stato quale finalità ultima. Ma essa non sembra giustificarsi più qualora si circoscriva l'intervento del *favor* appunto ai casi di conflitto internazionale fra due norme che vogliono entrambe applicarsi, ed al fine di risolvere lo stesso. Così facendo il foro altro non fa se non adattarsi ad una realtà che, come si è visto, non può, per lo più, modificare, ma che può, così facendo, in qualche modo « controllare », e di cui può attenuare l'urgenza e gli effetti indesiderati, piuttosto che tentare di opporvisi ma finire per dovere subire, in una con essa, pure il costo dell'iniziale opposizione.

Rimane da dire che, a differenza di quanto avviene per le norme in materia di condizioni per dar vita ad un rapporto giuridico per il tramite di un'autorità, dove il *favor* deriva indirettamente dall'operare di due norme *unilaterali*, qui esso pare consacrato da una norma *bilaterale*. Questa, presa isolatamente – e ragionando ancora sulle norme in materia di forma – sembra non curarsi del fatto che lo Stato straniero la cui norma è stata rispettata dall'autore dell'atto riconosca o meno che il rapporto è venuto validamente ad esistenza. Ora, se tale Stato non ritiene che l'atto sia venuto ad esistenza, cioè se tale Stato non intendeva offrire all'autore di esso le sue forme, il foro, le cui forme per ipotesi non sono state rispettate, ritenendo valido l'atto sulla base delle norme straniere, finisce, ben lungi dall'*evitare un conflitto di norme*, per crearne uno: perché, per lo Stato estero, l'atto sarà invalido e, presso di sé, valido. Conseguenza assai poco giustificata, perché né le norme del foro sono state rispettate (e quindi le parti non hanno potuto fare legittimo assegnamento sulla validità in forza di esse) né lo Stato le cui forme sono state fortuitamente utilizzate ne permetteva loro l'utilizzo (e quindi le parti non hanno potuto fare legittimo assegnamento sulla validità in forza di queste ultime). Un certo accoglimento del rinvio, nel limitato senso che le leggi dedotte nella norma di conflitto alternativa sono applicabili, dal punto di vista del foro, se ciascuno degli Stati così designati offre concretamente le proprie forme ai soggetti coinvolti, cioè se questi, utilizzandole, sono ammessi a dar vita, dal punto di vista di questo Stato, a rapporti formalmente *validi*, varrebbe ad evitare tale conseguenza. Se vi è una notevole incertezza sul modo con cui il rinvio può o deve operare riguardo alle norme di conflitto alternative²³¹⁴, è da rilevare che un chiaro autore ha assai di recente formulato l'auspicio che il principio del *favor* si limiti positivamente a leggi che i rispettivi Stati dichiarano applicabili²³¹⁵. Tale idea pare conforme al fondamento profondo delle norme di conflitto alternative quale siamo

²³¹³ ANCEL/LEQUETTE, p. 196; MAYER/HEUZÉ, p. 138.

²³¹⁴ In Italia, il legislatore ha optato, all'art. 13, comma 3, per l'accoglimento del rinvio *in favorem*: v. PICONE, *La riforma*, p. 313; tale soluzione è invece avversata da parte della dottrina francese: v. SIMON-DEPITRE/FOYER, *La loi du 3 janvier 1972 et le droit international privé*, JCP, 1973.12566; SOIRAT, *Les règles de rattachement à caractère substantiel*, p. 35-36.

²³¹⁵ AUDIT, *Cours général*, p. 343.

venuti discoprendo sin qui: il che ci porta a concludere che anche qui, come nel metodo del riconoscimento, il foro si limita a riconoscere presso di sé la validità di un rapporto sorto validamente all'estero, cioè dal punto di vista di uno Stato, rinunciando, in questo caso, a esigere il rispetto delle proprie forme che pur aveva messo a disposizione dei soggetti coinvolti.

3. Il che spiega che quella stessa « deregolamentazione » che si è studiata in materia di *condizioni sostanziali* per dar vita ad un rapporto giuridico si riscontri, e già da tempo, anche in materia di *condizioni formali*. Noi crediamo che l'unilateralismo possa contribuire anche qui alla spiegazione del fenomeno, non solo, come si è detto fin qui, al fine di risolvere i conflitti positivi e negativi, ma anche a giustificare l'estensione della *componente validante* delle sue norme che ciascuno Stato di per sé già intende fondare su più criteri alternativi.

Anche le norme interne in materia di forma dicono due cose: che, se soddisfa(no) i requisiti di forma A e B, l'interessato o gli interessati potranno compiere validamente l'atto giuridico desiderato (porzione *validante*); che, se non sono soddisfa(no) tali requisiti, ed anche se, in ipotesi, soddisfano i requisiti C e D, essi non potranno compiere validamente tale atto giuridico (porzione *invalidante*). L'alternativa, per il nostro Stato, è sempre la stessa: o cercare d'*imporre* il rispetto esclusivo delle proprie disposizioni in materia di forma a quei soggetti che sono più strettamente legati a sé, cioè, seguendo nell'esempio, a coloro che intendono compiere l'atto sul suo territorio, ma rinunciare, per converso, a permettere a chi pur è integrato strettamente nell'ordine socio-economico di esso, ad esempio i residenti ovvero i cittadini, di *servirsi* di tali forme (per compiere un atto in territorio estero), cioè di compiere (all'estero) validamente l'atto giuridico, osservandole; ovvero *accettare* di rinunciare al rispetto di tali formalità anche da parte dei soggetti più legati a sé, cioè coloro che si trovano, nel momento del compimento dell'atto, sul suo territorio, ma *permettere*, di converso, che i soggetti legati a sé da un contatto forte, quali, appunto, i cittadini ovvero i residenti, possano validamente compiere l'atto giuridico rispettando le sue norme. Ora, anche in materia di forma, uno Stato mostra sempre più di preferire accettare una restrizione dell'efficacia della parte *invalidante*, fino eventualmente ad escluderla in tutte le fattispecie che rientrano nel campo d'applicazione naturale della legge di un qualsiasi altro Stato (cioè fino a confinarla alle sole fattispecie puramente interne), per potere maggiorare l'efficacia della parte *validante* (eventualmente estendedola a tutte le fattispecie che presentano un certo contatto con sé).

Anche qui le ragioni di ciò sono, crediamo, due, le stesse che operano in materia di condizioni per la costituzione di un rapporto per il tramite di un'autorità. La prima ci viene ancora una volta dalla teoria generale del diritto. In materia di forma, se uno Stato ha posto, nello stesso tempo, una norma che invalida un atto ed una norma che valida questo stesso atto, se vi è cioè un'*antinomia*, la *lex validans* tende a prevalere sulla *lex invalidans*. La seconda è che, anche qui, per attuare il monopolio normativo su quelle fattispecie legate a sé dal collegamento più stretto, facendo valere, eventualmente, anche

l'efficacia invalidante della sua norma, lo Stato deve contare sulla collaborazione degli altri Stati, nel senso che gli altri Stati devono astenersi dall'offrire le loro forme per compiere validamente l'atto a quella categoria di soggetti cui il nostro Stato vuole imporre le proprie. Ora, questa collaborazione di fatto non è spesso prestata, e per le due ragioni suesposte: perché, anche se tutti gli Stati intendono limitare l'efficacia validante ed imporre l'efficacia invalidante ad una *sola* categoria di soggetti, i criteri di collegamento con cui la si seleziona possono essere diversi, e questa diversità scompagina il programma direttivo di tutti; perché la tentazione di allargare la sfera dei beneficiari delle proprie forme è, come si è visto, troppo forte per resistervi, perché conforme ad una massima praticata dalla maggior parte degli Stati. Una volta che l'interessato o gli interessati abbiano compiuto un atto utilizzando le forme che uno Stato straniero metteva loro a disposizione, cioè hanno, dal punto di vista di questo Stato, compiuto *validamente* l'atto, è difficile, per lo Stato che voleva costringere tali soggetti all'osservanza delle proprie forme, le quali sono state nella specie disattese, non riconoscerne la validità. Lo Stato sente cioè che il dichiarare la nullità di un atto quando questo è stato compiuto dalle parti conformemente ad una legge che lo Stato da cui emana *offriva* loro, specie quando tali parti hanno scelto consapevolmente di riferirsi a tale legge, facendo dunque legittimo assegnamento sull'applicazione di essa, dunque sulla validità dell'atto, è o può essere inopportuna, dunque ingiusta. Anche qui, infatti, la *negazione della validità dell'atto avrebbe per effetto la creazione di un'antinomia normativa*: uno stesso atto è ad un tempo valido (dal punto di vista di uno Stato, quello che ha consentito l'uso delle sue forme) ed invalido (dal punto di vista dell'altro Stato, quello le cui forme, la cui osservanza questi voleva imporre, sono state disattese). Dunque, lo Stato, che pure intendeva esercitare il monopolio normativo riguardo a quella fattispecie, finisce per preferire rinunciare a tale monopolio e riconoscere la validità, evitando così l'antinomia. Anche qui, il risultato ultimo è il *favor validitatis*, una sorta, dunque, di *race to the bottom*, in materia di formalità, in definitiva, come taluno ben osserva, una sorta di *professio iuris* al riguardo²³¹⁶.

§ III. – Previsioni delle parti e *professio iuris*

328. Un terzo criterio di soluzione del conflitto positivo consiste nel rispetto delle legittime aspettative o previsioni delle parti, e della possibilità, per queste ultime, di designare, ai rapporti cui essi intendono dare o hanno danno vita ed ai quali due o più Stati dichiarano ciascuno applicabile la propria, quella legge che dovrà effettivamente applicarsi. Soffermiamoci brevemente sulla *ratio* di tali criteri per poi fornire uno « scorcio » della loro adozione da parte dei sistemi di d.i.p. contemporanei.

²³¹⁶ MAYER/HEUZÉ, p. 506: « La loi locale n'offre aux parties qu'un modèle possible de formes à observer: leur *choix* peut se porter sur une autre loi. Il faut préciser la justification et le contenu de la *liberté ainsi donnée aux parties* » (corsivo nostro).

1. Che, nell'incertezza fra due possibili interpretazioni, cioè fra due possibili contenuti normativi di un negozio giuridico – cioè ancora fra due plausibili ma inconciliabili *normae agendi* – la preferenza vada, per lo più, a quella rispetto alla quale le parti hanno forgiato le loro previsioni, e modellato le loro condotte, pare direttiva generale di interpretazione del negozio²³¹⁷. Ciò che è più, la concessione alle parti di un potere di scelta apre uno spiraglio sul nucleo primordiale e recondito del diritto, che abbiamo avvertito l'esigenza di ricordare al principio di questa parte. Il diritto privato è innanzitutto strumento, che presuppone la *libertà* dei soggetti. Certo il diritto privato è anche imperativo, nel senso, di cui si è pur detto, che è strumento esclusivo. Ma se deve rinunciare a qualcosa di sé, ad imporsi ovvero a assicurare la libertà di servirsene, il diritto rinuncia ad imporsi per potere continuare ad offrirsi. Il fondamento dell'autonomia della volontà individuale nella nostra disciplina non va dunque, crediamo, scorto tanto nella proiezione della libertà di determinare il contenuto di un rapporto, quella stessa libertà che concede il diritto interno, perché, com'è risaputo, il diritto internazionale privato è andato più in là²³¹⁸. Bisogna risalire ancora più su, attingere alle sorgenti vive del fenomeno giuridico. E' il prolungamento della libertà dei soggetti di dare vita – a mezzo delle loro dichiarazioni negoziali, dei loro atti o comportamenti volontari – a rapporti interindividuali ovvero di non darvi vita, e di dar vita a rapporti interindividuali interni ovvero a rapporti interindividuali internazionali; e se i soggetti scelgono questa seconda via, e se ciascuno dei due Stati mette loro a disposizione il suo diritto privato, e se l'una legge li tira in qui e l'altra in là²³¹⁹, non è incoerente con la libertà di cui si è detto, che ciascuno Stato accetti che, se il rapporto è sorto conformemente alla legge dell'altro Stato, perché l'altro Stato l'ha pure messa a disposizione dei soggetti i quali hanno inteso *aderire* a quest'ultima, cioè ad un tempo *sottoporsi* e *servirsene*, il frutto di questa determinazione venga anche da esso Stato rispettato. Infine, ed ancora una volta, la concessione della facoltà di scelta nel caso di conflitto internazionale di leggi è, per il foro, utile per riassumere un certo controllo di una realtà internazionale che si materializza comunque al di sopra di sé, che attecchisce negli interstizi dei sistemi di d.i.p. lasciati scoperti dalle residue sconnessioni fra essi, cioè in uno spazio « senza diritto », che rappresenta dunque un potenziale focolaio di ingiustizie. La *professio iuris* è, in questo senso, e con questi limiti, per il foro, uno strumento di riordino e di razionalizzazione di tale realtà. Vero è che, come si è detto più volte, se gli Stati non solo non riescono a mettersi d'accordo circa la legge cui fare regolare una fattispecie, ma neppure delegano

²³¹⁷ Così, ad es., l'art. 1362 del Codice civile.

²³¹⁸ CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, 1992, spec. p. 394 s.; GANNAGÉ, *La pénétration de l'autonomie de la volonté*, p. 112; SOIRAT, *Les règles de rattachement à caractère substantiel*, p. 372 s.

²³¹⁹ L'espressione è di CASSIN, *Tr. com. fr. dr int. pr.*, Année 1945, p. 49: « Par conséquent, personnellement, je suis hostile à l'idée que chaque pays civilisé ferait une sorte de Code de droit international privé national, rigide, qui ne ferait qu'exalter, si je puis dire, au suprême degré, la lutte des lois et dépecer les êtres humains ».

il potere di designarla ai soggetti interessati²³²⁰, la scelta verrà fatta lo stesso e ciascuno degli Stati finirà per lo più per doverla subire: ma vi è il rischio che tale scelta sia esercitata *da una sola parte* (mediante « forum shopping »), ed *ex post*, cioè soltanto una volta che il rapporto si sia instaurato, e, in ogni caso, non potrà che essere una scelta *giudiziale*, una scelta, cioè, che presuppone la lotta fra le parti, che si nutre del disordine, che è il primo atto di guerra. Concedere la scelta sin da subito, ad entrambe le parti, è invece il primo atto di pianificazione dell'ordine e della pace.

2. Che i criteri di cui si discorre siano già operanti anche al fine di risolvere un conflitto positivo, non è difficile dimostrare.

Quanto al rispetto delle previsioni delle parti, si pensi ai rapporti di adozione, di divorzio, di matrimonio, di « registered partnerships », ed alla tendenza, trattandosi di situazioni giuridiche costituite all'estero, a ricorrere al « metodo del riconoscimento », cioè a riconoscerle senza esigere il rispetto delle norme di conflitto del foro, tutt'al più verificando l'esistenza di un legame con lo Stato di costituzione: il che appunto vale, potremmo dire, ad assicurarsi della *legittimità* delle previsioni delle parti circa la validità della situazione. Uno dei fondamenti di tale metodo è, si sostiene, che, se si facesse operare la norma di conflitto del foro, si rischierebbe di dovere applicare una norma, anche eventualmente del foro, diversa rispetto a quella che ha dato vita alla situazione, cioè si rischierebbe di non riconoscere come esistente la situazione: nell'uno e nell'altro caso le parti sarebbero dunque soggette, relativamente al medesimo rapporto, ad un conflitto di norme. Si è detto dunque che di fronte a tale conflitto, si applica la norma straniera, riconoscendo il rapporto, cristallizzatosi in un atto straniero, « perché, sulla base di tale cristallizzazione, le parti hanno potuto formare delle aspettative legittime », detto altrimenti, perché le « aspettative delle parti si sono cristallizzate nel senso della validità della situazione »²³²¹. Il conflitto di norme è evitato privilegiando, fra le più norme che volevano applicarsi, quella la cui applicazione, essendo effettiva, cioè essendo già intervenuta, ha dato luogo ad aspettative corrispondenti. Rimane da aggiungere che la situazione creata all'estero deve, per lo più, essersi *validamente* costituita per lo Stato straniero di costituzione²³²²: altrimenti le aspettative non sono *legittime*, perché non vi è, a renderle tali, una legge « di copertura ». Ma vi è di più: se si ammette che uno dei fondamenti delle norme sul riconoscimento di una decisione straniera, in particolare dell'assenza di controllo della legge applicabile, è proprio quella di evitare alle parti un conflitto internazionale di norme²³²³; e se si ammette che si accoglie nel foro la norma applicata dalla decisione straniera perché quest'ultima ha ingenerato aspettative particolar-

²³²⁰ Cfr. KRAMER, *Rethinking Choice of Law*, p. 329.

²³²¹ MAYER, *Les méthodes de la reconnaissance*, p. 562.

²³²² Cfr. MAYER, *Les méthodes de la reconnaissance*, p. 568.

²³²³ CONDORELLI, *La funzione del riconoscimento*, citato *supra*, nota 2220; BUCHER, *L'attente légitime des parties*, p. 96.

mente forti e degne di tutela²³²⁴, si può affermare che l'intero metodo del riconoscimento delle decisioni aspira ad evitare contraddizioni agli interessati applicando, fra le norme in conflitto, quella verso cui le aspettative si sono legittimamente orientate.

Ancora, secondo diversi autori, uno dei fattori rilevanti per determinare verso quale legge far funzionare la « clausola di eccezione » è proprio il rispetto delle aspettative delle parti²³²⁵. E se si ammette che la clausola dovrebbe per lo più operare nei casi di conflitti internazionali di collegamenti, questi, nei sistemi che consacrano tale clausola, sono o possono essere risolti dando rilievo a tali aspettative. Se si sostiene, inoltre, che la clausola può servire a rispettare i *diritti acquisiti all'estero*²³²⁶, come propongono i legislatori svizzero e belga, la ragione di riconoscerli risiede in ciò che, non riconoscendoli, si produrrebbe un conflitto internazionale di leggi, il quale viene dunque eliminato in radice a favore di quella che ha fondato le previsioni delle parti.

Che l'autonomia della volontà sia strumento idoneo a risolvere i conflitti positivi è ormai riconosciuto da numerosi autori²³²⁷. L'*Institut de droit international* ha incoraggiato gli Stati ad usarne, anche nel diritto di famiglia, proprio al fine di risolvere il problema tradizionale della concorrenza fra domicilio e cittadinanza²³²⁸. Nel caso delle successioni e dei regimi matrimoniali, la scelta è stata accolta da strumenti internazionali²³²⁹: il che, come si è da più parti osservato, mostra che l'accordo sulle modalità di composizione

²³²⁴ MAYER, *Les méthodes de la reconnaissance*, p. 552, secondo il quale ciò che l'A. chiama l'« effet normatif » della decisione è « particulièrement digne de considération », perché, innanzitutto, « étant connu des intéressés, adressé à eux, le jugement constitue pour eux une base de prévisions légitimes et certaines ».

²³²⁵ VISCHER, *Das Problem der Kodifikation des schweizerischen internationalen Privatrechts*, *Rev. dr. suisse*, 1971, II, p. 75 s. e *General Course on Private International Law*, *RCADI*, 1992 I, p. 109 s.; SCHWANDER, *Einführung in das internationale Privatrecht*, t. I, S. Gallen, 1990, n. 378; cfr. BUCHER, *L'attente légitime des parties*, p. 95.

²³²⁶ V. ad es. VISCHER, *Kollisionsrechtliche Verweisung und materielles Resultat*, *Festschrift A. Heini*, Zürich, 1995, p. 479 s.; cfr. BUCHER, *L'attente légitime des parties*, p. 96; così anche il legislatore belga, nell'*Exposé des motifs*, sub art. 19.

²³²⁷ Fra i tanti, v. VON OVERBECK, *La professio iuris comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité*, *Liber amicorum Baron Louis Frédériq*, vol. 2, Gand, 1996, p. 1096 s.; DROZ, *La codification du droit international privé des successions. Perspectives nouvelles*, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, Années 1966-1969, spec. p. 325; STOJANOVIC, *Die Parteiautonomie und der internationalen Entscheidungseinklang unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Ehegüterrechts*, Zürich, 1983; LAGARDE, *Le principe de proximité*, p. 116-117; SOIRAT, *Les règles de rattachements à caractère substantiel*, p. 372 s.; GANNAGÉ, *La pénétration de l'autonomie de la volonté*, p. 112; VASSILAKAKIS, *La professio iuris dans les successions internationales*, p. 812 s.; NISHITANI, *Die Parteiautonomie*, p. 323.

²³²⁸ Sessione del Cairo, *AIDI*, t. 2, p. 175 s.; la stessa opinione fu espressa al VII° Congresso dell'Unione internazionale del notariato latino, tenutasi a Bruxelles nel 1963 (v. NISHITANI, *Die Parteiautonomie*, p. 323).

²³²⁹ V. in particolare la Convenzione dell'Aja in materia di rapporti patrimoniali fra coniugi del 1978 e la Convenzione dell'Aja in materia di successioni del 1989.

della divergenza del collegamento, fonte di conflitto per gli interessati, si è trovato più facilmente concedendo agli interessati la facoltà di scelta che non prescrivendo ad alcuni Stati la rinuncia al collegamento da essi ritenuto migliore in favore del collegamento ritenuto migliore dagli altri Stati²³³⁰.

Le norme che prevedono la scelta di legge non si contano più nelle legislazioni moderne²³³¹. Anche qui, come per le norme di conflitto alternative, ed a differenza di quanto

²³³⁰ SOIRAT, *Les règles de rattachements à caractère substantiel*, p. 368-369, secondo cui « la pluralité de rattachements permet de satisfaire tout le monde, ou presque », e secondo cui dunque l'« option de législation (...) est retenue pour favoriser le consensus »; v. anche LOUSSOUARN, *La Convention de la Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux*, p. 8: « Le biais de l'autonomie de la volonté, en permettant aux époux de choisir indifféremment l'un ou l'autre, a le mérite de renvoyer les adversaires dos à dos et d'autoriser chacun d'entre eux à avoir le sentiment qu'il a obtenu partielle satisfaction »; cfr. anche DROZ, *Les régimes matrimoniaux en droit international privé comparé*, p. 130; GANNAGÉ, *La pénétration de l'autonomie de la volonté*, p. 440; LEQUETTE, *Le droit international privé de la famille*, n. 31; VON OVERBECK, *La professio iuris comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité*, p. 1096-1097; RIGAUX, *Préface à CARLIER, L'autonomie de la volonté*, p. 8; cfr. anche DAVID, *Le droit du commerce international, Réflexions d'un comparatiste*, p. 14, secondo cui « l'incertitude et la diversité qui règnent sur le plan international dans la matière des conflits de lois ne sont tolérables pour le commerce international que parce que les droits nationaux divers, en faisant une large place au principe de l'autonomie de la volonté, sont prêts à s'effacer devant toute manifestation de volonté, suffisamment concrète, des parties ».

²³³¹ Per una lista di tali norme, v. BALLARINO/ROMANO, *Le principe de proximité chez P. Lagarde*, p. 43 s. Anche qui, la « concorrenza degli ordinamenti », accettata dagli Stati che adottano norme di questo tipo (v. MUIR WATT, *Concurrence des ordres juridiques*, p. 628: « en introduisant la possibilité de choisir le régime applicable, on accepte de mettre en compétition des régimes juridiques très divers, souvent imprégnés d'un fort degré d'impérativité »), si spiega bene con l'intersecarsi della volontà, da parte dello Stato che le pone, da un lato, di offrire la propria legge ad una cerchia ampia di soggetti che vogliono sottoporsi ad essa e beneficiarne, e, dall'altro, di accettare che gli altri Stati pure offrano la loro legge agli stessi soggetti, e che questi possano, in definitiva, sottoporsi a, profittare di, una di esse, a loro scelta, mettendo da parte l'altra. Anche qui un ragionamento su base unilaterale può, crediamo, spiegare tale risultato. Non v'è motivo di ritenere che, in materia di effetti di un rapporto giuridico, uno Stato sia meno proclive ad allargare la sfera dei beneficiari possibili del proprio diritto privato che non in materia di condizioni di forma o di sostanza. Una norma giuridica in materia di effetti di un rapporto, cioè di regolamentazione di un rapporto, attribuisce diritti soggettivi ed impone obblighi correlativi. Nella normativa materiale adottata da ciascuno Stato possono scorgersi due porzioni: una porzione positiva, che offre alle parti quel quadro di diritti ed obblighi attribuiti ed imposti da essa; ed una porzione negativa, che impedisce alle parti di invocare e fare valere diritti ed obblighi diversi. Trattandosi di rapporti internazionali, l'alternativa, per uno Stato, è anche qui la stessa: o cercare di serbare autorità esclusiva sui soggetti coinvolti in quei rapporti che, pur dotati di elementi di estraneità, sono nondimeno legati a sé a mezzo del criterio di collegamento che ritiene più significativo – ad esempio la cittadinanza comune, se ve ne è una, in materia di effetti del matrimonio; la cittadinanza del *de cujus* in materia successoria, etc. –, ma impedire che possano servirsi del suo diritto privato le altre categorie di soggetti, cioè quelli legati a sé da altri collegamenti, forti ma meno forti del più forte (ad esempio, le coppie di cittadini del medesimo Stato domiciliati nel foro ed i *de quorum* cittadini stranieri residenti o domiciliati nel foro); ovvero dichiarare applicabile la propria legge anche a queste categorie di soggetti, cioè allargarne la

sfera d'applicazione fondandola su due o più collegamenti alternativi, rinunciando all'autorità esclusiva sulla categoria di soggetti più strettamente legata a sé, ed accettando che l'applicabilità della sua normativa *concorra* con l'applicabilità della normativa adottata degli altri Stati, cioè divenga in qualche modo facoltativa. Anche in materia di effetti, gli Stati si orientano sempre più verso la seconda alternativa. Come si è ricordato, la teoria generale del diritto insegna che fra norma *positiva* o *permissiva* e norma *negativa* o *proibitiva*, poste entrambe da uno Stato, tende a prevalere la norma *permissiva* (BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, p. 223). Se il conflitto è fra la propria legge, che appresta un determinato fascio di diritti ed obblighi (e non un altro), ed una legge straniera, che appresta un altro fascio di diritti ed obblighi, il nostro Stato, che deve rinunciare a qualcosa, vuoi alla porzione positiva, cioè a mettere il fascio di diritti ed obblighi previsto dalla sua legge a disposizione di una certa cerchia di interessati (legati a sé da un contatto forte, pur meno forte di quello che ritiene più forte), vuoi alla porzione negativa, cioè a proibire che gli interessati legati a sé dal contatto che ritiene più forte invochino e facciano valere un fascio di diritti ed obblighi diverso da quello apprestato dalla sua legge, preferisce sempre più assicurare efficacia alla porzione positiva della propria legge e rinunciare alla porzione negativa. Anche qui, la funzione facilitatrice del diritto privato viene preferita alla sua funzione direttiva. Dall'altro, l'efficacia dell'autorità esclusiva della norma, cioè della porzione negativa di essa, necessita della collaborazione degli altri Stati, la quale non è spesso prestata, per le ragioni che già si sono viste, ed in particolare perché gli altri Stati sono liberi di scegliere come collegamento più significativo un fattore di connessione diverso da quello scelto dal foro. La rinuncia alla porzione negativa della norma, cioè all'efficacia esclusiva di questa, è dunque, in certo modo, imposta dalla forza delle cose, sicché la restrizione della porzione positiva non si giustifica più. Si facciano alcuni esempi. In materia di effetti patrimoniali del matrimonio, l'alternativa, per il nostro Stato, è la seguente: vuoi riservare l'applicazione della propria legge alle coppie di cittadini, e rifiutarla alle coppie di stranieri (se cittadini dello stesso Stato) domiciliati nel foro, nonché alle coppie di cui uno solo dei coniugi è cittadino del foro, vuoi estendere l'applicazione di tale legge anche alle coppie di domiciliati nel foro ovvero a quelle di cui uno solo dei coniugi è cittadino, ed accettare che l'*applicabilità* della propria legge, sia alle coppie di cittadini del foro che a quelle di stranieri domiciliati nel foro che a quelle di cui uno dei coniugi è cittadino del foro, *concorra* con l'*applicabilità* della legge degli Stati legati alla fattispecie mediante uno di questi contatti. Anche qui, *applicabilità concorrente* significa che le persone interessate, cioè i coniugi, possono scegliere quale regolamentazione statale adottare. Anche qui, dunque, l'applicazione concorrente si risolve in una *scelta di legge*, in una *professio iuris* (i Paesi che, in materia di effetti patrimoniali del matrimonio, hanno adottato la *professio iuris* sono, in effetti, numerosi). Si pensi ancora alla materia successoria. L'alternativa, per il nostro Stato, che immaginiamo ritenga che il collegamento più forte sia la cittadinanza del *de cuius*, è la seguente: o concedere ai suoi soli cittadini, e rifiutare ai suoi residenti o domiciliati, la possibilità di organizzare la propria successione secondo le sue leggi; o consentire anche ai suoi residenti o domiciliati di organizzare la propria successione secondo le sue leggi, ed accettare che i suoi cittadini e i suoi residenti organizzino la propria successione giusta le leggi dello Stato straniero della cittadinanza o della residenza. Il legislatore italiano, come anche altri legislatori, seppure con qualche riserva (sulle quali v. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, p. 65 s.), ha rinunciato all'autorità esclusiva sulla successione del cittadino italiano, preferendo potere offrire l'utilizzo anche al residente in Italia. Dovendo rinunciare a qualche cosa, vuoi alla porzione *positiva*, in una certa cerchia di casi (quelli in cui il *de cuius* è cittadino straniero residente nel foro), vuoi alla porzione *negativa*, in un'altra cerchia di casi (quelli in cui il *de cuius* è cittadino residente all'estero), l'Italia, come anche altri Stati, ha scelto la seconda alternativa: cioè ha scelto d'applicare la propria legge ai propri cittadini ed ai propri residenti, rinunciando alla porzione proibitiva, cioè al carattere esclusivo di tale applicazione, ed accettando la concorrenza, rispettivamente, dello Stato della residenza e dello Stato

avviene a seguito dell'operare del metodo del riconoscimento, sembrerebbe, almeno a prima vista, che il legislatore del foro, ponendo la norma di conflitto che prevede più criteri di collegamento, e rimettendo la designazione definitiva della legge applicabile alle parti, si disinteressi di ciò che facciano gli Stati la cui legge può, dal suo punto di vista, « eleggersi », che si disinteressi, cioè, se la sua disponibilità ad applicare presso di sé una legge straniera anche a fattispecie in cui pur offre ai soggetti coinvolti il beneficio della propria valga a risparmiare, a questi ultimi, un conflitto positivo. In altre parole: sembrerebbe che lo Stato consenta di scegliere una legge anche quando tale scelta provocherebbe un conflitto di leggi, anziché evitarlo. Si ritiene pressoché invariabilmente, infatti, che il rinvio non debba operare laddove il foro accorda una *professio iuris*, il che pure ha fatto oggetto di norme apposite²³³².

E' bene, tuttavia, formulare due rilievi. Il primo è che, quanto meno in materie quali i regimi matrimoniali e le successioni, la *professio iuris* non è praticamente esercitata in favore della legge di uno Stato se tale Stato, negando efficacia a tale scelta, ritiene da parte sua applicabile un'altra legge. Insomma: il legislatore può pure non curarsi del fatto che l'impiego di questo strumento risolva o provochi un conflitto internazionale di norme, ma il fatto che la legge « eleggibile » non sia messa in opera nel relativo Stato ha un rilievo preponderante, per il titolare del potere di scelta, nel decidere se, o meno, esercitarla ed a beneficio di quale legge. La *professio iuris*, insomma, viene per lo più compiuta dai beneficiari proprio per risolvere un conflitto internazionale di leggi, è – cioè – riguardo a queste situazioni che è praticamente efficace²³³³. In secondo luogo, una

della cittadinanza. Il che è dovuto, ancora una volta, ad una sana dose di realismo. Per realizzarsi davvero, il monopolio normativo che l'Italia aspira ad esercitare sulla successione dei propri cittadini anche residenti o domiciliati all'estero o anche quando lasciano beni all'estero necessita della collaborazione degli altri Stati, in particolare dello Stato di residenza o domicilio e dello Stato di situazione dei beni. Ora non di rado questa collaborazione non è prestata. L'Italia può ben sforzarsi di impedire che la successione del cittadino italiano sia regolata dalle leggi di un altro Stato, in particolare le leggi dello Stato estero del domicilio. Ma – trattandosi per esempio di successione mobiliare – la Francia, per ipotesi Stato del domicilio, non rispetterà tale desiderio, e, se interpellata, sottoporà la successione in questione alle proprie leggi. Sicché nonostante la volontà contraria dell'Italia, la successione dell'italiano domiciliato in Francia può venire *di fatto* regolata dalla legge straniera del domicilio. Nel qual caso la disposizione secondo cui la legge italiana è la legge regolatrice della successione dei cittadini italiani domiciliati all'estero perde la sua efficacia. Correlativamente, l'esclusione dei residenti in Italia dal beneficio della legge italiana smarrisce la sua giustificazione. Il che spiega perché l'Italia abbia optato per allargare correlativamente la sfera d'applicazione della propria normativa successoria anche ai residenti in Italia, accettando la concorrenza dello Stato della residenza in ordine alla successione dei cittadini italiani residenti all'estero, e consentendo dunque in sostanza all'interessato, nell'una e nell'altra ipotesi, di effettuare una *professio iuris* in favore della legge italiana o della legge straniera.

²³³² V. ad es. l'art. 13, comma 2, lett. a), della legge di riforma.

²³³³ Su ciò che la *professio iuris* « octroie aux parties la possibilité d'aménager, dans la limite des critères de référence, une véritable coordination des systèmes de droit international privé », v. SOIRAT, *Les règles de rattachements à caractère substantiel*, p. 373; v. già BATIFFOL, *A.I.D.I.*, 1967, II, p.

dottrina autorevole ritiene, e quale soluzione già *de lege lata*, che, ferma l'esclusione del rinvio, la facoltà di scelta di cui all'art. 46 della legge di riforma, dovrebbe essere consentita soltanto a favore di una legge che « voglia da parte sua essere applicata », e ciò in nome delle « peculiari e forti esigenze di coordinamento » che si danno in materia successoria²³³⁴. A dar credito a tale opinione, se cioè la *professio iuris* è concessa dal foro in questi limiti, cioè nella sola misura in cui, in forza di essa, o per altre ragioni, lo Stato designato dichiara a sua volta applicabile la propria legge, il foro ha, ancora una volta, optato per dare efficacia ad una legge straniera in fattispecie nelle quali pur offre al *de cuius* il beneficio della propria al fine di evitargli di trovarsi di fronte ad un conflitto internazionale fra le proprie norme e quelle di un altro Stato.

489-490; cfr. LAGARDE, *Principe de proximité*, n. 109; DROZ, *Les régimes matrimoniaux en droit international privé comparé*, p. 124-125; CHAPPUIS, *L'utilisation des véhicules successoraux dans un contexte international et la lésion de la réserve successorale*, *Sem. jud.*, 2005, p. 46-47.

²³³⁴ PICONE, *La riforma*, p. 539.

Indice-Sommario

INTRODUZIONE GENERALE

1.	La constatazione diffusa di una rinascita del metodo unilaterale nella dottrina moderna di d.i.p.	1
2.	Le tre ragioni che suggeriscono una ripresa dello studio del metodo unilaterale	5
3.	Piano del lavoro	7

Parte Prima

LE DOTTRINE UNILATERALI: UNA RICOSTRUZIONE STORICO-CRITICA

4.	Breve sintesi del nucleo comune alle dottrine unilaterali. Le tre stagioni dell'unilateralismo	13
5.	L'unilateralismo tedesco e la sua influenza sulla codificazione di fine Ottocento	14
6.	La seconda fase del pensiero unilaterale: Niboyet e l'unilateralismo francese, Pilenko, Quadri	15
7.	L'unilateralismo americano: Sohn, Currie, Kramer, Fruehwald	18
8.	Cenni sui rapporti fra unilateralismo e dottrine statutarie	20

Capitolo Primo

LE NORME UNILATERALI DELL'*EG BGB* DEL 1896 E L'UNILATERALISMO TEDESCO

9.	La messa a fuoco dell'alternativa fra unilateralismo e bilateralismo	23
10.	Le tre ragioni che invitano ad uno studio della genesi delle norme dell' <i>EG BGB</i>	24
11.	Piano del Capitolo Primo	28

Sezione I

LE NORME UNILATERALI DELL'*EG BGB* E IL LORO PROCESSO DI GENESI

12.	Introduzione	30
§ I. – Il bilateralismo dei progetti Gebhard e i lavori della prima commissione		
13.	I progetti Gebhard e le ragioni alla base della scelta bilaterale	30
14.	Analisi di tali ragioni: la natura privatistica del d.i.p. e adesione al principio della « esclusività della potestà normativa dello Stato »	34
15.	Il dibattito in sede di prima commissione: perplessità circa i motivi allegati da Gebhard in ordine alla natura della designazione del diritto straniero	39
16.	Avversione del Cancelliere e del Ministero degli Esteri verso la rigidità delle norme bilaterali. Lo stralcio delle norme di d.i.p.	41
17.	Il punto sulla discussione circa la natura ed i fini del d.i.p. al termine dei lavori della prima commissione	44
§ II. – Le <i>Bemerkungen</i> di Julius Schnell e i lavori della seconda commissione		
18.	Sdoppiamento del processo codificatorio fra un piano « ufficiale » ed uno « non ufficiale »	45

19.	Le <i>Bemerkungen</i> di Julius Schnell	48
20.	Un commento alle <i>Bemerkungen</i> : critica non già alla <i>legittimità teorica</i> della norma bilaterale, bensì alla <i>coerenza</i> di essa con il <i>fine</i> proclamato del d.i.p. e con la <i>natura</i> asseritamente neutra delle norme di d.i.p.	52
21.	L'analisi articolo per articolo del progetto da parte di Schnell. I conflitti positivi e negativi	56
22.	La relazione di Gebhard nella seduta del 6 marzo 1896 e sua difesa della bilateralità	58
23.	Le due « voci » critiche: argomenti teorici e pratici contro la bilateralità	61
24.	La deliberazione dei commissari a favore della regola bilaterale. Prevalenza delle esigenze di certezza ed unità del diritto tedesco	64
25.	Svolgimento finale dei lavori della seconda commissione e rimessione del progetto al <i>Bundesrat</i>	65
§ III. – Lo svolgimento « non ufficiale » e il successo finale dell'istanza unilaterale		
26.	Introduzione allo svolgimento « non ufficiale »	66
27.	Scambi di corrispondenza fra il <i>Reichsjustizamt</i> e l' <i>Auswärtiges Amt</i> e coinvolgimento del <i>Preussisches Justizministerium</i>	67
28.	Presa di posizione dell' <i>Auswärtiges Amt</i> : prima affermazione dell'istanza unilaterale	68
29.	Osservazioni del <i>Reichsjustizamt</i> : adesione all'impostazione bilaterale	70
30.	Presa di posizione del <i>Preussisches Justizamt</i> : ulteriore « progresso » dell'istanza unilaterale	70
31.	L'importanza di tale presa di posizione	72
32.	Il contributo delle Città Anseatiche: la redazione di un « progetto alternativo » di impostazione unilaterale	73
33.	Il dibattito finale in sede di <i>IPR-Kommission</i> : adesione corale all'impostazione unilaterale	74
34.	La classificazione delle norme dell' <i>EGBGB</i> : norme <i>unilaterali</i> , norme <i>bilaterali imperfette</i> , norme <i>bilaterali</i>	76
§ IV. – Giudizio conclusivo sul processo di elaborazione dell'EGBGB		
35.	Riassunto delle tappe dell'elaborazione di tali norme	80
36.	Giudizio sul processo di nascita dell' <i>EGBGB</i> : la modernità di tale processo	84

Sezione II GLI UNILATERALISTI TEDESCHI

37.	Introduzione al pensiero degli unilateralisti tedeschi	88
§ I. – Il pensiero degli unilateralisti tedeschi		
38.	Heinrich Thöl e la volontà di applicazione delle leggi come criterio di scelta della legge applicabile	89
39.	L'unilateralismo di Thöl	94
40.	L'approvazione di Savigny verso il sistema di Thöl	95
41.	Carl Ludwig von Bar e l'analisi degli inconvenienti della bilateralità. Accostamento delle esigenze alla base dell'unilateralismo a quelle alla radice del rinvio	98
42.	Heinrich Edelmann e l'esclusione della « bilaterizzazione » delle norme unilaterali dell' <i>EGBGB</i>	102
43.	Alexander Niedner ed il rinvio quale <i>Krankheitssymptom</i> della impostazione tradizionale	105
44.	Ludwig Enneccerus. La pace internazionale come obiettivo dell'unilateralismo	108

45. (segue): L'esclusione della bilateralizzazione delle norme unilaterali per via analogica	110
46. Joseph Keidel. <i>Gesetzesbefehl</i> e <i>Gesetzesinhalt</i> della norma giuridica	111
47. (segue): Le aporie logiche e pratiche della bilateralità e la maggior coerenza dell'unilateralità	113
48. (segue): Conflitti positivi e negativi. Il rinvio	114
49. Hugo Neumann. Il programma del d.i.p.	116
50. (segue): Le due serie di regole di d.i.p.; l'insistenza sull'esigenza del « coordinamento » fra sistemi	118
51. (segue): Il rinvio	119
52. (segue): Conclusioni	120

§ II. – Sistemazione delle idee dei primi unilateralisti

53. La constatazione di una limitazione della sfera d'applicazione delle leggi del foro	121
54. Le ragioni alla base di tale limitazione: ragioni interstatuali e ragioni interindividuali	122
55. Due porzioni della norma unilaterale. La ricerca dell'armonia quale obiettivo della porzione estroversa	123
56. I conflitti positivi e negativi. Prime proposte di soluzione	125
57. Unilateralismo e rinvio nelle riflessioni dei primi unilateralisti tedeschi	127

Sezione III

LE CRITICHE AL PRIMO UNILATERALISMO

58. Considerazioni preliminari. Germania e Italia come centri principali del dibattito	128
59. Franz Kahn. L'esclusività della « volontà » del legislatore interno. L'avversione per il rinvio concepito quale espressione della tesi unilaterale	129
60. Theodor Niemeyer. La delimitazione della sfera di efficacia delle norme interne	134
61. (segue): Dure critiche alle lacune dell' <i>EGGB</i> e rifiuto dell'idea unilaterale per l'incertezza ed incoerenza che questa comporta	136
62. Dionisio Anzilotti. La visione « internazionalista » in <i>Studi critici</i> . La visione « nazionalista » dell'ultimo Anzilotti	139
63. Giulio Cesare Buzzati e l'insistenza sulla legittimità della designazione della legge straniera. Ammissione <i>de lege ferenda</i> della disapplicazione della norma di conflitto del foro	144
64. Enrico Catellani: critica del rinvio e dell'abdicazione alla volontà straniera implicita nella dottrina di Schnell. Ammissione della possibilità di disattivazione della regola di d.i.p. del foro	147
65. Giuseppe Ottolenghi e la critica del rispetto della « volontà di applicazione ». Svolgimento delle conseguenze ultime implicite nel bilateralismo. Esigenza di un ripensamento globale	148

Capitolo Secondo

L'UNILATERALISMO FRANCESE, PILENKO E LA DOTTRINA DI ROLANDO QUADRI

66. Niboyet e l'unilateralismo francese. Pilenko. Quadri	152

Sezione I

L'UNILATERALISMO FRANCESE

67. Introduzione	154

§ I. – L'unilateralismo di J.-P. Niboyet

68. L'unilateralismo *de lege ferenda* di Niboyet e la sua giustificazione: sovranità, effettività, rispetto dell'integrità della legge straniera 156
69. Conflitti *negativi* e *positivi*: competenza *suppletiva* della legge francese, effettività e *favor validitatis* 158
70. Distinzione fra *creazione* ed *efficacia* dei diritti. L'adesione, anche *de lege lata*, all'unilateralismo in materia di *efficacia*. Il criterio del *prior in tempore* 159

§ II. – Alcuni rilievi critici circa l'unilateralismo di Niboyet

71. Il duplice fondamento, intestatale ed interindividuale, dell'unilateralismo di Niboyet. Il fondamento *interstatale*. Il principio di sovranità 163
72. La difficoltà di fondare la bilateralità sul principio dell'eguale sovranità degli Stati 163
73. Il fondamento *interindividuale*: l'aspirazione ad un'ampia « interpenetrazione dei diritti » 165
74. Il significato di « efficacia dei diritti creati all'estero ». La non necessità dell'intervento giudiziario 167
75. Soluzione ai conflitti positivi: effettività e *favor validitatis* 168
76. I conflitti negativi e la relatività dell'incompetenza della legge del foro. Debolezze dell'unilateralismo di Niboyet 169
77. La duplice anima, nazionalista ed internazionalista, dell'unilateralismo riflessa in Niboyet 171

§ III. – La critica di Henri Batiffol all'unilateralismo di Niboyet

78. Le riserve espresse da Henri Batiffol: « eguaglianza dei problemi » meglio rispettata dalla bilateralità e « vocazione universale » della norma bilaterale 172
79. Riserve sull'attualità di alcune di tali riserve. La non positività dell'unilateralità e la sua difficoltà in caso di conflitto 174

§ IV. – L'unilateralismo nel progetto di codificazione del d.i.p. francese

80. Introduzione 176
81. Gli articoli 20 e 21 del progetto e loro discussione in sottocommissione 177
82. Il sostanziale unilateralismo del testo approvato dalla sottocommissione 179
83. La discussione in seno alla commissione. Discussione sul rinvio 179
84. (segue): Le due proposte di redazione, unilaterale e bilaterale. La prevalenza di quest'ultima 181
85. Le ragioni di tale prevalenza 183
86. L'articolo 22 del progetto in materia di efficacia delle situazioni giuridiche create all'estero 184
87. Discussione in seno alla sottocommissione. L'accoglimento di tale disposizione 185
88. Discussione in seno alla commissione. Opposizione di Mazeaud e adesione degli altri commissari 188
89. Discussione in seno al *Comité français*. Proposta di Maury. Interventi di Francescakis e Jeantet 190
90. La prima restrizione alla bilateralità nella proposta di Maury: la totale estraneità al foro 191
91. La seconda restrizione alla bilateralità: la regola della « concordanza » degli Stati interessati 192

§ V. – L'unilateralismo in materia di efficacia dei diritti: Gérard Vivier

92. Introduzione 193
93. Dubbi sulla positività della bilateralità pura 193

94. La difficoltà di giustificare teoricamente la bilateralità e sua maggiore praticità	195
95. I vantaggi dell'unilateralità in materia di efficacia dei diritti	196
96. Le due spiegazioni circa gli obiettivi del d.i.p.	197
97. La nozione di efficacia dei diritti in Vivier	198

§ VI. – Le proposte di Phocion Francescakis e Horatia Muir Watt in materia di situazioni giuridiche acquisite all'estero

98. La restrizione spaziale apportata da Francescakis all'unilateralità: la totale estraneità al foro. Sue proposte di soluzione dei conflitti positivi: <i>favor validitatis</i> e <i>prior in tempore</i>	200
99. Due ragioni della restrizione. Protezione della « sfera degli interessi » del foro	204
100. Dubbi sull'attualità della fondatezza di tali ragioni	206
101. (segue): Dubbi sull'utilità della prevedibilità per spiegare tale restrizione	210
102. Conclusioni sull'unilateralismo di Francescakis	211
103. L'abbandono da parte di Muir Watt della restrizione « spaziale » e la sua sostituzione con il rispetto delle previsioni delle parti	212
104. Conflitti positivi in cui è coinvolto il foro. Dubbi sull'opportunità dell'applicazione automatica della <i>lex fori</i>	214
105. La giustificazione di tale abbandono: la salvaguardia della stabilità dei rapporti internazionali	215
106. Proposte di Francescakis e Muir Watt a confronto: applicazione autoritativa ed effettività	217

Sezione II

PILENKO E LA « BIDIMENSIONALITÀ » DEL D.I.P.

107. Introduzione	219

§ I. – Il sistema di Pilenko

108. Distinzione fra norme unilaterali o spaziali e norme bilaterali o di conflitto	220
109. Conflitti fra norme spaziali e norme di conflitto: prevalenza delle norme spaziali	222
110. Il ruolo ridotto delle norme di conflitto	224

§ II. – Alcuni rilievi critici

111. Le perplessità suscitate dal sistema di Pilenko. La bilateralizzazione per risolvere i conflitti positivi	226
112. (segue): L'inscindibilità delle componenti della norma; la presunta violazione di essa	228
113. (segue): Volontà d'applicazione <i>primaria</i> e volontà d'applicazione <i>suppletiva</i>	230
114. Replica ad alcune critiche rivolte all'unilateralismo di Pilenko	231

§ III. – Elementi di modernità del pensiero di Pilenko

115. La contiguità con l'unilateralismo americano: nozione di conflitto e distinzione fra « rules of scope » e « conflicts rules »	233
116. G. Jahr e la critica all'assenza di « pluridimensionalità » nella visione bilaterale	234
117. La modernità delle spiegazioni in materia di ordine pubblico e di rinvio	235

Sezione III

LA DOTTRINA UNILATERALE DI ROLANDO QUADRI

118. Il sistema di Quadri e l'idea-forza che lo anima. Tre aspetti del valore dell'opera di Quadri	237

§ I. – Esposizione del pensiero unilaterale di Quadri

119. L'intuizione circa le origini storiche dell'impostazione bilaterale moderna	241

120. Analisi delle dottrine <i>internazionalistiche</i> e critica delle stesse	243
121. Dottrine <i>nazionalistiche</i> . La spiegazione « materiale » del richiamo al diritto straniero	245
122. La spiegazione « formale » fornita dalla dottrina dei diritti quesiti e la sua sostanziale correttezza	247
123. La tesi di Quadri sul fondamento del d.i.p.: sua natura « psicologica » e la « teoria dell'aspettativa »	249
124. La teoria unilaterale. La limitata sfera di « effettività » di ogni ordinamento. Le norme di d.i.p. come cioè frammenti di <i>norma agendi</i>	251
125. Il richiamo del diritto straniero tramite il « principio dell'adattamento »	253
126. Le ragioni vere della resistenza della dottrina rispetto all'unilateralismo: conflitti positivi e negativi	255
127. Proposte di soluzione di tali conflitti	256

§ II. – Analisi critica dell'unilateralismo di Quadri

128. La constatazione dell'assenza di una replica esaustiva alla dottrina di Quadri	258
129. Riserve sul fondamento psicologico e sulla teoria dell'aspettativa	260
130. Soluzione dei conflitti negativi. L'ermeticità delle soluzioni proposte da Quadri. Proposta di Gothot	262
131. I conflitti positivi. Le aspettative delle parti. Critiche di Ballardore Pallieri e di Ancel	264
132. (segue): Il principio di effettività o criterio dell'ordinamento più forte. La presunta vaghezza e il ritorno alla bilateralità	267
133. Altri criteri di soluzione proposti da Quadri. Il criterio del <i>favor</i>	269
134. La critica alla nozione di <i>norma agendi</i> e la sua inconsistenza	270
135. Ulteriori debolezze dell'unilateralismo di Quadri: prevalenza della <i>lex fori</i> nei conflitti positivi e la negligenza degli interessi interstatali	271

Sezione IV CONCLUSIONI SULLA SECONDA STAGIONE DELL'UNILATERALISMO

136. Il fondamento delle tesi unilaterali: diritti quesiti, previsioni delle parti, continuità della vita giuridica	273
137. I conflitti positivi (e negativi): <i>favor validitatis</i> , <i>prior in tempore</i> , ordinamento più forte, aspettative delle parti, quali altrettante concretizzazioni dell'effettività	275
138. L'unilateralismo parziale come elemento-chiave nella storia del fondamento della norma di conflitto	276
139. Soluzione dei conflitti positivi e interesse statale quali cardini della riflessione americana	279

Capitolo Terzo L'UNILATERALISMO AMERICANO

140. Introduzione	280

Sezione I TEORIA DEL « CUMULO DEI CRITERI DI COLLEGAMENTO » DI L. SOHN

141. Il conflitto di leggi come conflitto di diritti ed obblighi incompatibili fra loro. L'insufficienza delle norme di conflitto nazionali a risolvere tali conflitti	285

142. Il primo « step forward »: la considerazione della sola porzione unilaterale delle norme di conflitto. La proposta di un « cumulo » di criteri di collegamento per risolvere i conflitti positivi e negativi	287
143. Estensione di tale soluzione ai conflitti di cui è parte il foro, alla luce di un « ben compreso interesse del foro »	289
144. La modernità di Sohn	290

Sezione II IL PENSIERO DI BRAINERD CURRIE

145. Introduzione al pensiero di Currie	291
146. La nozione di <i>governmental interest</i> . Due tappe del suo percorso scientifico	295
147. Identificazione della <i>governmental policy</i> e verifica della sussistenza del <i>governmental interest</i> . Le quattro categorie di situazioni: <i>false problems, non-conflicts, true conflicts, unprovided-for cases</i>	297
148. La <i>prima</i> tappa: l'analisi dell'atteggiamento di un « selfish State ». La seconda tappa: la ricerca di un « accomodamento » fra le sfere di applicazione delle norme degli Stati in conflitto	299

Sezione III L'UNILATERALISMO DI CURRIE E LE PRIME PROPOSTE DI SOLUZIONE DEI CONFLITTI POSITIVI

149. La verifica dell'unilateralismo della dottrina di Currie. La sua scoperta delle « Rules of Scope »	303
150. La verifica dell'esistenza di un <i>true conflict</i> . Il coordinamento della sfera d'applicazione spaziale delle norme degli Stati in conflitto	308
151. La revisione (« reconsideration ») dell'applicazione della norma del foro alla luce di <i>relations e policies</i>	310
152. Le due fasi del <i>choice of law process</i>	312

Sezione IV LE CRITICHE RIVOLTE A CURRIE: IL DILEMMA FRA INTERESSI STATALI ED INTERESSI INDIVIDUALI

153. Le tre critiche principali rivolte a Currie	313
154. La <i>ratio</i> di una norma giuridica statale. La non indifferenza dello Stato alla applicazione della sua norma a situazioni con elementi di estraneità	314
155. Il significato di « interessi statali ». Scelta fra due interessi individuali incompatibili	317
156. Il legefiorismo di Currie. Il momento della « reconsideration ». L'incapacità di Currie di valorizzare i benefici dell'armonia delle soluzioni per gli individui	321
157. L'incapacità dei giudici di valutare la <i>policy</i> degli Stati. La non necessità della giurisprudenzialità dell'analisi degli interessi	323

Sezione V IL SUPERAMENTO DELLE CRITICHE: L. KRAMER E E.S. FRUEHWALD

158. Il « two-step approach » di Kramer. Il triplice contributo allo sviluppo dell'idea unilaterale americana	325
159. La « <i>prima facie</i> applicability » e la sua derivazione dalla porzione introversa delle norme di d.i.p.	327
160. Interesse del foro a rimettere in discussione l'applicabilità delle proprie norme nei conflitti positivi	328
	715

161. Proposte di soluzione dei conflitti positivi quali <i>canons of construction</i>	331
162. Riassunto del concetto di Kramer: i vantaggi della rinuncia da parte del foro all'applicazione delle sue norme nei casi di <i>true conflicts</i>	334
163. Il « two-step approach » di Fruehwald ed il criterio del collegamento più stretto	335
164. Gli interessi del d.i.p. secondo Fruehwald: in particolare, la « fairness to the litigants »	336
165. Sistemazione degli interessi del d.i.p.	337

Sezione VI

CONCLUSIONI SULL'UNILATERALISMO AMERICANO

166. Il nucleo della protesta americana: la « preoccupazione » dello Stato di applicare la sua legge a fattispecie internazionali. Il processo di « soggettivizzazione » dell'analisi di tale preoccupazione.	339
167. La scoperta dei conflitti veri. La spiegazione interstatale e la spiegazione inter-individuale della necessità di risolverli unitariamente. I criteri per la loro soluzione	342
168. Alla ricerca della positività di tali criteri nei sistemi moderni	344

Parte Seconda

APPLICAZIONI DELL'UNILATERALISMO

169. Alla ricerca della positività dell'unilateralismo. La prima avvertenza: il carattere « sistematico » del d.i.p.	349
170. La seconda avvertenza: i tre « articoli » o « momenti » del programma unilaterale	351
171. L'atteggiamento della bilateralità nei confronti dei tre articoli	354
172. Il punto di dissidio tra le due dottrine: il richiamo del diritto straniero	356
173. L'utilità dello studio delle norme o proposizioni unilaterali	357
174. Piano della Parte Seconda. I tre Capitoli	358

Capitolo Quarto

STRUTTURA DELLE NORME UNILATERALI E LORO CLASSIFICAZIONE. LE NORME UNILATERALI ESPRESSE

175. Introduzione	360

Sezione I

FATTISPECIE E CONSEGUENZA GIURIDICA DI UNA NORMA UNILATERALE

176. Il campo di applicazione, <i>materiale e spaziale</i> , di una norma giuridica di diritto privato	361
177. Il campo di applicazione <i>materiale</i> di una norma di d.i.p.	364
178. Il campo di applicazione <i>spaziale</i> di una norma di d.i.p. <i>bilaterale</i>	365
179. Un esempio di norma di d.i.p. bilaterale delimitata nello spazio da una norma unilaterale	368
180. La naturale, costitutiva e storica « universalità » della norma di d.i.p. bilaterale	369
181. Il campo di applicazione <i>spaziale</i> di una norma di d.i.p. <i>unilaterale</i>	370
182. La « conseguenza giuridica » della norma unilaterale. La duplice funzione del criterio di collegamento	371

Sezione II

TRE CRITERI DI CLASSIFICAZIONE DELLE NORME UNILATERALI

183. Un primo criterio di classificazione: norme unilaterali espresse e norme unilaterali implicite	372
184. Un secondo criterio di classificazione: norme unilaterali accessorie e norme unilaterali autonome	374
185. Un terzo criterio di classificazione: norme unilaterali localizzatrici e norme unilaterali materiali	377

Sezione III

NORME UNILATERALI ESPRESSE LOCALIZZATRICI

186. Criterio di collegamento bilaterale e criterio di collegamento unilaterale. L'art. 25, comma 1 della legge di riforma	378
187. Definizione di « norma di d.i.p. » e individuazione della norma unilaterale	379
188. Le condizioni di applicazione della norma unilaterale. L'effetto di tale applicazione: la <i>deroga</i> alla norma bilaterale	380
189. La sussistenza delle due condizioni perché si abbia la deroga di una norma ad un'altra norma	381
190. Deroga in senso soltanto <i>spaziale</i> e deroga in senso anche <i>materiale</i> . Deroga soltanto <i>spaziale</i> : l'esempio dell'art. 25	383
191. (segue): Deroga in senso anche <i>materiale</i> : l'esempio dell'art. 116 c.c.	384
192. Il rilievo della distinzione fra i due tipi di deroga	386
193. L'esistenza di norme unilaterali « accessorie » ma non « derogatorie »: l'art. 26 della legge di riforma	389
194. Equivalenza di tali norme rispetto alle norme unilaterali « derogatorie »	391
195. Le diverse modalità tecniche di richiamo delle norme materiali: <i>singulatim e per relationem</i>	395

Sezione IV

NORME UNILATERALI ESPRESSE

A CARATTERE LOCALIZZATORE E MATERIALE

196. Introduzione	399
197. L'esempio dell'art. 31 della legge di riforma	400
198. La natura <i>unilaterale</i> del criterio di applicazione avente natura « materiale »	401
199. La prima conferma di tale unilateralità	403
200. La seconda conferma di tale unilateralità	403
201. Alcuni esempi di norme unilaterali a carattere localizzatore <i>espresso</i>	406
202. Carattere localizzatore <i>implicito</i> nei criteri di giurisdizione	413
203. Ancora sull'art. 31 della legge di riforma	415
204. Conclusioni: la necessità del carattere <i>anche</i> localizzatore	417
205. Alcuni modelli di funzionamento delle norme unilaterali a carattere localizzatore e materiale	417
206. Deroga in senso soltanto <i>spaziale</i> e deroga in senso anche <i>materiale</i>	422
207. Le diverse modalità di richiamo alle norme materiali interne	424
208. Le norme unilaterali che prevedono il collegamento dell'autonomia della volontà	425

Capitolo Quinto

LE NORME UNILATERALI IMPLICITE E IL RICHIAMO DEL DIRITTO STRANIERO

209. Introduzione	427
	717

Sezione I

LE NORME UNILATERALI IMPLICITE: IL FENOMENO DELLE NORME DI APPLICAZIONE NECESSARIA

210. Un'esempio di norma unilaterale implicita: l'articolo 333 del Codice civile	428
211. La distinzione fra norma <i>materiale</i> e norme <i>unilaterale</i> nelle norme d'applicazione necessaria	430
212. Due differenze nel trattamento delle norme unilaterali <i>implicite</i> e delle norme unilaterali <i>esplicite</i>	433
213. Il meccanismo di <i>deroga</i> . Deroga parziale e deroga totale	436
214. Norme unilaterali implicite a carattere <i>localizzatore</i> e norme unilaterali implicite a carattere localizzatore e <i>materiale</i>	437
215. Norme unilaterali implicite e <i>ordine pubblico di prossimità</i>	439
216. Conclusioni	445

Sezione II

CRITICA ALLE PRESUNTE DIFFERENZE FRA LE NORME UNILATERALI E LE NORME DI CONFLITTO UNILATERALI TEORIZZATE DALL'UNILATERALISMO

217. Norme unilaterali e norme <i>di conflitto</i> unilaterali	446
218. Le presunte differenze fra le norme unilaterali studiate e le norme di conflitto unilaterali	448
219. Il punto decisivo della discussione: le modalità di richiamo del diritto straniero	454

Sezione III

IL RICHIAMO DEL DIRITTO STRANIERO, LA BILATERALIZZAZIONE E I CONFLITTI DI « LOIS DE POLICE »

220. Originarie proposte di <i>bilateralizzazione</i> del criterio di collegamento unilaterale. Successivo, unanime rifiuto di essa	455
221. Le ragioni di tale rifiuto: l'incoerenza di essa rispetto allo scopo perseguito, cioè il coordinamento e l'armonia delle soluzioni	456
222. Le proposte di soluzione dei conflitti fra norme di applicazione necessaria (<i>conflits de lois de police</i>): ricerca di una « shared policy » e principio di prossimità	460
223. (segue): Riserve circa la prevalenza automatica delle norme imperative del foro in caso di conflitto internazionale d'imperatività	462
224. Conclusioni: l'unilateralismo del metodo delle norme d'applicazione necessaria	463
225. Contraddizione fra rifiuto dell'unilateralismo generale e suo accoglimento in tema di norme d'applicazione necessaria	465
226. La <i>parzialità</i> di tale unilateralismo: i due tipi di <i>limiti</i>	466

Sezione IV

LA VISIONE UNILATERALISTA DELLE « NORME INTERNAZIONALMENTE IMPERATIVE »: DA UNA EINZELEINSEITIGKEIT AD UNA SYSTEMEINSEITIGKEIT?

227. La diffusione del fenomeno delle norme d'applicazione necessaria	468
228. La natura puramente accidentale della deroga. Esclusione di essa quale elemento definitorio	470
229. Alla ricerca di un nuovo elemento distintivo delle norme d'applicazione necessaria	472

230. Il contatto fra la volontà <i>imperativa</i> d'applicazione delle norme straniere e la volontà <i>ordinaria</i> d'applicazione delle norme del foro. Il senso dell'indagine circa l'imperatività della volontà d'applicazione delle norme del foro	473
231. La visione unilaterale dell'imperatività internazionale delle norme del foro. Il conflitto fra « volontà normatrici »	475
232. Le ragioni che impediscono di scorgere l'anomalia della visione bilaterale tradizionale	478
233. Gli elementi per valutare l'imperatività internazionale delle norme del foro: criterio <i>spaziale</i> e criterio <i>materiale</i>	479
234. Le norme d'applicazione necessaria straniere accoglibili nel foro. La volontà d'applicazione	481
235. L'esempio classico della capacità dell'inglese domiciliato in Francia	484
236. Da un unilateralismo <i>parziale</i> ad un unilateralismo <i>generalizzato</i> ? I due criteri per risolvere il conflitto positivo	485

Capitolo Sesto

NORME UNILATERALI « NON ACCESSORIE »: L'« APPLICAZIONE GENERALIZZATA DELLA *LEX FORI* » E IL « METODO DEL RICONOSCIMENTO »

237. Introduzione	487

Sezione I

L'UNILATERALISMO IN MATERIA DI « REGISTERED PARTNERSHIP » E MATRIMONIO OMOSESSUALE

238. Introduzione	489

§ I. – Norme di diritto internazionale privato in materia di « registered partnership » e matrimonio omosessuale

239. La rassegna dei Paesi considerati	490
240. <i>Registered partnership</i> in Danimarca, Finlandia, Islanda, Svezia e Norvegia	490
241. <i>Registered partnership</i> e matrimonio omosessuale nei Paesi Bassi ed in Belgio	493
242. Il PACS francese	497
243. Le norme delle Comunità autonome spagnole; le norme tedesche e le norme svizzere	500
244. Cenni al dibattito svoltosi negli Stati Uniti	503

§ II. – La naturale unilaterale delle norme di d.i.p. in materia di « registered partnership » e matrimonio omosessuale

245. La legge del « luogo di registrazione ». Spiegazione unilaterale e spiegazione bilaterale	503
246. La sfera di applicazione internazionale delle nuove norme materiali	506
247. Modalità di individuazione dei beneficiari: pluralità di criteri di <i>collegamento unilaterali alternativi</i>	508
248. Criteri di collegamento « nascosti » dietro i criteri di competenza delle autorità a registrare l'unione	510
249. L'influenza esercitata dalla <i>ratio</i> delle nuove legislazioni sulla loro sfera di applicazione	511
250. Critica della bilateralità della <i>lex loci registrationis</i> . L'equivalenza fra <i>lex loci registrationis</i> e <i>lex fori</i>	512
251. L'assenza di ogni elemento « localizzatore » rilevante nel criterio del <i>lex loci registrationis</i>	514

252. La « volontà di applicazione » quale unico criterio di richiamo del diritto straniero applicabile	516
253. I conflitti positivi e loro soluzione mediante il criterio dell'effettività	519

Sezione II L'UNILATERALISMO IN MATERIA DI ADOZIONE, DIVORZIO, MATRIMONIO

254. Introduzione	522

§ I. – Norme in materia di adozione

255. L'art. 38 <i>in fine</i> della legge di riforma italiana	524
256. La norma di cui all'art. 77 LDIP	525
257. L'art. 370-4 del <i>Code civil</i> introdotto con legge del 6 febbraio 2001	527
258. L'elaborazione giurisprudenziale nei Paesi Bassi nel senso dell'applicazione quasi esclusiva della legge del foro	528
259. L'art. 9.5 del <i>Código civil</i> spagnolo	530
260. Il « jurisdictional approach » seguito dall'Inghilterra e dall'Australia	531
261. Cenni all'esperienza statunitense	533
262. Coincidenza di <i>forum</i> e <i>ius</i> nei Paesi nordici	534

§ II. – Norme in materia di divorzio

263. Il regime dell'art. 310 del <i>Code civil</i> e il suo fondamento	534
264. Il ridotto spazio assegnato al diritto straniero	537
265. La legge belga del 27 giugno del 1960	541
266. L'art. 31 della legge di riforma italiana e l'art. 61 LDIP: rinvio	543
267. Il « jurisdictional approach » inglese e il progressivo allargamento della sfera di applicazione della legge inglese	544
268. La situazione negli Stati Uniti	546

§ III. – Norme in materia di condizioni per contrarre matrimonio

269. L'art. 44 LDIP	547
270. L'art. 2(a) della legge olandese del 1989	548
271. Il principio della <i>lex fori in foro proprio</i> in Spagna	549
272. L'art. 3 del <i>Code civil</i> e il rilievo della legge francese quale legge del luogo di celebrazione	551
273. L'evoluzione in Inghilterra ed in Australia ed il nuovo regime svedese	555

Sezione III L'UNILATERALISMO IN MATERIA DI SOCIETÀ

274. Introduzione: analogia fra persona fisica e persona giuridica	558

§ I. – L'art. 25 comma 1 della legge di riforma

275. Il significato della legge dello Stato di costituzione	560
276. Le società costituite in Italia. Alla ricerca del vero collegamento: la sede statutaria	561
277. Le società costituite all'estero: « appropriazione » da parte del foro del collegamento scelto dallo Stato di costituzione	565
278. La consacrazione della volontà d'applicazione	567
279. I « conflitti positivi » e la loro genesi	569
280. (segue): Criteri proposti per risolvere tali conflitti positivi	572
281. (segue): Esclusione del trattamento privilegiato della <i>lex fori</i> nei conflitti positivi e l'obiettivo della loro risoluzione	574

§ II. – Il d.i.p. societario americano: l'« unicità di regolamento » (« single-law ») e i criteri per risolvere i conflitti positivi

282. Introduzione	577
283. Norme di conflitto unilaterali, espresse ed implicite, nel d.i.p. societario degli Stati dell'Unione	578
284. L'esigenza di un'« armonizzazione » fra le diverse volontà d'applicazione: la dottrina della « single law »	580
285. I criteri proposti dalla dottrina americana per risolvere i conflitti positivi	582

§ III. – La conferma dell'unilateralismo implicito nel criterio della « legge di costituzione » imposto dalla giurisprudenza comunitaria

286. L'obbligo di « debilateralizzare » la norma bilaterale a seguito del caso <i>Centros</i>	585
287. Il ricorso all'unilateralismo per spiegare il nuovo quadro conflittuale	587
288. <i>Favor validitatis</i> e autonomia della volontà per risolvere i conflitti positivi	591

§ IV. – La supposta adesione della Francia al criterio « bilaterale » della sede effettiva: una « rivisitazione »

289. La supposta adesione della Francia al criterio « bilaterale » della sede effettiva: una « rivisitazione »	592
290. Applicazione sistematica della legge francese alle società costituite in Francia	593
291. La frode alla legge come spiegazione della giurisprudenza della sede effettiva	595
292. La nozione di « nazionalità » e la considerazione dei conflitti positivi: il criterio del collegamento più stretto	598

§ V. – Conclusioni

293. L'unilateralismo del richiamo alla « legge di costituzione »	600
294. L'unilateralismo delle norme che prevedono deroghe alla legge di costituzione	602
295. I conflitti positivi. I due tipi di conflitti: società costituenti e società costituite	603
296. Autonomia della volontà, <i>favor</i> , criterio del collegamento più stretto	606

Parte Terza

AUTONOMIA DELLA VOLONTÀ, *FAVOR* E PRINCIPIO DI PROSSIMITÀ ALLA LUCE DELL'UNILATERALISMO

297. Contiguità nei risultati pratici fra l'unilateralità delle norme in materia di condizioni per la costituzione del rapporto, con il loro <i>pendant</i> del riconoscimento, e le « norme di conflitto materiali ». Alla ricerca di una spiegazione unitaria	611

Sezione I

LA NORMA COME « STRUMENTO » E LA RICERCA DEI BENEFICIARI

298. La norma come « strumento » offerto ai soggetti per realizzarsi nella loro vita giuridica. Il senso dell'obbligatorietà della norma. Il « monopolio normativo »	614
299. L'esigenza di individuare i destinatari della norma. Loro interesse alla « tenuità » del contatto richiesto per rivendicarne il beneficio	618
300. L'interesse dello Stato circa la sfera del suo diritto privato: altruismo ed egoismo	621

Sezione II

ALLA RICERCA DELLA « VOCAZIONE APPLICATIVA NATURALE » DI UNA NORMA DI DIRITTO PRIVATO DI ORIGINE STATALE

301. Necessità di derivare la vocazione naturale da ragion d'essere, contenuto, funzione della norma di diritto privato posta da uno Stato	625

302. La nativa « finitudine » della sua sfera di applicabilità naturale	630
303. Fattispecie puramente interne	635
304. Fattispecie internazionali	636
305. Sfera di applicabilità comprensiva di tutte le fattispecie integrate nel sistema socio-economico dello Stato per il tramite di un legame significativo qualsiasi nel momento rilevante	638
306. Conferme di tale vocazione « finita » ma « estesa » nei sistemi di d.i.p.	641

Sezione III

LA ZWECKRATIONALITÄT DEL COLLEGAMENTO UNICO: LA PREVENZIONE DI UN CONFLITTO INTERNAZIONALE DI LEGGI

307. Ragion d'essere del collegamento unico: la volontà di evitare conflitti internazionali di norme	643
308. Antinomie normative in diritto interno	646
309. Disordine, incertezza, disincentivo all'uso del diritto cui condurrebbe il tentativo di realizzare la vocazione applicativa naturale della norma di uno Stato	649
310. Modalità di risoluzione delle antinomie normative in diritto interno	651
311. Modalità di risoluzione delle antinomie internazionali nel caso di assenza di controllo della legge applicabile in sede di riconoscimento. L'ingiustizia di tali modalità	653

Sezione IV

IL PRIMO INCONVENIENTE DEL COLLEGAMENTO UNICO. L'ESTENSIONE DEI BENEFICIARI E LA RINUNCIA AL « MONOPOLIO NORMATIVO »

312. I due inconvenienti del criterio di collegamento unico	656
313. Assenza di disaccordo delle parti sulla legge applicabile ed assenza di litigio	658
314. La costituzione nel foro di un rapporto giuridico: possibilità di applicabilità simultanea di più norme	659
315. Il dilemma fra l'estensione del novero dei beneficiari della norma e la rinuncia al monopolio normativo	662
316. Le due ragioni che spiegano l'estensione della « funzione facilitatrice » e la riduzione della « funzione direttiva »	664
317. Il realismo di tale scelta	667
318. La « concorrenza degli ordinamenti giuridici » e la norma come « prodotto » La spiegazione unilaterale della <i>professio iuris</i> e del <i>favor</i>	669

Sezione V

SECONDO INCONVENIENTE DEL COLLEGAMENTO UNICO: CONFLITTI POSITIVI E NEGATIVI

319. Secondo inconveniente del collegamento unico: antinomie di norme di conflitto	671
320. « Volontà d'applicazione » e « volontà di non applicazione » di una norma. Il significato del conflitto negativo e i limiti del rinvio	672
321. Contrasto fra la deplorazione unanime dell'esistenza dei conflitti positivi e negativi e l'inerzia della dottrina nel proporre soluzioni	675
322. Alla ricerca di ragioni plausibili per non risolvere i conflitti. I conflitti negativi	679
323. I conflitti positivi. La disponibilità del foro alla rinuncia alla propria norma dopo la « giudizializzazione » del rapporto. L'affidamento della soluzione del conflitto ad una parte	680

324. Le conseguenze della soluzione giudiziale ed unilaterale del conflitto: disfunzioni ed ingiustizie	682

Sezione VI
POSSIBILITÀ DI SOLUZIONE DEI CONFLITTI POSITIVI
E NEGATIVI NEI SISTEMI MODERNI

325. Criteri di soluzione spaziali e criteri di soluzione materiali	685
326. Il « collegamento più stretto », la sua razionalità e la sua positività: clausola d'eccezione, norme imperative straniere, un certo uso del rinvio	686
327. Il criterio del <i>favor</i> , la sua razionalità e la sua positività	694
328. Le previsioni delle parti e l'autonomia della volontà: loro razionalità e loro positività	700

Bibliografia

- ABRAHAM, *La loi belge du 27 juin 1960 sur l'admissibilité du divorce lorsqu'au moins un conjoint est étranger*, *Clunet*, 1966, p. 765 s.
- AGO, *Lezioni di diritto internazionale privato*, 1957 (6^a ristampa dell'edizione del 1939)
- AGO, *Règles générales de droit international privé*, *RCADI*, 1936-IV, p. 243-269
- AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934
- AGUILAR NAVARRO, *Algunos supuestos políticos del Derecho Internacional Privado*, *REDI*, 1958, p. 45-82
- AGUILAR NAVARRO, *Divagaciones sobre las llamadas doctrinas eclecticas en el Derecho Internacional Privado*, *REDI*, 1961, p. 145-168
- AGUILAR NAVARRO, *Revisión metodológica en el Derecho Internacional Privado*, *REDI*, 1960, p. 455-480
- ALFONSÍN, *Curso de derecho privado internacional con especial referencia al derecho uruguayo y a los tratados de Montevideo de 1889*, Montevideo, I, 1955, II, 1961
- ALLEN / O'HARA, *Second Generation Law and Economics of Conflict of Laws: Baxter's Comparative Impairment and Beyond*, *Stan. L. Rev.*, 1998-1999, p. 1011-1048
- ALLEROUSSE, *A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law*, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1991, p. 479-516
- ALLO, *Methods and Objectives in the Conflict of Laws: A Response*, *Mercer L. Rev.*, 1984, p. 565-581
- ANCEL (B.), *Destinées de l'art. 3 du Code civil*, *Mélanges P. Lagarde*, Paris, 2005, p. 1-18
- ANCEL (B.), *L'objet de la qualification*, *Clunet*, 1980, p. 227-268
- ANCEL (B.), *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, Paris, 1977
- ANCEL (B.), *Les règles de droit international privé et la reconnaissance des décisions étrangères*, *RDIPP*, 1992, p. 201-219
- ANCEL (B.), *Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères*, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, *Années 1986-1988*, Paris, 1989, p. 25-42.
- ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique dans les contrats*, Paris, 2002
- ANCEL / LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4^e éd., Paris, 2001
- ANGELICI, *Appunti sul "riconoscimento" delle società costituite all'estero*, Milano, 1982
- ANGELICI, *Enti stranieri*, *Riv. not.*, 1989, p. 2 s.
- ANGULO RODRÍGUEZ, *Objeto, contenido y pluralidad normativa en Derecho Internacional Privado*, *REDI*, 1970, p. 745-772
- ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale privato, Lezioni tenute all'Università di Roma negli anni scolastici 1924-1925*, Roma, 1925 (ripubblicato in *Corsi di diritto internazionale privato e processuale*, a cura di F. SALERNO, con introduzione di R. LUZZATTO, Padova, 1996, p. 385-532)
- ANZILOTTI, *Corso di lezioni di diritto internazionale privato (diritto privato)* (lit.), Roma, 1919 (ri-pubblicato in *Corsi di diritto internazionale privato e processuale*, a cura di F. SALERNO, con introduzione di R. LUZZATTO, Padova, 1996, p. 1-370)
- ANZILOTTI, *Studi critici di diritto internazionale privato*, Rocca S. Casciano, 1898, ripubblicati in *Scritti di diritto internazionale privato*, vol. III, Padova, 1960 (spec. i seguenti studi: *Una pagina di storia della codificazione civile in Germania*, p. 99-188; *Leggi interne in materia internazionale*, p. 189-267; *La questione del rinvio ed i conflitti fra le disposizioni legislative di diritto internazionale privato*, p. 268-274; *L'articolo 8 delle disposizioni preliminari al codice civile e la regola quot territoria tot haereditates*, p. 591-613)
- ARMINJON, *L'objet et la méthode du droit international privé*, *RCADI*, 1928-I, p. 429-511
- ARMINJON, *La notion des droits acquis en droit international privé*, *RCADI*, 1933-II, p. 1-110
- ARMINJON, *Le domaine du droit international privé*, *Clunet*, 1922, p. 905-930
- ARMINJON, *Les lois politiques et le droit international privé*, *Rev. crit.*, 1930, p. 385-386

- ARMINJON, *Les lois politiques, fiscales, monétaires en droit international privé – Projet de résolutions et rapports définitifs*, AIDI, 1950, p. 1-46; 1954, p. 228-302
- ARMINJON, *Précis de droit international privé*, t. I., *Les notions fondamentales du droit international privé*, 3^e éd., Paris, 1947
- ARON, *Die Beschlüsse der Kommission der zweiten Lesung des Entwurfs eines BGBs hinsichtlich der Vorschriften über das Internationale Privatrecht*, Böhm's., 1896, p. 1 s.
- ARON, *Die Vorschriften des Entwurfes eines EG zum BGB*, Sächs. Archiv für Bürgerliches Recht und Prozessrecht, 1896, p. 172 s.
- ARTUCH IRIBERRI, *La libertad individual y las parejas antes el DIPr.*, REDi, 2002, p. 41-63
- ASÍN CABRERA, *Le partenariat en droit espagnol: quel avenir pour une réglementation de droit international privé*, in: *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe*, Zurich, 2004, p. 71-84
- AUBERT, *Une révision du droit international privé: la "théorie du renvoi" de M. Francescakis*, ASDI / SJIR, 1958, p. 187-214
- AUBRY, *De la notion de territorialité en droit international privé*, Clunet, 1900, p. 689-704; 1901, p. 253-273, 643-671; 1902, p. 209-243
- AUDIT, *A Continental Lawyer Looks at Contemporary American Choice-of-Law Principles*, AJCL, 1979, p. 589 s.
- AUDIT, *Droit international privé*, 2^e éd. Paris, 1997; 3^e éd., Paris, 2000
- AUDIT, *Extraterritorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien*, Rev. crit., 1983, p. 401-434
- AUDIT, *La fraude à la loi*, Paris, 1974
- AUDIT, *La loi française et les conflits de souveraineté*, Rev. de jurisprudence commerciale, 1984, p. 86 s.
- AUDIT, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la « crise » des conflits de lois)*, RCADI, 1984-III, p. 219-397
- AUDIT, *Le droit international privé en quête d'universalité*, Cours général de droit international privé, RCADI, 2003, t. 305, p. 13-479
- AUDIT, *Le Second Restatement du conflit de lois aux Etats Unis*, Tr. com. fr. dr. int. pr., Années 1977-1979, Paris, 1980, p. 29-57
- BAADE, *Operation of Foreign Public Law*, International Encyclopedia of Comparative Law, vol.II/12, Tübingen, 1991
- BABINSKI, *L'étendue du droit international privé dans le système juridique général*, Mélanges Séfériadès, Athènes, 1961, II, p. 501-514
- BADER, Prof. Dr. Dr. h. c. Theodor Niemeyer: *eine Biographie unter besonderer Berücksichtigung seiner Arbeiten auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts zur Zeit der Entstehung und des Inkrafttretens des Einführungsgesetzes zum BGB am 1. Januar 1900*, Kiel, 2001
- BADIALI, *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, 1963
- BALESTRA, *Las sociedades en el derecho internacional privado*, Buenos Aires, 1992
- BALLADORE PALLIERI, *L'elemento internazionale nel diritto internazionale privato*, Riv. dir. priv., 1936, p. 217 s.
- BALLADORE PALLIERI, *Limiti di efficacia dell'ordinamento italiano*, Jus, 1940, p. 25 s.
- BALLADORE PALLIERI, *L'universalità dell'ordinamento dello Stato*, Jus, 1950, p. 24 s.
- BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato italiano*, vol. XLV del Trattato di Diritto Civile e Commerciale diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1974
- BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, 2^e éd., Milano, 1950
- BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, 1^a éd., Padova, 1982, 2^a éd., Padova, 1996, 3^a éd., Padova, 1999
- BALLARINO, *Forma degli atti e diritto internazionale privato*, Firenze, 1970
- BALLARINO, *Le codificazioni recenti del diritto internazionale privato in Europa*, Il nuovo diritto internazionale privato in Svizzera, Milano, 1990, p. 361-441
- BALLARINO, *Le società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, in COLOMBO / PORTALE (dir.), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1990

- BALLARINO, *Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes*, *Rev. crit.*, 2003, p. 393-417
- BALLARINO, *Norme di applicazione e forma degli atti*, *RDIPP*, 1967, p. 707-729
- BALLARINO, *Personnes, famille, régimes matrimoniaux et successions dans la loi de réforme du droit international privé italien*, *Rev. crit.*, 1996, p. 21-40
- BALLARINO, *Questions de droit international privé et dommages catastrophiques*, *RCADI*, 1990-I, p. 293-438
- BALLARINO, *Sul progetto di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, La riforma del diritto internazionale privato e processuale, Raccolta in ricordo di E. Vitta*, Milano, 1994, p. 3-43
- BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella Comunità europea. Da Daily Mail a Überseering, norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, *Riv. delle società*, 2003, p. 69-86
- BALLARINO / ROMANO, *Le principe de proximité chez P. Lagarde*, *Mélanges P. Lagarde*, Paris, 2005, p. 39-54
- BALOGH, *Einige neuen Theorien über das Wesen des IPR und sein Verhältnis zum Völker- und Fremdenrecht*, *Mélanges G. Streit*, 1939, p. 167-195
- BALOGH, *Le rôle du droit comparé dans le droit international privé*, *RCADI*, 1936-III, p. 571-728
- BAPTISTA MACHADO, *Ambito de eficácia e âmbito de competência das leis*, Coimbra, 1970
- BAPTISTA MACHADO, *Les faits, le droit de conflit et les questions préalables*, *Festschrift W. Wengler*, Berlin, 1973, vol. II, p. 443-458
- BAR (VON), L., *Die Rückverweisung im internationalen Privatrecht*, *Zeitschrift für internationale Privat- und Strafrecht*, 1900, p. 177-188
- BAR (VON), L., *Neue Prinzipien und Methoden des internationalen Privatrechts*, *AöR*, 1900, p. 1-49
- BAR (VON), L., *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts* (Vorwort von L. SCHNORR VON CAROLSFELD), Hannover, 1966 (Neudruck von der 2. Auflage, Hannover, 1889)
- BARAF, *The Foreign Corporation: A Problem in Conflict of Laws Doctrine*, *Brook. L. Rev.*, 1966, p. 219 s.
- BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, 2004
- BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1996, p. 807-1505
- BARBEY, *Le sort du système de d'Argentré*, *Rev. historique de droit français et étranger*, 1940-1941, p. 397 s.
- BARILE, *Diritto internazionale privato, Enc. dir.*, 1964, p. 1035-1063
- BARILE, *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi (L'ordine pubblico internazionale)*, Padova, 1969
- BARILE, *In tema di rinvio di diritto internazionale privato*, *RDI*, 1964, p. 489-494
- BARILE, *Lezioni di diritto internazionale privato*, 2ª ed., Padova, 1980
- BARNICH, *Les actes juridiques en droit international privé*, Bruxelles, 2001
- BARNICH, *Union libre et cohabitation légale. Quelques questions de droit international privé*, *Mélanges Roland de Valkeneer*, Bruxelles, 2000, p. 1-16
- BARTIN, *De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois*, *Clunet*, 1897, p. 225-255, 466-495, 720-738
- BARTIN, *La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois*, *RCADI*, 1930-I, p. 561-621
- BARTIN, *Principes de droit international privé, selon la loi et la jurisprudence française*, t. I, Paris, 1930
- BASEDOW, *Souveraineté territoriale et globalisation des marchés: le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence*, *RCADI*, 1997-II, p. 9-178
- BASEDOW, *Wirtschaftskollisionsrecht: Theoretischer Versuch über die ordnungspolitischen Normen des Forumstaates*, *RabelsZ*, 1988, p. 8-40
- BASTID, *La nationalité des sociétés et la protection diplomatique*, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, Année 1969, Paris, 1970, p. 247 s.
- BATIFFOL, *Actualité des intérêts du droit international privé*, *Festschrift K. Zweigert*, Tübingen, 1981, p. 23-35

- BATIFFOL, *Aspects philosophiques en droit international privé*, Paris, 1956 (réimpr. Paris 2002, Introduction de Y. LEQUETTE)
- BATIFFOL, *Autorité et raison en droit international privé, Arguments d'autorité et arguments de raison de droit*, Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Bruxelles, 1988, p. 93-101
- BATIFFOL, *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, Paris, 1976 (spec. i seguenti articoli: *L'état du droit international privé en France et dans l'Europe continentale de l'Ouest*, p. 11-31; *Les apports du droit comparé au droit international privé*, p. 113-123; *Une évolution possible dans la conception du statut personnel dans l'Europe continentale*, p. 213-223, *Droit comparé, droit internationale privé et théorie générale du droit*, p. 335-346)
- BATIFFOL, *Conflit de lois dans l'espace et conflits de lois dans le temps*, Etudes Ripert, 1950, p. 292 s.
- BATIFFOL, *De l'usage des principes en droit international privé*, Estudos A. Ferrer-Correia, vol. I, Coimbra, 1986, p. 103-119
- BATIFFOL, *L'avenir du droit international privé*, Institut de Droit International, Livre du Centenaire 1917-1973, Evolutions et perspectives du droit international, Bâle, 1973, p. 162-182
- BATIFFOL, *L'instruction générale sur l'état civil du 21 septembre 1955 et le droit international privé*, Tr. com. fr. dr. int. pr., Année 1955-1957, p. 41 s.
- BATIFFOL, *Le changement de nationalité des sociétés*, Tr. com. fr. dr. int. pr., Année 1967, p. 65 s.
- BATIFFOL, *Le pluralisme de méthodes en droit international privé*, RCADI, 1973-II, p. 73-147
- BATIFFOL, *Les intérêts en droit international privé*, Festschrift G. Kegel, Frankfurt a. M., 1977, p. 11-21
- BATIFFOL, *Les tendances doctrinales actuelles en droit international privé*, RCADI, 1948-I, p. 1-66
- BATIFFOL, *Principes de droit international privé*, RCADI, 1959-II, p. 431-573
- BATIFFOL, *Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux*, RCADI, 1967-I, p. 165-190
- BATIFFOL, *Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats*, Mélanges J. Maury, t. I, Paris, 1960, p. 39-58
- BATIFFOL, *Sur la signification de la loi désignée par les contractants*, Scritti T. Perassi, vol. I, Milano, 1957, p. 181-195
- BATIFFOL, *The Objectives of Private International Law*, AJCL, 1966-1967, p. 159 s.
- BATIFFOL, *Traité de droit international privé*, 6^e éd. (avec la collaboration de P. Lagarde), Paris, 1970
- BATIFFOL, *Unilatéralisme et contrats en droit international privé*, Liber Amicorum A. Schnitzer, Genève, 1979, p. 7-17
- BATIFFOL / FRANCESCAKIS, *L'arrêt Boll de la Cour Internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé*, Rev. crit., 1959, p. 259-276
- BATIFFOL / LAGARDE, *Traité de droit international privé*, 8^e éd., t. I, Paris, 1993
- BAUM, *Alternativanknüpfungen*, Tübingen, 1985
- BAUR, *Les derniers développements du droit de l'adoption internationale*, Petites affiches, 28 mars 2001, p. 42 s.
- BAXTER, *Choice of Law and the Federal System*, Stan. L. Rev., 1963, p. 1-42
- BEALE, *A Treatise on the Conflict of Laws*, 3 voll., Boston, 1935
- BECKER, *Das Gesetz über die gesetzliche Lebensgemeinschaft in Belgien*, Mitteilugen der Rheinischen Notar-Kammer, 2000, p. 155 s.
- BECKETT, *What is Private International Law?*, BYBIL, 1926, p. 72-96
- BEHN, *Die Entstehungsgeschichte der einseitiger Kollisionsnormen des EGBGB unter besonderer Berücksichtigung der Haltung des badischen Redaktors Albert Gebhard und ihre Behandlung durch die Rechtsprechung in rechtsvergleichender Sicht*, Frankfurt a. M., 1980
- BEHRENS, *Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH*, IPRax, 1999, p. 331-339
- BEHRENS, *Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art*, IPRax, 2003, p. 193-202
- BEHRENS, *Reaktionen mitgliedstaatlicher Gerichte auf das Centros-Urteil des EuGH*, IPRax, 2004, p. 384-395
- BEITZKE, *Betrachtungen zur Methodik im Internationalprivatrecht*, Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift Smend, Tübingen, 1952, p. 1-22
- BEITZKE, *Nationales Recht für internationale Sachverhalte? Anzeiger der österreichischen Akademie der Wissenschaften – philosophisch-historische Klasse*, Jahr 111, 1974, N. 17, p. 277-296

- BEITZKE, *Rück- und Weiterverweisung im internationalen Deliktsrecht*, Festschrift Wilburg, Graz, 1975, p. 457 s.
- BEITZKE, *Zuständigkeitsverweisung und versteckte Rückverweisung in Adoptionssachen*, *RabelsZ*, 1973, p. 380 s.
- BELL, *Forum shopping and transnational litigation*, Oxford, 2003
- BENEDETTELLI, *Diritto internazionale privato delle società e ordinamento comunitario*, in PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 205 s.
- BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, *RDIPP*, 2001, p. 569 s.
- BENVENUTI, *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano, 1977
- BERG, *Der Anwendungsbereich inländischer Eingriffsnormen*, *RabelsZ*, 1988, p. 257-260
- BERMANN, *Public Law in the Conflict of Laws*, *AJCL*, 1986, p. 157-192
- BERNARDINI, *Produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, Milano, 1966
- BERNASCONI, *Der Qualifikationsprozess im Internationalen Privatrecht*, Zürich, 1977
- BETTI, *Grundprobleme des internationalen Privatrechts*, Festgabe M. Gutzwiller, Basel, 1956, p. 233-252
- BETTI, *La problematica del diritto internazionale*, Milano, 1956
- BEVERIDGE, *The Internal Affairs Doctrine: The Proper Law of A Corporation*, *Bus. Law.*, 1988-1989, p. 693-719
- BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, Erster Band, Freiburg i. B./Leipzig, 1894
- BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, Paris, 2004
- BISCOTTINI, *Diritto amministrativo internazionale*, tomo I, Padova, 1964
- BISCOTTINI, *Il principio di reciprocità nell'ordinamento italiano*, *Dir. int.*, 1967, p. 40-61
- BISCOTTINI, *Osservazioni sulla funzione delle norme di diritto internazionale privato*, *Jus*, 1941, p. 415-470
- BJÖRGVINSSON, *Iceland. General principles and recent developments in Icelandic family law*, in *The International Survey of Family Law* (1995 ed.), The Hague (etc.), 1997, p. 215 s.
- BLAND, *Classification Reclassified*, *ICLQ*, 1957, p. 10-27
- BLECKMANN, *Die völkerrechtlichen Grundlagen des internationalen Kollisionsrechts*, Köln / Berlin / Bonn / München, 1992
- BLIESENER, *Fairness and Choice of Law: A Critique of the Political Rights-Based Approach to the Conflict of Laws*, *AJCL*, 1994, p. 687-710
- BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993
- BODEN, *L'ordre public: limite et condition de la tolérance – Recherches sur le pluralisme juridique*, Thèse Paris, 2002
- BOELE-WOELKI, *Die Effektivitätsprüfung der Staatsangehörigkeit im niederländischen internationalen Familienrecht*, Deventer/Frankfurt a.M., 1983
- BOELE-WOELKI, *Die Rechtsstellung von Menschen mit homosexueller Veranlagung im niederländischen Recht*, in BASEDOW / HOPT / KÖTZ / DOPFFEL (hrsg.), *Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften*, Tübingen, 2000, p. 51-112
- BOELE-WOELKI, *Registered Partnership and Same-Sex Marriage in The Netherlands*, in BOELE-WOELKI / FUCHS (eds), *Legal Recognition of Same-sex Couples in Europe*, Antwerpen, 2003, p. 41-53
- BOGDAN / FISHER, *Private international law*, in TIBERG / STERZEL / CRONHULT (eds), *Swedish Law: A Survey*, Stockholm, 1994
- BOLAND, *Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies en particulier en droit administratif*, in PERELMAN (éd.), *Les antinomies en droit*, Bruxelles, 1965, p. 183-203
- BOLARD, *Universalisme ou nationalisme: l'hésitation française*, *ASDI / SJIR*, 1977, p. 83-104
- BONOMI, *L'adozione dopo la riforma del diritto internazionale privato*, *Riv. dir. civ.*, 1996, p. 355-386
- BONOMI, *La loi applicable aux successions dans le nouveau droit international privé et ses implications dans les relations italo-suisse*, *RSDIE*, 1996, p. 479-504
- BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zürich, 1998
- BONOMI, *Le nouveau système de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en Italie*, *Rev. crit.*, 1997, p. 372-379

- BORCHERS, *Blaer v. General Motors: Implications for Interjurisdictional Recognition of Non-Traditions Marriages*, *Creighton L. Rev.*, 1998, p. 147 s.
- BORCHERS, *Empiricism and Theory in Conflicts Law*, *Ind. L. J.*, 2000, p. 509 s.
- BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 1996
- BOSCHIERO, *Sulla disciplina internazionalprivatistica della promessa di matrimonio e delle donazioni*, *Studi E. Vitta*, Milano, 1994, p. 277-278
- BOSCHIERO, *Norme di diritto internazionale privato facoltative?*, *RDIPP*, 1993, p. 541-588
- BOSCO, *Sulla funzione delle norme di diritto internazionale privato*, *RDI*, 1935, p. 237-248
- BOUCAULT, *Direitos adquiridos no direito internacional privado*, Porto Alegre, 1996
- BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, Paris, 1999
- BOULANGER, *Les successions internationales – Problèmes contemporains*, Paris, 1981
- BOULANGER, *Une réforme médiatique mais porteuse de controverses: la codification de l'adoption internationale (loi du 6 février 2001)*, *Dalloz*, 2001, p. 708-709
- BRIGGS, *Conflict of Laws*, Oxford, 2002
- BRILMAYER, *Interest Analysis and the Myth of Legislative Intent*, *Mich. L. Rev.*, 1980, p. 392-431
- BRILMAYER, *Methods and Objectives in the Conflict of Laws, A Challenge*, *Mercer L. Rev.*, 1984, p. 555-563
- BRILMAYER, *The Role of Substantive and Choice of Law Policies in the Formation and Application of Choice of Law Rules*, *RCADI*, 1995-II, p. 9-112
- BROCHER, *Cours de Droit International Privé suivant les principes consacrés par le droit positif français*, t. I, Paris / Genève, 1882
- BROGGINI, *La codification du droit international privé en Suisse*, *Rev. dr. suisse*, 1971-II, p. 243-323
- BROGGINI, *La nouvelle loi fédérale sur le droit international privé – Considérations comparées*, *ASDI / SJIR*, 1988, p. 132-163
- BROGGINI, *La nouvelle loi italienne de droit international privé*, *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht*, 1996, p. 1-41
- BROGGINI, *La riforma del diritto internazionale privato. Società ed altri enti, La riforma del diritto internazionale privato. Atti Milano – 28 ottobre 1995*, Milano, 1996, p. 58 s.
- BROGGINI, *Regole societarie del nuovo diritto internazionale privato svizzero*, *Festschrift M. Pedrazzini*, Bern, 1990, p. 263 s.
- BROGGINI, *Sulle società nel diritto internazionale privato*, *RDI*, 1992, p. 30 s.
- BRUNIG, *Die Beachtlichkeit des fremden ordre public*, Berlin, 1997
- BUCHER, *Droit international privé suisse*, Tome I/1, *Partie générale – Conflit de juridictions*, Bâle / Francfort, 1998; Tome I/2, *Partie générale-Droit applicable*, Bâle / Francfort, 1995
- BUCHER, *Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im internationalen Privatrecht (aus kontinental-europäischer Sicht)*, Bâle / Stuttgart, 1975
- BUCHER, *L'attente légitime des parties*, *Festschrift A. Heini*, Zurich, 1995, p. 95-102
- BUCHER, *L'enfant en droit international privé*, Genève / Bâle / Munich, 2003
- BUCHER, *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, *RCADI*, 1993-I, p. 9-116
- BUCHER, *La famille en droit international privé*, *RCADI*, 2000-II, p. 9-186
- BUCHER, *Le couple en droit international privé*, Genève / Bâle / Munich, 2004
- BUCHER, *Sur les règles de conflit à caractère substantiel*, *Liber Amicorum A. Schnitzer*, Genève, 1979, p. 55 s.
- BUCHER, *Über die räumlichen Grenzen der Kollisionsnormen*, *Festschrift F. Vischer*, Zürich, 1983, p. 93-105
- BUCHER, *Vers l'adoption de la méthode des intérêts? Réflexions à la lumière des codifications récentes*, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, *Années 1994-1995*, Paris, 1996, p. 209-237
- BUCHER / BONOMI, *Droit international privé*, Genève / Bâle / Munich, 2001, 2^e éd., 2004
- BURCKHARDT, *Über die Allgemeingültigkeit des Internationalen Privatrechts*, *Festgabe E. Huber*, Bern, 1919, p. 261-300
- BUXBAUM, *The Threatened Constitutionalisation of the Internal Affairs Doctrine in Corporation Law*, *Cal. L. Rev.*, 1987, p. 29-57
- BUZZATI, *Di una nuova categoria di conflitti di leggi (i conflitti di qualificazione)*, *Studi Pessina*, III, Napoli, 1899, 135-151

- BUZZATI, *Il rinvio nel diritto internazionale privato*, Milano, 1898
- CAFARI PANICO, *Diritto internazionale privato inglese e « jurisdiction » con particolare riguardo ai rapporti di famiglia*, Padova, 1979
- CAFARI PANICO, *Minori (Adozione internazionale)*, Nov. Digesto, Appendice IV, Torino, 1984, p. 68 s.
- CAFLISCH, *La nationalité des sociétés commerciales en droit international privé*, ASDI / SJIR, 1967, p. 119-160
- CALABRESI / MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability. One View of the Cathedral*, Harv. L. Rev., 1972, p. 1089 s.
- CALASSO, *Medio Evo del diritto*, Milano, 1954
- CALLÉ, *L'acte public en droit international privé*, Paris, 2004
- CALVO CARAVACA / CARRASCOA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 4a ed., Granada, 2004
- CAMPIGLIO, *L'esperienza svizzera in tema di clausola d'eccezione: l'art. 14 del progetto di riforma del diritto internazionale privato*, RDIPP, 1985, p. 47-88
- CANSACCHI, *La legge regolatrice del rapporto di lavoro svoltosi all'estero*, RDIPP, 1968, p. 5-23
- CANSACCHI, *Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois*, RCADI, 1953-II, p. 83-157
- CANSACCHI, *Qualificazione dei fatti o qualificazione di norme?*, Riv. dir. civ., 1956, p. 58-68
- CANSACCHI, *Scelta e adattamento delle norme straniere richiamate*, Torino, 1939
- CAPOPORTI, *Considerazioni sui conflitti di leggi in materia di società*, RDIPP, 1965, p. 623 s.
- CAPOPORTI, *La nazionalità delle società*, Napoli, 1953
- CAPOPORTI, *Premesse e funzioni del diritto internazionale privato*, Napoli, 1961
- CARBONE, « Lex fori approach » e applicazione della legge straniera, Dir. int., 1970-I, p. 293-291
- CARBONE, *Il valore e gli effetti del diritto straniero nell'ordinamento italiano*, Studi G. Broggin, Milano, 1997, p. 83-100
- CARBONNIER, *Introduction au droit civil*, 27^e éd., Paris, 2002
- CARDOZO, *The Paradoxes of Legal Science*, New York, 1928
- CARILLO SALCEDO, *Le renouveau du particularisme en droit international privé*, RCADI, 1978-II, p. 183-263
- CARILLO SALCEDO, *Nacionalismo y internacionalismo en Derecho Internacional Privado español: algunas reflexiones*, Estudios L. Sela Sampil, Oviedo, 1970, p. 811-822
- CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, 1992
- CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 2^a ed., Roma, 1946
- CARUSO, *Le società nella Comunità economica europea*, Napoli, 1969
- CARY, *Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware*, Yale L. J., 1974, p. 663-705
- CASTEL, *Le principe de la réciprocité et l'exécution des jugements français aux Etats-Unis*, Rev. crit., 1953, p. 317-328
- CATELLANI, *Il diritto internazionale privato ed i suoi recenti progressi*, 2^a ed., Torino, 1895-1902 (2 voll.)
- CATELLANI, *Les maîtres de l'école italienne du droit international au XIX^e siècle*, RCADI, 1933-IV, p. 709-825
- CAVAGLIERI, *Diritto internazionale privato e diritto transitorio*, Verona-Padova, 1955
- CAVAGLIERI, *Les règles de droit international privé de l'école italienne*, Rev. crit., 1930, p. 397-411
- CAVERS, *A correspondence with B. Currie*, Mercer L. Rev., 1983, p. 471-499
- CAVERS, *A Critique of the Choice-of-Law Problem*, Harv. L. Rev., 1933, p. 173-208
- CAVERS, *Contemporary Conflicts Law in American Perspective*, RCADI, 1970-III, p. 75-308
- CAVERS, *The Choice of Law Process*, Ann Arbor, 1965
- CHANG, *The Doctrine of Renvoi and the Theory of Qualification in the Anglo-American Rules of Conflict of Law*, The China Law Review, 1932, p. 33-45
- CHANTELOUP, *Menus propos autour du pacte civil de solidarité en droit international privé*, Gazette du Palais, 1-3 oct. 2000, p. 4 s.
- CHAPELLE, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, Thèse Paris II, 1979
- CHAPPUIS, *L'utilisation des véhicules successoraux dans un contexte international et la lésion de la réserve successorale*, Sem. jud., 2005, p. 37 s.

- CHARISIUS, *Das niederländische Internationale Privatrecht*, Frankfurt am Main (etc.), 2001
- CHEATHAM / REESE, *Choice of the Applicable Law*, *Colum. L. Rev.*, 1952, p. 959 s.
- CHENAUX, *L'application par le juge des dispositions impératives étrangères non désignées par la règle de conflit du for: étude de l'article 18 du projet suisse de loi fédérale sur le droit international privé*, *Revue de droit suisse*, 1988-I, p. 61-73
- CHESHIRE / NORTH, *Private International Law*, 13th ed., London, 1999
- CLERICI / MOSCONI / POCAR, *Legge di riforma del diritto internazionale privato e testi collegati*, 2^a ed., Milano, 1999
- COESTER, *Die Berücksichtigung fremden zwingenden Rechts neben dem Vertragsstatut – Rechtsmethodische und -politische Überlegungen zum Art. 7 Abs. 1 des europäischen Vertragsübereinkommens vom 19.6.1980*, *ZVglRWiss*, 1983, p. 1-30
- COING, *Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft, Ius Commune, VIII, Vorträge zum 200. Geburtstag von F.C. von Savigny*, hrsg. von H. COING, Frankfurt a.M., 1979, p. 2-23
- COLLIER, *Conflict of Laws*, 3th ed., Cambridge, 2001
- COLLINS, *Forum Selection and an Anglo-American Conflict-The Sadi Case of the Chapparral*, *ICLQ*, 1971, p. 550-557
- CONDORELLI, *La funzione del riconoscimento di sentenze straniere*, Milano, 1967
- CONETTI, Artt. 16-31, *Commentario al Codice civile*, diretto da CENDON, Torino, 1991, p. 99 s.
- CONFORTI, *L'esecuzione delle obbligazioni nel diritto internazionale privato*, Pompei, 1962
- COOK, *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*, Cambridge (Massachusetts), 1942
- COOK, *The Logical and Legal Basis of the Conflict of Laws*, *Yale L. J.*, 1924, p. 457-488
- COURBE, *L'ordre public de proximité*, *Mélanges P. Lagarde*, Paris, 2005, p. 227-240
- COURBE, *Le divorce international: premier bilan d'application de l'art. 310 du Code civil*, *Trav. com. fr. dr. int. pr.*, 1989-1990, p. 123 s.
- COURBE, *Les objectifs temporels des règles de droit international privé*, Paris, 1981
- COX, *Same-Sex Marriage and Choice-of-Law: If We Marry in Hawaii, Are We Still Married When We Return Home*, *Wis. L. Rev.*, 1994, p. 1033 s.
- CURRIE, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham NC, 1963 (spec. i seguenti: *On the Displacement of the Law of the Forum*, p. 3-74; *Survival of Actions: Adjudication Versus Automation in the Conflict of Laws*, p. 128-176; *Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws*, p. 177-187; *The Constitution and the Choice of Law: Governmental Interests and the Judicial Function*, p. 188-282; *Change of Venue and the Conflict of Laws: A Retraction*, p. 431-444, *The Verdict of Quiescent Years*, p. 584-628; *Conflict, Crisis and Confusion in New York*, p. 690-742)
- CURRIE, *The Disinterested Third State*, *Law & Cont. Probs*, 1963, p. 1233-1243
- D'ARIENZO, *La Corte costituzionale e il matrimonio dello straniero in Italia*, *RDIPP*, 2003, p. 925 s.
- DANE, *Vested Rights, Vestedness and Choice of Law*, *Yale L. J.*, 1987, p. 1191 s.
- DAVÌ, *Le questioni generali del diritto internazionale privato nel progetto di riforma*, *Studi E. Vitta*, Milano, 1994, p. 45-149
- DAVÌ, *Sui limiti della giurisdizione italiana in materia di divorzio*, *RDI*, 1975, p. 682 s.
- DAVID, *Le droit du commerce international, Réflexions d'un comparatiste sur le droit international privé*, Paris, 1987
- DAVID, *Le droit du commerce international: une nouvelle tâche pour les législateurs nationaux ou une nouvelle « lex mercatoria »?*, *New Directions in International Trade Law, Acts and Proceedings on the 2nd Congress on Private Law held by UNIDROIT, Rome, 9-15 September 1976*, vol. I, *Reports*, New York, 1977, p. 5-20
- DE BOER, *Facultative Choice of Law: the Procedural Statutes of Choice of Law Rules and Foreign Law*, *RCADI*, 1996, t. 257, p. 223 s.
- DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, 2001
- DE NOVA, *Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application*, *Mélanges J. Maury*, Paris, 1960, I, p. 377 s
- DE NOVA, *Considerazioni sul rinvio in diritto inglese*, *RDI*, 1938, p. 388-426
- DE NOVA, *Gli sponsali in diritto internazionale privato*, *Foro it.*, 1954, IV, p. 25-38
- DE NOVA, *Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws*, *RCADI*, 1966-II, p. 435-621

- DE NOVA, *I conflitti di leggi e le norme con apposita delimitazione della sfera di efficacia*, *Dir. int.*, 1959, p. 13-30
- DE NOVA, *I conflitti di leggi e le norme sostanziali funzionalmente limitate*, *RDIPP*, 1967, p. 699-706
- DE NOVA, *Il richiamo di ordinamenti plurilegislativi. Studio di diritto interlocale ed internazionale privato*, Pavia, 1940
- DE NOVA, *Il rinvio in Froland e Boullenois*, *Dir. int.*, 1966, p. 361-368
- DE NOVA, *La legge sull'applicazione del diritto nella DDR*, *Studi G. Balladore Pallieri*, vol. II, Milano, 1978, p. 230-248
- DE NOVA, *Le concezioni statunitensi dei conflitti di leggi viste da un continentale*, Valladolid, 1964
- DE NOVA, *Scritti di diritto internazionale privato*, Padova, 1977 (spec. i seguenti: *Soluzione del conflitto di leggi e regolamento confacente del rapporto internazionale*, p. 3-37; *New Trends in Italian Private International Law*, p. 39-59; *Il caso « In re O'Keefe » e la determinazione della lex patriae di un cittadino britannico domiciliato all'estero*, p. 311-338; *Ancora sulle norme sostanziali autolimitate*, p. 383-386; *An Australian Case on the Application of Spatially Conditioned Internal Rules*, p. 397-406; *Self-Limiting Rules and Party Autonomy*, p. 407-425; *Le concezioni statunitensi dei conflitti di leggi viste da un continentale*, p. 631-669)
- DE NOVA, *Solution du conflit de lois et règlement satisfaisant du rapport international*, *Rev. crit.*, 1948, p. 179-204.
- DE NOVA-PILENKO, *Una corrispondenza su un nuovo metodo per la soluzione dei conflitti di leggi*, *Dir. int.*, 1959, I, p. 198-205
- DE VAREILLES SOMMIÈRES (P.), *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé*, Paris, 1997
- DE WINTER, *Il domicilio sociale come criterio di collegamento in diritto internazionale privato*, *Dir. int.*, 1963, I, p. 233-246
- DE WINTER, *La nouvelle version du projet Benelux de loi uniforme de droit international privé*, *Rev. crit.*, 1968, p. 577-606.
- DE WINTER, *Le principe de nationalité s'effrite-t-il peu à peu? Mélanges Kolléwijn et Offerhaus*, Leyden, 1962, p. 514-528
- DE WINTER, *Nationality or Domicile?*, *The present state of affairs*, *RCADI*, 1969-III, p. 347-503
- DÉBY GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, 1973
- DECLEVA, *Di un caso particolare di riferimento alle norme straniere di diritto internazionale privato*, *Annali triestini*, 1944, p. 123-136
- DECLEVA, *I caratteri del sistema giuridico che è oggetto del riferimento della norma di diritto internazionale privato*, *Annali triestini*, 1944, p. 219-240
- DECLEVA, *Sulla norma che statuisce l'accoglimento del rinvio*, Trieste, 1943
- DEELEN, *Die blindoek van von Savigny*, Amsterdam, 1966
- DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, 9ª ed., Roma, 1953
- DELAPORTE, *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, Thèse Paris, 1974
- DELAUME, *Les conflits de lois à la veille du code civil, Contribution à l'histoire du droit international privé français*, Paris, 1947
- DERAINS, *Application cumulative par les arbitres des systèmes de conflit de lois intéressés au litige*, *Rev. arb.*, 1973, p. 122-149
- DERAINS, *Attentes légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international*, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, *Années 1984-1985*, Paris, 1987, p. 81-92
- DERRUPÉ, *Plaidoyer pour le renvoi*, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, *Années 1964-1966*, Paris, 1967, p. 181-199
- DESPAGNET, *Les conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques*, *Clunet*, 1898, p. 253 s.
- DESSAUER, *Internationales Privatrecht, Ethik und Politik*, Frankfurt, Bonn, New York, 1996
- DEUTSCH, *Qualifikation und Rechtsanwendung in intertemporalen Recht dargestellt am Haftungs- und Schadenrecht des Einigungsvertrages*, *IPRax*, 1992, p. 284-290
- DEVERS, *Le concubinage en droit international privé*, Paris, 2004
- DEVERS, *Private International Law Aspects of Non-Marital Unions, Some French Reflections on the Applicable Law*, *Yearbook of Private International Law*, 2003, p. 191 s.
- DICEY / MORRIS, *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 13th ed., 1999

- DICEY, *A Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Laws*, London, 1896
- DIENA, *La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Italie*, *RCADI*, 1927-II, p. 347-445
- DODGE, *Extraterritoriality and Conflict-of-Law Theory: An Argument for Judicial Unilateralism*, *Harv. Int. L. Jour.*, 1998, p. 102-169
- DÖLLE, *De l'application du droit étranger par le juge interne*, *Rev. crit.*, 1955, p. 233-249
- DONNEDIEU DE VABRES (H.), *De l'impossibilité d'arriver à une solution rationnelle et définitive des conflits de lois*, *Clunet*, 1905, p. 1231-1244
- DONNEDIEU DE VABRES (H.), *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit de lois*, Paris, 1905
- DONNEDIEU DE VABRES (J.), *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit de lois depuis le début du XX^e siècle*, Paris, 1938
- DOPFFEL / SCHERPE, in BERGMANN / FERID, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, 147 Lieferung (Dänemark) (Stand: 1.1.2002)
- DROBNIG, *Die Beachtung von ausländischen Eingriffsgesetzen – eine Interessenanalyse*, *Festschrift K. H. Neumeyer*, Baden-Baden, 1985, p. 159-179
- DROZ, *La codification du droit international privé des successions. Perspectives nouvelles*, *Trav. com. fr. dr. int. pr.*, *Années 1967-1969*, p. 319 s.
- DROZ, *Regards sur le droit international privé comparé*, *RCADI*, 1991-IV, p. 9-424
- DUBLER, *La clause d'exception en droit international privé*, Genève, 1983
- DUTOIT, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Bâle-Francfort, 3^e éd., 2001
- DUTOIT, *L'ordre public: caméléon du droit international privé? Un survol de la jurisprudence suisse*, *Mélanges G. Flattet*, Lausanne, 1985, p. 110-115
- ECKSTEIN, *Die Frage des anzuwendenden Kollisionsrechts*, *RabelsZ*, 1934, p. 121-147
- EEK, *Peremptory Norms and Private International Law*, *RCADI*, 1973-II, p. 1-74
- EHRENZWEIG, *A Proper Law and Proper Forum, A Restatement of the Lex Fori Approach*, *Oklahoma L. Rev.*, 1965, p. 340 s.
- EHRENZWEIG, *Characterization in the Conflict of Laws, An Unwelcome Addition to American Doctrine*, *Essays H. E. Yntema*, Leyden, 1961, p. 395-408
- EHRENZWEIG, *Choice of Law: Current Doctrine and « True Rules »*, *Calif. L. Rev.*, 1961, p. 240 s.
- EHRENZWEIG, *Dati di fatto e dati morali in diritto internazionale privato*, *Dir. int.*, 1967, p. 246-257
- EHRENZWEIG, *La loi du forum compétent – L'harmonie ultime de règles de conflit de lois et de conflit de juridictions*, *Liber Amicorum Baron L. Frédéricq*, vol. I, Gand, 1965, p. 399-406
- EHRENZWEIG, *Private International Law, A Comparative Treatise on American International Conflicts Law Including the Law of Admiralty*, Leyden-New York, 1967
- EHRENZWEIG, *Specific Principles of Transnational Law*, *RCADI*, 1968-II, p. 167-370
- EHRENZWEIG, *Wirklichkeiten einer « Lex Fori Theorie » – Zwischen dem Begriffshimmel der Überrecht und der Begriffshölle des Eigenrechts*, *Festschrift W. Wengler*, vol. II., Berlin, 1973, p. 251-268
- EICHENHOFER, *Zwei Aufgabe des Internationalen Privatrechts*, *Festschrift G. Jahr*, Tübingen, 1993, p. 436-453
- EISENHARDT, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2. Aufl., München, 1995
- ELHOUËISS, *L'élément d'extranéité préalable du Droit international privé*, *Clunet*, 2003, p. 39 s.
- ELY, *Choice of Law and the State's Interest in Protecting its Own*, *William and Mary L. Rev.*, 1981, p. 173 s.
- ERAUW / VERHELLEN, *Het conflictenrecht van de wettelijke samenwoning. Internationale aspecten van een niet-huwelijkse samenlevingsvorm*, *Echtscheidingsjournaal*, 1999, p. 150-161
- ERNE, *Die Vertragsgültigkeit und drittstaatliche Eingriffsnormen*, Zürich, 1985
- ESPERSON, *Il principio di nazionalità applicato alle relazioni civili internazionali*, Pavia, 1868
- ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de DIPr.*, Madrid, 1996
- ESPLUGUES MOTA, *El «nuevo» regimen juridico de la adopción internacional en España*, *RDIPP*, 1997, p. 33 s.
- ETTER, *Vom Einfluss des Souveränitätsgedankens auf das Internationale Privatrecht*, Zürich, 1959
- EVRIGENIS, *Tendances doctrinales actuelles en droit international privé*, *RCADI*, 1966-II, p. 313-433
- FADLALLAH, *La famille légitime en droit international privé*, Paris, 1977

- FALCONBRIDGE, *Conflict Rule and Characterization of Question*, *Can. Bar Rev.*, 1952, p. 103-118; 264-283
- FALLON, *Les règles d'applicabilité en droit international privé*, *Mélanges R. Vander Elst*, Bruxelles, 1986, p. 285-322
- FAVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflit de lois*, Paris, 1996
- FEDOZZI, *Quelques considérations sur l'idée d'ordre public international*, *Clunet*, 1897, p. 69-78, p. 495-507
- FENTIMAN, *Foreign Law in English Courts*, Oxford, 1998
- FERID, *Internationales Privatrecht – Das neue Recht – Ein Leitfadens für Praxis und Ausbildung*, Frankfurt a.M., 3. Aufl., 1986
- FERID, *Überlegungen wie der Misere bei der Behandlung von Auslandsrechtsfällen in der deutschen Rechtspraxis abgeholfen werden kann*, *Festschrift O. Mohring*, Tübingen, 1973, p. 1-25
- FERNANDES COSTA, *Direitos adquiridos e reconhecimento de sentenças estrangeiras*, *Estudos A. Ferrer Correia*, vol. I, Coimbra, 1986, p. 121-186
- FERNÁNDEZ ROZAS, *Tráfico jurídico externo y sistema de Derecho Internacional Privado*, Oviedo, 2ª ed., 1989
- FERNÁNDEZ ROZAS-SANCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 2ª ed., Madrid, 2001
- FERRER CORREIA, *Das Problem der Qualifikation nach dem portugiesischen internationalen Privatrecht*, *ZfRV*, 1970, p. 114-135
- FERRER CORREIA, *Direito Internacional Privado, Alguns Problemas*, Coimbra, 1981
- FERRER CORREIA, *Estudios varios de direito*, 2. tiragem, Coimbra, 1982 (spec. i seguenti: *La doctrine des Droits Acquis dans un Système de Règles de Conflit Bilatérales*, p. 3-57; *Considerações sobre o Método do Direito Internacional Privado*, p. 309-398; *Le Procédé Conflictuel en Droit International Privé et les Solutions Alternatives*, p. 399-419)
- FERRER CORREIA, *Les problèmes des codifications en droit international privé*, *RCADI*, 1975-II, p. 57 s.
- FERRER CORREIA, *Une codification nationale du droit international privé à l'épreuve du principe d'égalité, le Code Civil portugais de 1966 « revisited »*, *Studi R. Ago*, vol IV, Milano, 1987, p. 63-87
- FIGLIORE, *De la limitation de l'autorité des lois étrangères et de la détermination des lois d'ordre public*, *Clunet*, 1908, p. 351-366
- FISCHER, *Verkehrsschutz im internationalen Vertragsrecht*, Köln / Berlin / Bonn / München, 1990
- FLESSNER, *Fakultatives Kollisionsrecht*, *RabelsZ*, 1970, p. 547 s.
- FLESSNER, *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, Tübingen, 1990
- FOELIX, *Traité de droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, 2ª ed., Paris, 1847
- FOYER, *Le nouvel avant-projet de réforme du Droit international privé français*, *Clunet*, 1971, p. 31-58
- FOYER, *Les mesures d'assistance éducative en droit international privé*, *Rev. crit.*, 1965, p. 39 s.
- FOYER, *Problèmes de conflits de lois en matière de filiation*, *RCADI*, 1985-IV, p. 9-117
- FOYER, *Requiem pour le renvoi?*, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, *Années 1980-1981*, Paris, 1981, p. 105-122
- FOYER, *Tournant et retour aux sources en droit international privé? (L'article 310 nouveau du Code civil)*, *JCP*, 1976, I, p. 2762
- FRANCSKAKIS e GOTHOT, *Une réglementation inachevée du divorce international*, *La loi belge du 27 juin 1960*, *Rev. crit.*, 1962, p. 247 s.
- FRANCSKAKIS, *Droit naturel et droit international privé*, *Mélanges J. Maury*, Paris, 1960, t. I, p. 113 s.
- FRANCSKAKIS, *La Convention de la Haye de 1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile*, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, *Années 1958-1959*, Paris, 1960, p. 151-169
- FRANCSKAKIS, *La pensée des autres en droit international privé*, *Comptes rendus bibliographiques (1946-1984) réunis en hommage à leur auteur*, Thessalonique, 1985
- FRANCSKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958
- FRANCSKAKIS, *Le surprenant article 310 nouveau du Code civil sur le divorce international*, *Rev. crit.*, 1975, p. 553-594
- FRANCSKAKIS, *Lois d'application immédiate et droit du travail. L'affaire du comité d'entreprise de la Compagnie des Wagons-lits*, *Rev. crit.*, 1974, p. 273-296
- FRANCSKAKIS, *Permanence de l'œuvre de Niboyet*, *Rev. hell.*, 1952, p. 228-247

- FRANDESCAKIS, *Perspectives du droit international privé français actuel*, *Revue internationale de droit comparé*, 1955, p. 349-360
- FRANDESCAKIS, *Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois*, *Rev. crit.*, 1966, p. 1-18
- FRANDESCAKIS, *Sur le droit international des sociétés de capitaux: L'arrêt « Barcelona » de la Cour internationale de justice*, *Rev. crit.*, 1970, p. 609-664
- FRANDESCAKIS, *Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ?*, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, *Années 1966-1969*, Paris, 1970, p. 149-169
- FRANKENSTEIN, *Internationales Privatrecht (Grenzrecht)*, Bd. 1, Berlin, 1926
- FRANKENSTEIN, *Tendances nouvelles du droit international privé*, *RCADI*, 1930-III, p. 159-271
- FRANKENSTEIN, *Une doctrine moderne du droit international privé*, *Rev. crit.*, 1932, p. 47-73
- FRANTZEN, in BERGMANN / FERID, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, 140 Lieferung (Norwegen) (Stand: 30.8.2000),
- FREITAG, *Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im Internationalen Gesellschaftsrecht*, *EuZW*, 1999, p. 267 s.
- FREYRIA, *La notion de conflit de lois en droit public*, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, *Années 1962-1964*, Paris, 1965, 103-119
- FREYRIA, *Sécurité sociale et droit international privé*, *Rev. crit.*, 1956, p. 409-460
- FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, Padova, 1990
- FRISON-ROCHE / BARANÈS, *Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité du droit*, *D.*, 2000, p. 361 s.
- FRUEHWALD, *Choice of Law and Same-Sex Marriages*, *Florida Law Review*, 1999, p. 799 s.
- FRUEHWALD, *Choice of Law for the American Courts. A Multilateralist Method*, Westport (Connecticut), 2001
- FUCHS, *Auslandsadoptionen vor inländischen Gerichten*, *IPRax*, 2001, p. 116-119
- FULCHIRON, *Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé*, *Clunet*, 2000, p. 890 s.
- FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, 1964
- FUSINATO, *Il principio della scuola italiana nel diritto internazionale privato*, *Arch. giur.*, 1885, p. 521-613
- FUSINATO, *Sull'art. 8 delle disposizioni preliminari al Codice Civile*, *RDI*, 1898, p. 291-299
- GABBA, *Introduzione al diritto civile internazionale italiano*, 1906. *Memorie della R. Accademia di Lincei. Classe di scienze morali, storiche, e filologiche*, Roma, 1991 (riprodotto in *Dir. int.*, 1968, p. 281-330; 1969, 235-285)
- GABBA, *La clausola finale dell'art. 8 del Titolo preliminare del codice civile italiano*, *Giur. it.*, 1892, p. 1-14
- GAMILLSCHEG, *Der Einfluss Dumoulin auf die Entwicklung des Kollisionsrechts*, Berlin / Tübingen, 1955
- GAMILLSCHEG, *Überlegungen zur Methode der Qualifikation*, *Festschrift K. Michaelis*, Göttingen, 1972, p. 79-99
- GANNAGÉ (L.), *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, Paris, 2001
- GANNAGÉ (L.), *Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes (l'exemple du droit de la famille)*, *Rev. crit.*, 2001, p. 1 s.
- GANNAGÉ (P.), *La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille*, *Rev. crit.*, p. 425-454
- GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción a la lógica jurídica*, Mexico, 1951
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho de sociedades y conflicto de leyes: una aproximación contractual*, Madrid, 2002
- GARCIMARTÍN, *La racionalidad económica del derecho internacional privado*, *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria Gasteiz*, 2001, p. 87-154
- GARFIELD, *Transitory Divorce Action: Jurisdiction in the Non-Fault Era*, *Tex. L. Rev.*, 1980, p. 501 s.
- GAROFALO, *Il divorzio nel diritto internazionale privato*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 158 s.
- GAUDEMET, *La théorie des conflits des lois dans l'œuvre d'Antoine Pillet et la doctrine de Savigny*, *Mélanges A. Pillet*, Paris, 1928, p. 89-103

- GAUDEMET-TALLON, *De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé*, *Mélanges P. Lagarde*, Paris, 2005, p. 303-326
- GAUDEMET-TALLON, *L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales*, *Mélanges Y. Loussouarn*, Paris, 1994, p. 9 s.
- GAUDEMET-TALLON, *La désunion du couple*, *RCADI*, 1991-I, p. 9-280
- GAVAZZI, *Delle antinomie*, Torino, 1959
- GAVIDIA SÁNCHEZ, *La libertad de elección, entre el matrimonio y la unión libre*, *Derecho Privado y Constitución*, Madrid, 1998
- GEBHARD, *Motive zum Ersten und Zweiten Gebhardschen Entwurf*, in NIEMEYER (Hrsg.), *Zur Vorgeschichte des Internationalen Privatrechts im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch* (« Die Gebhardschen Materialien »), München / Leipzig, 1915
- GEEROMS, *Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative and Functional Analysis*, Oxford, 2004
- GIANZANA (a cura di), *Codice civile preceduto dalle Relazioni Ministeriali e Senatoria, dalle Discussioni Parlamentari, e dai Verbali della Commissione coordinatrice colle referenze sotto ogni singolo articolo agli altri Codici Italiani, al Francese, alle Leggi Romane nonché a tutti i precedenti legislativi, coll'aggiunta delle leggi complementari che si riferiscono al Codice civile*, vol. II, *Discussioni*, vol. III, *Verbali*, Milano-Roma-Napoli, 1887
- GIARDINA, *Successione di norme di conflitto*, Milano, 1970
- GIHL, *Lois politiques et droit international privé*, *RCADI*, 1953-II, p. 165-249
- GIRSBERGER, *Zehn Jahre IPRG*, *SJZ*, 1999, p. 209-221
- GIULIANO, *La comunità internazionale e il diritto*, Padova, 1950
- GIULIANO, *La loi d'autonomie. Le principe et sa justification théorique*, *RDIPP*, 1979, p. 217-235
- GIULIANO, *La loi applicable aux contrats, problèmes choisis*, *RCADI*, 1977-V, p. 183-270
- GOLDMAN, *Frontières du droit et « lex mercatoria »*, *Arch. phil. dr.*, 1964, p. 177-192
- GOLDMAN, *Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence*, *RCADI*, 1969-III, p. 631-727
- GOLDMAN, *Un « conflictualiste » d'esprit international*, *M. Henri Batiffol, Clunet*, 1968, p. 327-331
- GOLDSCHMIDT, *Jacques Maury et les aspects philosophiques du droit international privé*, *Mélanges J. Maury*, Paris, 1960, t. I, p. 153-173
- GOLDSCHMIDT, *Système et philosophie du droit international privé*, *Rev. crit.*, 1955, p. 63-77; 1956, p. 21-41, 223-244
- GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire. Etude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien*, Montréal, 1996
- GOLDSTEIN / GROFFIER, *Droit international privé*, t. I, Cowansville, 1999
- GÓNI URRIZA, *La ley navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables*, in CALVO CARAVACA / IRIARTE ÁNGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, p. 375 s.
- GONZÁLEZ CAMPOS (e altri), *Derecho internacional privado, Parte especial*, 6ª ed., Madrid, 1995
- GONZÁLEZ CAMPOS, *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé*, *RCADI*, 2000-I, p. 9-426
- GONZÁLEZ CAMPOS, *Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé*, *RCADI*, 1977-III, p. 233-344
- GONZÁLEZ-BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión europea*, Madrid / Barcelona, 2004
- GOTHOT, *La méthode unilatéraliste et le droit international privé des contrats*, *RDIPP*, 1979, p. 5-22
- GOTHOT, *La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats*, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, *Années 1975-1977*, Paris, 1979, p. 201-231
- GOTHOT, *La place d'Henri Batiffol dans la doctrine*, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, *Années 1991-1992*, Paris, 1994, p. 21-54
- GOTHOT, *Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé*, *Rev. crit.*, 1971, p. 1-36, 209-243, 417-450
- GOTHOT, *Phocion Francescakis et « La pensée des autres »*, *Rev. crit.*, 1987, p. 711-729
- GOTHOT, *Simple réflexions à propos de la saga des conflits de lois*, *Mélanges P. Lagarde*, Paris, 2005, p. 343-354
- GOTTESMANN, *Adrift on the Sea of Indeterminacy*, *Ind. L. J.*, 2000, p. 527-534

- GRASSETTI, *La dottrina del rinvio in diritto internazionale privato e la "common law" anglo-americana*, RDI, 1934, p. 1-41, 223-261, 350-375
- GRAULICH, *La signification actuelle de la règle de conflit*, Etudes A. Weill, Paris, 1983, p. 295-302
- GRAULICH, *Règles de conflit et règles d'application immédiate*, Mélanges J. Dabin, Paris / Bruxelles, 1963, p. 629-644
- GRAVESON, *Comparative Aspects of the General Principles of Private International Law*, RCADI, 1963-II, p. 77 ss
- GRAVESON, *Le renvoi dans le droit anglais actuel*, Rev. crit., 1968, p. 259-265
- GRAVESON, *Philosophical Aspects of the English Conflict of Laws*, Comparative Conflict of Laws, Selected Essays, t. I. Amsterdam / New York / Oxford, 1977, p. 14 s.
- GRAVESON, *The Origins of the Conflict of Laws*, Festschrift K. Zweigert, Tübingen, 1981, p. 93-107
- GREIFF, *Die zweite Lesung des Entwurfes eines BGBs für das deutsche Reich*, Jahrbücher für National-ökonomie und Statistik, 1895, p. 889 s.
- GRISWOLD, *Mr. Beale and the Conflict of Laws*, Harv. L. Rev., 1943, p. 690 s.
- GRISWOLD, *Renvoi revisited*, Harv. L. Rev., 1938, p. 1165 s.
- GROSSFELD, *Internationales Gesellschaftsrecht*, Staudinger Kommentar, 14. Bearb., 1998
- GRUNDMANN, *Europäisches Vertragsrechtsübereinkommen*, EWG-Vertrag und § 12 AGBGB, IPRax, 1992, p. 1 s.
- GRUNDMANN, *Qualifikation gegen die Sachnorm*, München, 1985
- GUEDI, *The Theory of the Lois de Police, A Functional Trend In Continental Private International Law – A Comparative Analysis With Modern American Theories*, AJCL, 1991, p. 661-697
- GUTZWILLER M., *Der Einfluss Savigny auf die Entwicklung des Internationalen Privatrechts*, Freiburg (in der Schweiz), 1923
- GUTZWILLER M., *Der Geltungsbereich der Wahrungsvorschriften*, Umriss eines Internationalrechts der Geldverfassungen, Freiburg (in der Schweiz), 1940
- GUTZWILLER M., *Geschichte des Internationalen Privatrechts*, Basel / Stuttgart, 1977
- GUTZWILLER M., *Internationalprivatrecht: Die drei Grossen des 19. Jahrhunderts*, Festschrift F. Vischer, Zürich, 1983, p. 131-140
- GUTZWILLER M., *Le développement historique du droit international privé*, RCADI, 1929-IV, p. 287-400
- GUTZWILLER P.M., *Von Ziel und Methode des IPR*, SJIR, 1968, p. 161-196
- HABICHT, *Internationales Privatrecht nach dem Einführungsgesetze zum bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, 1907
- HADARI, *The Choice of National Law Applicable to the Multinational Enterprise and the Nationality of Such Enterprises*, Duke L. J., 1974, p. 1-57
- HAGE-CHAHINE, *Les conflits dans l'espace et dans le temps en matière de prescription*, Paris, 1977
- HALPERIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, 1999
- HAMEL, *Faut-il parler de « nationalité » des sociétés commerciales ?*, Festsgabe M. Gutzwiller, Bâle, 1959, p. 365-371
- HANCOCK, *Three Approaches to the Conflict of Law Problem, The Classificatory, the Functional and the Result-Selective*, Essays H. E. Yntema, Leyden, 1961, p. 365 s.
- HANISCH, *Deutscher Eigentumsvorbehalt im französischen Insolvenzverfahren*, IPRax, 1992, p. 187 s.
- HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, Paris, 1991
- HANOTIAU, *Le droit international privé américain (du premier au second Restatement of the Law)*, Paris / Bruxelles, 1979
- HART, *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford, 1993
- HART, *The Relations Between the State and Federal Law*, Colum. L. Rev., 1954, p. 489-542
- HARTWIEG, *Der Gesetzgeber des EGBGB zwischen den Fronten heutiger Kollisionsrechtstheorien*, RabelsZ, 1978, p. 431-455
- HARTWIEG, *Der renvoi im deutschen Internationalen Vertragsrecht*, Frankfurt-Berlin, 1967
- HARTWIEG, *Die Entstehung der Art. 7-34 EGBGB*, p. 23-56 in: HARTWIEG / KORKISCH, *Die geheimen Materialien zur Kodifikation des deutschen internationalen Privatrechts 1881-1896*, Tübingen, 1973, p. 1-22
- HAUSMANN, *Überlegungen zum Kollisionsrecht registrierter Partnerschaften*, Festschrift D. Henrich, Bielefeld, 2000, p. 241-265

- HAY, *Comments on « Self-Limited Rules of Law », Conflicts Methodology, The Law in the USA for the 1980s*, *AJCL*, 1982, suppl., p. 129-141
- HAY, *Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law, Reflections on Current European and United States Conflicts Law*, 1991-I, p. 291-400
- HAYEK, *The Road to Serfdom*, Chicago, 1944
- HAZARD / MOSKOWITZ, *A Historical and Critical Analysis of Interpleader*, *Calif. L. Rev.*, 1964, p. 706-752
- HEBRAUD, *De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître*, *Rev. crit.*, 1968, p. 205-258
- HEIDE-JØRGENSEN, *An Expansion of Fundamental Right or an Erosion of Traditional Values? A Review Essay*, *Maastricht J. of European and Comparative Law*, 1996, p. 184-202
- HEINI, *Ausländische Staatsinteressen und internationales Privatrecht*, *Rev. dr. suisse*, 1981, p. 65-83
- HEINI, *Privat- oder Gemeininteressen im internationalen Privatrecht?*, *Rev. dr. suisse*, 1973, p. 381-392
- HENRICH, *Abschied vom Staatsangehörigkeitsprinzip*, *Festschrift H. Stoll*, Tübingen, 2001, p. 437-450
- HENRICH, *Kollisionsrechtliche Fragen der eingetragenen Lebenspartnerschaft*, *FamRZ*, 2002, p. 137-144
- HÉRON, *Principes du droit transitoire*, Paris, 1996
- HEUZÉ, *La volonté en droit international privé*, *Droits*, 1999, p. 113 s.
- HIJMANS, *Algemeene problemen van het internationaal Privaatrecht*, Zwolle, 1937
- HIJMANS, *Findung der sachgerechten Fall-Lösung ohne Bindung an Kollisionsnormen*, in PICONE / WENGLER, *Internationales Privatrecht*, Darmstadt, 1974, p. 177-180
- HOFF, *Adjustment of Conflicting Rights*, *Virginia L. Rev.*, 1952, p. 745-768
- HOHFELD, *The Relations Between Equity and the Law*, *Mich. L. Rev.*, 1913, p. 537-571
- HOLLEAUX / FOYER / GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Paris, 1987
- HOROWITZ, *The Commerce Clause as a Limitation on State Choice-of-Law Doctrine*, *Harv. L. Rev.*, 1971, p. 806-826
- IDOT, *Les conflits de lois en droit de la concurrence*, *Clunet*, 1995, p. 327 s.
- JACOB, *Die eingetragene Lebenspartnerschaft im Internationalen Privatrecht*, Köln, 2002
- JACQUET, *La fonction supranationale de la règle de conflit*, *RCADI*, 2001, t. 292, p. 151-248
- JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, 1983
- JAFFEY, *Statutes and Choice of Law*, *L. Q. R.*, 1984, p. 198-203
- JAGMETTI, *Die Anwendung fremden Kollisionsrechtes durch den inländischen Richter*, Zürich, 1961
- JAHR, *Internationale Geltung nationalen Rechts*, *RabelsZ.*, 1990, p. 481 s.
- JAMETTI GREINER / GEISER, *Die güterrechtlichen Regeln des IPR-Gesetzes*, *ZBJV*, 1991, p. 1 s.
- JÄNTERÄ-JÄREBORG, *Foreign Law in National Courts*, *RCADI*, 2003, t. 304, p. 181-385
- JÄNTERÄ-JÄREBORG, *Registered Partnerships in Private International Law: The Scandinavian Approach*, in BOELE-WOELKI / FUCHS (eds), *Legal Recognition of Same-Sex Couple in Europe*, Antwerp, 2003, p. 150 s.
- JAYME, *Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé*, *RCADI*, 1982-IV, p. 9-101
- JAYME, *Dänisches Partnerschaftsgesetz und Internationales Privatrecht*, *IPRax*, 1990, p. 197 s.
- JAYME, *Dionisio Anzilotti und das deutsche Internationale Privatrecht*, in *Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, Berlin, 1990, p. 297 s.
- JAYME, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, *RCADI*, 1995-I, p. 9-268
- JAYME, *Methoden der Konkretisierung des ordre public im internationalen Privatrecht*, Heidelberg, 1988
- JAYME, *P.S. Mancini. Internationales Privatrecht zwischen Risorgimento und praktischer Jurisprudenz*, Ebelsbach, 1980 (in italiano: *P.S. Mancini. Il diritto internazionale privato tra Risorgimento ed attività forense*, trad. A. Ruini, Padova, 1988)
- JAYME, *Potere politico e codificazione del diritto internazionale privato da Mancini a Bismarck*, *Diritto e potere nella storia europea. Atti del quarto Congresso della Società Italiana di Storia del Diritto in onore di Bruno Paradisi*, Firenze, 1982, p. 1171-1184

- JAYME, *The American Conflicts Revolution and Its Impact on European Private International Law, Forty Years on the Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Deventer, 1990
- JAYME, *Zur Krise des « Governmental-Interest Approach »*, *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts – Bewahrung oder Wende? Festschrift G. Kegel*, Frankfurt a.M., 1977, p. 369-366
- JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, 1956
- JESSURUN D'OLIVEIRA, *De antikiesregel. Een paar aspekten van de behandeling van buitenlands recht in het burgerlijk proces*, Deventer 1971
- JESSURUN D'OLIVEIRA, *De ruine van een Paradigma: de Konfliktregel*, Deventer, 1971
- JESSURUN D'OLIVEIRA, *Die Freiheit des niederländischen Richters bei der Entwicklung des Internationalen Privatrechts – Zur antizipierenden Anwendung des Benelux-Einheitgesetzes über das Internationale Privatrecht – Ein Requiem*, *RabelsZ.*, 1975, p. 224-252
- JESSURUN D'OLIVEIRA, *Registered Partnerships, Paces and Private International Law, Some Reflections*, *RDIPP*, 2000, p. 293-322
- JITTA, *Alte und neue Methoden des internationalen Privatrechts*, *AöR*, 1900, p. 564-581
- JITTA, *Das Wesen des internationalen Privatrechts*, *AöR*, 1899, p. 301-327
- JITTA, *La méthode du droit internationale privé*, La Haye, 1890
- JITTA, *Le droit commun international comme source du droit internationale privé*, *Rev. dr. int. pr. et dr. pén. int.*, 1908, p. 553-570; 1909, p. 485-500
- JOBARD-BACHELLIER, *L'apparence en droit international privé. Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, Paris, 1984
- JOERGES, *Die klassische Konzeption des internationalen Privatrechts und das Recht des unlauteren Wettbewerbs*, *RabelsZ.*, 1972, p. 421-491
- JOERGES, *Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts – Die « Governmental Interest Analysis » und die Krise des Internationalen Privatrechts*, Berlin / Tübingen, 1971
- JORGE, *Les rattachements alternatifs en droit international privé*, Thèse Paris, 1988
- JOSSSELIN-GALL, *La place de l'Etat dans les relations internationales et son incidence sur les relations privées internationales*, *Mélanges P. Lagarde*, Paris, 2005, p. 493-506
- JOSSSELIN-GALL, *Pacte civil de solidarité. Quelques éléments de droit international privé*, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, 2000, p. 489 s.
- JUENGER, *A Page of History*, *Mercer L. Rev.*, 1984, p. 419-460
- JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, Dordrecht / Boston / London, 1993
- JUENGER, *Conflict of Laws, A Critique of Interest Analysis*, *AJCL*, 1984, p. 1 s.
- JUENGER, *What's Wrong with Forum Shopping?* *Sydney L. Rev.*, 1994, p. 5-13
- JUENGER, *Zum Wandel des Internationalen Privatrechts*, Karlsruhe, 1974
- KAHN (F.), *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, hrsg. von O. LENEL und H. LEWALD, München / Leipzig, 1928 (spec. le sequenti: *Gesetzeskollisionen. Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts*, Band I, p. 1-121; *Der Grundsatz der Rückverweisung im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch und aus dem Haager Kongress für internationales Privatrecht*, Band I, p. 124-160; *Die Lehre vom ordre public (Prohibitivgesetze)*, Band I, p. 161-246; *Über Inhalt, Natur und Methode des internationalen Privatrechts*, Band I, p. 253-311; *Bedeutung der Rechtsvergleichung mit Bezug auf das internationale Privatrecht*, Band I, p. 491-503)
- KAHN (P.), *Droit international économique, droit du développement, lex mercatoria: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques?* *Etudes B. Goldman*, Paris, 1983, p. 97-107
- KAHN P., *L'essor du non-droit dans les relations commerciales internationales et le contrat sans loi, L'hypothèse du non droit*, XXX^e séminaire organisé à Liège les 21 et 22 octobre 1977, Liège, 1978, p. 231-266
- KAHN-FREUND, *General Problems of Private International Law*, Alphen an den Rijn, 1976
- KAHN-FREUND, *The Growth of Internationalism in English Private International Law*, Jerusalem, 1960
- KALENSKY, *L'universalisme et le "nationalisme" dans la doctrine du droit international privé*, *Casopis pro mezinárodní právo*, 1969
- KAPLAN, *Foreign Corporations and Local Corporate Policy*, *Vand. L. Rev.* 1968, p. 433 s.
- KARAQUILLO, *Etude de quelques manifestations des lois de police*, Limoges, 1977
- KASSIR, *Réflexions sur le renvoi en droit international privé comparé*, Bruxelles, 2002

- KAY, *A Defense of Currie's Governmental Interest Analysis*, *RCADI*, 1989-II, p. 9-204
- KAY, *Theory into Practice: Choice of Law in the Courts*, *Mercer L. Rev.*, 1983, p. 521-592
- KEGEL / SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, 8. Aufl., München, 2000
- KEGEL, *Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, *Festschrift H. Lewald*, Basel, 1953, p. 259-288
- KEGEL, *Das Ordnungsinteresse an realer Entscheidung im internationalen Privatverfahrensrecht*, *Festschrift U. Drobnig*, Tübingen, 1998, p. 315-336
- KEGEL, *Der Gegenstand des internationalen Privatrechts*, *Festschrift L. Raape*, Hamburg, 1948, p. 13-33
- KEGEL, *Die Grenze von Qualifikation und Renvoi im internationalen Verjährungsrecht*, Köln, 1962
- KEGEL, *Die selbstgerechte Sachnorm*, *Gedächtnisschrift für A. A. Ehrenzweig*, Karlsruhe / Heidelberg, 1976, p. 51-87
- KEGEL, *Embarras de richesse*, *RabelsZ*, 1972, p. 27 s.
- KEGEL, *Paternal Home and Dream House. Traditional Conflict of Laws and the American Reformers*, *AJCL*, 1979, p. 615-633
- KEGEL, *The Crisis of the Conflict of Laws*, *RCADI*, 1964-II, p. 91-268
- KEGEL, *Zum heutigen Stand des internationalen Privatrechts, Theorie und Rechtspolitik*, *Internationales Privatrechts, Internationales Wirtschaftsrecht, Symposium Humboldt-Stiftung*, 1983, Köln, 1985, p. 1-24
- KEGEL / SEIDL HOHENVELDERN, *Zum Territorialitätsprinzip im internationalen öffentlichen Recht*, *Festschrift M. Ferid*, München, 1978, p. 233-277
- KEIDEL, *Le droit international privé dans le nouveau Code civil allemand*, *Clunet*, 1898, p. 867 s.
- KELLER, *Verhältnis zwischen materiellem Privatrecht und Internationalem Privatrecht*, *Schweizerische Juristenzeitung*, 1972, p. 65-74; p. 85-91
- KELLER / SIEHR, *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Zürich, 1986
- KELLY, *Localizing rules and differing approaches to the choice of law process*, *ICLQ*, 1969, p. 249-274
- KELLY, *Reference, Choice, Restriction and Prohibition*, *ICLQ*, 1977, p. 857-883
- KELSEN, *Law, State, and Justice in the Pure Theory of Law*, in *What Is Justice?, Collected Essays*, Berkeley [etc.], 1957
- KELSEN, *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, *RCADI*, 1926-IV, p. 231-329
- KESSLER, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, Paris, 2004
- KHAIRALLAH, *Les partenariats organisés en droit international privé*, *Rev. crit.*, 2000, p. 317 s.
- KINDLER, *Niederlassungsfreiheit für Scheinauslandsgesellschaften? Die Centros-Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht*, *NJW*, 1999, p. 1993 s.
- KLAMI, *Private International Law in Finland*, Turku, 1986
- KNOEPFLER, *Le droit international privé: froideur mécanique ou justice casuistique ?*, *Conférences universitaires, Université de Neuchâtel, Faculté de Droit et de Sciences Economiques*, Neuchâtel, 1976, p. 1-18
- KNOEPFLER, *Le projet de loi fédérale sur le droit international privé helvétique*, *Rev. crit.*, 1979, p. 31-78
- KNOEPFLER, *Utilité et dangers d'une clause d'exception en droit international privé*, *Hommage R. Jean-prêtre*, Neuchâtel, 1982, p. 113-128
- KNOEPFLER / SCHWEIZER, *La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé (partie générale)*, *Rev. crit.*, 1988, p. 207-235
- KOGAN, *Toward A Jurisprudence of Choice of Law: The Priority of Fairness over Comity*, *N.Y.U.L. Rev.*, 1987 p. 651 s.
- KOLLEWIJN, *Degenerazione del principio di nazionalità del diritto internazionale privato moderno*, *Dir. int.*, 1959, p. 508-529 (traduzione italiana dell'originale: *Ontaarding van het Nationaliteitsbeginsel in het internationaal privaatrecht*, *Wetervreden*, 1929)
- KOPAC, *Le Code tchécoslovaque du commerce international*, *Clunet*, 1967, p. 789-818
- KOPELMANAS, *La théorie du dédoublement fonctionnel et son utilisation pour la solution du problème dit des conflits de lois*, *Etudes G. Scelle*, t. II, Paris, 1950, p. 753-803

- KORKISCH, *Rechtsnatur und Funktion des Internationalen Privatrechts in den Gesetzen des 18. und 19. Jahrhunderts*, in HARTWIEG / KORKISCH, *Die geheimen Materialien zur Kodifikation des deutschen internationalen Privatrechts 1881-1896*, Tübingen, 1973, p. 1-22
- KORKISCH / HARTWIEG, *Die geheimen Materialien zur Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts 1881-1896*, Tübingen, 1973
- KORN, *The Choice of Law Revolution, A Critique*, *Columbia L. Rev.*, 1983, p. 772 s.
- KOUTIKOV, *Règles substantielles d'application immédiate et autonomie en droit international privé*, *Association bulgare de Droit International, Droit International Privé et Public*, n. 1, Sofia, 1978, p. 3-16
- KOZYRIS, *Corporate Wars and Choice of Law*, *Duke L. J.*, 1985, p. 1-99
- KOZYRIS, *Some Observations on State Regulation of Multistate Takeovers – Controlling Choice of Law Through the Commerce Clause*, *Del. J. Corp. L.*, 1989, p. 499 s.
- KRAMER, *Interest Analysis and the Presumption of Forum Law*, *U. Chi. L. Rev.*, 1989, p. 301 s.
- KRAMER, *More Notes on Methods and Objectives in Conflict of Laws*, *Cornell Int'l L.Q.* 1991, p. 245 s.
- KRAMER, *On the Need for a Uniform Choice of Law Code*, *Mich. L. Rev.*, 1991, p. 2134 s.
- KRAMER, *Rethinking Choice of Law*, *Col. L. Rev.*, 1990, p. 277 s.
- KRAMER, *Return of the Renvoi*, *NY Univ. L. Rev.*, 1991, p. 979 s.
- KRAMER, *Same-Sex Marriage, Conflict of Laws, and the Unconstitutional Public Policy Exception*, *Yale L.J.*, 1997, p. 1965 s.
- KRAMER, *The Myth of the Unprovided for Case*, *Virg. L. Rev.*, 1989, p. 1045 s.
- KREUZER, *Berechtigungsklauseln im Internationalen Privatrecht*, *Festschrift I. Zajtay*, Tübingen, 1982, p. 295-331
- KRONSTEIN, *Crisis of Conflict of Laws*, *Georgetown L. J.*, 1949, p. 483-513
- KROPHOLLER, *Die Anpassung im Kollisionsrecht*, *Festschrift M. Ferid*, München, 1978, p. 279-289
- KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 5. Aufl., Tübingen, 2001
- KRYSTUFEK, *La querelle entre Savigny et Thibaut et son influence sur la pensée juridique européenne*, *Revue historique de droit français*, 1966, p. 59 s.
- KUHN, *Der Renvoi im internationalen Erbrecht der Schweiz*, Zürich, 1998
- KÜHNE, *Der Anwendungsbereich des Renvoi im Lichte der Entwicklung des IPR*, *Festschrift M. Ferid*, Frankfurt a.M., 1978, p. 251-267
- KÜLPER, *Die Gesetzgebung zum deutschen IPR im Dritten Reich*, Freiburg, 1976
- LABBÉ, *Du conflit entre la loi nationale du juge saisi et une loi étrangère relativement à la détermination de la loi applicable à la cause*, *Clunet*, 1885, p. 5-16
- LABORDE, *La pluralité du point rattachement dans l'application de la règle de conflit*, Thèse Bordeaux, 1981
- LAGARDE, *Approche critique de la lex mercatoria*, *Le droit des relations économiques internationales*, *Etudes B. Goldman*, Paris, 1983, p. 125-150
- LAGARDE, *Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures*, *RabelsZ.*, 2004, p. 225-243
- LAGARDE, *La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale: une opportune clarification*, *Rev. crit.*, 2001, p. 276 s.
- LAGARDE, *La réciprocité en droit international privé*, *RCADI*, 1977-I, p. 103-214
- LAGARDE, *La règle de conflit applicable aux questions préalables*, *Rev. crit.*, 1960, p. 465 s.
- LAGARDE, *Le dépeçage dans le droit international privé des contrats*, *RDIPP*, 1975, p. 649-677
- LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, *RCADI*, 1986-I, p. 9-238
- LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public*, Paris, 1959
- LAGARDE, *Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités (à propos de l'arrêt Dujaque de la première chambre civile, du 22 juillet 1987)*, *Rev. crit.*, 1988, p. 29 s.
- LAINÉ, *Introduction au droit international privé contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil*, t. I, Paris, 1888; t. II, 1892
- LAINÉ, *La rédaction du Code civil et le sens de ses dispositions en matière de droit international privé*, *Rev. dr. int. pr. et dr. pén. int.*, 1905, p. 21-60; p. 443-479

- LAINÉ, *La théorie du renvoi en droit international privé*, *Rev. dr. int. pr. et dr. pén. int.* 1906, p. 605-643; 1907, p. 43-72, 313-339, 661-674; 1908, p. 729-758; 1909, p. 12-40
- LALIVE, *Droit public étranger et ordre public suisse*, *Eranion G. Maridakis*, vol. III, Athènes, 1964, p. 189-208
- LALIVE, *L'application du droit public étranger*, *AIDI, Session de Wiesbaden, 1975*, Bâle, 1975, p. 157-183 (rapport préliminaire), p. 184-186 (questionnaire), p. 219-259 (rapport définitif)
- LALIVE, *Le droit public étranger et le droit international privé*, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, *Années 1973-1975*, Paris, 1977, p. 215-245
- LALIVE, *Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international*, *Rev. arb.*, 1986, p. 329-373
- LALIVE, *Sur l'application du droit public étranger*, *ASDI*, 1971, p. 103-142
- LALIVE, *Tendance et méthodes en droit international privé*, *RCADI*, 1977-II, p. 7-424
- LANDO, *The Conflict of Laws of Contracts – General Principles*, *RCADI*, 1984-IV, p. 225-448
- LANDO, *Über Methoden und Hintergründe internationalprivatrechtlicher Urteile*, *RabelsZ*, 1966, p. 17-37
- LANGEN, *The Influence of Extra-Legal Elements on the Shaping of the Principles of Private International Law*, *Festschrift C. M. Schmitthoff*, Frankfurt a.M., 1973, p. 265-277
- LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. Aufl., Berlin / Heidelberg, 1979
- LATTY, *Pseudo-Foreign Corporations*, *Yale L. J.*, 1955-1956, p. 137-173
- LAYCOCK, *Equal Citizens of Equal and Territorial States: The Constitutional Foundations of Choice of Law*, *Colum. L. Rev.*, 1992, p. 249-337
- LEANZA, *Società straniera*, *Noviss. Dig. It.*, XVII, Torino, 1970, p. 693-707
- LEFLAR, *Choice of Law Statutes*, *Tenn. L. Rev.*, 1977, p. 951 s.
- LEFLAR, *Choice-Influencing Considerations in Conflicts Law*, *NY Univ. L. Rev.*, 1966, p. 267-327.
- LEFLAR, *Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations*, *Cal. L. Rev.*, 1966, p. 1584-1598.
- LEFLAR, *The Nature of Conflicts Law*, *Col. L. Rev.*, 1981, p. 1080-1095
- LEFLAR / MC DOUGAL / FELIX, *American Conflicts Law*, Charlottesville, 4th ed., 1986
- LEPAULLE, *Le droit international privé. Ses bases, ses normes, ses méthodes*, Paris, 1948
- LEPAULLE, *Nature et méthode du droit international privé*, *Clunet*, 1936, p. 284-311.
- LEQUETTE, *L'abandon de la jurisprudence Bisbal (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 octobre 1988)*, *Rev. crit.*, 1989, p. 277-339
- LEQUETTE, *L'évolution récente du droit international privé français de la filiation et du divorce*, *Trav. Assoc. Capitain*, Paris, 1988, p. 471 s.
- LEQUETTE, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Paris, 1971
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Observations sur la question du renvoi*, *Clunet*, 1928, p. 877-903
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE / LOUSSOUARN, *Précis de droit international privé*, Paris, 9^e éd., 1970
- LÉVY, *La nationalité des sociétés*, Paris, 1984
- LÉVY-ULLMANN, *Rapports du droit international privé avec le droit comparé*, *Bull. soc. législ. comp.*, 1931-1932, p. 205-220
- LEWALD, *Conflit de lois dans le monde grec et romain*, *Rev. crit.*, 1968, p. 419-440, 615-639
- LEWALD, *Das deutsche internationale Privatrecht auf Grundlage der Rechtsprechung*, Leipzig, 1931
- LEWALD, *La théorie du renvoi*, *RCADI*, 1929-IV, p. 515-620
- LEWALD, *Règles générales des conflits de lois, Contribution à la technique du droit international privé*, *RCADI*, 1939-III, p. 323 s.
- LINDENAU, *Die Einführung des Renvoi in das internationale Privatrecht Italiens*, Frankfurt a.M., 2001
- LIPSTEIN, *Conflict of Laws 1921-1971, – The Way Ahead*, *C.L.J.*, 1972-B, p. 67-120
- LIPSTEIN, *Conflict of Public Laws, Visions and Realities*, *Festschrift I. Zajtay*, Tübingen, 1982, p. 357-378
- LIPSTEIN, *Inherent Limitations in Statutes and the Conflict of Laws, Contemporary Problems in the Conflict of Laws, Essays J. H. C. Morris*, Leyden / Boston, 1978, p. 184-202
- LIPSTEIN, *Private International Law with a Social Content – A Super Law?*, *Festschrift K. Zweigert*, Tübingen, 1981, p. 179-197
- LIPSTEIN, *The General Principles of Private International Law*, *RCADI*, 1972-I, p. 97-229

- LØDRUP, Norway – Registered Partnership, *The International Survey of Family Law* (1994 ed.), The Hague (etc.), 1996, p. 387-394
- LOI, *Promessa di matrimonio*, *Enc. dir.*, t. 37, Milano, 1988, p. 87 s.
- LOMONACO, *Trattato di diritto civile internazionale*, Napoli, 1874
- LORENZ, *Zur Struktur des Internationalen Privatrechts, Ein Beitrag zur Reformdiskussion*, Berlin / München, 1977
- LORENZEN, *Territoriality, Public Policy and the Conflict of Laws*, *Yale L. J.*, 1924, p. 736-751
- LORENZEN, *The Statute of Limitations and the Conflict of Laws*, *Yale L. J.*, 1918-1919, p. 492 s.
- LORENZEN, *The Theory of Qualifications and the Conflict of Laws*, *Col. L. Rev.*, 1920, p. 247-282
- LOUIS-LUCAS, *Conflits de méthodes en matière de conflits de lois*, *Clunet*, 1956, p. 775-823
- LOUIS-LUCAS, *Existe-t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits des lois?*, *Rev. crit.*, 1959, p. 405 s.
- LOUIS-LUCAS, *J.-P.- Niboyet*, *Clunet*, 1952, p. 7-24
- LOUIS-LUCAS, *L'idée de réciprocité dans le règlement des conflits de lois*, *Rev. crit.*, 1949, p. 13-43
- LOUIS-LUCAS, *Le renvoi dans le projet de la commission de réforme du code civil*, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, *Années 1948-1952*, Paris, 1953, p. 33-64
- LOUIS-LUCAS, *Portée de la distinction entre droit privé interne et droit international privé*, *Clunet*, 1962, p. 858-902
- LOUIS-LUCAS, *Qualification et répartition*, *Rev. crit.*, 1957, p. 153-183
- LOUIS-LUCAS, *Traits distinctifs des conflits de lois dans le temps et des conflits de lois dans l'espace*, *Mélanges P. Roubier*, Paris, 1961, t. I, p. 323-348
- LOUIS-LUCAS, *Vue simplifiée du renvoi*, *Rev. crit.*, 1964, p. 1-14
- LOUSSOUARN, *Cours général de droit international privé*, *RCADI*, 1973-II, p. 269 s.
- LOUSSOUARN, *La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé*, *AIDI*, vol. 62 (session du Caire 1987), t. 1, p. 295-381
- LOUSSOUARN, *La nationalité des sociétés*, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, *Année 1969*, Paris, 1970, p. 206 s.
- LOUSSOUARN, *La règle de conflit est-elle neutre?* *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, *Années 1980-1981*, Paris, 1982, p. 43-60
- LOUSSOUARN, *Les conséquences en droit international privé du développement du rôle de l'Etat*, *Etudes du droit contemporain*, IV^e Congrès international de droit comparé, Hambourg, 1962, p. 293
- LOUSSOUARN, *Nationalité des sociétés*, *Juris-classeur*, Fasc. 564-10, 1995, p. 13 s.
- LOUSSOUARN / BOUREL, *Droit international privé*, 6^e éd., Paris, 2001
- LOUSSOUARN / BREDIN, *Droit du commerce international*, Paris, 1969
- LOWENFELD, *International Litigation and the Quest for Reasonableness*, *RCADI*, 1995, t. 245, p. 9-319
- LUND-ANDERSEN, *The Danish Registered Partnership Act*, in BOELE-WOELKI / FUCHS (eds), *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*, Antwerpen, 2003, p. 13-23
- LURGER, *Centros Revisited: Die österreichische Sitztheorie und die Niederlassungsfreiheit des EG-Vertrags*, *IPRax*, 2001, p. 346 s.
- LUZZATTO, *Stati giuridici e diritti assoluti nel diritto internazionale privato*, Milano, 1965
- LUZZATTO / AZZOLINI, *Società (nazionalità e legge regolatrice)*, *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Commerciale*, XIV, Torino, 1997, p. 136 s.
- MAJCHRZAK, *Corporate Chaos: Who Should Govern Internal Affairs?*, *T. Jef. L. Rev.*, 2001-2002, p. 83 s.
- MAKAROV, *Das Problem des anzuwendenden Kollisionsrechts*, *ZyglRWiss*, 1943, p. 230 s.
- MAKAROV, *Der Allgemeine Teil des Kollisionsrechts in den neuen Kodifikationen*, *RabelsZ*, 1953, p. 211 s.
- MAKAROV, *Der allgemeine Teil des neuen französischen Kodifikationswerkes*, *Festschrift M. Wolff*, Tübingen, 1952, p. 261 s.
- MAKAROV, *Der Gleichbehandlungsgrundsatz und das IPR*, *Eranion G. Maridakis*, Athen, 1964, p. 231-245
- MAKAROV, *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung*, Tübingen, 1949
- MAKAROV, *Les cas d'application des règles de conflit étrangères*, *Rev. crit.*, 1955, p. 431-457
- MAKAROV, *Règles générales du droit de la nationalité*, *RCADI*, 1949-I, p. 271-374
- MAKAROV, *Völkerrecht und internationales Privatrecht*, *Mélanges G. Streit*, Paris, 1939, p. 189 s.

- MALAUURIE, *La législation de droit international privé en matière de statut personnel*, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, *Années 1975-1977*, Paris, 1978, p. 177 s.
- MALGAUD, *Les antinomies en droit, à propos de l'étude de G. Gavazzi*, in PERELMAN (éd.), *Les antinomies en droit*, Bruxelles, 1965, p. 7-19
- MALINTOPPI, *Les rapports entre droit uniforme et droit international privé*, *RCADI*, 1965-III, p. 1-87
- MANCINI, *De l'utilité de rendre obligatoires, pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles*, *Clunet*, 1874, p. 221-239; p. 285-304 (ripubblicato in MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, a cura di E. JAYME, Torino, 1994, p. 19-64; versione italiana in *Dir. int.* 1959, p. 367-397)
- MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti, Prelezione al corso di diritto internazionale e marittimo pronunciata nella R. Università di Torino nel 22 gennaio 1851*, Torino, 1851 (ripubblicata in MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, a cura di E. JAYME, edizione critica del testo e note editoriali a cura di A. MIELE, Torino, 1994, p. 19-64)
- MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, 14^a ed., Torino, 2002
- MANN, *Conflict of Laws and Public Law*, *RCADI*, 1971-I, p. 107-196
- MANN, *Kollisionsnorm und Sachnorm mit abgrenzendem Tatbestandmerkmal*, *Festschrift L. Raiser*, Tübingen, 1974, p. 499 s.
- MANN, *Legitimation and Adoption in Private International Law*, *LQR*, 1941, p. 112 s.
- MANN, *Prerogative Rights of Foreign States and the Conflict of Laws*, *Transaction of the Grotius Society*, vol. 40, 1955, p. 25 s.
- MANN, *Statutes and the Conflict of Laws*, *BYBIL*, 1972-1973, p. 117-143
- MANN, *The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years*, *RCADI*, 1984, t. 186, p. 9-116
- MANN, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, *RCADI*, 1964, t. 111, p. 1-162
- MANSEL, *L'adoption du principe de la nationalité par le EGBGB du 18 août 1896*, *Liber memorialis F. Laurent 1810-1887*, Bruxelles, 1989, p. 869-879
- MANSEL, *Mancini, v. Savigny und die Kodifikation des deutschen internationalen Privatrechts von 1896*, *Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der Italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, hrsg. von R. SCHULZE, Berlin, 1990, p. 245-295
- MANSEL, *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität*, München, 1988
- MARDIAKIS, *Le renvoi en droit internationale privé*, *AIDI*, 1957, t. II, p. 1-125; 1961, t. II, p. 272-362
- MARIDAKIS, *Die internationalprivatrechtliche Lehre Savignys im Lichte seiner Rechtsentstehungstheorie*, *Festschrift H. Lewald*, Basel, 1953, p. 309 s.
- MARIDAKIS, *In memoriam « Jean Paulin Niboyet » (1886-1952)*, *Rev. hell.*, 1953, p. 111-113
- MARIDAKIS, *Les principaux traits de la récente codification hellénique touchant le droit international privé*, *RCADI*, p. 1954-I, p. 107-237
- MARIN LOPEZ, *Las normas de aplicación necesaria en derecho internacional privado*, *REDI*, p. 413-452
- MARQUES DOS SANTOS, *As normas de aplicação imediata no direito internacional privado*, *Esboço de Uma Teoria Geral*, 2 voll., Coimbra, 1991
- MARTIN WOLFF, *Private International Law*, 2nd ed., Oxford, 1947
- MARTIN, *An Approach to the Choice of Law Problem*, *Mercer L. Rev.*, 1984, p. 583-593
- MARTINY, *Der deutsche Vorbehalt gegen Art. 7 Abs. 1 des EG-Schuldvertragsübereinkommens vom 19.6.1980 – seine Folgen für die Anwendung ausländischen zwingenden Rechts*, *IPRax*, 1987, p. 277-280
- MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente: l'ordre public international et la fraude à la loi*, Valladolid, 1952
- MAURY, *La condition de la loi étrangère en droit français*, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, *Années 1948-1952*, Paris, 1953, p. 97-120
- MAURY, *Observations sur les « Aspects philosophiques du droit international privé »*, *Rev. crit.*, 1957, p. 229-272
- MAURY, *Règles générales des conflits de lois*, *RCADI*, 1936-III, p. 325-570
- MAYER / HEUZÉ, *Droit international privé*, 7^e éd., Paris, 2001, 8^e éd., Paris, 2004

- MAYER, *Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence*, *Rev. crit.*, 1979, p. 1-29, 349-388, 537-583
- MAYER, *Evolution du statut de la famille en droit international privé*, *Clunet*, 1977, p. 447 s.
- MAYER, *L'office du juge dans le règlement des conflits de lois*, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, *Années 1975-1977*, Paris, 1979, p. 233-249
- MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, 1973
- MAYER, *Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois*, *Droits*, 1985, p. 129-143
- MAYER, *Le rôle du droit public en droit international privé*, *RIDC*, 1986, p. 467-485
- MAYER, *Les lois de police étrangères*, *Clunet*, 1981, p. 277-345
- MAYER, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, *Mélanges P. Lagarde*, Paris, 2005, p. 547-574
- MAZEAUD, *De la nationalité des sociétés*, *Clunet*, 1928, p. 30 s.
- MEESSEN (ed.), *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*, The Hague, 1996
- MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, 1934-III, p. 543-686
- MEIJERS, *La question du renvoi*, *Bulletin de l'Institut juridique international*, 1938, p. 191-231
- MEILL, *Die Doctrin des internationalen Privatrechts*, *Zeitschrift für internationale Privat- und Strafrecht*, 1891, p. 1-23, 135-170
- MEISTER, *Grenzen des Geltungsbereiches nationaler Kollisionsnormen*, *AcP*, 1959-1960, p. 16-37
- MELCHIOR, *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, Berlin u. Leipzig, 1932
- MELCHIOR, *Die Selbstbeschränkung des deutschen internationalen Privatrechts*, *RabelsZ*, 1929, p. 733 s.
- MENGOZZI, *Diritto internazionale privato italiano*, Torino, 1983
- MENGOZZI, *Norme di applicazione necessaria e progetto di Convenzione CEE sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (La "Conflict of Law Revolution" attraversa l'oceano)*, *Arch. giur.*, 1979, p. 3-41
- MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Paris, 2001
- MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, Paris, 1997
- MENTZEL, *Sonderanknüpfung von Eingriffsrecht im internationalen Vertragsrecht*, Mainz, 1993
- MERIGGI, *Les qualifications en droit international privé*, *Rev. crit.*, 1933, p. 201-234
- MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio (casi e prospettive)*, *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 1064 s.
- MEZGHANI, *Les innovations du code tunisien du droit international privé*, *RabelsZ.*, 2001, p. 78-100
- MIAJA DE LA MUELA, *De la territorialidad de las leyes a la nueva tecnica del Derecho Internacional Privado*, Valladolid, 1977
- MIAJA DE LA MUELA, *El derecho público extranjero en el tráfico privado internacional*, *REDI*, 1972, p. 247-288
- MIAJA DE LA MUELA, *La nueva escuela territorialista francesa en Derecho Internacional Privado*, *REDI*, 1949, p. 403-443
- MIAJA DE LA MUELA, *La teoría del desdoblamiento funcional en el Derecho Internacional Privado*, *REDI*, 1953, p. 121-171
- MIAJA DE LA MUELA, *Una nueva dirección metódica en Derecho Internacional Privado (Glosas a unos artículos del profesor Vallindas)*, *REDI*, 1950, p. 415-433
- MIELE, *Scritti di diritto matrimoniale*, Padova, 1974
- MIGLIAZZA, *I problemi dell'adozione internazionale alla luce della nuova normativa italiana; conflitti con leggi straniere e attuazione delle convenzioni internazionali*, Roma, 1983
- MIGLIAZZA, *Note critiche sul problema del rinvio*, *Studi F. Messineo*, Milano, 1959, IV, p. 209-264
- MIGNOT, *Le partenariat enregistré en Droit international privé*, *Rev. int. dr. comp.*, 2001-3, p. 601 s.
- MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio (Diritto internazionale privato)*, 2ª ed., Torino, 1964
- MONTOJO, *Estudio de la reciprocidad en la doctrina, legislación y jurisprudencia*, *REDI*, 1957, p. 147 s.
- MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, ristampa della 10ª ed., Napoli, 1979
- MORELLI, *Limiti dell'ordinamento statale e limiti della giurisdizione*, *RDI*, 1933, p. 382
- MORELLI, *Sull'universalità dell'ordinamento dello Stato*, *Riv. dir. proc.*, 1951, p. 9-19

- MORRIS, *Some Recent Developments in the English Private International of Adoption*, *Festschrift F.A. Mann*, München, 1977, p. 241 s.
- MORRIS, *The Conflict of Laws*, by D. McLEAN, 5th ed., London, 2000
- MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, *Parte generale e contratti*, 2^a ed., Torino, 2000
- MOSCONI, *Exceptions to the Operation of the Choice of Law Rules*, *RCADI*, 1989-V, p. 9-214
- MOSCONI, *La Convenzione di Roma e le recenti teorie americane sui conflitti di leggi*, *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti* (a cura di T. TREVES) Padova, 1983, p. 47-55
- MOSCONI, *Norme di applicazione necessaria e norme di conflitto di origine convenzionale*, *RDIPP*, 1967, p. 730-733
- MOSCONI, *Qualche interrogativo in tema di uniformità internazionale delle soluzioni e di criterio di cittadinanza*, *RDIPP*, 1999, p. 421-436
- MOTULSKY, *Ecrits*, vol II, *Etudes et notes de droit international privé*, Paris, 1978
- MOTULSKY, *L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France*, *Mélanges R. Savatier*, Paris, 1965, p. 681-706
- MOTULSKY, *L'office du juge et la loi étrangère*, *Mélanges J. Maury*, t. I, Paris, 1960, p. 337-375
- MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, 1948 (réimpression Paris 1991)
- MUIR WATT, *Concurrence d'ordres juridiques et conflit de lois de droit privé*, *Mélanges P. Lagarde*, Paris, 2005, p. 615-634
- MUIR WATT, *Effets en France des décisions étrangères*, *Conditions de l'efficacité internationale*, *Juris-classeur de droit international*, fasc. 584-5, 1990, p. 11 s.
- MUIR WATT, *L'adoption internationale*, *Statut et protection de l'enfant*, *Rapport du Conseil d'Etat*, *La documentation française*, 1990, p. 193 s.
- MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, Thèse Paris, 1985
- MUIR WATT, *Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis*, *Rev. crit.*, 1986, p. 425-455
- MÜLLER, *Der Grundsatz der Wohlerworbene Rechte im internationalen Privatrecht*, Hamburg, 1935
- NADELMANN, *Mancini's Nationality Rule and Non-Unified Legal Systems. Nationality vs. Domicile*, *AJCL*, 1969, p. 418-451
- NADELMANN, *Marginal Remarks on New Trends in American Conflicts Law*, *Law & Cont. Probs*, 1963, p. 860-869
- NADELMANN, *Observations sur la seconde édition des « Commentaries on the Conflict of Laws » de Joseph Story, à l'occasion de son bicentenaire*, *Rev. crit.*, 1981, p. 1-15
- NADELMANN, *Wächter's Essay on the Collision of Private Law of Different States*, *AJCL*, 1969, p. 141 s.
- NALSTAS, *Le facteur politique et son influence sur l'application du Droit International Privé*, *Rev. hell.*, 1949, p. 212-226
- NASCIMBENE, *Il matrimonio del cittadino italiano all'estero e dello straniero in Italia alla luce della riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, *Studi G. Brogгинi*, Milano, 1997, p. 360 s.
- NAVARRETE, *El reenvío en el derecho internacional privado*, Santiago, 1969
- NEUHAUS, *Abschied von Savigny?*, *RabelsZ*, 1982, p. 4-25
- NEUHAUS, *Besprechung von « Wiethölter, Einseitige Kollisionsnormen als Grundlage des Internationalen Privatrechts »*, *RabelsZ*, 1958, p. 123-128
- NEUHAUS, *Besprechung von « Kronstein, Crisis of Conflict of Laws »*, *RabelsZ*, 1949-1950, p. 358-359
- NEUHAUS, *Besprechung von « Pilenko, Droit spatial et droit international privé »*, *RabelsZ*, 1955, p. 597-600
- NEUHAUS, *Der schweizerische IPR-Entwurf: ein internationales Modell?*, *RabelsZ*, 1979, p. 277-289
- NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*, 2. Aufl., Tübingen, 1976
- NEUHAUS, *Die Krise im internationalen Privatrecht*, *DRZ*, 1948, p. 86-87
- NEUHAUS, *Internationales Zivilprozessrecht und internationales Privatrecht*, *RabelsZ*, 1955, p. 201 s.
- NEUHAUS, *Legal Certainty versus Equity in the Conflict of Laws*, *Law & Cont. Probs*, 1963, p. 795-807
- NEUHAUS, *Neue Wege im europäischen internationalen Privatrecht?*, *Zum 100. Todestag von Friedrich Carl von Savigny*, *AcP*, 1961, p. 493-505

- NEUHAUS, *Rechtsvergleichende Gedanken zur Funktion der IPR-Regeln*, *RabelsZ*, 1971, p. 401-428
- NEUHAUS, *Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache*, *RabelsZ*, 1949-1950, p. 364-381
- NEUMANN, *Internationales Privatrecht in Form eines Gesetzesentwurfes nebst Motiven und Materialien*, Berlin, 1896
- NEUMEYER, *Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé*, *Rev. crit.*, 1957, p. 579-604; 1958, p. 53-78
- NEUNER, *Anknüpfung im internationalen Privatrecht*, *RabelsZ*, 1934, p. 81-120
- NEUNER, *Der Sinn der internationalprivatrechtlichen Norm, Eine Kritik der Qualifikationstheorie*, Prag, Leipzig, Wien, 1932
- NEUNER, *Policy Considerations in the Conflict of Laws*, *Can. Bar. Rev.*, 1942, p. 479-501
- NEWMAN, *The Pseudo-Foreign Corporation in California*, *Hastings L. J.*, 1976-1977, p. 119 s.
- NIBOYET, *Cours de droit international privé français*, 2^e éd., Paris, 1949
- NIBOYET, *Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés?*, *Rev. crit.*, 1927, p. 402 s.
- NIBOYET, *L'universalité des règles de solution des conflits est-elle réalisable sur la base de la territorialité?*, *Rev. crit.*, 1950, p. 509-527
- NIBOYET, *La justice internationale et le droit international privé*, *RCADI*, 1932-III, p. 157-234
- NIBOYET, *La notion de réciprocité dans les traités diplomatiques de droit international privé*, *RCADI*, 1935-II, p. 258-362
- NIBOYET, *Le domicile dans le projet de la commission de réforme du code civil*, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, *Années 1948-1952*, Paris, 1953, p. 65-96
- NIBOYET, *Notions sommaires de droit international privé*, 3^e éd., Paris, 1937
- NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, Paris, 1938-1950, t. III, *Conflits de lois, d'autorités et de juridictions (Théorie générale)*, Paris, 1944
- NIEDERER, *Ceterum quaero de legum imperii romani conflictu*, *Rev. crit.*, 1960, p. 137-150
- NIEDERER, *Die Frage der Qualifikation als Grundproblem des internationalen Privatrechts*, Zürich, 1940
- NIEDERER, *Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts*, Zürich, 1954
- NIEDERER, *IPR und Völkerrecht, Grundsätzliches über ihr gegenseitiges Verhältnis*, *ASDI*, 1948, p. 63 s.
- NIEDNER, *Kommentar zum Einführungsgesetz des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 2. Aufl., Berlin, 1901
- NIEMEYER, *Das in Deutschland geltende internationale Privatrecht*, Leipzig, 1894
- NIEMEYER, *Das internationale Privatrecht des BGB*, Berlin, 1901
- NIEMEYER, *Vorschläge und Materialien zur Kodifikation des IPR*, Leipzig, 1895
- NISHTANI, *Mancini und die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht, Eine Untersuchung auf der Grundlage der neu zutage gekommenen kollisionsrechtlichen Vorlesungen Mancinis*, Heidelberg, 2000
- NOLDE, *La codification du droit international privé*, *RCADI*, 1936-II, p. 203 s.
- NORDIN, *Umfang der kollisionsrechtlichen Verweisung*, Sankt Gallen, 1996
- NORTH, *Essays on Private International Law*, Oxford, 1993 (spec. i seguenti: *Is European Harmonisation of Private International Law a Myth or a Reality? A British Perspective*, p. 1-22; *Torts in the Dismal Swamp: Choice of Law Revisited*, p. 69-88; *Choice in Choice of Law*, p. 171-200)
- NORTH, *Forum Shopping Reconsidered*, *Harv. L. Rev.*, 1990, p. 1677 s.
- NORTH, *The Private International Law of Matrimonial Causes in the British Isles and the Republic of Ireland*, Oxford (etc.), 1977
- NUSSBAUM, *Deutsches Internationales Privatrecht*, Tübingen, 1932
- NUSSBAUM, *Principles of Private International Law*, New-York, Oxford, 1943
- NUSSBAUM, *Proof of Foreign Law in New York, A Proposed Amendment*, *Col. L. Rev.*, 1957, p. 348-354
- NUSSBAUM, *Public Policy and the Political Crisis in the Conflict of Laws*, *Yale L. J.*, 1940, p. 1027-1058
- NUYTS, *L'application des lois de police dans l'espace*, *Rev. crit.*, 1999, p. 31-73, 245-265
- NUYTS, *L'exception de forum non conveniens en droit international privé, Etude de droit international privé comparé*, Bruxelles / Paris, 2003
- NYGH, *The Territorial Origin of English Private International Law*, *Univ. of Tasmania L. Rev.*, 1965, p. 28 s.
- NYGH / DAVIES, *Conflict of laws in Australia*, 7th ed., Sydney, 2002

- O'HARA, *Opting Out of a Regulation: A Public Choice Analysis of Contractual Choice of Law*, *Va. L. Rev.*, 2000, p. 1551 s.
- O'HARA / RIBSTEIN, *From Politics to Efficiency in Choice of Law*, *U. Chi. L. Rev.*, 2000, p. 1151-1232
- OBERTO, *La promessa di matrimonio fra passato e presente*, Padova, 1996
- OFFERHAUS, *Aanpassing in het internationaal Privaatrecht*, Amsterdam, 1963
- OFFERHAUS, *Anpassung und Gesetzesauslegung im internationalen Privatrecht*, *ZfRV*, 1964, p. 65-79
- OPESKIN, *The Price for Forum Shopping*, *Syd. L. Rev.*, 1994, p. 14-27
- OPPETIT, *Le droit international privé, droit savant*, *RCADI*, 1981-IV, p. 331-443
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La Celebración y el Reconocimiento de la Validez del Matrimonio en Derecho Internacional Privado Español*, Pamplona, 2002
- OTHENIN-GIRARD, *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse*, Zürich, 1999
- PAGENSTECHER, *Der Grundsatz des Entscheidungseinklangs im internationalen Privatrecht – Ein Beitrag zur Lehre von Renvoi*, *Akademie der Wissenschaften, Abhandlungen der Geist- und Sozialwissenschaftlichen Klasse*, N. 5, Wiesbaden, 1951, p. 357-420
- PALAIA, *L'ordine pubblico internazionale*, Padova, 1974
- PAPAU, *Essai philosophique sur la qualification juridique: de la subsumption à l'abduction. L'exemple du droit international privé*, Lausanne, 2002
- PARRA-ARRANGUREN, *General Course on Private International Law*, *RCADI*, 1988-III, p. 9-223
- PATAUT, *Principe de souveraineté et conflit de juridictions (Etude de droit international privé)*, Paris, 1999
- PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Genève, 1985
- PAU, *Caratteri del diritto internazionale privato*, Roma, 1951
- PAU, *I limiti di applicazione del diritto straniero nell'ordinamento italiano*, *RDI*, 1969, p. 477-508
- PAU, *La funzione e la natura del diritto internazionale privato nella dottrina italiana recente*, *RDI*, 1953, p. 64-104
- PAU, *Norme di applicazione necessaria implicitamente positive?* *RDI*, 1978, p. 424-425
- PAU, *Richiami alla tradizione in tema di ordine pubblico internazionale*, *RDI*, 1977, p. 116-123
- PERASSI, *Intorno al sistema del rinvio (Note di giurisprudenza francese)*, *Riv. dir. priv.*, 1962, p. 5-20
- PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, II, *Diritto internazionale privato*, 3ª ristampa, Padova, 1957
- PERELMAN, *Les antinomies en droit. Essai de synthèse*, in PERELMAN (éd.), *Les antinomies en droit*, Bruxelles, 1965, p. 392-404
- PÈRES-DOURDOU, *La règle supplétive*, Paris, 2004
- PÉREZ VERA (ed.), *Derecho internacional privado*, Vol. I, Madrid, 2001
- PÉREZ VERA, *El derecho del foro ante el método de atribución: reflexiones en torno a su juego prioritario*, *Estudios S. Sampil*, Oviedo, 1970, p. 917-931
- PERTEGÁS, *Huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht in België: internrechtelijke en internationale implicaties*, in P. SENAËVE et al. (ed.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, 2003, p. 257-280
- PFEIFFER, *Das Prinzip des Internationalen Privatrechtes*, Stuttgart, 1851
- PHILIPS, *General Course on Private International Law*, *RCADI*, 1978-II, p. 1-73
- PHILONENKO, *La théorie du renvoi en droit comparé*, Paris, 1934
- PICONE, *Die « Anwendung » einer ausländischen « Rechtsordnung » im Forumstaat: ... perseverare est diabolicum!*, *Liber Amicorum K. Siehr*, The Hague, 2000, p. 569-589
- PICONE, *Diritto internazionale privato delle società e riconoscimento di "Anstalten" e "Treuunternehmen" nell'ordinamento italiano*, *CS*, 1978, p. 83 s.
- PICONE, *Divorzio straniero come motivo di divorzio italiano*, *Festschrift W. Wengler*, vol. II, Berlin, 1973, p. 655-692
- PICONE, *I provvedimenti temporanei ed urgenti in pendenza di separazione e di divorzio nel d.i.pr. e processuale italiano*, *RDI*, 1994, p. 333 s.
- PICONE, *Il rinvio all'ordinamento competente nel diritto internazionale privato*, *RDIPP*, 1981, p. 309-380

- PICONE, *La legge applicabile alle successioni, La riforma del diritto internazionale privato e i suoi riflessi sull'attività notarile, Atti del convegno di studi in onore di M. Marano, (Napoli, 30-31 marzo 1990)*, Milano, 1991, p. 57 s.
- PICONE, *La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent*, RCADI, 1986, t. 197, p. 229-420
- PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998
- PICONE, *La teoria generale del diritto internazionale privato nella legge italiana di riforma della materia*, RDI, 1996, p. 298 s.
- PICONE, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, RCADI, 1999-II, p. 9-296
- PICONE, *Norme di diritto internazionale privato e norme materiali del foro*, Napoli, 1971
- PICONE, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, 1986
- PICONE, *Rinvio implicito e coordinamento tra metodo classico e metodo giurisdizionale dei conflitti di leggi*, RDI, 1998, p. 925 s.
- PICONE, *Saggio sulla struttura formale del problema classico delle questioni preliminari nel diritto internazionale privato*, Napoli, 1971
- PILENKO, *Droit spatial et droit international privé, Ius gentium*, 1953, p. 34-59
- PILENKO, *Le Droit spatial et le Droit international privé dans le projet du nouveau Code Civil français (Etude méthodologique)*, Rev. hell., 1954, p. 319-355
- PILLET / NIBOYET, *Manuel de droit international privé*, 2° éd., Paris, 1928
- PILLET, *De l'ordre public en droit international privé*, riprodotto in *Mélanges A. Pillet*, t. I, Paris, 1929, p. 407-515
- PILLET, *De la déchéance de la puissance paternelle considérée au point de vue international*, Clunet, 1892, p. 25 s.
- PILLET, *L'œuvre de M. Lainé, Eloge prononcé au cours de doctorat de droit international privé*, Rev. crit., 1909, riprodotto in *Mélanges A. Pillet*, t. I, Paris, 1928, p. 78-89
- PILLET, *Principes de droit international privé*, Paris, 1903
- PILLET, *Théorie continentale des conflits de lois*, RCADI, 1925-II, p. 489-536
- PLANCK, *Kommentar zum BGB nebst EGBGB*, hrsg. von STROHAL, Bd I., 4. Aufl., Berlin, 1913
- POCAR, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, 2ª ed., Milano, 2002
- POCAR, *La protection de la partie faible en droit international privé*, RCADI, 1984-V, p. 341-417
- POCAR, *Le norme di applicazione necessaria e conflitti di leggi in tema di rapporti di lavoro*, RDIPP, 1967, p. 727-754
- POLAK / VAN ROOIJ / STEFFENS, *Private International Law in the Netherlands, Supplement*, The Hague, 1995
- POLITIS, *Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droit dans les rapports internationaux*, RCADI, 1925-I, p. 5-21
- POPILIEV, *Le droit civil transitoire ou intertemporel (sa nature juridique, sa règle générale et sa place dans la législation)*, Rev. trim. dr. civ., 1908, p. 461-507
- POTU, *La question du renvoi en droit international privé*, thèse, Dijon, 1913
- PRUJNER, *Le droit international privé, un droit de rattachement*, Etudes P. Lalive, 1993, Bâle, p. 161-172
- PRYLES, *The Applicability of Statutes to Multistate Transactions*, A.L.J., 1972, p. 629-644
- PULJAK, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Aix-Marseille, 2003
- QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, 2ª ed., Napoli, 1958, 3ª ed., Napoli, 1961, 5ª ed., Napoli, 1969
- QUADRI, *Quelques considérations sur la contribution du professeur Wengler au progrès du droit international privé*, Festschrift W. Wengler, Bd. II, Berlin, 1973, p. 1-15
- QUADRI, *Richiami al diritto canonico e diritto internazionale privato*, RDI, 1942, p. 241-252
- QUADRI, *Scritti giuridici*, Vol. II, *Diritto internazionale privato e processuale*, Milano 1988; spec. i seguenti: *La funzione del diritto internazionale privato* (1936), p. 4-72; *Problemi fondamentali del diritto internazionale privato del lavoro* (1940), p. 273-289; *Critica del c.d. problema del rinvio* (1943), p. 353-362; *Leggi politiche e diritto internazionale privato* (1943), p. 363-377;

- Espropriazioni all'estero e diritto pubblico* (1943), p. 379-385; *Analyse critique du problème des qualifications* (1953), p. 471-547; *De la preuve du droit étranger* (1953), p. 549-565
- QUINONES ESCÁMEZ, *Espagne – Divorce – Loi applicable*, *Rev. crit.*, 2003
- RAAPE, *Internationales Privatrecht*, 5. Aufl., Berlin / Frankfurt, 1961
- RAAPE, *Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé*, *RCADI*, 1934-IV, p. 401-544
- RAAPE / STURM, *Internationales Privatrecht*, 6. Aufl., München, 1977
- RABEL, *Das Problem der Qualifikation*, *RabelsZ*, 1931, p. 241 s.
- RABEL, *Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland*, *Atti Congr. Intern. di diritto romano*, II, Bologna, 1935, p. 183-190
- RABEL, *Suggestions for a Convention on Renvoi*, *Int. L. Q.*, 1951, p. 402-411
- RABEL, *The Conflict of Laws, A Comparative Study*, 2nd ed., Ann Arbor, 1958
- RADICATI, *Mondialisation, juridiction, arbitrage: vers des règles d'application sémi-nécessaire?*, *Rev. crit.*, 2003, p. 1-36
- RAMELOO, *Corporations in Private International Law*, Oxford, 2001
- RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, 1979
- REESE / KAUFMAN, *The Law Governing Corporate Affairs: Choice of Law and the Impact of Full Faith and Credit*, *Colum. L. Rev.*, 1958, p. 1118-1145
- REESE, *Choice of Law: Rules or Approach*, *Cornell L. Rev.*, 1971-1972, p. 315-334
- REESE, *Discussion of Major Areas of Choice of Law*, *RCADI*, 1964-III, p. 315-417
- REESE, *General Course on Private International Law*, *RCADI*, 1976-II, p. 1-193
- REESE, *The Influence of Substantive Policies on Choice of Law*, *Festschrift F. Vischer*, Zürich, 1983, p. 287-292
- REESE, *The Second Restatement of Conflict of Laws Revisited*, *Mercer L. Rev.*, 1983, p. 501-519
- REHBINDER, *Zur Politisierung des IPR*, *Juristenzeitung*, 1973, p. 151-158
- REICHART, *Der Renvoi im schweizerischen IPR – Funktion und Bedeutung*, Zürich, 1996
- REICHEL, *Gesamtstatut und Einzelstatut im IPR, Ein Beitrag zu den allgemeinen Lehre des Kollisionsrecht*, Wien, 1985
- REICHERT-FACILIDES, *Fakultatives Kollisionsrecht*, Tübingen, 1995
- RÉMY-CORLAY, *Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois*, *Rev. crit.*, 2003, p. 37-76
- RENOLD, *Les conflits de lois en droit antitrust*, Zurich, 1991
- REPPY, *Eclecticism in Choice of Law: Hybrid Method or Mishmash?*, *Mercer L. Rev.*, 1983, p. 645-708
- RESCIGNO, *Deroga (in materia legislativa)*, *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, p. 303 s.
- REU, *Von den nationalen Grundlagen des internationalen Privatrechts*, *Mélanges G. Streit*, Athènes, 1963, II, p. 299-314
- RÉVILLARD, *Le pacte civil de solidarité en droit international privé*, *Deffrénois*, 2000, p. 337 s.
- RÉVILLARD, *La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale*, *Deffrénois*, 2001, p. 333 s.
- RÉVILLARD, *Les unions hors mariage, Regards sur la pratique du droit international privé, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Paris, 2002, p. 579-599
- REYNOLDS, *Legal Process and Choice of Law*, *Md. L. Rev.*, 1997, p. 1371-1410
- RHEINSTEIN, *Book Review*, *U. Chi. L. Rev.*, 1965, p. 369 s.
- RIERING (hrsg.), *IPR-Gesetze in Europa*, Bern / München, 1997
- RIGAU, *Des dieux et des héros*, *Rev. crit.*, 1978, p. 435-459
- RIGAU, *Droit économique et conflits de souverainetés*, *RabelsZ*, 1988, p. 104-156
- RIGAU, *La loi applicable aux variétés nouvelles de relations personnelles*, in DEBEUCKELAER / MEEUSEN / WILLEKENS (éds.), *Opstellen aangeboden aan Fons Heyvaert ter gelegenheid van zijn vijftigste verjaardag*, Gand, 2002, p. 235-242
- RIGAU, *La méthode des conflits de lois dans les codifications et projets de codifications de la dernière décennie*, *Rev. crit.*, 1985, p. 1-46
- RIGAU, *La théorie des qualifications en droit international privé*, Bruxelles, 1956
- RIGAU, *Le droit international privé face au droit international*, *Rev. crit.*, 1976, p. 261-299

- RIGAUX, *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale*, *RCADI*, 1989-I, p. 9-407
- RIGAUX, *Pour un autre ordre international*, in BLANC-RIGAUX, *Droit économique*, vol. II, Paris, 1979, p. 269-418
- RIGAUX, *Précis de droit international privé*, Bruxelles, 1968
- RIGAUX, *Science comparative et droit positif*, *Festschrift K. H. Neumayer*, Baden-Baden, 1985, p. 503-520
- RIGAUX, *Souveraineté des Etats et arbitrage international*, *Le droit des relations économiques internationales*, *Etudes B. Goldman*, Paris, 1983, p. 261-279
- RIGAUX / FALLON, *Droit international privé*, *Droit positif belge*, Tome II, 2^e éd., Bruxelles, 1993
- RIPERT, *Le déclin du droit*, Paris, 1949
- RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955
- ROBERTSON, *Characterization in the Conflict of Laws*, Cambridge (Massachusetts), 1940
- ROCHAT, *La dislocation du statut personnel*, Lausanne, 1986
- ROLIN, *Vers un ordre public réellement international*, *Hommage Basdevant*, Paris, 1960, p. 441-462
- ROMANO, *Law as a Product: Some Pieces of the Incorporated Puzzle*, *J. Law Econ. & Org.*, 1985, p. 225 s.
- ROMANO / GEEROMS, *La loi belge du 13 février 2003 et le droit international privé, de la circulaire ministérielle du 23 janvier 2004 à l'alinéa 2 de l'article 46 du nouveau code*, in: *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe*, Zurich, 2004, p. 105-136
- ROOSEVELT III, *The Myth of Choice of Law: Rethinking Conflicts*, *Mich. L. Rev.*, 1998-1999, p. 2448 s.
- ROSSOLILLO, *Registered partnerships e matrimoni fra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano*, *RDIPP*, 2003, p. 363 s.
- ROTH, *The Norwegian Act on registered partnership for homosexual couples*, *Journal of Family Law*, 1996-1997, p. 467 s.
- ROTH, *Zum Verhältnis von Art. 7 Abs. 2 und Art. 5 der Römer Schuldvertragskonvention*, *Festschrift Reichert-Facilides*, Tübingen, 1995, p. 35-51
- ROUBIER, *Le droit transitoire (Conflit de lois dans le temps)*, 2^e éd., Paris, 1960
- ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Paris, 1946
- ROUVILLOIS (ed.), *Le droit*, Paris, 1999
- RUNDSTEIN, *La structure du droit international privé et ses rapports avec le droit des gens*, *Rev. dr. int. lég. comp.*, 1936, p. 314-349; p. 512-551
- RUNDSTEIN, *Le fondement du droit international privé et le problème de la conception étatique*, *Rev. dr. int. lég. comp.*, 1931, p. 218 s.
- SANDMANN, *Grundlagen und Einfluss der internationalprivatrechtlichen Lehre Carl Georg von Wächters (1797-1880)*, Münster, 1979
- SANDROCK, *Die multinationalen Korporationen im Internationalen Privatrecht*, *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, 1978, p. 169-261
- SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, 1970
- SANTA MARIA, *Spunti di riflessione sulla nuova norma di diritto internazionale privato in materia di società ed altri enti*, *Studi G. Brogini*, Milano, 1997, p. 473 s.
- SAUVEPLANNE, *New Trends in the Doctrine of Private International Law and Their Impact on Court Practice*, *RCADI*, 1982-II, p. 9-98
- SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. VIII, Berlin, 1849
- SAVOLAINEN, *Registered partnership Act adopted in Finland*, *Familia*, 2002, p. 775 s.
- SCALIA, *The Rule of Law as a Law of Rules*, *U. Chi. L. Rev.*, 1989, p. 1175-1188
- SCELLE, *Le phénomène juridique du dédoublement fonctionnel*, *Festschrift Wehberg*, Frankfurt a.M., 1956, p. 324-342
- SCHÄFFNER, *Entwicklung des internationalen Privatrechts*, Frankfurt a.M., 1841
- SCHLOSSER, *Sonderanknüpfung von zwingendem Verbraucherschutzrecht und europäisches Prozessrecht*, *Festschrift E. Steindorff*, Berlin-New York, 1990, p. 1379 s.
- SCHMID, *Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen*, Jena, 1863
- SCHMIDT, *Le dilemme de l'officier de l'état civil*, *Trait d'Union n° 2*, mars 2004
- SCHMIDT, *The Incidental Question in Private International Law*, *RCADI*, 1992-II, p. 315-412

- SCHMIDT-TRENZ, *Aussenhandel und Territorialität des Rechts*, Baden-Baden, 1990
- SCHMITTHOFF, *Conflict Avoidance in Practice and Theory*, *Law & Cont. Probs*, 1956, p. 429-462
- SCHMITTHOFF, *International Trade Law and Private International Law, Vom Deutschen zum Europäischen Recht*, Festschrift H. Dölle, vol. II, Tübingen, 1963, p. 257-272
- SCHNELL, *Über die Zuständigkeit zum Erlass von gesetzlichen Vorschriften über die räumlichen Herrschaft der Rechtsnormen*, *Zeitschrift für Internationales Privat und Strafrecht*, 1895, p. 337-343.
- SCHNITZER, *Der Renvoi. Rück- und Weiterverweisung im Internationalen Privatrecht*, *Schweizerische Juristenzeitung*, 1973, p. 213-219
- SCHNITZER, *L'égalité de la loi étrangère et de la loi interne dans les rapports internationaux*, *Rev. hell.*, 1969, p. 33-52
- SCHNYDER, *Wirtschaftskollisionsrecht*, Zürich, 1990
- SCHREVE, *Choice of Law and the Forgiving Constitution*, *Indiana L. J.*, 1995-1996, p. 271-296
- SCHRÖDER, *Das Günstigkeitsprinzip im internationalen Privatrecht*, Frankfurt a.M. / Berlin, 1996
- SCHRÖDER, *Die Anpassung von Kollisions- und Sachnormen*, Berlin, 1961
- SCHUBERT (hrsg.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines BGB. Allgemeiner Teil*, Verfasser GEBHARD, I, 1981, p. 129-308
- SCHUBERT, *Internationale Verträge und Eingriffsrecht – Ein Beitrag zur Methode des Wirtschaftskollisionsrechts*, *Recht int. Wirtschaft*, 1987, p. 729 s.
- SCHUBERT, *Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGBs – Einführung, Biographien, Materialien*, Berlin / New York, 1978
- SCHULTE, *Die Anknüpfung von Eingriffsnormen, insbesondere wirtschaftlicher Art, im internationalen Vertragsrecht*, Bielefeld, 1975
- SCHULTSZ, *Dutch antecedents and parallels to Article 7 of the EEC Contracts Convention of 1980*, *RabelsZ*, 1983, p. 267-283
- SCHULTSZ, *Les lois de police étrangères*, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, *Années 1982-1983*, Paris, 1984, p. 39-53
- SCHULZE, *Das öffentliche Recht im internationalen Privatrecht*, Frankfurt a.M., 1972
- SCHURIG, *Die Struktur des kollisionsrechtlichen Vorfragenproblems*, Festschrift G. Kegel, Stuttgart, 1987, p. 549 s.
- SCHURIG, *Interessenjurisprudenz contra Begriffsjurisprudenz im IPR*, Anmerkungen zu Flessners Thesen, *RabelsZ*, 1995, p. 229-244
- SCHURIG, *Kollisionsnorm und Sachrecht*, *Zu Struktur, Standort und Methode des internationalen Privatrechts*, Berlin, 1982
- SCHURIG, *Unilateralistische Tendenzen im europäischen Gesellschaftskollisionsrecht, oder: Umgehung als Regelungsprinzip*, *Liber Amicorum G. Kegel*, München, 2002
- SCHURIG, *Zwingendes Recht, Eingriffsnormen und neues IPR*, *RabelsZ*, 1990, p. 217-250
- SCHWANDER, *Einführung in das internationale Privatrecht*, t. I, Sankt Gallen, 1990
- SCHWANDER, *Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht*, Zürich, 1975
- SCHWANDER, *Methodische Defizite des Kollisionsrechts – Wie Weiter?* Festschrift A. Heini, Zürich, 1995, p. 389-405
- SCHWANDER, *Wie kann nationales IPR zu vermehrt internationaler Optik gelangen?*, *Liber Amicorum K. Siehr*, Zürich, 2000, p. 673-684
- SCHWIND, *Aspects et sens du droit international privé*, *RCADI*, 1984-I, p. 9-144
- SCHWIND, *Gedanken zum Personalstatut im internationalen Privatrecht*, *Etudes P. Lalive*, Basel / Frankfurt a. M., 1993
- SCHWIND, *Internationales Privatrecht, Lehr- und Handbuch*, Wien, 1990
- SCHWIND, *Neue Tendenzen im IPR*, *Mélanges A. E. von Overbeck*, Fribourg, 1990, p. 103-113
- SCHWIND, *Raum und Zeit im IPR, Vom deutschen zum europäischen Recht*, Festschrift H. Dölle, Bd. I, 1963, p. 105 s.
- SCHWIND, *Systembegriff und Funktionsbegriff*, *Misszelle zur Theorie des IPR*, Festschrift H. Coing, Bd. II, München, 1982, p. 483-494
- SCOLES / HAY / BORCHERS / SYMEONIDES, *Conflict of Laws*, 3rd ed., St. Paul. (Minnesota), 2000

- SEDLER, *Functionally Restrictive Substantive Rules in American Conflicts Law*, *So. Cal. L. Rev.*, 1976, p. 27-69
- SEDLER, *Interest Analysis and Forum Preference in the Conflict of Laws, A Response to the « New Critics »*, *Mercer L. Rev.*, 1983, p. 593-644
- SEDLER, *Interstate Accidents and the « Unprovided-for Case »*, *Reflections on Neumeier v. Kuhnner*, *Hofstra L. Rev.*, 1973, p. 125 s.
- SEDLER, *Rules of Choice of Law versus Choice-of-Law: An Analysis and A Reformulation*, *UCLA L. Rev.* 1977, p. 181 s.
- SEIDL-HOENVELDERN, *Voraussetzungen für die Anwendbarkeit ausländisches öffentlichen Rechts, Homenaje J. Yanguas Messia*, *REDI*, 1972, p. 349-359
- SENAEVE / COENE, *Geregistreerd partnerschap*, Antwerpen, 1998
- SÉRIAUX, *Le droit : une introduction*, Paris, 1997
- SERICK, *Die Sonderanknüpfung von Teilfragen im internationalen Privatrecht*, *RabelsZ*, 1953, p. 633-650
- SIEHR, *Ausländische Eingriffsnormen im inländischen Wirtschaftskollisionsrecht*, *RabelsZ*, 1988, p. 41-102
- SIEHR, *Da Livermore a Rabel, Tradizione europea e tradizionale americana nel diritto internazionale privato*, *RDIPP*, 1988, p. 17 s.
- SIEHR, *Das IPR der Schweiz*, Zürich, 2002
- SIEHR, *Domestic Relations in Europe: European Equivalents to American Evolutions*, *AJCL*, 1982, p. 37-71
- SIEHR, *Ehrenzweigs Lex-Fori Theorie und ihre Bedeutung für das amerikanische und deutsche Kollisionsrecht*, *RabelsZ*, 1970, p. 585-635
- SIEHR, *Forum Shopping in internationalen Rechtsverkehr*, *ZfRV*, 1984, p. 124 s.
- SIEHR, *Ökonomische Analyse des Internationalen Privatrechts*, *Festschrift K. Firsching*, München, 1985, p. 269 s.
- SIEHR, *Renvoi und wohlverworbene Rechte, Rechtskollisionen*, *Festschrift A. Heini*, Zürich, 1995, p. 407 s.
- SIEHR, *Wechselwirkungen zwischen Kollisionsrecht und Sachrecht*, *RabelsZ*, 1973, p. 93-116
- SILANCE, *Quelques exemples d'antinomies et essai de classement*, in PERELMAN (éd.), *Les antinomies en droit*, Bruxelles, 1965, p. 63-137
- SIMON DEPIRE, *Le nouvel article 310 du Code civil*, *Clunet*, 1976, p. 823-830
- SIMON DEPIRE, *Les règles matérielles dans le conflit de lois*, *Rev. crit.*, 1974, p. 591-606
- SIMON DEPIRE / FOYER, *La loi du 3 janvier 1972 et le droit international privé*, *JCP*, 1973, p. 2566 s.
- SIMONS, *La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Allemagne*, *RCADI*, 1925-V, p. 433-534
- SMART, *Corporate Domicile and Multiple Incorporation in English Private International Law*, *The Journal of Business Law*, 1990, p. 126 s.
- SOBIESKI, *State Blue Sky Jurisdiction Over Foreign Corporations*, *Hastings L. J.*, 1962-1963, p. 75 s.
- SOHN, *New Bases for Solution of Conflict of Laws Problems*, *Harv. L. Rev.*, 1942, p. 978-1004
- SOIRAT, *Les règles de rattachement à caractère substantiel*, Thèse, Paris, 1996
- SONNENTAG, *Der Renvoi im internationalen Privatrecht*, Tübingen, 2001
- SPERDUTI, *Droit international privé et droit public étranger*, *Clunet*, 1977, p. 5-15
- SPERDUTI, *Evoluzione storica e diritto internazionale privato*, Padova, 1970
- SPERDUTI, *I criteri di applicazione delle leggi interne e straniere secondo il diritto internazionale privato*, *RDI*, 1966, p. 141-161
- SPERDUTI, *Le qualificazioni in diritto internazionale privato*, *RDI*, 1965, p. 393-415
- SPERDUTI, *Norme di applicazione necessaria e ordine pubblico*, *RDIPP*, 1976, p. 469-490
- SPERDUTI, *Ordine pubblico e divorzio*, *Scritti giuridici F. Carnelutti*, IV, Padova, 1950, p. 313 s.
- SPERDUTI, *Ordine pubblico internazionale ed ordine pubblico interno*, *RDI*, 1954, p. 82-91
- SPERDUTI, *Saggi di teoria generale del diritto internazionale privato*, Padova, 1966
- SPERDUTI, *Scopo e funzioni del diritto internazionale privato*, *CS*, 1966, p. 177-287
- SPERDUTI, *Sulla capacità in diritto internazionale privato con particolare riguardo alla capacità di obbligarsi per fatto illecito*, *Riv. it. scienze giur.*, 1950, p. 282 s.

- SPERDUTI, *Theorie du droit international privé*, RCADI, 1967-III, p. 173-336
- STEINDORFF, *Centros und das Recht auf die günstigste Rechtsordnung*, JZ, 1999, p. 1140 s.
- STEINDORFF, *Sachnormen im internationalen Privatrecht*, Frankfurt a.M., 1958
- STINZING-LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, I–III*, München / Leipzig / Berlin, 1880-1910 (rist. Aalen 1957)
- STOJANOVIC, *Die Parteiautonomie und der internationalen Entscheidungseinklang unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Ehegüterrechts*, Zürich, 1983
- STORY, *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in regard to Contracts, Rights and Remedies, and especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions and Judgments*, Boston, 1834
- STREIT, *Zur Frage über die Natur der zwischenprivatrechtlichen Anwendungsnormen*, Festgabe F. Fleiner, Tübingen, 1927, p. 318 s.
- STRIKWERDA, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, 5. ed., Groningen, 1997
- STURM, *Comment l'Antiquité réglait-elle ses conflits de lois?*, Clunet, 1979, p. 259-273
- STURM, *Fakultatives Kollisionsrecht: Notwendigkeit und Grenzen*, Festschrift K. Zweigert, Tübingen, 1981, p. 329-349
- STURM, *Savigny und das internationale Privatrecht seiner Zeit, Jus commune*, VIII, 1979, *Vorträge zum 200. Geburtstag von F.C. von Savigny*, Frankfurt a.M., 1979, p. 92-109
- SUK, *The New Conflict of Laws Act of the Republic of Korea*, YBPIL, 2003, p. 99 s.
- SUMNER / WARENDORF, *Family Law Legislation in The Netherlands*, Antwerp (etc.), 2003
- SYKES / PRYLES, *Australian Private International Law*, 3rd ed., Sydney, 1991
- SYMEONIDES (ed.), *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, XVth International Congress of Comparative Law, The Hague / London / Boston, 2000
- SYMEONIDES, *An Outsider's View of the American Approach to Choice of Law, Comparative Observations on Current American and Continental Conflicts Doctrine*, AJCL, 1980, p. 16-38
- SYMEONIDES, *Les grands problèmes de droit international privé et la nouvelle codification de Louisiane*, Rev. crit., 1992, p. 223 s.
- SYMEONIDES, *The American Choice-of-Law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow*, RCADI, 2002, t. 298, p. 13-442
- SYNVET, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés. Conflits de lois en matière de sociétés et défaut d'autonomie économique de la personne morale*, Thèse Rennes, 1979
- SZASZY, *Les conflits de lois dans le temps*, RCADI, 1934-II, p. 149-256
- TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976
- TAVORMINA, *Per la tendenziale ammissibilità di domande di accertamento negativo di diritti altrui*, Riv. dir. proc., 2001, p. 233 s.
- TEIPEL, *Die Bedeutung der lex fori im internationalen Gesellschaftsrecht*, Festschrift O. Sandrock, München, 2000, p. 125 s.
- TEITELBAUM, *Family History and Family Law*, Wis. L. Rev., 1985, p. 1135-1181
- THÖL, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, Göttingen, 1851
- THUE, *Internasjonal privatrett*, Oslo, 2002
- TILBURY / DAVIES / OPESKIN, *Conflict of Laws in Australia*, Oxford (etc.), 2002
- TILQUIN, *L'incorporation comme facteur de rattachement de la lex societatis*, Rev. pratique des sociétés, 1998, p. 5-56
- TOMMASI DI VIGNANO, *Lex fori e diritto straniero: Introduzione critica al diritto internazionale privato*, Padova, 1964
- TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, Paris, 1972
- TRACHTMANN, *Conflict of Laws and Accuracy in the Allocation of Government Responsibility*, Vand. J. Trans. Law, 1994, p. 975-1057
- TRAMMER, *Réflexions sur la structure de la règle de conflit de droit international privé*, Festschrift C. M. Schmitthoff, Frankfurt a.M., 1973, p. 367-373
- TRAMMER, *Über die sogenannten « Einseitigen Normen » des Internationalen Privatrechts*, RabelsZ, 1957, p. 401-408
- TRAUTMANN, *The Relation Between American Choice of Law and Federal Common Law*, Law & Cont. Probs, 1977, p. 105 s.

- TREVES, *Il controllo dei cambi nel diritto internazionale privato*, Padova, 1967
- TREVES, *Norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, in Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti* (a cura di TREVES), Padova, 1983, p. 25-45
- TRIEPEL, *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, RCADI, 1921-I, p. 77 s.
- TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899
- TROBOFF, *The Growing Interaction Between Private and International Law*, *Hague Yearbook of International Law*, 1993, p. 107-114
- UNGER, *Use and Abuse of Statutes in the Conflict of Laws*, L.Q.R., 1967, p. 427-449
- VALLADÃO, *Conflitos no espaço das normas de d.i.p., Renúncia e devolução*, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1965, p. 7-21
- VALLADÃO, *La méthode du droit international privé*, *Festschrift Kraus*, Würzburg, 1964, p. 345-357
- VALLINDAS, *Droit international privé « lato sensu » ou « stricto sensu »*, *Mélanges J. Maury*, t. I, Paris, 1960, p. 509-518
- VALLINDAS, *La structure de la règle de conflit*, RCADI, 1960-III, p. 327-380
- VALLINDAS, *Le principe de l'indépendance et de l'autonomie du droit international privé*, *Rev. hell.*, 1948, p. 209-225
- VALLINDAS, *Le principe de la bilatéralité et de la possibilité d'internationalisation des règles du droit international privé*, *Rev. hell.*, 1948, p. 327-335
- VALLINDAS, *Le principe du droit unique en droit international privé grec*, *Rev. hell.*, 1948, p. 41-48
- VAN HECKE, *Droit public et conflits de lois*, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, *Années 1983-1984*, Paris, 1986, p. 225-235
- VAN HECKE, *Foreign Public Law in the Courts*, *Revue belge de droit international*, 1969, p. 62-68
- VAN HECKE, *Principes et méthodes de solutions des conflits de lois*, RCADI, 1969-I, p. 399-569
- VAN HECKE, *Universalisme et particularisme des règles de conflit au XX^e siècle*, *Mélanges J. Dabin*, Paris, 1963, p. 939-952
- VAN ROOIJ / POLAK, *Private international law in the Netherlands*, Deventer, 1987
- VANDER ELST, *Antinomies en droit international privé*, in PERELMAN (éd.), *Les antinomies en droit*, Bruxelles, 1965, p. 138-176
- VANDER ELST, *Lacunes en droit international privé*, in PERELMAN (éd.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, 1968, p. 401-423
- VAREILLES-SOMMIÈRES (MARQUIS DE), *La synthèse du droit international privé*, *Clunet*, 1900, p. 5-29, 258-290
- VAREILLES-SOMMIÈRES, *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé*, *Droit international public et droit international privé*, Paris, 1997
- VASSILAKAKIS, *La professio iuris dans les successions internationales*, *Mélanges P. Lagarde*, Paris, 2005, p. 803-816
- VASSILAKAKIS, *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, Paris, 1987
- VENTURINI, *Gli infortuni sul lavoro nel diritto intrnazionale privato italiano*, Milano, 1940
- VERSCHRAEGEN, *Gleichgeschlechtliche Ehen*, Wien, 1994
- VIRALLY, *Le principe de réciprocité en droit international contemporain*, RCADI, 1967-II, p. 1-106
- VISCHER, *Bemerkungen zum Verhältnis von internationaler Zuständigkeit und Kollisionsrecht*, *Mélanges A. E. von Overbeck*, Fribourg, 1990, p. 349-377
- VISCHER, *Das Problem der Kodifikation des schweizerischen internationalen Privatrechts*, *Rev. dr. suisse*, 1971, II, p. 1-160
- VISCHER, *Die rechtsvergleichende Tatbestände im internationalen Privatrecht. Die Übereinstimmung der materiellen Rechtsinhalte als Voraussetzung des internationalen Privatrechts*, Basel, 1953
- VISCHER, *General Course on Private International Law*, RCADI, 1992-I, p. 9-256
- VISCHER, *Kollisionsrechtliche Verweisung und materielles Resultat*, *Festschrift A. Heini*, Zürich, 1995, p. 479-496
- VISENTINI, *Lezioni di teoria generale del diritto*, 2^a ed., Padova, 2000
- VITTA, *Aspetti di una riforma del diritto internazionale privato*, RDI, 1986, p. 5-37
- VITTA, *Cours général de droit international privé*, RCADI, 1979-I, p. 9-243

- VITTA, *Diritto internazionale privato*, vol. I, *Parte Generale*, Torino, 1972
- VITTA, *Il principio dell'uguaglianza tra lex fori e diritto straniero*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1578 s.
- VITTA, *Il principio di nazionalità nel diritto internazionale privato italiano*, *RDIPP*, 1980, p. 345-363
- VITTA, *Influenze americane nella Convenzione C.E.E. sulle obbligazioni contrattuali*, *RDIPP*, 1983, p. 261-278
- VITTA, *La lex fori nei conflitti di leggi*, *Dir. int.*, I, 1964, p. 301-323
- VITTA, *Le clause de reciprocité nelle norme di conflitto*, *Festschrift W. Wengler*, Bd. II, Berlin, 1973, p. 849-864
- VITTA, *Memoriale e progetto di legge, Problemi di riforma del diritto internazionale privato*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano, 1986, p. 7-274
- VITTA, *The Impact in Europe of the American Conflicts Revolution*, *AJCL*, 1982, p. 1-18
- VIVIER, *Le caractère bilatéral des règles de conflit de lois*, *Rev. crit.*, 1953, p. 655-676; 1954, p. 73-90
- VOGEL, *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm. Eine Untersuchung über die Grundfragen des sog. internationalen Verwaltungs- und Steuerrechts*, Frankfurt a.M. / Berlin, 1965
- VON BELOW, *Die Ursachen der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland*, München / Berlin, 1905 (rist. Aalen, 1964)
- VON HOFFMAN, *Inländischer Sachnormen mit zwingendem internationalem Anwendungsbereich*, *IPRax*, 1989, p. 261-272
- VON MEHREN, *Choice of Law and the Problem of Justice*, *Law & Cont. Probs*, 1977, p. 27-43
- VON MEHREN, *Recent Trends in Choice-of-Law Methodology*, *Cornell L. Rev.*, 1975, p. 927-968
- VON MEHREN, *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments – General Theory and the Role of Jurisdictional Requirements*, *RCADI*, 1981, t. 167, p. 9-112
- VON MEHREN, *Special Substantive Rules for Multistate Problem: Their Role and Significance in Contemporary Choice of Law Methodology*, *Harv. L. Rev.*, 1974-1975, p. 347-371
- VON MEHREN, *The Contribution of Comparative Law to the Theory and Practice of Private International Law*, *AJCL-Suppl.*, 1978, p. 31-41
- VON MEHREN, *The Renvoi and its Relation to Various Approaches to the Choice-of-Law Problem*, *Essays H. E. Yntema*, 1957, p. 380 s.
- VON MEHREN, *The Significance of the State for Choice of Law*, *Festschrift K. Zweigert*, Tübingen, 1981, p. 287-306
- VON MEHREN, *Theory and Practice of Adjudicatory Authority in Private International Law: A Comparative Study of the Doctrine, Policies and Practices and Civil Law Systems*, *RCADI*, 2002, t. 295, p. 13-425
- VON OVERBECK, *Die « kollisionsrechtliche Relativität der Rechtskraft » – Ein Fremdkörper im schweizerischen Recht?*, *Gedächtnisschrift P. Jäggi*, Freiburg (Schweiz), 1977, p. 273-297
- VON OVERBECK, *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht, Verhältnis und Bedeutung ihrer Regelung namentlich in den neueren Arbeiten der Haager Konferenz für IPR*, *SJIR*, 1964, p. 25 s.
- VON OVERBECK, *L'influence de E. M. Meijers sur le droit international privé*, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 1980, p. 78-79
- VON OVERBECK, *L'irrésistible extension de l'autonomie de la volonté en droit international privé, Hommage F. Rigaux*, Bruxelles, 1993, p. 619 s.
- VON OVERBECK, *La professio iuris comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé*, *Liber Amicorum Baron L. Frédéricq*, t. II, Gand, 1966, p. 35 s.
- VON OVERBECK, *La théorie des « règles de conflit facultatives » et l'autonomie de la volonté*, *Festschrift F. Vischer*, Zürich, 1983, p. 257-262
- VON OVERBECK, *Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères en droit international privé suisse*, *Travaux de l'Institut de droit comparé*, Paris, 1988, p. 62-79
- VON OVERBECK, *Les questions générales de droit internationales privé à la lumière des codifications et des projets récents*, *RCADI*, 1982-III, p. 9-223
- VON OVERBECK, *Quelques solutions générales du projet suisse de loi sur le droit international privé et les premières réactions à leur égard*, *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, *Années 1980-1981*, p. 79-94
- VON SACHSEN-GESSAPHE, *Le partenariat enregistré en droit international privé allemand*, in *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe*, Zurich, 2004, p. 9-28

- VON SCHEURL, *Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts*, Erlangen, 1953
- VON WÄCHTER, *Über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten*, *Archiv für die civilistische Praxis*, 1841, p. 230-311; 1842, p. 1-60, 161-200, 361-419
- VOSKUIL, *Questione pregiudiziale e diritti quesiti*, *Dir. int.*, 1965, p. 183-196
- VRELLIS, *La justice matérielle dans une codification du droit international privé*, *Mélanges G. L. Droz*, La Haye, 1996, p. 541-562
- WAGNER, *Das neue Internationale Privat- und Verfahrensrecht zur eingetragenen Lebenspartnerschaft*, *IPRax*, 2001, p. 281-293
- WAGNER, *Wilhelm Peter Schäffner (1815-1897)*, *IPRax*, 1997, p. 73-76
- WASSERMAN, *Divorce and Domicile: Time to Sever the Knot*, *Wm. and Mary L. Rev.*, 1997, p. 1-63
- WATSON, *Joseph Story and the Comity of Errors*, Athens / London, 1992
- WAUTELET, *Note sur l'ouverture du mariage aux ressortissants étrangers de même sexe*, *ipr.be*, 2004, p. 97-106
- WEBB, *Some thoughts on the Place of English Law as Lex Fori in English Private International Law*, *ICLQ*, 1961, p. 818 s.
- WEBB-AUBURN, *La présomption d'identité de la loi étrangère et de la loi du for en l'absence de preuve*, *Clunet*, 1978, p. 272-300
- WEBER, *Die Theorie der Qualifikation: Franz Kahn, Etienne Martin und die Entwicklung ihrer Lehre bis zur universalen Anerkennung der Qualifikation als allgemeines Problem des Internationalen Privatrechts (1890-1945)*, Tübingen, 1986
- WEERAMANTRY, *Private International Law and Public International Law*, *RDIPP*, 1998, p. 313-324
- WEIBRINGHAUS, *Beitrag zur Frage des Verhältnisses von Internationalprivat- und Völkerrecht*, *JR*, Heft 100, 1952, p. 383-388
- WEINBERG, *On Departing from Forum Law*, *Mercer L. Rev.*, 1984, p. 595-627
- WEINTRAUB, *A Defense of Interest Analysis in the Conflict of Laws and the Use of That Analysis in Products Liability Cases*, *Ohio St. L. J.*, 1985, p. 493 s.
- WEINTRAUB, *An Approach to Choice of Law That Focuses on Consequences*, *Alb. L. Rev.*, 1993, p. 701-715
- WEINTRAUB, *Choosing Law with an Eye on the Prize*, *Mich. L. Rev.*, 1994, p. 705-722
- WEINTRAUB, *Interest Analysis in the Conflict of Laws as an Application of Sound Legal Reasoning*, *Mercer L. Rev.*, 1984, p. 629-646
- WEINTRAUB, *The Extraterritoriality Application of Antitrust and Security Laws: An Inquiry into the Utility of a Choice-of-Law Approach*, *Tex. L. Rev.*, 1992, p. 1799-1829
- WEISS, *Le code civil et le conflit de lois, Le Code Civil, 1804-1904 (Livre du centenaire)*, t. 1, Paris, 1904
- WENGLER, *Das BGB mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Band VI – Internationales Privatrecht, Internationales Privatrecht, 1. Teilband*, Berlin / New York, 1981
- WENGLER, *Der Mythos von der lex fori*, *Festschrift M. Rheinstein*, Tübingen, 1969, p. 299-323
- WENGLER, *Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Rechtsverhältnisse: Eine rechtsvergleichende Studie*, *ZvglRWiss*, 1941, p. 168-212
- WENGLER, *Die Funktion der richterlichen Entscheidung über das internationale Rechtsverhältnisse. Feststellung und Gestaltung im internationalen Privatrecht*, *RabelsZ*, 1951, p. 1-31
- WENGLER, *Die Gegenseitigkeit von Rechtslagen im internationalen Privatrecht*, *Festschrift Hirsch*, Berlin, 1968, p. 211-237
- WENGLER, *Die Vorfrage im Kollisionsrecht*, *RabelsZ*, 1934, p. 148-251
- WENGLER, *Fehlende Rechtsschutzinteresse wegen Unmöglichkeit der Vollstreckung der Entscheidung durch das internationale zuständige Gericht?*, *IPRax*, 1991, p. 42 s.
- WENGLER, *Jurisdiction to Prescribe or Prohibitions to Resort to Specific Actions? For a Better Understanding of Public International Law Limits to State's Legislation*, *Studi R. Ago*, vol. IV, Milano, 1987, p. 411-432
- WENGLER, *L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable*, *Rev. crit.*, 1990, p. 657-674
- WENGLER, *La situation des droits*, *Rev. crit.*, 1957, p. 185-212, 409-434

- WENGLER, *Les conflits de lois et le principe d'égalité*, *Rev. crit.*, 1963, p. 203-231; p. 503-527
- WENGLER, *Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits*, *Rev. crit.*, 1952, p. 595-622; 1953, p. 37-60
- WENGLER, *Nouvelles réflexions sur les « questions préables »*, *Rev. crit.*, 1966, p. 165-215
- WENGLER, *The General Principles of Private International Law*, *RCADI*, 1961-III, p. 273-469
- WENGLER, *Zur Technik der internationalprivatrechtlichen Rechtsanwendungsanweisungen des IPR – Reformgesetzes von 1986*, *RabelsZ*, 1989, p. 409 s.
- WESTEN, *Comment: False Conflicts*, *California L. Rev.*, 1967, p. 74 s.
- WESTLAKE, *A Treatise on Private International Law with Principal Reference to its Practice in England*, 7th ed., London, 1925
- WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen, 1967
- WIBAULT, *Le droit de la sécurité sociale et la notion de conflit de lois*, *Droit social*, 1965, p. 318-326
- WICHSER, *Der Begriff der wohlverworbenen Rechte im internationalen Privatrecht*, Zürich, 1955
- WIETHÖLTER, *Begriffs- oder Interessenjurisprudenz – falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht*, *Festschrift G. Kegel*, Frankfurt, 1977, p. 213-263
- WIETHÖLTER, *Einseitige Kollisionsnormen als Grundlage des Internationalen Privatrechts*, Berlin, 1956.
- WIETHÖLTER, *Zur Frage des internationalen ordre public*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, n° 7, Karlsruhe, 1967, p. 1533-1577
- WIGNY, *Essai sur le droit international privé américain*, Paris, 1932
- WIGNY, *Remarques sur le problème des qualifications*, *Rev. crit.*, 1936, p. 392-429
- WINDSCHEID, *Gesammelte Reden und Abhandlungen* (OERTMANN hrsg.), Leipzig, 1904
- WINTER, *Private Goals and Competition Among State Legal Systems*, *Harv. J. L. & Pub. Pol'y*, 1982-1983, p. 127 s.
- WOCHNER, *Gesamtstatut und Einzelstatut – Zur Auslegung des Art. 28 EGBGB unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte*, *Festschrift E. Wahl*, Heidelberg, 1973, p. 161 s.
- WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4. Aufl., Tübingen, 1963
- WOLFF, *Das Internationale Privatrecht Deutschlands*, 3. Aufl., Berlin, 1954
- WOLFF, *Private International Law*, 3rd ed., Aalen, 1977 (reprint of the 2nd ed., Oxford, 1950)
- WORTLEY, *The Interaction of Public and Private International Law*, *RCADI*, 1954-I, p. 245-341
- YANGUAS MESSIA, *Les tendances autonomistes contemporaines en droit international privé*, *Mélanges J. Maury*, Paris, 1960, I, p. 563-572
- YNTEMA, *Basic Issues in Conflicts Law*, *AJCL*, 1963, p. 474-482
- YNTEMA, *The Comity Doctrine* (Introduction of K. NADELMANN), *Mich. L. Rev.*, 1965-1966, p. 1-32
- YNTEMA, *The Historical and Legal Bases of Private International Law*, *AJCL*, 1953, p. 297-317
- YNTEMA, *The Hornbook Method and the Conflict of Laws*, *Yale L. J.*, 1953, p. 468-483
- YNTEMA, *The Objectives of Private International Law*, *Can. Bar Rev.*, 1957, p. 721-742
- ZANCLA, *Sulla funzione delle norme di diritto internazionale privato*, *Atti Accad. scienze, lettere ed arti di Palermo*, 1953-1954, p. 321-471
- ZANNINI, *Le leggi politiche nel diritto internazionale*, *Annali di Diritto Internazionale*, 1951, p. 49-77
- ZICCARDI, *Caratteri del positivismo dell'Anzilotti*, *RDI*, 1953, p. 22-29
- ZICCARDI, *Considerazioni su di una definizione formale del diritto internazionale privato suggerita da Tomaso Perassi*, *Scritti T. Perassi*, vol. II, Milano, 1957, p. 449-464
- ZICCARDI, *Il valore del diritto straniero nell'ordinamento nazionale*, Milano, 1946 (ripubblicato in *Vita giuridica internazionale*, *Scritti scelti a cura degli allievi*, Milano, 1992, p. 5-91)
- ZICCARDI, *L'opera scientifica di Dionisio Anzilotti*, *Comunicazioni e Studi*, III, 1950, p. 7-42
- ZICCARDI, *Note critiche sull'oggetto delle qualificazioni in diritto internazionale privato*, *Studi G.M. De Francesco*, vol. II, Milano, 1957, p. 91-131 (anche in *Comunicazioni e Studi*, 1955, p. 365-435)
- ZICCARDI, *Note critiche sulle funzioni dei criteri di collegamento in diritto internazionale privato*, *Studi F. Messineo*, vol. IV, Milano, 1959, p. 487-518
- ZIMMERMANN, *In der Schule von Ludwig Mitteis, Ernst Rabels rechtshistorische Ursprünge*, *RabelsZ*, 2001, p. 1-38
- ZITELMANN, *Art. 7-31 des Einführungsgesetzes zum BGB für das Deutsche Reich nebst sämtlichen Entwürfen*, 1908

BIBLIOGRAFIA

- ZITELMANN, *Der Name Internationales Privatrecht*, *Zeitschrift für internationales Recht*, 1918, p. 177-196
- ZITELMANN, *Geltungsbereich und Anwendungsbereich der Gesetze. Zur Grundlegung der völkerrechtlichen Theorie des Zwischenprivatrechts*, *Festsache Bergböhms*, Bonn, 1919, p. 207-241
- ZITELMANN, *Internationales Privatrechts*, Erster Band, München, 1914 (Manualdruck der ersten Auflage aus dem Jahre 1897)
- ZWEIGERT, *Die dritte Schule im internationalen Privatrecht*, *Festschrift L. Raape*, 1948, p. 158 s.
- ZWEIGERT, *Droit international privé et droit public*, *Rev. crit.*, 1965, p. 645-666
- ZWEIGERT, *Internationales Privatrecht und öffentliches Recht, Fünfzig Jahre Institut für internationales Recht an der Universität Kiel*, Hamburg, 1965, p. 124-141
- ZWEIGERT, *Nichterfüllung aufgrund ausländischer Leistungsverbote*, *RabelsZ*, 1942, p. 283-307
- ZWEIGERT, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, *RabelsZ*, 1949-1950, p. 5 s.
- ZWEIGERT, *Some Reflections on the Sociological Dimensions of Private International Law or What is Justice in the Conflict of Laws?*, *U. Colo. L. Rev.*, 1973, p. 283-299
- ZWEIGERT, *Zur Armut des internationalen Privatrechts an sozialen Werten*, *RabelsZ*, 1973, p. 435-452

Indice analitico

A

Accertamento negativo (azione di) 695

Adattamento

in Quadri 254

Adozione 123, 411, 611, 615,

in Australia 532

in Danimarca 534

in Francia 527

in Inghilterra 531

in Italia 525, 692

in Spagna 530

in Svezia 534

in Svizzera 525

negli Stati Uniti 533

nei Paesi Bassi 528

nell'*EGBGB* 76 (nota 234)

e norme di applicazione necessaria 469

Affitto, contratti di

norme di applicazione necessaria 469

Ago 143 (nota 413), 158 (nota 429), 173

(nota 526), 197, 238 (nota 783)

Alimenti 418-419, 694

nell'*EGBGB* 77 (nota 236), 130

(nota 367)

favor creditoris 694

Amministrazione (sede della)

378, 380, 382, 387, 399, 571, 589, 605

Analisi degli interessi 319, 340, 341

in Sohn 287

Analogia

quale rimedio per le lacune dell'*EGBGB*

107, 110, 134, 137, 138

Ancel 262, 265, 266

Antenuptial domicile 555

Antinomia 645, 647, 649, 650, 652, 654, 664,

667, 670, 674, 690, 695, 700

di secondo grado 652, 653, 657, 676

solubile v. insolubile 652, 653

di norme di conflitto 657, 677, 684

e il conflitto internazionale di decisioni 659

criteri di soluzione 664, 667

Anzilotti 8 (nota 20), 28 (nota 81), 31, 84 (nota

251), 128, 139, 150, 151 (nota 438)

Applicabilità *prima facie*

in Kramer 326, 327, 335

Applicazione generalizzata della *lex fori* 358,

415, 489 s., 513, 516, 528, 549, 612, 613,

641, 643, 659, 669

Aragona d.i.p. delle « parejas no casadas » 500

Armonia delle soluzioni 95, 119, 124, 127, 262,
278, 321, 323, 465, 466, 482, 485, 581, 602,
682

Aspettative 13, 62 (nota 193), 212, 273, 278,

343, 485, 688, 701, 703

in Quadri 249, 260 s. (teoria della), 264

in Schnell 62 (nota 193)

in Enneccerus 111

in Neumann 118

in Currie 312, 313, 322

in Kramer 332, 333

in Fruehwald 336

in materia di *registered partnership* 517,

519, 520, 521

(v. anche « Previsioni delle parti »)

Assenza

nell'*EGBGB* 76 (nota 234)

Associazioni

nell'*EGBGB* 136

Atti illeciti 21, 86, 102 (nota 302), 419, 612

in Thöl 90 (nota 270)

nell'*EGBGB* 86

e unilateralismo americano 293 (nota 978)

Audit 676, 677

Australia

adozione 533

celebrazione del matrimonio 556

divorzio 546

riconoscimento di matrimoni 557

Auto-collegamento

in Quadri 238, 253, 259 (nota 859), 263

Autonomia della volontà 612 s., 642, 669, 701

e aspettative delle parti 266, 267

in Kramer 331

in materia di società in genere 606, 607

in Quadri 266

nel d.i.p. societario americano 591

(v. anche « *Professio iuris* »)

Azionisti (protezione degli) 437, 461, 580

B

Balladore Pallieri 146 (nota 421), 261, 264, 265,

266, 631 (nota 2124)

Ballarino 237 (nota 778), 259 (nota 859), 262,

566 (nota 1926)

Barcelona Traction 600 (nota 2050)

Batiffol 155, 164, 172, 184, 188, 197, 349, 343,

676, 679

Baviera
e genesi dell'*EG BGB* 47, 67, 75 (nota 230)
caso *Forgo* 694

Beale 19, 20, 280, 292 (nota 978)

Belgio
divorzio 541 s.
matrimonio omosessuale in d.i.p. 495, 506,
507, 510, 513, 541
norme di applicazione necessaria 465, 467

BGB 29

Bidimensionalità del d.i.p. 153

Bilateralizzazione 21, 102, 104, 110, 168, 179,
227, 251, 256, 263, 287, 352, 386
come mezzo per colmare le lacune
dell'*EG BGB* 102, 110
delle norme di applicazione necessaria 455,
464, 465, 482
nel d.i.p. societario 551, 602, 603
in Quadri 251

Bildunsnorm 374

Bismarck 42, 44

Bluntschli 89 (nota 262), 96

Bucher 315, 317 (nota 1072)

Burckhardt 228

Buzzati 128, 139, 144

C

Cabinet de miroirs 69

California Corporate Code 579

Capacità 57, 92, 94, 137, 375 (nota 1220)

nell'*EG BGB* 55, 84, 86, 94 (nota 236)

in Keidel 114

nel d.i.p. tedesco 417

in Pilenko 223

norme di applicazione necessaria 369, 385,
407, 413, 464, 480, 484, 494, 503, 520

Capacità matrimoniale 549, 551, 555

Cassis de Dijon 586

Catalogna

d.i.p. delle « parejas no casadas » 500

Catellani 147

Cavaglieri 151 (nota 439)

Celebrazione del matrimonio 9, 79, 138, 199,

213, 199, 369, 399, 521

in Francia 547

in Inghilterra 555

in Italia 386, 399, 406, 416, 443

in Spagna 549 s.

in Svezia 556

in Svizzera 547 s.

in Muir Watt 213

in Niboyet 199

Centros 559, 585

Certezza 123, 217, 632, 633, 646, 649, 651, 672,

682, 688, 682, 691

e genesi dell'*EG BGB* 68, 70, 79, 80

in von Bar 101

in Muir Watt 217

in Sohn 290

in Kramer 332, 334, 338

(v. anche « Prevedibilità »)

Certificat de coutume

per la celebrazione del matrimonio 553

Citta anseatiche 30, 67, 73, 83

Cittadinanza 51, 170, 203

come criterio di competenza in materia di

adozione 524

e divorzio 534

e matrimonio 547

conflitti di cittadinanza 157

del marito nell'*EG BGB* 76 (nota 234)

nell'*EG BGB* in generale 60, 73, 83

in Niboyet 158, 159

in Quadri 256, 263

in Schnell 56, 71

Classificazione

delle norme unilaterali 372

delle norme dell'*EG BGB* 76

Clausola di eccezione

269, 395 (nota 1256), 686, 688, 693

(v. anche « Principio di prossimità »)

Clausola finale 413

Clausole abusive 461

Clausole speciali di ordine pubblico 440

(v. anche « Ordine pubblico »)

Closest relationship

nel d.i.p. societario 584

in Fruehwald 335 (v. anche « Principio di
prossimità » e « Collegamento più stretto »)

Code civil

art. 3 157, 213, 317, 317, 541,

art. 310 437, 445, 451, 534

art. 311-15 431

art. 370-4 522, 527

art. 515-3 499

art. 1837 593

Codice belga sul d.i.p.

in materia di matrimonio omosessuale 496

art. 21 in materia di norme di applicazione
necessaria 467

Codice civile

- art. 116 385, 397, 341, 443
- art. 2196 563 (nota 1913)
- art. 330 443, 471
- art. 333 429, 435 (nota 1381), 453, 471
- art. 536 431, 471
- art. 85 s. 431, 443

Codice civile del Quebec

- dichiarazione di morte presunta 78 (nota 239)

Codice civile svizzero

- art. 101 431, 443

Codificazione francese del d.i.p.

- 176 s.

Coincidenza fra *forum* e *ius* 512

- (v. anche « Applicazione generalizzata della *lex fori* » o « *Gleichlauf* »)

Collegamento più stretto 153, 322, 518, 574, 700

- in Fruehwald 335
- in Sohn 288

Collegamento sussidiario 367 (nota 1198), 390

Comitas 37, 110, 130, 144, 243,

Comité français 154, 158 (nota 465), 188 s., 205

Comity 36 (nota 106), 292 (nota 978)

Commercio giuridico internazionale 123, 238, 604

- in Keidel 113
- in Francescakis 200
- in Vivier 195
- in Quadri 238
- in Kramer 332

Competenza giurisdizionale o dell'autorità

- in materia « registered partnership » 511 s.
- in materia di divorzio 531, 539, 545
- in materia di adozione 522 s.
- in materia di matrimonio 547 s.
- in materia di società 561 s.
- in Schnell 50, 56, 85
- in von Bar 98
- in Niedner 106
- in Quadri 241

Competenza spaziale suppletiva

- in Pilenko 205, 223, 230
- in Niboyet 158, 170, 206

Comunità giuridica internazionale

- in Neumann 117
- in Niemeyer 135

Concorrenza 423, 437, 451, 469, 470, 471

- degli ordinamenti giuridici 10, 656, 670

Condizione degli stranieri 182

Conflicts revolution

- v. « Rivoluzione americana

Conflits de lois de police 460 s., 691

- Conflitti negativi 9, 63 (nota 195), 58, 146, 183, 188, 215, 224, 255, 272, 356, 587, 672 s.
- nell'unilateralismo tedesco 126

- in Schnell 57, 58

- in Niboyet 169, 174

- in Kahn 130

- in Sohn 288

- in Pilenko 224

- in Quadri 256, 258, 263

- in Currie 298, 308 (v. anche « *Unprovided-for cases* »)

- in materia di società 587

Conflitti di cittadinanza 157, 173 (nota 526), 257

- in Niboyet 157

- in Quadri 257

Conflitti di qualificazione

- in Pilenko 226 (nota 736)

- in Quadri 257

Conflitti di sovranità 15, 250

Conflitti positivi 9, 20, 65, 121, 153, 277, 279, 342, 671 s.

- in Currie 308, 322

- in materia di società 569, 573, 583

- in Niboyet 158, 168, 173, 178, 183, 188

- in Schnell 57, 126

- in Thöl 93, 126

- in Kramer 327, 329, 332

- in Muir Watt 215, 225

- nell'unilateralismo tedesco 121, 125

- in Pilenko 224, 228

- in Quadri 255, 256, 260, 262, 266, 270

- nelle « registered partnership » 506

- in materia di società 558, 569, 575, 577, 581, 585, 587, 591, 598, 600, 603

- in Sohn 285, 287, 289,

- in Vivier 196, 198

Conflitti veri (v. « conflitti positivi »)

Conflitto di decisioni 659

Conflitto di sistemi 201 (nota 641), 657

Conflitto immaginario

- secondo Quadri 263

Consumatori (e contratto di consumo) 547, 693

- norme di applicazione necessaria 47, 432, 438, 442, 461, 469, 481, 461, 547, 693

Continuità della vita giuridica 124, 153, 602

- in Quadri 254, 258, 260, 263, 269, 273
- in Francescakis 208

- Contraente debole 321
(v. « Consumatori » e « Lavoro »)
- Contratti
validità del 185 (nota 579)
scelta di legge 266
nell'*EGBGB* 86
in Thöl 93
(v. anche « Consumatori » e « Lavoro »)
- Convenzione dell'Aja del 1978 sul riconoscimento di matrimoni 494, 548 (nota 1849)
in materia di forma di testamento 697
sulla protezione dei minori del 1961 449
- Convenzione di Roma 408 (nota 1288)
art. 5 410 (nota 1293)
art. 6 410 (nota 1293)
art. 7 438 (nota 1381), 467 (nota 1523), 480 (1577)
art. 11 408 (nota 1288)
- Cook 293 (nota 978)
- Coordinamento 461, 466, 572, 581, 584, 602
- Coordinamento fra sistemi 174, 198, 331, 350, 353, 574, 603, 666
- Corte suprema degli Stati Uniti 304, 581, 294 (nota 978)
- Costituzione
di una società 378, 287, 413, 448, 487, 558
statuto personale 494, 499, 514
- Creazione dei diritti 18, 154, 186
in Niboyet 154, 160, 167
in Vivier 193, 199
- Crisi
del d.i.p. 1-2
del d.i.p. americano 282
- Cumulo 686, 694
dei collegamenti in Sohn 288, 342, 343
delle leggi applicabili in materia societaria 583
- Curatela 92 (nota 279)
- D**
- Danimarca
d.i.p. e successioni 56
d.i.p. in materia di matrimonio 111
d.i.p. delle « registered partnerships » 490 s., 515
- David 677
- De Nova 228, 263, 264
- Debilateralizzazione della norma di conflitto 163, 208, 213, 273, 287
in Francescakis 201, 204, 208
in Muir Watt 212
- Deroga 383, 389, 473
- Destinatari 480, 508, 575, 614 s., 629 s., 657 s.
Deutsches Reich 30-31
- Dicey 292 (nota 978)
- Dichiarazione di assenza
legge di d.i.p. del Liechtenstein 78 (nota 239)
legge di d.i.p. della Corea del Sud 78 (nota 239)
- Dichiarazione di morte presunta
nel d.i.p. tedesco 418, 420
nell'*EGBGB* 76 (nota 234), 78 (nota 239)
- Diniego di giustizia 170
- Diritti acquisiti (o quesiti) 50, 64 (nota 199), 167, 186, 366 (nota 1197) 703
in Francescakis 205, 274
in Neumann 117
in Niboyet 167
in Niedner 106
in Pillet 186
in Quadri 247
in Schnell 50
nell'unilateralismo tedesco 123
- Diritti reali
e *EGBGB* 86, 94
norme di applicazione necessaria 469
- Diritto delle genti 14, 16, 40, 50, 52, 64, 71, 80, 141, 254
- Diritto internazionale pubblico 40, 286, 405 (nota 1281) 640
- Diritto potestativo 615
- Diritto pubblico 257
- Diritto spaziale in Pilenko 220
- Divorzio 406, 468, 611, 615
nell'*EGBGB* 87, 406, 416
norme di applicazione necessaria 468, 469
nel d.i.p. francese 470, 534 s.
in Niboyet 160
nel d.i.p. italiano 400, 415, 416 (nota 1304), 417, 430, 543
nel d.i.p. inglese 544
nel d.i.p. americano 546
nel d.i.p. spagnolo 428
nel d.i.p. svizzero 543
nel d.i.p. belga 541
ordine pubblico 401, 541
- Domestic corporations* 578
- Domicile*
nel diritto anglo-americano 532, 545, 555

Domicilio 50, 56, 79, 83, 81, 93, 113 s., 133,
161, 168, 171, 174 s., 204, 213, 256, 386,
432, 444, 483, 441, 445
in materia di adozione 524
in materia di capacità in genere 92, 206
in materia di divorzio 441, 445, 534 s.
nel d.i.p. svizzero 502, 526, 521
celebrazione del matrimonio 547 s.
in materia di unioni non matrimoniali 510 s.

E

Edelmann 102 s.
Effetti personali del matrimonio 398, 406, 468
Effetti patrimoniali del matrimonio 394, 704,
707 (v. anche « Regimi matrimoniali »)
Effettività 156, 158, 169, 173, 176, 209, 215,
276, 460, 461, 462, 506
in Muir Watt 215, 216
in Niboyet 157, 169, 173, 176
in Quadri 238, 257, 264, 268, 273, 275
nel d.i.p. societario 589, 600, 664
come soluzione dei conflitti di
« lois de police » 460, 462, 486
Efficacia dei diritti 15, 156, 177
in Niboyet 154, 160, 170
nel progetto di codificazione francese 177,
185, 193
in Vivier 193, 195, 196
(v. anche « Effettività » e « Diritti acquisi-
ti »)
EGBGB (1900) genesi delle norme unilaterali 24
classificazione delle norme dell'*EGBGB* 76
EGBGB (1986)
art. 9 420
art. 13 442, 451
art. 15 417, 424, 425, 442, 451
art. 14 406
art. 16 424
art. 17 406, 416
art. 17b 501 s., 512
art. 18 419
art. 24 425
art. 38 419, 420, 423
Eguaglianza 79, 208, 277, 289, 387, 543, 517 s
degli Stati in d.i.p. 79, 80, 84, 277, 575,
602, 603
dei collegamenti 288
di tutti di fronte alla legge 524
e antinomie 654, 694

fra *lex fori* e legge straniera 575, 602, 603
in Batiffol 173, 175
in J.-P. Niboyet 165, 175, 288
in Kramer 331
in Sohn 288
nell'accesso ad una modifica dello statuto
personale 517 s.
(v. anche « Gleichberechtigung »)

Eingriffsnormen 437 (v. « Norme di appli-
cazione necessaria » e « Lois de police »)
Einheitslehre 588
Einzeleinsseitigkeit 9, 427, 447, 468 s.
Enneccerus 14, 89, 108 s., 124, 126
Esclusività
dell'ordinamento del foro 30, 80, 85
Esigenze imperative
dottrina nel diritto comunitario 585, 590
Etat de droit 655

F

Facoltatività delle norme di conflitto 659, 663
in materia di forma 257
Fairness 282, 333, 343, 344
Falsi conflitti (« false conflicts ») 298, 460
False problems nella dottrina di Currie 298
Favor 11, 697
come criteri di soluzione del conflitto di
« lois de police » 460
in materia societaria 607
per i creditori e soci in d.i.p. societario 583
(v. anche le voci seguenti)
Favor adoptionis 669
Favor constitutionis 669
Favor creditoris 583, 694
Favor debitoris in Quadri 270
Favor divortii 669
Favor existentiae 10, 696
Favor filiationis 669
Favor laesi 322
Favor matrimonii 669
Favor protectionis 342
Favor recognitionis 174, 591
in Muir Watt 215
Favor validitatis 80, 174, 294, 270, 275, 277,
480, 604, 672, 694, 697, 700
in Francescakis 200, 203
in Kramer 332
in materia di società 591
in Muir Watt 215

in Niboyet 153, 156, 159, 162, 168
nell'*EGBGB* 80

Filiazione 620, 667, 669
norme di applicazione necessaria 431, 443, 469, 484
stabilimento nell'*EGBGB* 76 (nota 234)
filiazione adottiva: v. « Adozione »

Finlandia
d.i.p. delle « registered partnerships » 493, 504, 507, 517

First Restatement 19, 380, 327

Fondamento psicologico
in Quadri 259 s.

Forgo 694

Forma 612, 615, 618, 619, 623, 699, 700
del matrimonio nell'*EGBGB* (1900) 76 (nota 234)
degli atti giuridici nell'*EGBGB* (1900) 77 (nota 236)
del matrimonio in generale 451, 467, 469
e norme di applicazione necessaria 469

Forum e ius 523 (nota 1715) (v. anche « Applicazione generalizzata della *lex fori* »)

Forum non conveniens 302

Forum shopping 288, 322, 336, 655, 658

Fragilità del criterio di collegamento 210, 214

Francescakis 17, 155, 190, 200 s., 274, 519

Francia
d.i.p. in materia societaria 592 s.
d.i.p. in materia di matrimonio 552 s.
ordine pubblico 554
d.i.p. in materia di adozione 263 s.
d.i.p. in materia di divorzio 527 s.
unilateralismo francese 154 s.

Fremdenrecht 135

Frode alla legge
in Thöl 93
nel d.i.p. societario francese 595

Fruehwald 22, 284, 335

Full faith and credit clause 503

Funzione direttiva del diritto privato 619, 665, 695

Funzione regolatrice della norma di d.i.p. 197

G

Gabba 16

Gebhard 30, 34, 37, 40, 45, 47, 52, 65, 72, 80, 111, 131

Generalità-specialità rapporto di 389, 391

Gesamtverweisung 109, 114, 356, 693
nell'*EGBGB* 109 (v. anche « Rinvio »)

Gesetzesinhalt
teoria del in Keidel 112

Giurisdizione
titolo di come criterio di collegamento 414, 417, 422

Giustizia nel d.i.p. 207, 343, 653, 683, 693, 697
materiale in Quadri 257

Gleichberechtigung
in Neumann 118
in Schnell 62
per gli unilateralisti tedeschi 122

Gleichlauf
nella dichiarazione di morte presunta 421

Gothot 156, 258, 262, 263, 262, 275, 679, 685

Governmental interest 297

Governmental policy 296, 298, 315

Grant v. McAuliffe 302 (nota 1017), 305 (nota 1033)

Guardianship 532

Günstigkeitprinzip
in materia di costituzione di società 591

Gutzwiller 7 (nota 16)

H

Hanotiau 315 s.

Hanseatischer Entwurf
genesì dell'*EGBGB* 74 s.

Hart 614, 615

Heimwärtstreben 2 (nota 5), 6

Huber 292 (nota 978)

I

Imparzialità
del giudicante 655

Imperatività 193, 229, 427, 663, 430
della norma di conflitto 193 s.
in teoria generale del diritto 473
della norma giuridica 617
nel d.i.p. societario 573, 583

Incapacità della donna maritata 319

Indegnità 92 (nota 279)

Inghilterra
d.i.p. in materia di adozione 531
d.i.p. in materia di divorzio 544

d.i.p. in materia di matrimonio 114, 116
 d.i.p. in materia di società 576
Inlandsbeziehung 205, 278, 441, 442, 445
 Insicurezza 196
Institut de droit international 144
 Interesse bien compreso 290
 Interesse del foro in Kramer 329 s.
Interessenjurisprudenz 232
 Interessi
 in Pillet 319
 interindividuali nell'unilateralismo tedesco
 107, 122
 in Quadri 245
 interindividuali v. statali 314 s.
 materiali 341
 multistatali 282
 statali 205, 278, 441, 442, 445, 272, 282,
 313, 315, 320, 337
Interest
 definizione in Currie 304
Interest analysis 86, 198, 326
International reach 305, 310
Internationale Rechtsgemeinschaft
 v. « Comunità giuridica internazionale »
 Internazionalismo
 in J.-P. Niboyet 177, 182
Interpretatio contra stipulatorem 695
Intractable conflicts 322
IPR-Kommission
 genesì dell'*EGBGB* 74 s.
 Islanda
 d.i.p. delle « registered partnerships » 491
Ius fori in foro proprio 530
Ius gentium
 a Roma 245

J

Jahr 234
 Jeantet 193
 Jitta 156 (nota 455)
 Juenger 3 (nota 5)
Jurisdictional approach 531
Juristische Gesellschaft 62

K

Kahn 126, 130, 132, 133, 139, 144, 148
 Kegel 315

Keidel 88, 89, 111 s., 113, 126
Kollisionsnormen des ordre public 407
 (nota 1284)
 Kramer 21, 284, 325
 Krüger 40

L

Lacune
 e *EGBGB* 102, 136
 Lavoro
 norme di applicazione necessaria 432, 469
Law shopping 669
 LDIP
 art. 120 LDIP 451, 481
 art. 121 LDIP 451, 472
 art. 137 423, 451, 471
 art. 19 459 (nota 1484), 466, 485
 art. 43 548
 art. 44 431, 439, 451
 art. 54 397
 art. 77 525
Lebensverhältnis v. Rechtsverhältnis 63 (nota
 196)
 Legeforismo
 in Currie 300, 313, 321, 322, 342
 e unilateralismo 231, 283, 300
 Legge dello Stato di celebrazione 505
 Legge dello Stato di costituzione 560 s.
 Legge di riforma
 art. 25 563 s., 378, 380, 381, 384
 art. 31 399, 340, 415, 522, 533, 535, 543
 art. 46 409, 414, 422, 439, 471, 707
 art. 27 385, 387
 art. 28 451
 art. 39 293, 692
 art. 13 692
 Legge suppletiva 101
 von Bar 101 (nota 300)
 Legittimari 409, 414, 422, 423, 431, 436
 v. « Legge di riforma, art. 46 comma 2 »
 Legittimazione
 nell'*EGBGB* 76 (nota 234)
 Lerebours-Pigeonnière 17, 159 (nota 474)
Lex auctoritatis 487, 488, 547, 549
 in tema di matrimonio 549
Lex contractus 375 (nota 1220)
Lex fori in foro proprio
 nella dottrina spagnola 549
Lex loci actus 57, 94

Lex loci celebrationis 487, 513
Lex loci delicti
 nel d.i.p. tedesco 420
Lex loci registrationis 514
Lex permittens 665
Lex prohibens 555
Lex rei sitae
 Thöl 94
 Libertà di matrimonio 442
 Liechtenstein
 legge del d.i.p. 78 (nota 239)
 Livermore 292 (nota 978)
 Lizardi 408 (nota 1288), 409 (nota 1289)
Local law theory 292 (nota 978)
 Localizzazione prevalente della vita matrimoniale
 303 (nota 1253)
 Localizzazione psicologica in Quadri 260
Lois d'application immédiate 86, 437
Lois de police 9, 437, 444, 455, 460, 691
Lois de police de protection 437
 Lord Wright 568
 Lorenzen 293 (nota 978)
 Louisiana 21, 547
 Lubecca
 ruolo nell'*EG BGB* 66 (nota 202), 67 (nota 203)
 Luogo di celebrazione 79

M

Maitland 85 (nota 252)
 Makarov 185
 Mancini 29, 37 (nota 110), 50
 Materializzazione del d.i.p. 11, 320, 611 s.
Matrimonial domicile 547
Matrimonial home
 come criterio di competenza per il
 matrimonio 556
 Matrimonio 213, 611
 v. « Celebrazione del matrimonio »
 all'estero nel d.i.p. italiano 387
 nell'*EG BGB* 392
 omosessuale negli Stati Uniti 494 s.
 in Belgio 503
 Maury 188
 Mayer 264
 Meijers 17, 191
 Meili 7 (nota 16), 44
 Meister 18
 Mercato dei prodotti normativi 669

Metodo del riconoscimento 13, 358, 505
Milliken v. Pratt 305 (nota 1033)
Mobilia ossibus inhaerent 93
 Monopolio normativo 617, 650, 662, 668, 706
 Muir Watt 155, 199 s., 212 s., 269, 275, 283
 Multilateralismo 283
Multiple incorporations
 nel d.i.p. inglese 576 (nota 1955)
 Mutuatari protezione dei 461

N

Natur der Sache 35, 59 233, 280, 293 (nota 978)
 in Edelmann 104 (nota 308)
 in Neumann 117, 120 (nota 361)
 in von Bar 100
 negli unilateralisti tedeschi 123
 Navarra
 d.i.p. delle « parejas no casadas » 500
 Nazionalismo
 in J.-P. Niboyet 163
 Nazionalità delle società 599
 v. « Cittadinanza »
 Neo-conflittualisti 456, 458, 463
 Neumann 17, 116 s., 135, 141
 Neutralità della norma di conflitto 209
New York Business Corporate Law 580
 Niboyet 19, 70, 105, 154 s., 274, 519
 Nieberding 70 (nota 215)
 Niedner 105 s., 136, 149
 Niemeyer 129, 134, 139
Norma agendi 270, 701
 in Quadri 251 s., 258, 270
 Norma di formazione 434
 Norme alternative 358, 606, 641, 696, 699, 704
 Norme autolimitate 363
 Norme bilaterali imperfette
 nell'*EG BGB* 76
 Norme di applicazione
 in Anzilotti 143 (nota 413)
 Norme di applicazione necessaria 8, 358, 363,
 370, 431 s., 441, 464, 570
 Norme di conflitto alternative 10, 403, 377, 641
 Norme imperfettamente bilaterali 78 (nota 193)
 Norme internazionalmente imperative 9 (v.
 anche « Norme di applicazione necessaria »
 o « *Lois de police* »)
 Norme pubblicistiche 455
 Norme unilaterali materiali 399, 446
Normenhäufung 353, 587

Normenlücken 353
Normenmangel 587
Norvegia
 adozione 534
 d.i.p. delle « registered partnerships » 489,
 494, 503, 518
Nottebohm 600 (nota 2050)

O

Obbligazioni contrattuali
 v. « Contratti »
 Offerta di competenza
 in von Bar 101 (nota 300)
 Oggetto e scopo
 norme di applicazione necessaria 428
 Oggetto principale
 di una società 380, 571
 Ordinamento più forte 153, 687
 Ordine
 e certezza come finalità del diritto privato
 632, 650, 673
 Ordine pubblico 2 (nota 5), 205, 236, 440, 504,
 542, 544, 570, 77, 554
 in materia di divorzio 542, 544
 in materia di società 570, 573
 in materia successoria 410, nota 1293
 nell' *EGBGB* 77 (nota 236)
 celebrazione del matrimonio in Francia
 548, 554
 in Pilenko 222
 di direzione v. di protezione 452
 di prossimità 444
Ordre public de proximité 444
 Ottolenghi 148 s.

P

PACS 497 s., 507, 508, 622-623
 Paesi Baschi
 d.i.p. delle « Parejas no casadas » 502
 Paesi Bassi
 d.i.p. delle « registered partnerships » 493 s.
 adozione 529
 d.i.p. in materia di matrimonio 549, 604

Parteischutzvorschriften 437
 v. anche « Norme di applicazione necessaria »

Particolarismo 350 (nota 1158), 456
 Persona giuridica 558-559
 Picone 333 (nota 1122), 344, 707
 Pilenko 153, 171, 219 s.
 Pillet 87, 156 (nota 455), 315 (nota 1074)
Policies definizione in Currie 296 s.
 Politicità del d.i.p. 22, 86
 Preleggi
 art. 12 413
 art. 20 429
 art. 17 407, 413
Prescriptive jurisdiction 640
 Prevedibilità 74, 123, 210, 689, 698
 in Fruehwald 336
 nell'unilateralismo americano 343
 e genesi dell' *EGBGB* 75
 norme di applicazione necessaria 459, 464
 in materia di società 575, 585, 603
 Previsioni delle parti 212, 702
 in Quadri 265
 in von Bar 101 (nota 300)
 e clausola di eccezione 688
 Principio di eguaglianza 624
 v. « Eguaglianza »
 Principio di prossimità 462, 611, 686, 692
Prior in tempore 153, 169, 203, 216, 274, 275
Professio iuris 621, 641, 671, 702 s.
 in materia successoria 409, 401-411 (nota
 1293), 621
 in materia societaria 607
 Progetto Benelux 188, 191
 Promessa di matrimonio 390, 393 (nota 1253)
 Prossimità 269
 in Currie 311
 prossimità sufficiente 643
 v. anche « Principio di prossimità »

Q

Quadri 19, 153, 237, 276
 Qualificazione 252, 365 (nota 1191)
 Quebec
 d.i.p. 466
Qui eligit iudicem eligit ius 654

R

Rabel 26 (not 69)
Race to the bottom 701

Race to the courthouse 655
Rapport apatride 158
 Rapporti patrimoniali fra coniugi 703
 norme di applicazione necessaria 468
 Rapporti personali fra coniugi
 nell'*EG BGB* 76 (nota 234)
 Raz 614
Reach 297
Rechtsstaat 655
 Regimi matrimoniali 394, 707
 (v. anche « Rapporti patrimoniali fra
 coniugi »)
Registered partnerships 10, 489 s., 611
 Regolamento sussidiario 170
Res magis valeat quam pereat 203, 279, 695
Res nullius 93 (nota 280)
 Riconoscimento
 delle « registered partnership » 517
 di figlio 615
 di matrimoni 78, 503, 551, 554, 567
 di società 567 s.
 in Niboyet 161
 di decisioni straniere 199, 650-651
 Rinvio 71-72, 144 s., 166, 181, 205, 235, 692
 nel progetto di codificazione francese 181
 e certezza del diritto 101
 nell'*EG BGB* 116
 in Kahn 131
 in Pilenko 223
 in Quadri 256
 in von Bar 99 s. (nota 300)
 in Neumann 119
 nell'unilateralismo tedesco 127
 Ripert 23 (nota 66)
Rivière 188, 535, 536
 Rivoluzione americana 169, 281, 284, 315, 320
Rule of law 655, 684
Rules of scope 233, 306, 307, 310, 321 s.
 Rundstein 17
 Russia
 norme di applicazione necessaria 468

S

Sachnormverweisung 112
 in Keidel 113, 114
 nell'*EG BGB* 109
 Savigny 13, 31, 37, 88, 91, 95, 242, 292 (nota
 978), 403
 e le *Prohibitgesetze* 94 (nota 28)

Scelta di legge
 v. « Autonomia della volontà » e « Professio
 iuris »
 Schmid 35, 36
 Schnell 45 s., 111, 113, 129, 134, 144
 Scioglimento del matrimonio
 v. « Divorzio »
 Sdoppiamento funzionale 244 (nota 802)
Second Restatement 533
 in materia di divorzio 547
 Sede
 delle associazioni nell'*EG BGB* 136
 del rapporto giuridico 37, 39, 49, 613
 dell'amministrazione 576
 nel d.i.p. italiano 573
 Separazione personale nel d.i.p. italiano 415
 Sicurezza del traffico giuridico 108
Siège réel 592, 593 s. (599)
 Sieveking 73
 Simons 46, 105
Single-law 582
Sinn und Zweck
 interpretazione nell'*EG BGB* 102, 103
 Situazione dei beni 175
 Situazioni giuridiche create all'estero 166
 Società 378, 558, 611, 615, 365
 Sohn 285 s.
 Sovranità 54, 274, 465
 in Quadri 244
 in Niboyet 157, 164
 negli unilateralisti tedeschi 157
 Spagna
 d.i.p. dell'adozione 531
 d.i.p. in materia di matrimonio 549, 551
 unioni registrate 407
 divorzio 478
Spezielle Vorbehaltsnorm 407 (nota 1284)
Spiegelkabinett 101
 Stati Uniti
 adozione 533
 d.i.p. in materia di società 577 s.
 matrimonio omosessuale 503, 602
 Statutari 22-23, 90
 Story 291 s. (nota 978)
Studi critici 139
 Successione 51, 56 (nota 162), 637
 nell'*EG BGB* 77 (nota 235), 78 (nota 241)
 norme di applicazione necessaria 468
 Suppletività internazionale 480
Suum cuique tribuere 121, 165

Svezia
 celebrazione del matrimonio 557
 adozione 534
 d.i.p. delle « registered partnerships » 493,
 506
 Svizzera
 d.i.p. e successioni 56
 d.i.p. del *partenariat enregistré* 502
 divorzio 532
 matrimonio 622 s.
Systemeinseitigkeit 9, 486

T

Terzi 315, 637, 694, 704
 effetti patrimoniali del matrimonio 396
 nell' *EGBGB* 79
 Terzo stato disinteressato
 in Currie 301
 in Sohn 287
 Testamento 57, 167, 41, 479, 484, 611, 616 s.
 forma 167 (nota 503)
Third Restatement 284
 Thöl 88, 89 s.
 Trammer 18
 True conflicts 94, 282
 Tunisia d.i.p. 466
 Turchia
 promessa di matrimonio 392 (nota 1251),
 393 (nota 1253)
Two-step approach
 in Sohn 290
 in Kramer 328

U

Uniform Adoption Act 533
 Uniformità
 delle decisioni 119, 246
 (v. « Armonia delle soluzioni »)
Unilateral approach 19, 284
 Unilateralismo invertito o estroverso 237
 Unità della successione 257

Universalismo 15, 242, 244
Unprovided-for case
 in Currie 298, 302

V

Validità
 del contratto 375 (nota 1220)
 del matrimonio in d.i.p. italiano 387
 di una situazione giuridica 189
 in materia di forma 677 s.
 (v. anche « *Favor validitatis* »)
Vecindad administrativa 500, 510
Vecindad civil 500
Vested rights 292
 Violenze familiari 397
 Vivier 18, 64, 193
 Vocazione d'applicazione naturale 625 s.
 Vocazione universale 173, 175, 638
 Volontà di applicazione 60, 180
 in Currie 304
 in Kahn 131
 in Thöl 91
 Volontà normatrice 38
 Volontà suppletiva d'applicazione 170
 von Bar 88, 111, 113, 138, 144

W

Wächter 35, 38 (nota 134)
 Wengler 185 (nota 579), 264, 270
 Westlake 51, 144
 Wiethölter 5 (nota 10), 18, 152, 226, 269

Z

Ziccardi 139
 Zitelmann 106
 Zurigo
 Codice civile 89 (nota 262), 97-98 (nota 292)
Zweckrationalität
 della norma di d.i.p. 626, 633

Volume 50

Liberté de l'art et indépendance de l'artiste
Kunstfreiheit und Unabhängigkeit der
Kunstschaffenden

Volume 51

L'individu face aux nouvelles technologies
Surveillance, identification et suivi

Volume 52

Le trust en droit international privé
Perspectives suisses et étrangères

Volume 53

La mise en œuvre du droit à l'eau
Actes du XXIX^e Congrès ordinaire de l'IDEF

Volume 54

Rapports suisses présentés au XVII^e
Congrès international de droit compare
Swiss Reports Presented at the XVIIth
International Congress of Comparative Law

Volume 55

La Loi applicable aux titres intermédiés
La Convention de La Haye du 5 juillet 2006
Une opportunité pour la place financière
suisse?

Volume 56

The UNIDROIT Principles 2004
Their Impact on Contractual Practice,
Jurisprudence and Codification

Volume 57

Comparative Gastronomy
Legal and Cultural Framework
Andrea Borroni

Volume 58

Vorstand, Vorstandsmitglieder und
Aufsichtsräte von Aktiengesellschaften
koreanischen Rechts
Matthias Schleicher

Volume 59

La Convention de Lugano
Passé, présent et devenir

Volume 60

Die Vermögensübertragung im
Spannungsfeld zwischen Vermögens-
und Unternehmensrecht
Christoph Hurni

Volume 61

Legal Engineering and Comparative Law
L'ingénierie juridique et le droit comparé
Tome 1

Volume 62

Le nouveau règlement européen «Rome»
relatif à la loi applicable aux obligations
contractuelles

Volume 63

La loi fédérale de droit international privé:
vingt ans après

Volume 64

Legal Engineering and Comparative Law
L'ingénierie juridique et le droit comparé
Tome 2

Volume 65

Business Law in Transition
A Comparative Perspective on
Eastern Europe

Volume 66

Rapports suisses présentés au XVIII^e
Congrès international de droit compare
Swiss Reports Presented at the XVIIIth
International Congress of Comparative Law

Volume 67

Comparative Law and
Hybrid Legal Traditions

Volume 68

Successions internationales
Réflexions autour du futur règlement
européen et de son impact pour la Suisse

Volume 69

La révision du Règlement 44/2001
(Bruxelles I)
Revision der Verordnung 44/2001
(Brüssel I)

Volume 70

Comparative Law and International
Organisations

Volume 71

Droit international privé de la famille
Les développements récents en Suisse
et en Europe

