

Anno XLVII - N. 3
LUGLIO-SETTEMBRE 2011

Poste italiane s.p.a. - Spedizione in Abbonamento Postale - D.L. 353/2003
(conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB PADOVA - Pubbl. trim.

Rivista di diritto internazionale privato e processuale

fondata da **MARIO GIULIANO**

diretta da

FAUSTO POCAR *responsabile*

TULLIO TREVES

SERGIO M. CARBONE

ANDREA GIARDINA

RICCARDO LUZZATTO

FRANCO MOSCONI

estratto



EDIZIONI CEDAM - PADOVA

DIBATTITI

È ORA DI RIFORMARE LA LEGGE DI RIFORMA DEL SISTEMA ITALIANO DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO DEL 1995?

Con questo interrogativo si è tenuta il 21 giugno 2010 una tavola rotonda presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Milano, nell'ambito del Modulo Jean Monnet «Internal Market and EU Private International Law», (ref. 07/055).

Sono qui riprodotti (con taluni aggiornamenti), mantenendone il carattere discorsivo e informale, gli interventi svolti in quell'occasione, con l'intento di prospettare l'attualità di un dibattito sull'opportunità di una prossima riforma della legge 31 maggio 1995 n. 218, recante già «Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato», attraverso una prima analisi di alcuni temi che prospettano l'esigenza di un'azione legislativa.

Con la pubblicazione di questi atti della tavola rotonda la Rivista intende offrire uno spazio e al tempo stesso rivolgere un invito a studiosi e operatori del diritto per ulteriori riflessioni e considerazioni sulla necessità di un intervento del legislatore, anche e soprattutto alla luce degli sviluppi normativi internazionali ed europei, al fine di rendere le norme interne italiane di diritto internazionale privato più aderenti alle esigenze della vita giuridica internazionale.

È giunto dunque il momento di riformare la pur recente legge di riforma?

PIETRO MARTELLO*

Considerazioni introduttive

Quando ho visto il titolo di questo incontro, mi è venuto di pensare che si trattasse di una sorta di ossimoro giuridico, perché parlare di riforma di una legge di riforma abbastanza recente in termini cronologici potrebbe sembrare una contraddizione.

* Vice Capo Dipartimento per gli affari di giustizia, Ministero della giustizia.

Riformare una riforma attuata nel 1995, quindi a distanza di quindici anni, sembrava – e dico «sembrava» perché ora non mi sembra più – una contraddizione in termini. Anche perché sono sufficientemente anziano per ricordare i tempi nei quali le leggi avevano una maggiore durata e durevolezza, i tempi nei quali se si acquistava un *Codice* lo si poteva usare per qualche anno senza timore di leggere norme superate.

Ora purtroppo non è più così, ci sono anzi case editrici che hanno costruito la loro fortuna sulla capacità di pubblicare testi giuridici aggiornati con edizioni che si susseguono a distanza di pochi mesi, tanto che qualche collega diceva scherzando che «finirà che con i codici faremo come con il quotidiano», andando ogni mattina in edicola a comprare l'ultima edizione aggiornata.

In tale contesto dobbiamo prendere atto che anche i tempi per mettere mano a riforme legislative si sono di gran lunga accorciati.

Del resto, credo che anche gli autori della riforma della legge di riforma n. 218 del 1995 preconizzassero una durata maggiore, una resistenza maggiore all'usura del tempo e all'usura dei mutamenti della realtà. Di questo potranno darci atto due dei nostri relatori perché abbiamo la fortuna di avere presenti tra noi due illustri componenti della commissione presieduta dal prof. Monaco – il prof. Pocar e il prof. Mosconi – cui risalgono i lavori preparatori di studio e di riflessione che poi sfociarono nella legge di riforma; anche se non va sottovalutato il successivo apporto degli interventi realizzati in sede parlamentare, come è naturale che accada nelle vicende legislative.

Nel guardare la Relazione al disegno di legge ho trovato qualche spunto che credo ci consenta di collegarci con il tema odierno. Vi si parla, fra gli altri obiettivi, dell'esigenza di superare una precedente «inclinazione a regolare categorie ampie di situazioni o di rapporti (capacità, rapporti di famiglia, successioni, diritti reali, eccetera), laddove la tendenza delle codificazioni moderne è senza dubbio nel senso di specificare le indicazioni della legge applicabile, costruendo categorie più ristrette (come, ad esempio, fa la legge federale svizzera del 18 dicembre 1987, la quale consta di ben 200 articoli)».

La stessa Relazione continua dicendo che «ciò ha contribuito senza dubbio alla recente proliferazione delle normative di riforma della materia... che si sono succedute tra il 1963 e il 1984 in Cecoslovacchia, in Albania, Polonia, Portogallo, Repubblica Democratica Tedesca, Austria, Ungheria, Spagna, Turchia, Jugoslavia, Repubblica Federale di Germania». Quindi, e finisco la citazione testuale «una dozzina di leggi nuove sono entrate in vigore nei paesi europei dal 1963 in poi, nel campo del diritto internazionale privato».

L'attualità di questo brano introduttivo della Relazione è veramente notevole, anche considerando il fatto che vi si leggono nomi di Paesi che evocano tempi passati, come la Repubblica democratica tedesca e la Repubblica federale di Germania, la Jugoslavia, la Cecoslovacchia, cioè entità

statali che non ci sono piú, o che comunque non ci sono piú negli stessi modi e termini nei quali esistevano quindici o venti anni fa. E già questo dettaglio ci dà l'idea degli avvenimenti intervenuti in questo lasso di tempo e di come non sia peregrino parlare di riforma dopo soli quindici anni. Perché non sono stati quindici anni usuali, ma anni caratterizzati da un'accelerazione degli eventi, con sconvolgimenti politici che hanno portato a mutamenti delle carte geografiche; che sono state disegnate e ridisegnate per effetto della sparizione o del disfarsi o ricomporsi degli Stati. Tutto ciò ha comportato novità non solo di assetto politico, ma anche di approccio culturale, di impostazione ideale o ideologica ai problemi del diritto; ai problemi – in particolare – connessi con il diritto internazionale privato.

Il che non poteva non riflettersi nella produzione normativa interna degli Stati e in quella internazionale.

Basti pensare al gran numero di convenzioni, protocolli, regolamenti comunitari che sono intervenuti negli anni successivi alla riforma del 1995 nei settori piú interessati dal diritto internazionale privato: la giurisdizione, la famiglia, le obbligazioni, la cittadinanza, l'esecuzione delle decisioni; nonché in settori che, pur non essendo specificatamente dedicati al diritto internazionale privato, contengono comunque norme di diritto internazionale privato che incidono sulla legislazione nazionale sia direttamente sia indirettamente.

Un richiamo all'impatto della normativa comunitaria basterebbe per capire quali riflessi si sono determinati sul sistema creato dalla legge del 1995.

È pur vero che la legge n. 218 era, in qualche misura, attrezzata per tener conto della normativa internazionale e conteneva disposizioni che le consentivano di affrontare le torsioni e le sollecitazioni prodotte dalla nuova produzione normativa esterna. Vi era, infatti, nella legge una certa struttura dinamica, flessibile che in qualche misura ha consentito un rapporto dialettico o dinamico con le convenzioni, i trattati, i regolamenti; non solo con quelli ad essa precedenti, che spesso sono richiamati nella stessa legge, ma anche con quelli che sono sopravvenuti rispetto al momento dell'approvazione. Per fare solo qualche esempio, si pensi al meccanismo dell'art. 13 o alle clausole inserite nella legge proprio per consentire di far fronte a ipotesi non originariamente previste.

Ma è chiaro che la recente proliferazione di atti internazionali e comunitari fa sorgere interrogativi, che devono essere posti e ai quali deve essere data una risposta, anche nell'incontro odierno. Ci si deve chiedere se la legge di riforma del 1995 sia ancora pienamente rispondente alle sue funzioni originarie, e se essa consente appieno il coordinamento fra la legislazione nazionale e la normativa europea. Se la domanda non è peregrina alla luce delle osservazioni ora fatte, il primo interlocutore interpellato è l'Accademia, il mondo dell'Università e della ricerca scientifica, al quale dobbiamo chiedere (e con il quale dobbiamo chiederci) se i problemi emersi sono risolvibili o no lasciando il quadro normativo immutato; se cioè è

ancora possibile, magari privilegiando un lavoro interpretativo, far fronte al mutato contesto e alle mutate necessità con il quadro normativo attuale oppure se è invece necessario fare una messa a punto, una «registrazione» del meccanismo della legge n. 218.

Se la risposta fosse positiva non credo che vi sarebbe da stupirsi, perché le leggi non sono mai scritte per l'eternità, anche se io tendenzialmente suggerisco sempre molta cautela nel riformare, di non farsi prendere da entusiasmi riformatori; perché è sempre meglio utilizzare lo strumento esistente e conosciuto (del quale si possono anche studiare gli adattamenti) piuttosto che avventurarsi in una nuova opera riformatrice, che potrebbe determinare problemi ulteriori soprattutto se non riservata ai consigli degli esperti e dei tecnici, ma affidata alle istanze politiche contingenti. L'intervento parlamentare, infatti, non sempre migliora gli strumenti normativi sui quali interviene, e una cautela a me viene spontanea.

Se si dovesse intervenire, c'è una domanda ulteriore che non si può non proporsi: in quali materie intervenire, in quali settori modificare?

Va fatto un ordine di priorità, che stabilisca in che misura è possibile accettare il ruolo residuale della legge n. 218, magari con qualche adattamento; e in qual misura occorra, piuttosto, procedere a una modifica più in profondità.

Qui finisco le mie domande perché a questo punto devo doverosamente cedere il passo agli studiosi. Mi chiedo soltanto se il fatto che forme di disagio rispetto alla normativa esistente non siano ancora sfociate in uno studio organico da parte del mondo universitario sia un'omissione non casuale, se significhi, cioè, che l'Accademia nel suo complesso ritiene che tutto va bene e non c'è bisogno di intervenire; oppure se significhi invece che l'Accademia sta riflettendo sul tema e gli studiosi si accingono ad intervenire. Tendo a credere che sia valida l'ultima ipotesi e ritengo quindi che l'incontro di oggi abbia una sua importanza; e sono grato, quindi, al prof. Pocar per avermi invitato a questa prima occasione di riflessione; quanto meno per cominciare a prendere consapevolezza, ad avere la percezione che esiste un problema, quale che poi ne sia l'estensione e la portata.

FAUSTO POCAR

Sulla riforma dell'art. 3 comma 2 della legge n. 218/1995

Tra gli orientamenti fondamentali che hanno ispirato la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, di cui alla legge n. 218 del 1995, un posto di primo piano occupa certamente la radicale modifica della prospettiva delle disposizioni preliminari del codice del '42, elaborate

in base a principi intesi a definire i limiti della giurisdizione e la determinazione della legge applicabile in modo da salvaguardare il piú possibile l'affermazione di valori interni all'ordinamento italiano e aperti in misura ridotta al riconoscimento di situazioni prodotte all'estero e all'applicazione del diritto straniero. La tendenza cui si ispira la nuova legge è invece di adottare un sistema di diritto internazionale privato aperto al mondo esterno, come è evidenziato dal fatto che le disposizioni generali della nuova legge sottolineano l'importanza delle convenzioni internazionali, privilegiando soluzioni concordate a livello internazionale rispetto a quelle di natura meramente interna.

Per quanto riguarda le convenzioni internazionali, invero, la legge non si limita a ribadire espressamente la loro priorità rispetto alle norme interne, con una norma di carattere didattico che ricordi all'interprete che la disciplina in esse prevista deriva da una fonte speciale che si applica in deroga a quella prevista dalla fonte generale dell'ordinamento interno. In diversi casi la legge segue l'idea di rinviare, per quanto possibile e opportuno, alle convenzioni internazionali anche oltre il loro ambito di applicazione, per regolare fattispecie che non rientrino in tale ambito, di conferire quindi unilateralmente alle convenzioni internazionali un ambito di applicazione maggiore di quello che esse stesse hanno, mediante un rinvio ricettizio «in ogni caso» al loro contenuto.

Un rilievo di questo tipo poteva naturalmente essere assegnato dal legislatore solo alle convenzioni internazionali esistenti nel momento dell'adozione della legge. Nei pochi anni successivi il loro numero è aumentato in misura importante e imprevedibile. Ma soprattutto si è verificata, dopo l'entrata in vigore del trattato di Amsterdam relativo all'Unione europea, la cosiddetta «comunitarizzazione» o «europeizzazione» del diritto internazionale privato, con la trasformazione delle convenzioni internazionali fra gli Stati membri dell'Unione in regolamenti comunitari e l'emaneazione di numerosi nuovi atti comunitari nei piú diversi settori dei conflitti di leggi e di giurisdizioni. Questo sviluppo normativo non era stato e non poteva essere previsto né dalla commissione incaricata di elaborare un testo di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato né dal legislatore del 1995. Ma esso, basato su una radicale modificazione della fonte normativa delle disposizioni contenute nelle convenzioni, era suscettibile di far sorgere problemi nelle ipotesi in cui la legge n. 218 prevede l'applicazione di tali disposizioni, con la formula «in ogni caso» o altra formula analoga, oltre il loro ambito, a situazioni da esse non contemplate.

Questo è soprattutto il caso della prima e principale convenzione comunitaria di diritto internazionale privato e processuale, che ha costituito e tuttora costituisce il punto di riferimento di tutte le convenzioni e i regolamenti successivi, e cioè della convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, piú volte modificata in occasione dell'adesione di nuovi

Stati, ampiamente riveduta – unitamente alla convenzione «parallela» di Lugano del 1988 con i paesi dell'Associazione europea di libero scambio – prima dell'entrata in vigore del trattato di Amsterdam, e infine trasformata nel regolamento comunitario n. 44/2001. Ma vediamo quali sono i problemi che la trasformazione della convenzione in regolamento ha fatto sorgere in proposito.

La convenzione di Bruxelles, come aveva indicato la migliore dottrina e come ha poi definitivamente chiarito la Corte di giustizia nel suo parere 1/03 del 7 febbraio 2006 relativo alla competenza della Comunità a concludere la nuova convenzione di Lugano (in questa *Rivista*, 2006, p. 514 ss.), costituisce un sistema completo che regola la giurisdizione, nelle materie comprese nel suo ambito materiale, non solo quando il convenuto abbia il domicilio negli Stati contraenti, ma anche quando lo abbia in un Paese terzo. Tuttavia, mentre la convenzione detta direttamente il contenuto delle regole di giurisdizione nel primo caso, essa ne prevede invece una disciplina indiretta quando il convenuto ha il domicilio in uno Stato terzo, rinviando in tal caso in generale alle regole di giurisdizione nazionali dello Stato del giudice adito, salve le ipotesi delle competenze esclusive e in una certa misura del foro prorogato in seguito ad un accordo di elezione di foro, per le quali le regole direttamente poste nella convenzione si applicano a tutti i convenuti, dovunque abbiano il loro domicilio.

Di fronte a questa normativa la legge n. 218 è intervenuta disponendo che, per le materie comprese nell'ambito materiale di applicazione della convenzione, le regole di giurisdizione dettate dalla medesima per le azioni in cui il convenuto ha il domicilio in uno Stato contraente si applicano anche quando il convenuto lo ha invece in uno Stato terzo, estendendo in tal modo la portata delle norme convenzionali. E non vi è dubbio che la scelta di inserire nella legge una disposizione di questo tenore – operata forse con dubbia opportunità in sede parlamentare, mentre la proposta della commissione aveva previsto il ricorso in questo caso alle norme italiane di competenza territoriale (v. la Relazione al disegno di legge n. 1192 presentato nel corso della XI legislatura, in POCAR, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, 2^a ed., Milano, 2002, *sub* art. 3) – è perfettamente compatibile con gli obblighi internazionali derivanti allo Stato italiano dalla convenzione, che come si è visto rinvia in proposito alle scelte del legislatore nazionale. L'art. 3 comma 2 della legge n. 218, che prevede l'estensione dell'applicazione delle regole della convenzione ai convenuti con domicilio in un Paese terzo, si richiama ai «criteri stabiliti dalle sezioni 2, 3 e 4 del titolo II della convenzione... e successive modificazioni in vigore per l'Italia», con una formula idonea quindi a comprendere non solo le modificazioni della convenzione già intervenute dopo il 1968, ma anche quelle che fossero apportate alla convenzione in occasione di revisioni successive all'entrata in vigore della legge di riforma.

Trasformata la convenzione di Bruxelles in atto comunitario con l'adozione del regolamento n. 44/2001, si è posto il problema di stabilire se il

regolamento rientri tra le «successive modificazioni» della convenzione alle quali la legge n. 218 fa rinvio. Per quanto a prima vista possa sembrare possibile una risposta positiva, quella negativa si impone ad un esame piú attento. Sembra inutile basarsi sull'intenzione del legislatore, perché è evidente che esso aveva in mente la serie di modificazioni già apportate alla convenzione in passato in occasione dell'adesione di nuovi Stati contraenti e intendeva escludere di dover intervenire con un emendamento legislativo ogni volta che una situazione di questo genere si presentasse in futuro. Ma è anche evidente che, riferendosi alle modificazioni successive «in vigore per l'Italia», il legislatore si riservava di esaminare e approvare ogni volta le modificazioni stesse ed eventualmente di non permetterne l'entrata in vigore per l'Italia ove il loro contenuto fosse pregiudizievole agli interessi del Paese. Trattandosi non di un rinvio formale alla fonte normativa convenzionale, ma di una recezione materiale del contenuto di specifiche disposizioni della convenzione, la eventuale non coincidenza delle norme richiamate con quelle successivamente modificate avrebbe potuto non essere opportuna, ma non costituire un ostacolo di carattere formale in un'eventualità di questo genere.

La modificazione della fonte normativa con la trasformazione della convenzione in regolamento altera completamente la situazione e priva il legislatore del controllo che si era riservato sulle modificazioni successive. Se è infatti vero che lo Stato italiano partecipa, attraverso la presenza del governo nel Consiglio, all'adozione di ogni atto comunitario la cui approvazione preveda, come nel caso dei regolamenti sulla cooperazione giudiziaria in materia civile, una decisione del Consiglio, è altrettanto vero che questa partecipazione non comporta la possibilità di escludere l'adozione del regolamento in ogni circostanza, e soprattutto non comporta le stesse garanzie di controllo parlamentare che esistono nel caso dell'autorizzazione alla ratifica di una convenzione internazionale. A questa considerazione va aggiunto che le garanzie sono ancora minori per ogni successiva modificazione del regolamento.

Del resto, anche sul piano di un'interpretazione letterale, l'art. 3 comma 2 parla di modificazioni della convenzione, riferendosi alla stessa fonte normativa, e non a modificazioni che possano derivare da una fonte normativa profondamente diversa. Per tutti questi motivi, un'interpretazione che comprenda nel richiamo alla convenzione anche regolamenti comunitari appare quindi difficile da sostenere, né basta la considerazione che il mancato richiamo del regolamento può comportare una differenza di disciplina in relazione al domicilio del convenuto in uno Stato contraente o in uno Stato terzo, quando l'intenzione del legislatore era palesemente quella di armonizzare il trattamento delle due situazioni, a portare a una conclusione diversa. Gli argomenti di perdita o comunque di attenuazione del potere sovrano di controllo governativo e parlamentare sulle modificazioni successive appaiono difficili da superare.

Nel senso qui affermato si era espressa parte della dottrina e si è pronunciata a sezioni unite la Corte di Cassazione, che in un'ordinanza resa su un ricorso preventivo di giurisdizione – ord. 21 ottobre 2009 n. 22239, in questa *Rivista*, 2010, p. 481 ss. – si è esplicitamente posta il problema se il rinvio dell'art. 3 comma 2 riguardi anche il regolamento n. 44/2001, dandovi una risposta decisamente negativa. Secondo la Corte, il rinvio continua ad essere fatto alla convenzione di Bruxelles nella sua ultima formulazione in vigore: nella fattispecie che comportava l'applicazione dell'art. 5 n. 1 – un articolo dunque che ha un diverso tenore nel regolamento – doveva pertanto farsi riferimento alla norma della convenzione, e non a quella del regolamento.

La decisione della Corte è stata recentemente criticata, perché avrebbe «risuscitato» una convenzione già morta operando una specie di «miracolo giuridico» (vedi la nota di CUNIBERTI, *The Living Dead Convention*, 29 novembre 2010, in www.conflictflaws.net), ma, a prescindere dalle frasi ad effetto di cui abbonda un commento con questo tono, esso mostra solo una scarsa conoscenza della legge e ignoranza della distinzione fra rinvio formale e la recezione materiale che essa fa alla convenzione di Bruxelles, o meglio ad alcune disposizioni di quest'ultima, essendo irrilevante agli effetti di tale recezione che il testo richiamato rimanga in vigore sul piano internazionale (anche se va riconosciuto a questo proposito che la motivazione dell'ordinanza della Corte non è certo ineccepibile). Più seria è la critica, pure avanzata in dottrina (FRANZINA, *An Italian View on the Living Dead Convention*, 29 novembre 2010, in www.conflictflaws.net), che sottolinea come la soluzione affermata dalla Corte di Cassazione comporti che venga a cessare il parallelismo fra i criteri di giurisdizione applicabili nei confronti dei convenuti aventi domicilio in uno Stato membro dell'Unione europea e quelli applicabili nei confronti dei convenuti con domicilio in uno Stato terzo, parallelismo a cui si ispira l'estensione normativa operata dall'art. 3 comma 2 della legge n. 218. Si è peraltro già notato come questa eventualità è una diretta e possibile conseguenza dell'utilizzazione dello strumento della recezione materiale per ampliare l'ambito di applicazione di alcune disposizioni della convenzione.

È giusto e naturale però chiedersi se la situazione normativa venutasi a creare non debba essere corretta, non mediante interpretazioni in contrasto con quanto consentito dal dettato normativo, ma con un intervento del legislatore. Il problema che in questa prospettiva si pone è allora un problema di politica legislativa: a questo punto, conviene cioè adottare una modifica legislativa che riporti il parallelismo istituito in precedenza e quindi estendere le disposizioni del regolamento unilateralmente al di là dell'ambito di applicazione loro proprio, utilizzandole per la determinazione della giurisdizione italiana anche quando il convenuto abbia il domicilio in uno Stato non membro dell'Unione europea, oppure questo risultato non è opportuno e si devono cercare altre soluzioni?

Senza dare qui una risposta definitiva al quesito, ritengo che si debba

dirigersi verso altre soluzioni. L'estensione della portata delle norme convenzionali fatta in sede parlamentare, pur ispirata ad apprezzabili considerazioni di uniformità normativa e di apertura del sistema italiano di diritto internazionale privato verso l'esterno rispondeva a mio avviso a una scelta legislativa ingiustificata dal punto vista della politica legislativa. Istituire e mantenere il parallelismo normativo ha comportato l'eliminazione di tutti i fori c.d. esorbitanti nei confronti dei convenuti con domicilio all'esterno dell'Unione europea senza ricevere alcuna contropartita da parte degli Stati terzi in cui tale domicilio si situa, come era invece avvenuto con la rinuncia reciproca ai fori esorbitanti da parte degli Stati contraenti della convenzione di Bruxelles. Con una rinuncia unilaterale, non accompagnata da un'analoga rinuncia da parte di Stati terzi, questa garanzia di reciprocità non esiste. La rinuncia è quindi in termini di politica legislativa inopportuna, a meno che non si dimostri che risponde a vantaggi dello Stato italiano, peraltro difficili da individuare nella specie.

Sono invece agevolmente individuabili gli svantaggi, dal punto di vista della protezione dei cittadini italiani, o comunque di individui residenti ed operanti in Italia. In particolare, la restrizione dell'ambito della giurisdizione risultante dall'abolizione di ogni foro esorbitante può comportare il verificarsi di situazioni in cui il cittadino italiano, o comunque la persona residente in Italia che voglia far valere una pretesa nei confronti di una persona avente domicilio in un Paese terzo, non possa avvalersi della giurisdizione italiana, mentre la persona domiciliata nel Paese terzo potrebbe in ipotesi convenire in giudizio il cittadino italiano (o la persona residente in Italia) davanti ai propri tribunali anche in base a un criterio di giurisdizione esorbitante. La decisione della controversia sarebbe quindi affidata a tali tribunali che, sempre in ipotesi, potrebbero seguire principi di procedura o applicare leggi in palese contrasto con principi di equo processo, fino ad arrivare ad un vero e proprio diniego di giustizia. È vero che in tal caso la sentenza straniera potrebbe non essere riconosciuta in Italia per contrarietà all'ordine pubblico, ma è altrettanto vero che l'impossibilità di adire la giurisdizione italiana impedirebbe al cittadino italiano di ottenere il soddisfacimento della sua pretesa anche se per avventura lo straniero avesse beni in Italia. In assenza di un foro esorbitante – nel caso menzionato per esempio la presenza di beni in Italia, che la convenzione di Bruxelles e il regolamento n. 44/2001 permetterebbero di utilizzare nei confronti dei convenuti con domicilio in un Paese terzo – il cittadino italiano si troverebbe esposto a perdere il suo credito. La restrizione della giurisdizione, in altre parole, opera a favore del solo convenuto, ma non tiene in alcun modo conto delle ragioni dell'attore, pure meritevole di tutela, creando uno squilibrio privo di giustificazione.

È evidente che ad una situazione come quella ora ipotizzata si sarebbe posto rimedio mantenendo la proposta avanzata dalla commissione di riforma, che aveva previsto che nel caso di convenuto con domicilio in un Paese terzo la giurisdizione italiana fosse determinata con un rinvio alle

regole di competenza per territorio previste dall'ordinamento italiano, tra le quali si trova anche l'art. 18, secondo comma cod. proc. civ. che avrebbe attribuito competenza al giudice italiano. Un ritorno alla proposta della commissione di riforma non è naturalmente l'unica soluzione legislativa possibile. L'adozione da parte del legislatore di un foro dei beni e di un *forum necessitatis* potrebbe raggiungere lo stesso risultato, senza prevedere un ambito della giurisdizione dell'ampiezza risultante da un riferimento alle norme sulla competenza territoriale, che può apparire eccessiva. Ma una semplice estensione delle norme del regolamento alle domande nei confronti di convenuti con domicilio in uno Stato terzo appare chiaramente inopportuna, e un intervento del legislatore dovrebbe correggere la soluzione adottata in sede di approvazione parlamentare della legge del 1995.

Va aggiunto che la stessa Commissione europea sembra dirigersi in questa direzione nel proporre di sostituire il rinvio ai criteri di giurisdizione nazionali quando il convenuto abbia il domicilio in uno Stato terzo, attualmente previsto dall'art. 4 del regolamento n. 44/2001, con norme uniformi di giurisdizione. La proposta recentemente presentata dalla Commissione al Consiglio e al Parlamento prevede invero l'estensione delle disposizioni del regolamento, ma accompagnata dalla previsione di un foro dei beni e da un *forum necessitatis*, proprio al fine di proteggere gli individui che risiedono nell'Unione europea da situazioni quale quella descritta e di evitare un diniego di giustizia nei loro riguardi. Non è il caso qui di dilungarsi su tale proposta di modifica del regolamento n. 44/2001, se non per rilevare che, se fosse approvata, il richiamo dell'art. 3 comma 2 della legge n. 218 non sarebbe più applicabile poiché la giurisdizione sarebbe disciplinata direttamente dal nuovo regolamento. Le prospettive di approvazione integrale della proposta della Commissione sono peraltro incerte e comunque non prevedono tempi immediati, ed è quindi opportuno che il legislatore italiano si ponga il problema di intervenire autonomamente a correggere la situazione legislativa che si è venuta a determinare in Italia in seguito all'adozione del regolamento in sostituzione della convenzione di Bruxelles.

FRANCO MOSCONI*

Sul criterio della cittadinanza: da Mancini ai giorni nostri

Il punto sul quale intendo soffermarmi riguarda il criterio della cittadinanza, propugnato con rigore e grande vigore da Pasquale Stanislao Man-

* Professore emerito nell'Università degli Studi di Pavia.

cini fin dalla metà dell'Ottocento. Ricordo anzitutto che la spiccatissima e poliedrica personalità di Mancini si è espressa non solo in molte aree del diritto, ma anche a livello parlamentare, governativo e diplomatico. I suoi *Discorsi parlamentari* sono stati raccolti in otto volumi «per deliberazione della Camera dei Deputati» e sono stati pubblicati dalla Tipografia della Camera dei Deputati, Roma, 1893-1897. Su di lui e sulle sue idee molto è stato scritto: qui vorrei solo ricordare la voce firmata da AL [BERTARIO] nell'*Enciclopedia italiana* (Treccani), vol. XXII, Roma, 1951, p. 86; il medaglione tra quelli dei fondatori dell'Institut de Droit International, firmato da DE NOVA, in Institut de Droit International, *Livre du Centenaire 1873-1973: Evolution et perspectives du Droit International*, Bâle, 1973, pp. 3-10, nonché su tutt'altro piano, per un curioso aneddoto di vita domestica, FRUTTERO, GRAMELLINI, *La Patria, bene o male*, Milano, 2010, p. 65.

Tornando ora al criterio della cittadinanza, occorre notare che all'insegnamento di Mancini, il quale aveva direttamente ispirato la prima codificazione unitaria per quanto concerne sia la delimitazione della giurisdizione sia la determinazione della legge applicabile da parte dei nostri giudici, il legislatore italiano è rimasto fedele e nemmeno la nostra commissione ha discusso a fondo della opportunità o meno di rivedere questo postulato manciniano.

Dunque il criterio della cittadinanza è stato tenuto fermo come criterio base anche se in concreto sono state introdotte variazioni certo non irrilevanti. Sul versante processuale la cittadinanza italiana del convenuto non è più di per sé titolo di giurisdizione a carattere generale (si confronti l'art. 3 comma 1 della legge del 1995 con l'art. 4 del codice di procedura civile del 1940) e tuttavia conserva un ruolo assai importante nelle norme speciali relative a molte questioni inerenti agli *status* personali. Sul versante della legge applicabile, sono stati introdotti criteri sussidiari: per esempio, per quanto riguarda i rapporti tra coniugi di cittadinanza diversa che sono ora sottoposti alla legge dello Stato nel quale la loro vita matrimoniale è prevalentemente localizzata.

Personalmente ritengo, tuttavia, che ormai ci si debba chiedere se la situazione attuale, l'esperienza maturata sulla base delle convenzioni di Bruxelles e di Roma e l'attivismo dell'Unione europea in materia di diritto internazionale privato non suggeriscano un più compiuto ripensamento.

A suggerire un ripensamento circa la fedeltà al postulato manciniano, non è soltanto l'esperienza cui accennavo da ultimo, quella dell'Unione europea entro la quale conviene sottolineare che è «vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità» (art. 18 TFUE).

Ci sono anche considerazioni riguardanti l'evoluzione che si riscontra nelle legislazioni nazionali in materia di cittadinanza, a partire dalla legislazione italiana. In effetti, rispetto a molti Stati, la cittadinanza sta perdendo il carattere espressivo di un'appartenenza forte del singolo alla comunità di persone che costituisce la base sociale dello Stato. In un passato nemmeno

lontanissimo, i legislatori nazionali erano in grande prevalenza orientati ad evitare situazioni di doppia cittadinanza. Di questo orientamento era espressione evidente la convenzione del Consiglio d'Europa – 6 maggio 1963 – sulla riduzione dei casi di nazionalità multipla e sugli obblighi militari in caso di pluralità di nazionalità, convenzione che per quanto qui interessa non a caso ha subito radicali modifiche con il secondo protocollo di emendamento aperto alla firma a Strasburgo il 2 febbraio 1993 e ratificato dall'Italia. In effetti, al pari di quella sulla cittadinanza italiana (la legge 13 giugno 1912 n. 555), molte leggi straniere prevedevano che, con il matrimonio, la moglie acquistasse la cittadinanza del marito perdendo la propria cittadinanza originaria, e che solo il padre trasmettesse la cittadinanza ai figli.

Oggi l'esigenza di rispettare la parità uomo-donna ha portato a un'inversione radicale. Molte legislazioni, a partire da quella italiana, tanto per il marito quanto per la moglie, facilitano la trasmissione della cittadinanza al coniuge straniero e prevedono che tanto il padre, quanto la madre trasmettano ai figli la propria cittadinanza. Questo anche a prescindere da ogni effettiva integrazione politico-sociale.

Va detto inoltre che l'Italia ha cessato di essere Paese di forte emigrazione, quale era ai tempi di Mancini ed è stata a lungo, per diventare al contrario essa stessa, in questi ultimi decenni, meta di importanti flussi di immigrati provenienti in gran numero da Stati che, rispetto al nostro, presentano marcate differenze culturali. Con la conseguenza che il giudice italiano si trova non di rado di fronte a difficoltà per superare le quali ricorre al limite dell'ordine pubblico. Pur sapendo che, rispetto al problema dell'immigrazione, la fedeltà a Mancini, ossia al criterio della cittadinanza, può risultare maggiormente rispettosa delle identità culturali originarie degli stranieri, sarei comunque incline al «tradimento», non solo e non tanto per favorire la coincidenza tra *forum* e *ius* e quindi l'applicazione del diritto materiale italiano nei nostri tribunali, ma anche perché questo permetterebbe di seguire l'orientamento prevalente nel diritto internazionale privato uniforme.

Già nella convenzione dell'Aja del 1902 sulla adozione dei minori, per suggerimento del delegato italiano Augusto Pierantoni – che di Pasquale Stanislao Mancini era genero – il criterio della residenza abituale fa la sua comparsa come antitesi al criterio della cittadinanza, in luogo del più tradizionale criterio del domicilio.

Se facciamo poi un salto di un secolo, troviamo che la Conferenza dell'Aja, occupandosi con una convenzione del 2000 della protezione degli adulti, utilizza la residenza abituale dell'interessato come titolo di giurisdizione prioritario, rendendola altresì determinante ai fini dell'individuazione del diritto applicabile, attraverso la voluta coincidenza di *forum* e *ius*.

In ambito comunitario la residenza abituale del prestatore caratteristico è stata assunta come criterio di collegamento dall'art. 4 par. 2 della con-

venzione di Roma del 1980, là dove le stesse parti contraenti non abbiano provveduto a designare la legge regolatrice.

Riferito a soggetti e situazioni diverse, il collegamento della residenza abituale viene ora utilizzato dai regolamenti del 2007 e del 2008, concernenti la legge applicabile rispettivamente alle obbligazioni extracontrattuali e contrattuali ed è destinato ad assumere un ruolo essenziale anche per quanto concerne la legge regolatrice delle successioni per causa di morte e quella regolatrice del divorzio e della separazione, secondo la proposta di regolamento avanzata dalla Commissione nel 2009 e il regolamento n. 1259/2010.

Per queste normative è ovviamente da ricercare una qualificazione comunitaria della nozione di residenza abituale. In questa ricerca non ci aiuta molto, per la sua limitatezza, la definizione che troviamo nei regolamenti Roma II e Roma I, secondo cui «per residenza abituale di una persona che agisce nell'esercizio della sua attività professionale si intende la sua sede di attività principale» (artt. 23 par. 3 Roma II e 19 par. 1 Roma I). In realtà, se si tiene conto che il diritto comunitario e la giurisprudenza della Corte di giustizia si integrano dando luogo a un *corpus* tendenzialmente organico, cosa debba intendersi per residenza abituale ci viene detto da non poche decisioni nelle quali la Corte ha affrontato il problema di tracciare a fini fiscali la distinzione tra residenti e non residenti.

In particolare, la Corte ha affermato dieci anni fa (sent. 10 maggio 2000, in causa C-87/99, *Zurstrassen*, punto 21), che la capacità contributiva personale del non residente, derivante dalla presa in considerazione di tutti i suoi redditi e della sua situazione personale e familiare, può essere valutata più agevolmente nel luogo in cui egli ha il centro dei suoi interessi familiari ed economici.

Questo luogo, ha concluso la Corte, corrisponde in genere alla residenza abituale della persona interessata. Questa giurisprudenza è stata confermata e specificata in un caso recente, nel quale la residenza abituale di un minore veniva in rilievo nell'ottica del regolamento Bruxelles II-*bis* (sent. 2 aprile 2009, causa C-523/07, *A*, in questa *Rivista*, 2009, p. 750 ss.).

Il concetto comunitario di residenza abituale si differenzia dunque da quello di residenza definito dal secondo comma dell'art. 43 del nostro cod. civ. – che la colloca «nel luogo in cui la persona ha dimora abituale» – e si avvicina in sostanza alla nozione di domicilio che il primo comma dello stesso art. 43 colloca là dove la persona «ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi».

La nozione ricavabile dalla giurisprudenza comunitaria può certo essere utilizzata anche rispetto alle convenzioni elaborate in seno alla Conferenza dell'Aja dove, del resto, l'Unione europea appare in procinto di fare sentire la propria voce in maniera incisiva.

Sul piano normativo vanno altresì menzionate le definizioni che si rinvencono ora nell'art. 1 del regolamento CE n. 883/2004 del 29 aprile

2004 «Norme in materia di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale nell'Unione europea» (in questa *Rivista*, 2010, p. 841): lett. *j*) 'residenza', il luogo in cui una persona risiede abitualmente; lett. *k*) 'dimora', la residenza temporanea ('stay' means temporary residence; le terme 'séjour' signifie le séjour temporaire; 'Aufenthalt' den vorübergehenden Aufenthalt).

Per concludere, penso che un aggiornamento della nostra normativa di diritto internazionale privato potrebbe utilmente portare alla sostituzione del criterio di collegamento della cittadinanza con quello della residenza abituale. In tal modo il nostro diritto internazionale privato comune si allineerebbe alle soluzioni del diritto internazionale privato uniforme, già in vigore o in via di adozione. E potrebbe essere lo stesso legislatore ad offrire un aiuto all'interprete. Ad integrazione dell'art. 43 cod. civ., oppure come statuizione della nuova legge – di riforma della riforma – il futuro legislatore italiano di diritto internazionale privato, potrebbe, per esempio, stabilire che per residenza abituale di una persona fisica che non agisca nell'ambito della propria attività professionale si debba intendere il luogo nel quale si colloca il centro dei suoi interessi personali ed economici, tenuto conto della sua presenza fisica in quel luogo, del carattere usuale di tale presenza, del possesso della relativa cittadinanza, delle conoscenze linguistiche, delle relazioni familiari e sociali, nonché di ogni altro fattore idoneo a fare di quel luogo il centro effettivo della vita personale della persona in questione.

Ho ricordato poc'anzi la novità introdotta rispetto alle preleggi dalla riforma del 1995 quanto ai rapporti tra coniugi aventi cittadinanza diversa o più cittadinanze comuni, rapporti che sono oggi regolati dalla legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata (art. 29; v. anche l'art. 31 relativo a separazione personale e divorzio). E mi sono poi detto propenso a procedere oltre nel superamento del postulato manciniano della *lex patriae*, fino a tradirlo, a favore del criterio di collegamento della residenza abituale. Mi preme ora precisare che in realtà il tradizionale e risalente criterio del domicilio – al quale, come si è visto, quello della residenza abituale strettamente si apparenta – non veniva affatto completamente rifiutato da Mancini. Il suo pensiero risulta infatti meno rigido e più aperto a una concreta e realistica flessibilità rispetto alla concisa enunciazione delle «sue» preleggi del 1865 ed anche rispetto a quanto emerge dalle conclusioni adottate dall'Institut de droit international a seguito dello storico Rapporto da lui stesso presentato alla sessione di Ginevra del 1874. Accanto alla relazione generale che, insieme a quella di Asser per il diritto processuale civile internazionale, formò oggetto delle conclusioni generali dell'Institut, Mancini aveva infatti presentato a Ginevra anche alcune «conclusioni speciali» – o regole speciali o direttive – rivolte ad orientare i futuri lavori dell'Institut. Queste conclusioni speciali furono messe in discussione senza peraltro che su di esse si

pervenisse ad un accordo, come risulta dal resoconto apparso nella *Revue de droit int. et de législation comp.*, 1874, p. 585 ss. Il loro testo non compare nell'*Annuaire de l'Institut*. Esse tuttavia «sono reperibili in varie pubblicazioni, che val la pena di indicare con cura, onde evitare confusioni». Sono parole del ricchissimo e penetrante saggio di NADELMANN, apparso con il titolo *Mancini's Nationality Rule and Non-Unified Legal Systems. Nationality versus Domicile*, in *American Journ. Comp. Law*, 1969, p. 418 ss., a p. 425: le indicazioni si rinvergono alle pp. 426-428 e riguardano – oltre alla già citata *Revue de droit int. et de législation comp.*, 1875, p. 363 e al *Journal du droit int. privé*, 1874, p. 304 – opere apparse tra la fine dell'Ottocento e i primi anni del Novecento. Personalmente ho consultato il testo che si trova in CATELLANI, *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, vol. II, Torino, 1885, p. 49 s. che presenta leggere variazioni meramente formali rispetto a quello che, limitatamente alla prima conclusione, qui di seguito riproduco, traendolo dalla nota 29 a p. 424 dello scritto di Nadelmann nell'*American Journ. Comp. Law* al quale ultimo mi attengo anche per la veste grafica.

Nadelmann presentava all'epoca infatti se stesso come Research Scholar Emeritus nella Harvard Law School nonché Member of the Board of Editors dell'*American Journal Comparative Law* e – sottolinea – la Harvard Law Library era – e presumibilmente tuttora è – in possesso dell'originale sia in italiano che in francese, delle *Prove di stampa non rivedute* della *Relazione* approntata da Mancini per la sessione ginevrina dell'Institut. Questa dunque la prima delle «conclusioni speciali» («direttive» è l'espressione usata da De Nova nella traduzione dell'articolo di Nadelmann): «I. Lo Stato e la Capacità della Persona, i Rapporti di Famiglia ed i diritti e le obbligazioni che ne derivano, debbono giudicarsi applicando le leggi della sua Patria, cioè della Nazione a cui essa appartiene; e solo sussidiariamente le leggi del suo attuale Domicilio, allorché diverse legislazioni civili coesistano in un medesimo Stato, ovvero si tratti di persone prive di nazionalità, o aventi doppia nazionalità. Ma le leggi personali dello straniero non possono avere ricognizione ed effetto nel territorio soggetto ad estera Sovranità, allorché siano in opposizione col diritto pubblico o con l'ordine pubblico territoriale».

Su questa e su una seconda «conclusione speciale» – che riguardava la legge applicabile alle successioni *mortis causa* – Mancini chiedeva un voto di massima. Le opinioni dei membri dell'Institut risultarono però discordi e la questione fu rinviata. Al riguardo si veda il già citato articolo di Nadelmann il quale dà conto anche delle circostanze cui si deve la mancata partecipazione di Mancini alle successive sessioni dell'Institut: una malattia, gli impegni di governo e diplomatici, la difesa di una delle parti nella causa *Samama c. Samama*, una importante causa ereditaria (nella quale suo genero Augusto Pierantoni – egli pure professore all'Università di Roma e *membre* dell'Institut – assisteva la parte avversa). In questa causa le «conclusioni

speciali» di Ginevra vennero evocate ed invocate dallo stesso Mancini nella comparsa a stampa – datata Roma 1880 – presentata alla Corte di Appello di Lucca, comparsa che Nadelmann (p. 433, nt. 97) ha potuto consultare nella Harvard Law Library.

Nadelmann rileva che il testo della Relazione di Mancini apparso ne *Il Filangieri*, 1876, p. 625 ss. e più recentemente in *Diritto internazionale*, 1959, I, p. 367 ss. e nell'*Antologia di diritto internazionale privato (Quaderni di "Diritto internazionale"*, vol. III, Milano 1964), p. 43 ss. non include le «conclusioni speciali». VITTA, *Diritto internazionale privato*, vol. I, Torino, 1972, p. 155 s., in nota osserva che le «conclusioni speciali» manciniane, «ancorché debitamente citate da alcuni autori dell'epoca... vennero con l'andar del tempo dimenticate cosicché – prima della loro "riscoperta" da parte di Nadelmann – erano praticamente ignote agli autori contemporanei, anche i più solerti e bene informati». Appare dunque strano che nella stessa opera Vitta, nell'ampio capitolo dedicato alle successioni (vol. III, Torino, 1975, p. 101 ss.) dimentichi di riprodurre la – o di dare comunque adeguato rilievo alla – seconda «conclusione speciale» presentata da Mancini a Ginevra, che nella versione riportata da Nadelmann recita: «Nelle *Successioni* all'universalità di un patrimonio, deve lasciarsi alla stessa legislazione indicata nella risoluzione precedente, cioè a quella della *nazione*, e sussidiariamente a quella del *domicilio* del defunto, determinare le *persone* successibili, la *misura* della *Disponibile* e della *Legittima o riserva*, e tutte le condizioni richieste per la *validità intrinseca delle disposizioni di ultima volontà*, qualunque sia la qualità ed il *luogo della situazione de' beni*».

Le «conclusioni speciali» sono state invece pubblicate come cap. X del Rapporto ginevrino nel volume a cura di JAYME ed edito da A. MIELE, *La nazionalità come fondamento del diritto delle genti di Pasquale Stanislao Mancini*, Torino, 1994, a p. 167 ss. Allo stesso JAYME si deve un precedente volume, *Pasquale Stanislao Mancini. Il diritto internazionale privato tra Risorgimento e attività forense*, Padova, 1988, nel quale (p. 66, nt. 136) riconosce a Nadelmann il «grosso merito» di «aver chiarito i retroscena» del caso *Samama*, ricostruisce quella vicenda processuale, anche sulla base della diretta consultazione delle *carte Mancini* conservate al Museo centrale del Risorgimento di Roma (p. 33, nt. 45 e p. 66 ss.) ma critica lo sforzo dello stesso Nadelmann di interpretare le «memorie processuali di Mancini che hanno le ponderose dimensioni di un manuale scientifico... nel senso del favore al ricorso alla *lex domicilii* nel caso di appartenenti ad uno Stato con un ordinamento plurilegislativo, senza più dipendere dalla cittadinanza» (pp. 69-70).

A proposito della nozione di residenza abituale desidero aggiungere solo qualche rapida citazione. Il primo riferimento è alla c.d. convenzione dell'Aja sul rinvio (più precisamente *Convention pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile*, del 15 giugno 1955, ma mai entrata in vigore) che opera una sorta di *reductio ad unum* stabilendo

all'art. 5: «Le domicile, au sens de la présente Convention est le lieu où une personne réside habituellement». Vorrei anche ricordare le parole del mio Maestro, Rodolfo De Nova che, già nel 1968, prendeva atto del «continuo declino dell'importanza della *lex patriae* a partire dalla fine della seconda guerra mondiale, sia nei 'laboratori' legislativi che in quelli dottrinali». E ravvisava un «segno... ammonitore di questa crisi della cittadinanza come criterio giurisdizionale e conflittuale» nella sfida e nell'intensa concorrenza, nell'ambito della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, del concetto di «residenza abituale» nel quale egli vedeva «il 'domicilio' modernizzato ad uso internazionale» (DE NOVA, *Recenti sviluppi in diritto internazionale privato*, in *Dir. int.*, 1968, I, p. 20 ss., a p. 55; la versione originaria di questo saggio era in precedenza apparsa con il titolo *Current Developments of Private International Law*, in *American Journ. Comp. Law*, 1964, p. 542 ss., spec. p. 562). Questo saggio di De Nova è citato anche da VITTA, *op. cit.*, vol. I, p. 47, dove parlando dell'utilizzo da parte delle convenzioni dell'Aja del criterio della residenza abituale scrive che «si tratta di un collegamento più semplice e concreto del domicilio o, se si vuole, di un "domicilio modernizzato ad uso internazionale" (De Nova), che deve la sua fortuna al fatto di essere stato depurato dai complessi elementi di carattere giuridico, che contraddistinguono il domicilio in certe legislazioni interne... La residenza abituale, cioè, consiste nel soggiorno di una certa persona in un certo luogo con carattere di abitualità. L'uno e l'altro elemento (soggiorno ed abitualità) sono circostanze materiali, cioè di puro fatto, da esser accertate di volta in volta dal giudice, a seconda di come si presenta ogni singolo caso concreto». Lo stesso Vitta, nel 1968, in un suo *Progetto di legge sul diritto internazionale privato*, non escludeva che in materia di rapporti personali tra coniugi il principio di nazionalità potesse venire abbandonato a favore del criterio della «abituale residenza» (v. art. 6, Testo alternativo e Motivazioni, riprodotti nel suo trattato *Diritto internazionale privato*, vol. III cit., p. 581 e p. 592), ma originariamente pubblicati dall'ISLE, *Prospettive del diritto internazionale privato. Un simposio*, Milano, 1968, pp. 239-240: *ivi*, a p. 389 ss., un mio breve intervento volto a far rilevare l'opportunità di introdurre una specifica disciplina per i casi in cui il criterio della cittadinanza dovesse funzionare rispetto a pluricittadini, e a puntualizzare la distinzione tra le nozioni di residenza e residenza abituale. Più decisamente propenso ad una revisione critica dell'impiego del principio di nazionalità quanto ai rapporti tra coniugi appare il documentatissimo scritto di RUINI, *Considerazioni su di una recente proposta di riforma legislativa del diritto internazionale privato italiano*, in Università di Camerino, *Annali della Facoltà giuridica*, vol. XXXV, 1969, p. 419 ss., spec. p. 507 ss.

ROBERTA CLERICI *

Sulla riforma dell'art. 42 della legge n. 218/1995

Vorrei evidenziare un'ipotesi nella quale il «rinvio in ogni caso» alle convenzioni internazionali previsto formalmente in quattro occasioni dalla legge di riforma si rivela ormai inadeguato a causa della incidenza – diretta o indiretta – del diritto internazionale privato di origine internazionale ed europea.

Com'è noto, l'art. 42 della legge n. 218/1995 «incorpora» la convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori. Tale norma rende dunque operante nell'ordinamento italiano, al di là del suo vigore internazionale, una convenzione la cui ratifica era stata autorizzata sin dal 1980, ma la cui necessaria legge di attuazione era stata emanata solo nel 1994, determinandone così l'entrata in vigore per l'Italia il 23 aprile 1995, a ridosso cioè dell'emanazione della legge di riforma.

Già a quell'epoca i principi sottesi alla convenzione si erano però rivelati ormai superati, soprattutto in riferimento all'impianto di fondo delle sue regole che nascevano da un compromesso tra la persistente volontà di alcuni negozianti di conservare il criterio della cittadinanza anche in questo settore e l'intento di altri, volto ad introdurre invece il criterio (più moderno e soprattutto più idoneo) relativo alla residenza abituale del minore stesso; tale compromesso era appunto sfociato nell'adozione di entrambi i criteri, sia pur differentemente dosati. Da qui la creazione di un sistema piuttosto complicato, a causa della competenza concorrente dei giudici degli Stati contraenti ed alla conseguente sovrapposizione di ordinamenti applicabili; tuttavia esso costituiva pur sempre l'unico strumento di cooperazione nella materia, pur se il suo vigore era limitato ad una decina di Stati Parti. D'altro canto, anche la Svizzera, la cui legge federale di diritto internazionale privato risale al 18 dicembre 1987, aveva optato a favore dell'applicazione «per analogia» della convenzione del 1961 ai casi da essa esclusi con modalità simili a quelle poi sancite dall'art. 42 della legge n. 218/1995 (così l'art. 85 comma 2). Riguardo al nostro sistema, alle difficoltà interpretative della convenzione *proprio vigore* si sono aggiunte quelle peculiari vertenti sul richiamo effettuato dal legislatore italiano: prima fra tutte, quella relativa al possibile rinvio anche alle norme sul riconoscimento dei provvedimenti stranieri, non contemplato espressamente nel titolo dell'art. 42 e sul quale si sono formate opinioni discordi (BONOMI, *La convenzione dell'Aja del 1961 sulla protezione dei minori: un riesame dopo la ratifica italiana e l'avvio dei lavori di revisione*, in questa *Rivista*, 1995, spec. p. 650 ss.).

* Professore ordinario nell'Università degli Studi di Milano.

Peraltro, a distanza di un anno dall'entrata in vigore della nostra legge di riforma era già stata firmata, sempre in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, una nuova convenzione concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità parentale e di misure di protezione dei minori, che reca appunto la data del 19 ottobre 1996; essa è destinata a sostituire tra gli Stati contraenti di entrambe la convenzione precedente (art. 51).

A loro volta, le norme sulla giurisdizione e sull'efficacia dei provvedimenti stranieri contenute nella convenzione del 1961 sono state derogate, nei confronti degli Stati membri – ad eccezione della Danimarca – della (allora) Comunità europea in un primo tempo dal regolamento (CE) n. 1347/2000 del 29 maggio 2000 e successivamente, in misura ancor più ampia, dall'attuale regolamento n. 2201/2003 del 27 novembre 2003, il quale disciplina appunto la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni (oltre che in materia matrimoniale) in materia di responsabilità genitoriale; tale prevalenza è ribadita dall'art. 60 di quest'ultimo. Ed occorre sottolineare che già nel testo del primo regolamento erano state sostanzialmente trasfuse le norme della convenzione di Bruxelles del 25 maggio 1998 concernente la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale (elaborata in seno all'Unione europea, ma mai entrata in vigore), le quali erano frutto di una impostazione analoga a quelle della convenzione dell'Aja del 1996. Oggi le norme del regolamento n. 2201/2003 mostrano punti di contatto ben più numerosi, fermo restando che l'art. 61 sancisce ovviamente la prevalenza di queste ultime anche su quelle della nuova convenzione dell'Aja.

Attualmente, tale prevalenza si impone solamente nei confronti degli otto Stati membri che hanno proceduto appunto alla relativa ratifica, tra i quali non figura l'Italia; tuttavia il numero degli Stati contraenti è destinato ad aumentare in un futuro che si può ormai pronosticare come prossimo. È noto infatti che, con la decisione 2008/431/CE del 5 giugno 2008, il Consiglio dell'Unione europea ha autorizzato «nell'interesse della Comunità» a ratificare la convenzione dell'Aja del 1996 i diciotto Stati membri non ancora da essa vincolati, ma pur sempre destinatari delle norme sulla c.d. comunitarizzazione del diritto internazionale privato. Questa decisione (che fa seguito ad una analoga decisione del 2002, relativa alla firma della convenzione) riflette la competenza mista degli Stati membri e della Comunità nelle materie coperte dalla convenzione stessa (il regolamento n. 2201/2003 non disciplina la legge applicabile alla protezione dei minori); d'altro canto, all'epoca della elaborazione della convenzione del 1996 non poteva evidentemente essere prevista la futura adesione da parte della Comunità alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato avvenuta, a seguito della modifica dello statuto di questa, con la decisione del Consiglio dell'Unione europea 2006/719/CE del 5 ottobre 2006.

Non appare questa la sede per approfondire i vari aspetti relativi al coordinamento tra le regole internazionali e quelle europee, ivi inclusa la dichiarazione che gli Stati membri (ovviamente, sempre ad eccezione della Danimarca) sono obbligati a presentare – ai sensi dei rispettivi articoli 2 delle decisioni citate – al depositario della convenzione del 1996, al fine di ribadire la suddetta preminenza su quest'ultima delle norme del regolamento in tema di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni sulla responsabilità genitoriale. Occorre invece sottolineare l'urgenza della ratifica italiana, non tanto in vista della prossima scadenza (rispetto al cui carattere perentorio si può dubitare) del termine apposto dalla decisione del 2008 (5 giugno 2010), quanto soprattutto in considerazione dell'ammodernamento che le nuove regole pattizie producono nel campo della disciplina relativa alla protezione dei minori. L'inerzia mostrata dal Governo italiano sembra da ascrivere al timore di introdurre nell'ordinamento apposite norme sul riconoscimento dei provvedimenti stranieri relativi alla *kafalah* di diritto islamico, sinora ammesso dalla giurisprudenza ove richiesto da cittadini stranieri (ad es. Cass., 20 marzo 2008 n. 7472, in questa *Rivista*, 2008, p. 809 ss.) ma rifiutato nei confronti di cittadini italiani di fede mussulmana (Cass., 1° marzo 2010 n. 4868, *ibidem*, 2010, p. 754 ss., cfr. da ultimo LANG, *Considerazioni su kafalah, ricongiungimento familiare e diritto dell'Unione europea*, in *Dir. imm. citt.*, 2011, 2, p. 52 ss.).

In ogni caso, l'introduzione nel nostro ordinamento delle norme di esecuzione della nuova convenzione dell'Aja comporterà evidentemente l'esigenza di modificare l'attuale testo dell'art. 42 della legge n. 218/1995. Occorre allora verificare gli effetti di una eventuale «incorporazione» di tale strumento internazionale nella suddetta legge, anche alla luce dell'incidenza del regolamento (CE) n. 2201/2003: dunque, al di fuori dell'ambito di applicazione sia di quest'ultimo sia della convenzione del 1996.

Ricordo preliminarmente che un simile rinvio rende applicabili le norme internazionali in chiave per così dire unilaterale: in altri termini, le norme pattizie dovrebbero limitarsi a individuare in quali casi il giudice italiano è competente anche in relazione a minori residenti negli Stati terzi rispetto sia all'Unione europea sia agli Stati contraenti della convenzione; in virtù di norme identiche contenute nelle due convenzioni dell'Aja, tale competenza comporta poi l'applicazione delle norme materiali della *lex fori*, nel nostro caso dell'ordinamento italiano; inoltre la convenzione dell'Aja più recente contiene apposite regole ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia.

Come si è già rilevato, riguardo alla giurisdizione la nuova convenzione mantiene intatto il criterio di base relativo alla residenza abituale del minore, ma espunge completamente quello relativo alla cittadinanza del medesimo. Viene così evitato il pernicioso sistema delle competenze concorrenti tra i giudici dello Stato di cittadinanza e quelli dello Stato di residenza; e vengono altrettanto eliminati i problemi interpretativi derivanti dalla

doppia cittadinanza del minore, ai quali la giurisprudenza italiana ha tuttavia fornito soluzioni connotate da uno spirito internazionalistico (Cass. s. u., 9 gennaio 2001 n. 1, in questa *Rivista*, 2002, p. 128 ss., su cui MONTANARI, *Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni sulla protezione del minore bipolide tra convenzione dell'Aja del 1961 e norme comuni*, *ivi*, p. 99 ss.). Sotto questo profilo, il «rinvio in ogni caso» alle regole del 1996 non comporta dunque alcuna rilevante modifica del nostro sistema, rimanendo pur sempre prioritaria, nei confronti dei minori residenti in Italia (siano essi italiani, stranieri comunitari oppure extracomunitari) l'operatività delle identiche norme contenute nel regolamento (CE) n. 2201/2003, la cui applicazione è stata già sperimentata dai giudici italiani.

Può assumere invece rilievo l'estensione della competenza di questi ultimi, investiti di una causa di separazione personale o di divorzio o di annullamento del matrimonio, a conoscere anche dell'affidamento dei figli minori della coppia che non risiedono abitualmente in Italia né in uno Stato membro dell'Unione europea (con la consueta eccezione della Danimarca) né in uno Stato contraente della convenzione, dato che quest'ultima prevede anch'essa all'art. 10 tale estensione, così come il regolamento (art. 12 par. 1 e 2). Per di più, il dettato della norma pattizia vale a fugare le perplessità che suscita l'esercizio della giurisdizione italiana a titolo di competenza residuale in base al regolamento, fondato su quel legame assai tenue con la realtà sociale del nostro Stato che è costituito dal criterio del luogo di celebrazione del matrimonio in Italia *ex* art. 32 della legge n. 218. L'art. 10 della convenzione porta infatti a ridurre simili rischi, poiché prevede – a differenza del regolamento europeo – che almeno uno dei genitori risieda abitualmente all'inizio della controversia matrimoniale nello Stato in cui il processo si svolge; valgono poi gli ulteriori requisiti presenti anche nello strumento comunitario, quali l'accettazione di tale ampliamento della giurisdizione da parte dell'altro genitore e la verifica della congruità di tale estensione con il superiore interesse del minore.

Di fronte poi all'art. 8 che reca una norma analoga all'art. 15 del regolamento sul trasferimento di competenza, si potrebbe dubitare della concreta operatività di tale trasferimento dal giudice italiano a quello di uno Stato non contraente in base al principio del *c.d. forum conveniens*. Risulta infatti evidente che, non solo nella prospettiva unilaterale qui indicata, esso può valere solo nella misura in cui al nostro giudice è attribuita la facoltà di invitare le parti a rivolgersi ad un giudice di uno Stato terzo, ritenuto più adatto a decidere sulla sorte del minore (ad es., quello della precedente, ma non troppo risalente nel tempo, residenza abituale o della cittadinanza del minore stesso). Gli esiti di tale trasferimento, in assenza di regole comuni, sembrerebbero a prima vista incerti. Tuttavia, una simile apertura nei confronti di autorità giurisdizionali «esterne», qualora dotate di competenza in base al proprio ordinamento, era stata già prospettata all'Aja nel corso dei lavori preparatori (PICONE, *La nuova convenzione dell'Aja sulla protezione*

dei minori, in questa *Rivista*, 1996, spec. p. 718). Una corrispondente previsione in chiave unilaterale, frutto dell'applicazione dell'eventualmente novelato art. 42 della legge n. 218, non appare allora del tutto irragionevole. I medesimi effetti non possono evidentemente essere statuiti per l'ipotesi inversa (trasferimento di competenza dal giudice dello Stato terzo al giudice italiano), prevista dall'art. 9 della convenzione nei confronti degli Stati Parti.

Permane, in ogni caso, la competenza eccezionale del giudice italiano ad adottare i provvedimenti provvisori o urgenti nei confronti dei minori che si trovano – ma non risiedono abitualmente – nel territorio italiano (così come dei loro beni), anche se l'esercizio di tale competenza è destinato a cessare allorché intervengano misure da parte delle autorità dello Stato di residenza abituale (art. 20 del regolamento e art. 9 della precedente convenzione dell'Aja del 1961). Tale sequenza è stata già sperimentata dal giudice italiano, con un espresso richiamo all'art. 42 della legge n. 218/1995, nei confronti di uno Stato non contraente della convenzione del 1961 quale la Bielorussia, in occasione delle misure urgenti adottate nel caso della piccola c.d. Maria, proveniente da Chernobyl (App. Genova, 30 settembre 2006, in *Famiglia e minori*, 2006, p. 15 ss., con numerosi commenti).

L'incorporazione della convenzione del 1996 nel nostro sistema dovrebbe comportare, in linea di principio, una analoga cessazione di efficacia dei suddetti provvedimenti anche qualora tali misure provengano da giudici di Stati «terzi» (così intesi in base alla duplice accezione qui rilevante). Ebbene, a differenza della convenzione del 1961, la nuova convenzione prevede essa stessa una apposita disciplina in materia; viene statuito infatti che le misure emesse in caso di urgenza nonché quelle aventi un carattere provvisorio nei confronti di un minore che risieda abitualmente sia in uno Stato Parte sia in uno Stato non contraente cessino rispettivamente di avere efficacia non appena le autorità competenti dei suddetti Stati abbiano adottato le misure «imposte dalla situazione» e, nel secondo caso, siano altresì riconosciute nell'ordinamento in questione (così gli artt. 11 e 12).

Anche alla luce di queste ultime norme, il rinvio in ogni caso alla convenzione del 1996 non dovrebbe allora includere la specifica regola sulla litispendenza ivi prevista (art. 13); proprio in considerazione delle fattispecie assai delicate sottese a tali controversie, il giudice italiano dovrebbe essere tenuto infatti a dichiarare il difetto di giurisdizione nel rispetto di tutti i requisiti previsti in via generale dall'art. 7 della legge n. 218, soprattutto di quello attinente alla prognosi di riconoscibilità del futuro provvedimento straniero che la convenzione non prevede.

Infine, pur senza raggiungere l'incisività delle corrispondenti regole europee, anche la convenzione del 1996 si è allineata alle prescrizioni della convenzione del 25 ottobre 1980 sulla sottrazione internazionale dei minori. Il giudice italiano sarà così obbligato ad astenersi, salvo che si tratti di misure urgenti, dall'emettere provvedimenti nei confronti del minore illecitamente trasferito, o altrettanto illecitamente trattenuto, in Italia (art. 7), il

quale deve comunque provenire da uno Stato vincolato dalla convenzione del 1980.

Sul versante della legge applicabile, con specifico riguardo alle misure da adottare (opportunamente specificate nell'art. 3 della nuova convenzione, ivi comprese quelle relative alla responsabilità parentale sulla cui inclusione nell'ambito della convenzione del 1961 si era invece discusso in passato: v. BONOMI, *op. cit.*, p. 619 ss.), l'art. 15 mantiene la coincidenza, già presente nella convenzione dell'Aja del 1961, tra *forum* e *ius*: dunque, l'applicazione nella prospettiva qui indicata delle norme materiali italiane. È stata tuttavia introdotta una nuova regola di conflitto, costituita da una deroga a favore della legge con la quale la situazione presenti uno stretto legame; alla luce del carattere universale di tali regole sancito dall'art. 20, essa è dunque suscettibile di richiamare anche gli ordinamenti degli Stati non contraenti. Altrettanto innovativa ed aperta verso questi ultimi risulta poi la dettagliata disciplina dei «rapporti di autorità *ex lege*» (ovvero, relativi all'attribuzione o all'estinzione della responsabilità genitoriale senza l'intervento dell'autorità giurisdizionale o amministrativa), sottoposti esclusivamente alla legge della residenza abituale del minore (artt. 16-17: cfr. PICONE, *op. cit.*, p. 731 ss.; LAGARDE, *La nouvelle convention del La Haye sur la protection des mineurs*, in *Revue critique*, 1997, p. 231 ss.); su tale legge può addirittura incidere in taluni casi il meccanismo del rinvio, di per sé invece escluso su un piano generale (art. 21).

Sul versante del riconoscimento dei provvedimenti stranieri, la convenzione del 1996 anticipa il modello normativo oggi presente nel regolamento n. 2201/2003: riconoscimento automatico, dunque senza intervento di alcun giudice, ma assortito alla facoltà per chiunque vi abbia interesse di esperire un'azione di accertamento positivo o negativo sulla sussistenza dei requisiti previsti per il riconoscimento stesso.

Tali requisiti, elencati nell'art. 23, coincidono con quelli del regolamento europeo allorché prevedono la non contrarietà all'ordine pubblico, tenuto conto dell'interesse superiore del minore, l'ascolto nel procedimento straniero, ove non inopportuno, del minore stesso oppure l'ascolto della persona che ritiene pregiudicata dalla relativa decisione la propria responsabilità genitoriale; o ancora l'assenza di un provvedimento incompatibile emesso successivamente in uno Stato contraente o nello Stato terzo di residenza abituale del minore e suscettibile di essere riconosciuto nello Stato richiesto. Se ne discostano invece allorché impongono, da un lato, la verifica della competenza internazionale c.d. indiretta del giudice straniero che ha adottato il provvedimento; dall'altro, allorché non contemplano alcun effetto in caso di contumacia del convenuto.

Del tutto peculiare appare soprattutto la previsione di cui all'art. 23 lett. *f* in relazione al discusso riconoscimento dei provvedimenti stranieri relativi alla *kafalab*. Tale disposizione esige infatti il rispetto dell'art. 33, il quale sancisce a sua volta la necessità di una consultazione preventiva tra l'auto-

rità competente dello Stato che intende adottare una misura di collocamento o affidamento del minore presso un ente, una famiglia o tramite l'istituto della *kafala* e l'Autorità centrale o un'altra autorità competente dello Stato dove tale collocamento avrà luogo; e subordina la decisione della prima alla preventiva approvazione da parte di queste ultime, sia pur tenuto conto del superiore interesse del minore. Le suddette norme attualmente dispiegano la loro efficacia solamente nei confronti delle competenti autorità del Marocco, l'unico Stato con ordinamento a matrice religiosa mussulmana che ha sinora ratificato la convenzione del 1996. Esse dovrebbero ridurre le preoccupazioni del governo italiano riguardo alla propria ratifica, prestandosi ad eventuali interpretazioni maggiormente propense ad una limitazione dei ricongiungimenti familiari piuttosto che alla salvaguardia della protezione del minore (in senso critico anche PICONE, *op. cit.*, p. 740). L'incorporazione della convenzione nel nostro sistema non può comunque non estendersi alla specifica disciplina sul riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti stranieri in materia e derogare quindi agli artt. 64-67 della legge n. 218/1995. Essa non è tuttavia suscettibile – com'è evidente – di imporre i suddetti obblighi agli Stati islamici non vincolati dalla convenzione medesima. Appare comunque auspicabile che le previsioni di cui sopra non valgano a bloccare, sempre e comunque, l'efficacia in Italia dei suddetti provvedimenti, da qualunque Stato provengano.

Ancora a proposito di cooperazione tra le Autorità centrali, il rinvio in ogni caso alla nuova convenzione potrebbe essere esteso anche alla relativa disciplina (artt. 29-39). È pur vero che, nella prospettiva qui esaminata, ci si trova in presenza di Stati non contraenti, dunque non obbligati a scambiare informazioni e quant'altro; tuttavia – come è stato ben rilevato già a proposito del rinvio alla convenzione del 1961 – nessun motivo, d'ordine nazionale o internazionale, impedisce tale cooperazione anche in assenza di obblighi pattizi (MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte speciale*, 2^a ed., Torino, 2006, p. 34 s.). La già ricordata sentenza della Corte di Appello di Genova sul caso della piccola Maria ne costituisce conferma.

In definitiva, la futura ratifica italiana della convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 dovrà comportare una modifica del richiamo attualmente previsto dall'art. 42 della legge di riforma, che potrà essere rivolto all'intero strumento internazionale, a differenza di quanto è avvenuto nel frattempo per la legge svizzera del 1987; l'art. 85, ricordato all'inizio, nel testo modificato (in vigore dal 2009) a seguito della ratifica da parte di tale Stato, pur citando la nuova convenzione ne ha espunto «l'applicazione per analogia», e si è limitato a statuire al comma 3 che i provvedimenti emessi in uno Stato terzo sono riconosciuti se sono stati adottati (o a loro volta riconosciuti) nello Stato di dimora abituale del minore.

Viceversa, un richiamo generale alla convenzione del 1996 comporta per il nostro sistema l'ampliamento della giurisdizione in materia di prote-

zione dei minori, nei termini già illustrati, riguardo alle controversie in tema di separazione personale, divorzio e annullamento del matrimonio nonché l'introduzione di nuove e idonee regole sulla legge applicabile e sul riconoscimento ed esecuzione dei relativi provvedimenti emessi in Stati non vincolati dal regolamento (CE) n. 2201/2003 né dalla convenzione stessa. Da quest'ultimo punto di vista, si rende perciò necessaria una modifica anche dell'attuale titolo dell'art. 42 della legge n. 218/1995, al fine di evitare gli equivoci sopra evidenziati.

Infine, l'abbandono, da parte della nuova convenzione, del criterio relativo alla cittadinanza del minore ha comportato anche una autonoma determinazione del proprio ambito ai minori di 18 anni (art. 2). Potrebbe invece essere tutt'al più mantenuta nel nuovo testo dell'art. 42 la statuizione circa l'applicabilità della convenzione stessa anche alle misure di protezione dei minori considerati tali solo dalla loro legge nazionale. Ciò consentirebbe di ovviare alle eventuali situazioni claudicanti nei confronti, ad esempio, dei cittadini tunisini residenti in Italia che raggiungono la maggiore età al compimento dei 21 anni, sinora appunto evitate in base al testo attuale del suddetto articolo (Trib. Como, decreto 21 ottobre 2003, in questa *Rivista*, 2004, p. 1032 s.).

Post scriptum. A distanza di un anno dalle considerazioni sin qui formulate è necessario dar conto di una serie di modifiche delle situazioni allora prospettate. Anzitutto, la convenzione del 1996 è entrata (o è destinata ad entrare) in vigore tra la seconda metà del 2010 e i primi del 2011 tra altri tredici Stati dell'Unione europea, a seguito del deposito delle rispettive ratifiche. Mancano pur sempre le manifestazioni di volontà in tal senso del Belgio, della Grecia, del Regno Unito, della Svezia nonché dell'Italia, Stati che hanno peraltro tutti proceduto alla firma della convenzione medesima.

Riguardo al nostro ordinamento, occorre altresì segnalare che a partire dal secondo semestre del 2010 si sono susseguite in Parlamento interrogazioni, mozioni e proposte di legge sulla necessaria autorizzazione del Governo alla ratifica di tale strumento. Alcune di esse mostrano toni allarmati paventando una possibile procedura di infrazione davanti alla Corte di giustizia *ex art. 258 TFUE* a causa della avvenuta scadenza del termine apposto nella decisione del Consiglio dell'Unione europea 2008/431/CE, ricordato all'inizio. Si tratta di timori probabilmente esagerati (la decisione reca infatti l'inciso «se possibile», riferito al simultaneo deposito delle ratifiche degli Stati membri non ancora parti contraenti). Tuttavia, non si può fare a meno di ricordare la sentenza di condanna resa dalla Corte in un caso analogo il 19 marzo 2002, in causa C-13/00, *Commissione delle Comunità europee c. Irlanda* (in *Raccolta*, 2002, p. I-2943 ss. e in breve anche in questa *Rivista*, 2002, p. 511 ss.; sulla ratifica degli accordi misti v. di recente, anche riguardo alla convenzione del 1996, VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, 2^a ed., Bari, 2010, p. 217 ss.).

Meritano piuttosto di essere evidenziati il nuovo atteggiamento di apertura verso il riconoscimento dei provvedimenti (solo giudiziali) relativi alla *kafalah* da parte del governo italiano, ivi compresi i Ministeri degli affari esteri e dell'interno, che traspare da taluni degli atti parlamentari; e soprattutto l'esame in corso alla Camera presso la III Commissione permanente (Affari esteri e comunitari) in sede referente delle varie proposte di legge di autorizzazione alla ratifica sinora presentate nel suddetto arco di tempo, in attesa di un apposito disegno di legge governativo che dovrebbe essere abbinato ad esse (v. Camera dei deputati, *Resoconti della Giunte e Commissioni, III Commissione, Resoconto del 13 luglio 2011*, reperibile unitamente alle varie proposte nel sito www.camera.it). Dalle relazioni che accompagnano il testo di tali atti emerge l'esigenza di fugare i dubbi relativi al riconoscimento dei provvedimenti di *kafalah* pur se viene evocato un «monitoraggio caso per caso» da parte dell'Autorità centrale italiana. Tuttavia, l'aspetto di maggior rilievo è costituito dall'inserimento, nella maggior parte di essi, accanto all'ordine di esecuzione della convenzione di una apposita norma recante la modifica dell'art. 42 della legge n. 218/1995 mediante la sostituzione *tout court* del richiamo alla convenzione dell'Aja del 1961 con quello alla convenzione del 1996. Malgrado non venga modificato il titolo della norma, tale richiamo non potrà non estendersi all'intero strumento internazionale nei termini sopra descritti; ivi comprese le regole sul riconoscimento anche dei provvedimenti provvisori o cautelari, di recente escluso invece dalla Corte di giustizia nei confronti di quelli emessi negli Stati membri destinatari del regolamento n. 2201/2003 (sentenza 15 luglio 2010, in causa C-256/09, *Purrucker*, in questa *Rivista*, 2010, p. 224 ss., sulla quale FERACI, *Riconoscimento ed esecuzione all'estero dei provvedimenti provvisori in materia familiare: alcune riflessioni sulla sentenza Purrucker*, *ivi*, p. 107 ss.)

STEFANIA BARIATTI *

Sulla riforma degli articoli 25 e 57 della legge n. 218/1995

Per quanto riguarda l'art. 25, giova ricordare che si tratta di una disposizione introdotta all'ultimo momento nella legge, per la cui interpretazione non vi è alcun ausilio nella Relazione della commissione ministeriale che aveva predisposto il progetto di riforma. La fretta che ha contraddistinto l'inserimento tardivo è responsabile di alcune incertezze

* Professore ordinario nell'Università degli Studi di Milano.

e delle divergenze interpretative alle quali il testo ha dato luogo, soprattutto in dottrina, ove solo alcuni autori ne hanno colto la vera portata e la chiave di lettura corretta, anche alla luce dei principi del diritto dell'Unione europea. E invero, il punto di partenza di una riflessione finalizzata a valutare l'opportunità di proporre la sua modifica non può che essere quello della giurisprudenza interpretativa della Corte di giustizia.

Si tratta peraltro di una giurisprudenza che, a sua volta, deve essere interpretata. Invero, la Corte è stata molto attenta a non indicare quale criterio di collegamento essa ritiene più opportuno per individuare la legge applicabile alle società. La Corte ha però svolto una serie di considerazioni in sentenze successive a partire dal caso *Centros* (9 marzo 1999, causa C-212/97, in *Raccolta*, p. I-1459 ss., e in questa *Rivista*, 1999, p. 647 ss.), in cui ha affermato che il collegamento di una società a un ordinamento, che corrisponde alla cittadinanza per la persona fisica, è dato dalla sede sociale, dall'amministrazione centrale o dal centro di attività principale. Due anni dopo, nel caso *Oder-Plan Architektur*, una società tedesca incorporata sulla base del diritto tedesco con sede in Germania (11 ottobre 2001, causa C-77/99, in *Raccolta*, p. I-7355 ss.), la Corte ha dato l'impressione di essere favorevole alla sede della società, mentre nel caso *AMI* (17 marzo 2005, causa C-294/01, in *Raccolta*, p. I-2175 ss., e in questa *Rivista*, 2005, p. 823 ss.) ha affermato che la legge applicabile alla «capacità giuridica e processuale» è la legge «che disciplina la costituzione della società di cui trattasi». Infine, nel caso *Cartesio* (16 dicembre 2008, causa C-210/06, in *Raccolta*, p. I-9641 ss., e in questa *Rivista*, 2009, p. 477 ss.) la Corte è giunta ad affermare che uno Stato membro ha la facoltà «di definire sia il criterio di collegamento richiesto a una società affinché essa possa ritenersi costituita ai sensi del suo diritto nazionale e, a tale titolo, possa beneficiare del diritto di stabilimento, sia quello necessario per continuare a mantenere detto *status*».

Di fatto, quindi, pur affermando che ogni Stato può scegliere il criterio di collegamento che preferisce per individuare le società nazionali, la Corte si è lentamente spostata verso il criterio dell'incorporazione, come ha rilevato la maggior parte dei commentatori dopo il caso *Überseering* (5 novembre 2002, causa C-208/00, in *Raccolta*, p. I-9919 ss., e in questa *Rivista*, 2002, p. 1114 ss.), che secondo alcuni avrebbe messo una pietra tombale sul criterio della sede. Che questo criterio non sia affatto abbandonato pare però dimostrato dal fatto che il legislatore belga, pochi anni fa, è andato in una direzione diversa scegliendo come criterio di collegamento proprio la sede principale della società, pur accompagnato dal rinvio a favore del Paese dell'incorporazione.

L'art. 25 della legge n. 218/1995, invece, utilizza come criterio di collegamento il luogo di incorporazione della società, con una dizione però infelice poiché non è scontato che il diritto del luogo in cui si svolge il procedimento di incorporazione corrisponda al diritto sulla base del quale

l'incorporazione viene effettuata. E invece è questo il vero criterio di collegamento, nel senso che il procedimento di costituzione della società permette di localizzarla fin dall'inizio all'interno di un ordinamento giuridico, che ne disciplinerà ogni vicenda. Un primo intervento che può dunque chiedersi al legislatore sull'art. 25 è proprio una modifica che renda più chiaro che il diritto applicabile è quello del Paese secondo la cui legge la società è stata costituita.

Le maggiori difficoltà interpretative riguardano però la portata della seconda frase del comma 1 dell'art. 25, ai sensi del quale «si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti». Invero, si tratta di una disposizione che suscita notevole perplessità poiché sembra dire il contrario di quello che dice la prima frase.

Secondo la ricostruzione più chiara e convincente, che riconcilia questa disposizione con la giurisprudenza della Corte di giustizia, le norme italiane che si applicano anche alle società che pure hanno sede sociale all'estero e sono incorporate secondo una legge straniera, ma hanno in Italia la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale di attività, sono solamente quelle norme nazionali che riguardano l'attività che la società svolge in Italia o gli effetti che si realizzano in Italia di attività svolte all'estero, cioè le norme che sono volte a tutelare «interessi generali ed esigenze interpretative e imperative non tutelate dalla *lex societatis*», che trovano così protezione e realizzazione attraverso norme di applicazione necessaria (cfr. CARBONE, *Lex mercatus e lex societatis tra principi di diritto internazionale privato e disciplina dei mercati finanziari*, in questa *Rivista*, 2007, p. 27 ss.). Tuttavia, tali interessi generali nazionali operano diversamente secondo che si tratti di una società incorporata sulla base del diritto di uno Stato membro dell'Unione europea o di una società incorporata sulla base del diritto di uno Stato terzo. Nel secondo caso, infatti, sarà possibile un ambito più ampio di intervento, non dovendo essere rispettati i limiti imposti dal trattato agli Stati membri al fine di garantire il godimento delle note libertà all'interno dell'Unione. Nel primo caso, invece, tali limiti dovranno essere attentamente valutati alla luce delle numerose sentenze della Corte di giustizia che nel corso degli anni hanno fornito preziose indicazioni ai giudici nazionali circa l'interpretazione delle disposizioni che tali libertà esprimono e garantiscono, e indirettamente circa la compatibilità delle norme interne con esse.

La difficoltà maggiore, sotto questo profilo, sembra risiedere proprio nella giurisprudenza della Corte di giustizia, che, pur affermando principi generali di ampia portata, decide poi il caso concreto esaminando e valutando in modo molto puntuale le singole norme nazionali che vengono in considerazione, sì che non è affatto scontato che sia possibile precisare l'ambito della libertà del legislatore nazionale – e di conseguenza della normativa interna – se non per avvicinamenti progressivi. Per questo mo-

tivo non pare possibile precisare la portata della seconda frase del comma 1 dell'art. 25 in sede di revisione della legge n. 218/1995, se non forse indicando che nei confronti delle società soggette al diritto di Stati membri dell'Unione la legge italiana trova un limite nel rispetto dei principi del diritto dell'Unione. Si tratta cioè di inserire una previsione analoga all'art. 2507 cod. civ., che, pur avendo valore meramente pedagogico, può servire ad attirare l'attenzione dell'interprete sulle particolarità della situazione.

Per quanto riguarda, invece, le società incorporate secondo il diritto di Stati terzi rispetto all'Unione europea, l'ambito di applicazione della legge italiana non vuole comunque estendersi a tutte le questioni elencate al comma 2 dell'art. 25, poiché in tal caso sarebbe del tutto vanificata la portata della prima frase del comma 1. La seconda frase del comma 1 potrebbe dunque utilmente essere modificata nel senso di prevedere l'applicazione delle sole norme italiane «che riguardano l'attività che la società svolge in Italia o gli effetti che si realizzano in Italia di attività svolte all'estero e sono volte a tutelare interessi generali ed esigenze interpretative e imperative dell'ordinamento».

Più semplici e limitate paiono invece le modifiche che possono essere apportate al comma 2 dell'art. 25, che nell'indicare in modo non esaustivo le questioni che rientrano nell'ambito della legge applicabile, tace su alcune questioni molto discusse, che forse invece potrebbero essere utilmente definite dal legislatore. Mi riferisco in particolare ai patti parasociali e principalmente alla definizione di quali aspetti dei patti parasociali rientrino nell'ambito dell'art. 25 e di quali siano invece nella piena disponibilità contrattuale delle parti, e quindi retti dalla legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali. Così come parrebbe utile precisare che l'atto costitutivo di una società – per quanto sia un contratto – è sottoposto alla *lex societatis*. Infine, potrebbe essere questa un'occasione per riflettere anche sulla qualificazione di alcuni istituti che si pongono a cavallo del diritto societario e fallimentare e di fornire una soluzione nelle opportune sedi normative. Si pensi, per esempio, alla qualificazione dei conferimenti dei soci, sui quali si è recentemente pronunciato il legislatore tedesco.

Ritengo poi utile che all'art. 25 si inserisca una disposizione esplicita sulla legge applicabile agli obblighi posti a tutela degli azionisti di minoranza e dei terzi in caso di società controllate e, soprattutto, in materia di direzione e coordinamento. Si tratta di due temi molto discussi e rilevanti per gli operatori a partire dalla riforma del diritto societario data la grande quantità di società italiane che fanno parte di gruppi internazionali o sono controllate da società straniere, che esercitano direzione e coordinamento su di esse. L'unica disposizione... a disposizione, se mi si perdona il gioco di parole, si trova nel considerando 15 del regolamento sullo statuto della Società Europea. Ora, che una norma o un principio che rende applicabile alle questioni indicate la legge regolatrice della società controllata debba essere cercata in un considerando di un regolamento comunitario che si

occupa sí di una società, ma non già di una società nazionale, bensí della Società Europea, è a dir poco alquanto strano. Per garantirne la piú ampia applicazione sarebbe dunque preferibile che questa disposizione venisse generalizzata e che fosse inserita all'art. 25 della legge n. 218/1995.

Credo anche che potrebbe essere utile una disposizione sui trust che indichi la legge regolatrice di quei trust che non rientrano nell'ambito della convenzione dell'Aja del 1985, eventualmente rinviando «in ogni caso» alla convenzione, se questa venga ritenuta la soluzione migliore.

Infine, ritengo che in materia societaria debba essere escluso il rinvio in qualsiasi forma e sia perciò necessaria una modifica dell'art. 13 comma 2, al quale dovrebbe essere aggiunta una lettera *d* del seguente tenore: «in relazione all'art. 25 della presente legge».

Passo ora al secondo tema che desidero affrontare.

La sostituzione della convenzione di Roma del 1980 con il regolamento n. 593/2008 per i contratti stipulati a partire dal 17 dicembre 2009 rende necessario valutare la sorte del richiamo delle disposizioni della prima a opera dell'art. 57 della legge n. 218/1995 per individuare «in ogni caso» la legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali.

In via preliminare è importante osservare che l'ambito di applicazione del regolamento è piú ampio di quello della convenzione e che nel disporre in termini generali la successione tra i due strumenti il regolamento sceglie un criterio temporale specifico, che non modifica la legge regolatrice dei contratti in corso o comunque stipulati prima del 17 dicembre 2009, ma dispone solo per i contratti successivi a tale data. È dunque necessario valutare separatamente la situazione (*i*) dei contratti che rientravano nell'ambito di applicazione della convenzione di Roma, rispetto (*ii*) ai contratti che non rientravano in tale ambito ma rientrano oggi nel piú ampio ambito del regolamento Roma I, rispetto infine (*iii*) ai contratti che sono esclusi da entrambi tali strumenti.

(*i*) Con riferimento ai contratti che rientravano nell'ambito materiale della convenzione di Roma e che ora sono soggetti al regolamento Roma I, la sostituzione è disposta direttamente dal regolamento stesso con la precisazione che questo si applica solo ai contratti stipulati a partire dal 17 dicembre 2009. La convenzione, dunque, continua ad applicarsi ai contratti conclusi prima di tale data.

(*ii*) Con riferimento ai contratti che non rientravano nell'ambito materiale della convenzione di Roma ma erano a essa soggetti per effetto dell'art. 57 della legge n. 218/1995 e che rientrano ora nel campo di applicazione del regolamento Roma I, la sostituzione «per attrazione» è disposta direttamente dal regolamento stesso nei medesimi termini anche temporali di cui al punto (*i*).

(*iii*) Quanto ai contratti che sono esclusi da entrambi gli strumenti indicati è necessario valutare se è preferibile mantenere l'art. 57 della legge n. 218/1995 nel testo attuale, che comporta la loro sottoposizione alla conven-

zione di Roma (non sembrando l'art. 24 del regolamento sufficiente per operare la sostituzione al di fuori del proprio ambito di applicazione al pari di quanto la Corte di Cassazione ha ritenuto avvenga per il richiamo alla convenzione di Bruxelles contenuto all'art. 3 comma 2, prima frase della legge), oppure modificarlo rendendo applicabile «in ogni caso» il regolamento Roma I e, in questa seconda ipotesi, se far decorrere l'applicazione del regolamento dal 17 dicembre 2009 o – come previsto dall'art. 72 della legge n. 218/1995 e come è avvenuto al momento della sua entrata in vigore per le obbligazioni contrattuali in precedenza soggette all'art. 25 disp. prel. cod. civ. – se operare la sostituzione anche per i contratti già conclusi prima di tale data. Ricordo che questa sostituzione dipende esclusivamente dalla volontà del legislatore interno e non vi sarebbe nulla di strano se si applicassero pienamente i criteri generali previsti dalla legge n. 218/1995.

Al fine di questa valutazione è necessario analizzare con attenzione le modifiche che il regolamento apporterebbe ai contratti in corso (esclusi sia dalla convenzione che dallo stesso regolamento e finora soggetti alla convenzione per effetto dell'art. 57). A prima vista sembrerebbe cambiare poco poiché le nuove disposizioni relative ai contratti speciali non si applicano in quanto essi sono soggetti al regolamento e le disposizioni generali del regolamento continuano a indicare quale legge regolatrice la legge scelta dalle parti, a imporre ai contratti puramente interni le norme imperative del paese con il quale il contratto è esclusivamente collegato, e a prevedere l'applicazione della legge del Paese di residenza abituale del prestatore caratteristico in mancanza di scelta della legge applicabile a opera delle parti. Si tratta in sostanza delle medesime disposizioni della convenzione di Roma.

Si deve invece valutare l'effetto del rafforzamento del ruolo della residenza abituale del prestatore caratteristico come criterio di collegamento, la definizione stessa della residenza abituale, e soprattutto la situazione delle norme di applicazione necessaria, che ricevono nell'art. 9 del regolamento un trattamento ben diverso rispetto all'art. 7 della convenzione di Roma.

ALBERTO MALATESTA *

Sulla disciplina delle obbligazioni extracontrattuali e contrattuali

Gli sviluppi della normativa dell'Unione europea in materia di obbligazioni sono noti ed hanno profondamente modificato il panorama rispetto all'epoca della legge n. 218/1995: i regolamenti CE n. 593/2008 del 2008

* Professore ordinario nell'Università LIUC di Castellanza.

(Roma I) e n. 864/2007 del 2007 (Roma II) infatti hanno l'ambizione di abbracciare congiuntamente tutto il campo delle obbligazioni e, in virtù del loro carattere universale (cfr. rispettivamente artt. 2 e 3), sostituiscono integralmente nel loro vasto ambito di applicazione materiale le leggi nazionali degli Stati membri.

Mi sembra pertanto in primo luogo opportuno verificare lo spazio residuo che queste normative lasciano alle norme della legge del 1995 e in secondo luogo maturare una breve riflessione circa l'eventualità di operare delle riforme per quella parte di normativa, concepita comunque in tempi e situazioni profondamente diversi da quelli odierni, lasciata intatta dalle normative dell'Unione.

Seguendo la qualificazione operata dal legislatore del 1995, comincerei dalle obbligazioni non contrattuali perché il capo XI - articoli da 58 a 63 - contiene rispetto al capo precedente sui contratti norme di conflitto nazionali dal contenuto autonomo nel solco di scelte di politica legislativa. Del resto, un rinvio simile a quello dell'art. 57 a uno strumento internazionale non era ipotizzabile nel 1995 poiché all'epoca si era lontano dal prevedere un'unificazione europea in questo settore e l'Italia non aderiva - né aderisce oggi - nemmeno a quelle poche iniziative convenzionali, quali le convenzioni sulla responsabilità del produttore e sugli incidenti stradali elaborate nell'ambito della Conferenza di diritto internazionale privato dell'Aja.

Oggi, invece, alla luce del regolamento Roma II, tralasciando l'aspetto temporale, una operatività delle norme di conflitto nazionali sussiste in pratica solo per le obbligazioni non contrattuali escluse, a vario titolo e ragione, dall'ambito di applicazione del regolamento in virtù del suo articolo 1, par. 1 e 2 (su queste esclusioni v. ampiamente v. DE LIMA PINHEIRO, *Choice of Law on Non-Contractual Obligations between Comunitarization and Globalization: a First Assessment of EC Regulation Rome II*, in questa *Rivista*, 2008, p. 8 ss.), a condizione peraltro che non interferiscano qualificazioni «comunitarie» che rendano eventualmente applicabili altri testi elaborati in seno all'Unione europea.

Senza entrare troppo nei dettagli, se si scorrono rapidamente le citate norme della legge n. 218 si può constatare facilmente da un lato che gli artt. 59 e 60 non sono toccati dal regolamento (quanto all'art. 60 e ai suoi rapporti con il regolamento Roma I v. le opportune avvertenze di FRANZINA, *Art. 1, VI, in Regolamento CE n. 593/08 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali "c.d. Roma I"*. *Commentario* a cura di SALERNO e FRANZINA, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, p. 588 s.); dall'altro che all'opposto l'art. 63 in tema di responsabilità del produttore è completamente sostituito dall'art. 5 dell'atto dell'Unione europea. Stessa sorte in sostanza riguarda l'art. 61 sulle obbligazioni legali, almeno con riferimento alle fattispecie più importanti, la gestione di affari altrui e l'arricchimento senza causa, compreso la ripetizione dell'indebitato (cfr. artt. 10 e 11 del regolamento): è vero che questa norma fa riferimento anche alle obbliga-

zioni «non diversamente regolate dalla legge», ma, tenuto conto che il più delle volte tali obbligazioni sono attratte in realtà nella disciplina di un altro rapporto (v. MALATESTA, *Art. 61*, in POCAR e altri, *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 301 ss.), mi pare che la portata residua di una norma di conflitto dedicata alle obbligazioni legali sia così modesta che una codificazione di diritto internazionale privato ne può fare anche a meno. Analogo destino, anche se più controverso (v. la diversa opinione di MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, 5^a ed., Torino, 2010, p. 480 ss.), mi pare tocchi anche all'art. 58 riguardante la promessa unilaterale poiché esso vede di gran lunga ridotto se non eliminato il suo ambito di applicazione, almeno in virtù dell'interpretazione preferibile che include gli atti unilaterali nella nozione di «obbligazione contrattuale» di cui al regolamento Roma I (cfr. in questo senso con riferimento alla «materia contrattuale» di cui all'art. 5 n. 1 del regolamento Bruxelles I, la sentenza della Corte di giustizia, 20 gennaio 2005, in causa C-27/02, *Engler*, in questa *Rivista*, 2005, p. 484 ss.) e della già accennata complementarità dei due strumenti sulla legge applicabile, aventi in principio ad oggetto tutte le obbligazioni, salvo quelle espressamente escluse.

È peraltro evidente che le questioni più rilevanti sorgono in relazione all'art. 62 della legge 218/1998, ovvero della norma generale sulla responsabilità per fatto illecito. Essa infatti resta sicuramente applicabile ad una serie di fattispecie.

Un primo caso riguarda le obbligazioni che non attengono alla «materia civile e commerciale» e in particolare alle materie fiscali, doganali o amministrative (art. 1 par. 1) (v. ampiamente, anche con riferimento a casi giudicati tali nel regime di Bruxelles, DICKINSON, *The Rome II Regulation. The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford, 2008, p. 261 ss.). Questa precisazione è analoga a quelle contenute nel regolamento Roma I e soprattutto nel regolamento Bruxelles I, a cui la norma aggiunge solo che il regolamento non si applica neanche alla responsabilità dello Stato per atti od omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (*acta iure imperii*), nell'ampia accezione di cui al considerando 9.

Se si vuole perseguire l'obiettivo dell'identità della sfera di applicazione degli strumenti processuali e di quelli sulla legge applicabile (cfr. in tal senso il considerando 7 del regolamento Roma II), sarà dunque inevitabile guardare anche in questo caso alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione relativa alla interpretazione autonoma di tali nozioni nel quadro del regolamento Bruxelles I. In particolare, come noto, la Corte in principio non considera come «materia civile», ed esclude pertanto dall'ambito di quest'ultimo atto, le controversie tra uno Stato o una pubblica amministrazione e soggetti privati quando i primi agiscono nell'esercizio di poteri di imperio. Ne consegue, per menzionare casi giudiziari recenti assai noti, che azioni di risarcimento dei danni proposte contro le forze armate di uno Stato per operazioni di guerra sono escluse dall'ambito di applicazione del

regolamento CE e sono soggette, nella misura in cui sono «giustiziabili», alle norme di diritto internazionale privato italiano (cfr. per l'esclusione di un'azione di tale genere dalla convenzione di Bruxelles del 1968 la sentenza della Corte di giustizia del 15 febbraio 2007, in causa 292/05, *Lechouritou e altri*, in questa *Rivista*, 2007, p. 788 ss.).

Un secondo gruppo di fattispecie riguarda una serie di obbligazioni che pur attinenti alla materia civile e commerciale sono state escluse, ora perché non considerate di indole extracontrattuale, ora a causa del loro stretto collegamento con altri rapporti, nella cui disciplina di conflitto sono generalmente attratti (art. 1 par. 2). Nella misura in cui questa attrazione non operi e in cui queste categorie giuridiche siano qualificabili come un illecito secondo le concezioni dell'ordinamento italiano, anche per esse occorrerà ricorrere all'art. 62 della legge n. 218/1995. Sotto questo specifico profilo, in una prospettiva di riforma tuttavia non si potrà non tenere conto dell'impatto che su questa già limitata sfera di operatività della norma avranno ulteriori atti dell'Unione europea recentemente approvati o in via di formazione in tema di rapporti di famiglia (si pensi ai recenti regolamenti europei in materia di obbligazioni alimentari o di scioglimento del matrimonio, c.d. Roma III), o di regimi patrimoniali tra coniugi e di successioni.

Infine, certamente più significativa è l'esclusione di alcune obbligazioni pacificamente di natura non contrattuale in relazione alle quali tuttavia non è stato possibile trovare un accordo in sede di elaborazione del regolamento Roma II circa la regola di conflitto applicabile. Mi riferisco alle obbligazioni extracontrattuali che derivano da un danno nucleare (art. 1 par. 2. lett. *f*), in cui gli interessi statali in gioco sono stati evidentemente giudicati troppo importanti, e soprattutto alle obbligazioni che derivano da violazioni della vita privata e dei diritti della personalità, compresa la diffamazione (art. 1 par. 2 lett. *g*). Nonostante che in materia il dibattito dottrinale e nel quadro del negoziato diplomatico sia stato molto serrato e che la convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo forniscano quanto meno una cornice comune, non è stato possibile trovare un compromesso tra le esigenze della protezione della vita privata da un lato e quella della libertà di espressione e di informazione, valori costituzionalmente garantiti in numerosi Stati europei che potrebbero trovare un'intollerabile compressione – almeno in certe giurisdizioni – a seguito dell'applicazione di un diritto straniero eccessivamente severo. L'importanza del tema è testimoniato dall'impegno che gli stessi Stati membri hanno preso di tornare sull'argomento, sulla base di uno studio della Commissione europea ai sensi dell'art. 30 del medesimo regolamento, presentato nel 2008 e di recente posto all'attenzione del Parlamento europeo.

A prescindere dalla fortuna di tali iniziative di revisione, di cui naturalmente non si potrebbe non tenere conto, allo stato l'art. 62 della legge n. 218/1995 si applica pacificamente a questi casi.

Alla luce di quanto sopra, in uno scenario di riforma, al legislatore si imporrebbe di scegliere tra almeno tre possibili opzioni.

Una prima possibilità sarebbe di operare anche per le obbligazioni extracontrattuali un rinvio «in ogni caso» al regolamento Roma II sulla falsariga di quanto previsto oggi dall'art. 57 per i contratti con riferimento alla convenzione di Roma del 1980. Ciò significherebbe introdurre, mediante una norma nazionale, una disciplina delle fattispecie escluse dal contenuto corrispondente a quella del regolamento, in particolare alle norme di conflitto generali previste dallo stesso. Questa soluzione avrebbe il pregio di allineare le scelte nazionali a quelle internazionali (*sub specie* di quelle europee), che è, come noto, uno dei principali obiettivi dell'attuale legge n. 218/1995, e soprattutto per l'effetto di ciò semplificare la pratica giudiziaria, prevedendo un unico regime di tutte le obbligazioni extracontrattuali. Essa tuttavia non tiene in debito conto delle peculiarità di alcune fattispecie. In particolare, un rinvio del genere non riguarderebbe solo casi marginali (come è, tutto sommato, oggi il caso del rinvio alla convenzione di Roma in materia di contratti *ex art. 57*) ma anche un settore assai delicato e importante quale appunto la violazione dei diritti della personalità. Quest'ultima sarebbe disciplinata in un modo che i redattori di Roma II hanno ritenuto, dopo estenuanti discussioni, non consono: in concreto, l'applicabilità dell'art. 4 del regolamento Roma II condurrebbe frequentemente alla legge del luogo ove la pubblicazione viene distribuita o l'emissione viene ricevuta dal pubblico (in questo senso, con riferimento a una proposta della Commissione europea nel corso dei negoziati, KADNER GRAZIANO, *Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle*, in *Revue critique*, 2008, p. 497).

Una seconda via è quella di mantenere l'art. 62 della legge n. 218/1995 così come è. Tutto sommato, la valutazione del legislatore del 1995 è stata di adeguatezza di questa norma anche per quanto riguarda le fattispecie in esame, e in particolare per la violazione dei diritti di personalità (cfr. l'art. 24 della legge e il rimando da essa operato all'art. 62). La soluzione sembra pertanto più adatta e, sul piano della «giustizia», alla luce del contenuto dell'art. 62, più – (troppo?) – favorevole alla vittima dell'illecito. In questo caso spetterebbe alla giurisprudenza precisare che cosa si debba intendere esattamente nel quadro di questa particolare categoria di illeciti per «luogo in cui si è verificato l'evento» e «luogo in cui si è verificato il fatto che ha causato il danno». Rispetto al regime unitario del rinvio «in ogni caso», si avrebbe tuttavia una difficoltà maggiore per l'interprete, chiamato in certi casi (penso a certi illeciti nei rapporti di famiglia) a difficili operazioni di qualificazione.

Un'ultima opzione consiste nell'elaborare specifiche norme per gli illeciti esclusi o per alcuni di essi. Ciò sembrerebbe opportuno soprattutto per la violazione della vita privata e dei diritti della personalità, in specie se commessi da *media*, in relazione alla quale si potrebbe considerare la soluzione migliore anche alla luce degli effetti delle norme sulla giurisdizione,

stabilite dalla nota giurisprudenza *Shevill* sull'art. 5 n. 3 del regolamento Bruxelles I (sentenza 7 marzo 1995, in causa 68/93, in questa *Rivista*, 1995, p. 763 ss.). Questa è la via percorsa ad esempio dal legislatore svizzero (v. l'art. 139 della legge del 1987, assai favorevole alla vittima), in un contesto peraltro di ampia specializzazione delle norme di conflitto in materia di illecito. La difficoltà qui potrebbe risiedere sul piano della tecnica legislativa, nel senso che la codificazione solamente di una norma così specifica, dati i condizionamenti «esterni», appare poco logico e coerente.

Per quanto riguarda le obbligazioni contrattuali, come noto, attualmente l'art. 57 della legge n. 218/1995 prevede che esse siano «in ogni caso» regolate dalla convenzione di Roma del 1980, senza pregiudizio delle altre convenzioni. Come già emerso, l'obiettivo del legislatore è quello di assicurare in questo modo una disciplina unitaria a tutte le obbligazioni di questa natura, mediante la posizione di una norma di conflitto nazionale che estende la disciplina della convenzione alle obbligazioni che non vi rientrano (v. sulle conseguenze di tale «nazionalizzazione» in particolare POCAR, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, 2a ed., Milano, 2002, p. 11).

Dopo l'adozione del regolamento Roma I, un intervento chiarificatore del legislatore sarebbe opportuno e a mio avviso potrebbe essere l'occasione per una più generale riflessione circa la tecnica del rinvio «in ogni caso» utilizzata dall'attuale legge di riforma.

È noto che in dottrina è assai dibattuto se il rinvio di cui all'art. 57 possa essere inteso oggi come un rinvio al regolamento invece che alla convenzione. Stefania Bariatti si è soffermata su questo aspetto e sui rapporti tra i due strumenti. A prescindere dalla risposta – che peraltro in principio mi sembra che non possa che essere negativa, se si muove dal presupposto che l'art. 57, per la parte delle materie escluse, opera nel quadro del diritto interno e dunque in realtà pone norme di conflitto nazionali corrispondenti a quelle della convenzione – è evidente che un chiarimento sarebbe auspicabile.

La considerazione che vorrei fare tuttavia è di carattere generale e attiene a tutti gli strumenti sulla legge applicabile, che soprattutto a seguito della comunitarizzazione si sono moltiplicati e in certi casi, come appunto – ma non solo – in materia di contratti, hanno sostituito le convenzioni menzionate nella legge n. 218/1995. Mi pare infatti che sia tempo di valutare la portata di tutti i nuovi atti e lo spazio per norme di conflitto nazionali e di valutare se con riferimento a ciascuno di essi la tecnica del rinvio «in ogni caso» possa essere ancora utilmente utilizzata. In particolare, se essa sembra condivisibile quando produce un'estensione della disciplina sovranazionale a casi limitati e marginali, poiché in questo caso una norma nazionale sarebbe probabilmente inutile e foriera di confusione, maggiori perplessità nascono quando oggetto di un automatico rinvio alla regolamentazione uniforme sarebbero fattispecie significative sul piano economico o sociale, quali ad esempio i diritti della personalità.

FRANCESCA CLARA VILLATA *

Sulla riforma degli articoli 4 e 7 della legge n. 218/1995 alla luce della proposta della Commissione di revisione del regolamento Bruxelles I

La bussola per ogni possibile riflessione circa l'opportunità di un ripensamento, ed eventualmente di una revisione, in ordine agli artt. 4 e 7 è necessariamente l'intendimento del legislatore italiano di perseverare nell'adottare soluzioni coerenti con il modello europeo anche per le situazioni non riconducibili all'ambito di applicazione delle norme dell'Unione europea. Simile impostazione trova solido supporto nel generale orientamento ermeneutico espresso dalla Suprema Corte proprio con riguardo all'art. 4 (Cass., s.u., 17 gennaio 2005 n. 731, in questa *Rivista*, 2005, p. 804 ss.; 21 ottobre 2009 n. 22236, *ibidem*, 2010, p. 469 ss.; 14 febbraio 2011 n. 3568, in questo fascicolo della *Rivista*, p. 766 ss.); e nella giurisprudenza di merito (Tribunale di Torino, 24 novembre 2000, in *Dir. Mar.*, 2002, p. 622 ss.; *contra* Corte di Appello di Napoli, 20 luglio 2004, *ibidem*, 2006, p. 196 ss., in particolare per l'irrelevanza della giurisprudenza formatasi in relazione all'art. 17 della convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 in una controversia alla quale tale convenzione non è applicabile). La suddetta impostazione riflette, a sua volta, una autorevole corrente di pensiero che nella sua formulazione più rigida vuole i criteri di riparto della giurisdizione in materia civile e commerciale tra giudici degli Stati membri dell'Unione europea e corti degli Stati terzi equivalenti a quelli utilizzati dal sistema europeo per la distribuzione della competenza giurisdizionale tra gli Stati membri (DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun*, Paris, 1972, spec. par. 164; *contra* High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court, 10 maggio 2005, *Konkola Copper Mines plc v. Coromin*, [2005] EWHC 898 (Comm), spec. par. 99).

La pressione verso soluzioni omogenee, già indirettamente accentuata dalle pronunce della Corte di giustizia nella sentenza *Owusu* (1° marzo 2005, in causa C-281/02, in questa *Rivista*, 2005, p. 498 ss.) e nel parere n. 1/03 (7 febbraio 2006, *ibidem*, 2006, p. 514 ss.), è oggi resa ancora più intensa dalla proposta da parte della Commissione, di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (rifusione), COM(2010) 748 def/2 del 3 gennaio 2011, *in primis* per la precisa *policy* da essa accolta di estendere l'ambito di applicazione delle sue disposizioni sulla competenza giurisdizionale alle controversie che vedano convenuti soggetti domiciliati in Stati terzi (per tale

* Professore associato nell'Università degli Studi di Milano.

correlazione v. in questo fascicolo della *Rivista*, spec. p. 593, POCAR, *Révision de Bruxelles I et ordre juridique international: quelle approche uniforme?*).

L'ipotizzata eliminazione del domicilio di una delle parti nel territorio di uno Stato membro quale requisito soggettivo dell'art. 23 del regolamento (condivisa dal progetto di relazione sulla proposta dell'on. Zwiefka, PE467.046v01-00 del 28 giugno 2011, per altri aspetti molto critica) varrebbe, infatti, ad estenderne l'ambito di applicazione e, quindi, la disciplina uniforme ivi stabilita, ad ogni accordo di scelta del foro che designi i giudici di uno Stato membro.

Ora, è vero che la convenzione dell'Aja del 30 giugno 2005 sugli accordi di scelta del foro, una volta entrata in vigore, nel suo pur ridotto ambito di applicazione (cfr. articoli 1 e 2), si sovrapporrà alla disciplina europea ogni qualvolta una delle parti dell'accordo di proroga risieda in uno Stato terzo che sia parte contraente della convenzione stessa (cfr. art. 26 par. 6). Tuttavia le modifiche alla disciplina della «proroga di competenza» proposte dalla Commissione, correlate a quelle delle norme sulla litispendenza (alle quali si farà cenno), sono consapevolmente ispirate alle soluzioni elaborate in seno alla Conferenza dell'Aja. Ne consegue che, in un futuro non molto lontano, nella materia civile e commerciale (ma non solo) gli accordi di proroga della giurisdizione a favore di uno Stato membro dell'Unione europea saranno presumibilmente regolati da un blocco sostanzialmente omogeneo di norme, la cui influenza sulla formulazione e, perlomeno, sull'interpretazione delle norme nazionali destinate ad operare nei (pochi) casi lasciati scoperti dalla disciplina uniforme è destinata certamente ad aumentare.

Ciò potrebbe pesare ancor di più se si tiene presente la pur criticata linea interpretativa, seguita dalla Corte di giustizia nel caso *Owusu* e ancor più esplicitamente nel parere n. 1/03 (par. 153), per la quale, in virtù del «carattere imperativo» dei fori previsti dal regolamento, un accordo di proroga della giurisdizione a favore dei giudici di uno Stato terzo non sarebbe in grado di privare il giudice di uno Stato membro competente in base alle disposizioni del regolamento del potere di decidere sulla controversia; né essa risulta apertamente contraddetta dalla sentenza *Coreck* che prende esplicita posizione solo sul tema della determinazione della validità dell'accordo di proroga ai sensi del diritto nazionale quando le norme europee non si applichino (9 novembre 2000, in causa C-387/98, in questa *Rivista*, 2000, p. 1104 ss.).

L'apertura alla competenza giurisdizionale degli Stati terzi avviata dalla Commissione con una disposizione, l'art. 34, sulla litispendenza in Stati terzi «in deroga» al foro generale del domicilio del convenuto e alle competenze speciali, nell'ambito della quale la convinzione del giudice di uno Stato membro «che la sospensione sia necessaria per la corretta amministrazione della giustizia» ben potrebbe derivare dalla presenza di un ac-

cordo di scelta del foro a favore del giudice dello Stato terzo preventivamente adito, potrebbe essere in realtà piú timida di quanto si vorrebbe (MARONGIU BONAIUTI, *Litispendenza e connessione nella proposta di revisione del regolamento n. 44/2001*, in SIDI, *Forum*, 2011). La ferma consapevolezza da parte della Commissione dei risultati ermeneutici della Corte di giustizia (cfr. relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sull'applicazione del regolamento (CE) n. 44/2001, COM(2009) 174 def. del 21 aprile 2009, par. 3.2) e il richiamo alla continuità nell'interpretazione delle disposizioni del regolamento di cui all'immutato considerando n. 26 avallano l'ipotesi che l'art. 34 costituisca il *pendant* inevitabile dell'estensione ai convenuti domiciliati in Stati terzi dell'ambito soggettivo di applicazione delle norme uniformi sulla competenza giurisdizionale (art. 4 par. 2 della proposta), e che detto articolo consenta ai giudici degli Stati membri di dar rilievo alla giurisdizione degli Stati terzi solamente nel caso e alle condizioni da esso previsti. Una esplicita presa di posizione da parte del legislatore europeo su questo tema, quand'anche a favore di questa lettura minimale dell'art. 34, darebbe un prezioso contributo di certezza.

Anche l'ultimo pronunciamento in materia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la citata sentenza n. 3568/2011, pur in linea astratta incline alla tesi per la quale l'assenza di una disciplina degli accordi di proroga della giurisdizione a favore di Stati terzi «non esclude che tale proroga possa essere legittimamente concordata tra le parti», subito dopo ravvisa nella derogabilità o meno delle competenze previste dal regolamento un limite per l'autonomia privata. La Suprema Corte, dopo aver distinto tra effetto di deroga, disciplinato dalle norme europee, ed effetto di proroga, «sottoposto alla legge del giudice prorogato», statuisce poi che se il convenuto è domiciliato in uno Stato membro, l'accordo, poiché deroga alla disciplina europea a favore di giudice esterno «deve ripetere la sua efficacia da altra norma che l'autorizzi»; se invece è solo l'attore a esservi domiciliato, «il giudice dello Stato che in mancanza di clausola di proroga, *sarebbe stato competente secondo il suo diritto*, è sulla base di questo che deve poter riconoscere effetti alla clausola di proroga» (par. 5.3). Su questa linea, una volta venute meno, per effetto dell'eventuale approvazione definitiva delle proposte della Commissione, le ipotesi nelle quali i giudici degli Stati membri, in materia civile e commerciale, possono conoscere di una controversia in virtù di fori previsti dal proprio diritto nazionale, verrebbe meno anche la possibilità di quest'ultimo ordinamento di autorizzarne o meno la deroga.

Quanto al contenuto della disciplina di cui all'art. 4 della legge n. 218/1995, oggetto di diretta influenza da parte delle norme uniformi sono stati, innanzi tutto, i requisiti di forma ivi stabiliti sia per la proroga sia per la deroga alla giurisdizione, in particolare la condizione che esse siano provate per iscritto.

Occorre ricordare che sia l'art. 23 del regolamento n. 44/2001, sia l'omologa disposizione della convenzione di Lugano del 30 ottobre 2007 equiparano alla forma scritta qualsiasi comunicazione con mezzi elettronici che permetta una registrazione durevole della clausola (cfr. Convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale conclusa a Lugano il 30 ottobre 2007. Relazione esplicativa elaborata dal prof. dr. Fausto Pocar, in questa *Rivista*, 2010, p. 244 ss., par. 109), e che la convenzione dell'Aja del 2005 assimila alla forma scritta qualsiasi mezzo di comunicazione che consenta di accedere alle informazioni e farvi successivamente riferimento (art. 3 lett. c).

È pur vero che già oggi probabilmente si può arrivare al medesimo risultato concreto anche nell'applicare l'art. 4 della legge n. 218 valorizzando il riferimento agli «usi del commercio internazionale», cui la dottrina (CARBONE, *La (nuova) disciplina italiana della deroga alla giurisdizione*, in *Dir. comm. int.*, 1995, p. 553 ss.) e la Corte di Cassazione hanno mostrato di dar rilievo pure nella ricostruzione della portata di questa norma, sulla scia dell'art. 23 del regolamento n. 44/2001 e ancor prima dell'art. 17 della convenzione di Bruxelles del 1968, in riferimento al tema dell'idoneità della polizza di carico, per prassi abituale sottoscritta dal solo vettore e non anche dal caricatore, a costituire equipollente della prova scritta della convenzione di deroga sottoscritta da entrambe le parti, in presenza di un uso nel settore del commercio internazionale in cui operano i contraenti che preveda detto comportamento come fatto idoneo a far riconoscere la volontà delle parti, qualora il caricatore, nella consapevole adesione ad un uso normativo, l'abbia ricevuta senza contestazioni e l'abbia negoziata a favore del ricevitore (Cass. s.u., n. 3568/2011 cit.; ord. 10 settembre 2009 n. 19447, in questa *Rivista*, 2010, p. 147 ss.; n. 731/2005 cit.). Tuttavia, perché non codificare tale equiparazione?

Manca, invece, nell'art. 4, e in tutto il «sistema italiano di diritto internazionale privato», una norma espressamente dedicata alla determinazione del diritto applicabile alla validità sostanziale degli accordi di scelta del foro. Offuscata la stringente necessità *in primis* dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che vedeva nei requisiti di forma previsti dall'art. 23 i soli capaci di condizionare la valida manifestazione del consenso delle parti e, per l'ordinamento italiano, dall'ipotizzata estensione, ad opera dell'art. 57 della legge n. 218, anche a detti profili della disciplina della convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, pur espressamente esclusi dal legislatore convenzionale (art. 1 par. 1 lett. d), il tema torna di attualità per effetto della menzionata proposta della Commissione.

La discussione sull'opportunità di una disciplina uniforme su detti profili è infatti riaperta dal riferimento all'eventualità «che l'accordo sia nullo nel merito secondo la legge» dello Stato membro del giudice designato,

introdotto dalla Commissione nella formulazione dell'art. 23 par. 1 del regolamento come eccezione alla idoneità dell'accordo stesso ad attribuire «competenza esclusiva» al giudice designato, sulla scia degli articoli 5 par. 1, 6 lett. *a* e 9 della convenzione dell'Aja del 2005. Se tuttavia detto riferimento deve verosimilmente essere letto come comprensivo anche delle norme di conflitto degli Stati membri, volendo mantenere il parallelismo con le menzionate norme pattizie (cfr. *Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements. Explanatory Report by Trevor Hartley & Masato Dogauchi*, par. 125), ciò non pare del tutto coerente con l'esplicita dichiarazione della Commissione di aver voluto introdurre «una norma di conflitto uniforme» sulla validità sostanziale.

Sia che l'*iter* normativo della proposta si concludesse secondo l'approccio apparentemente preferito dalla Commissione, sia che invece si arrivasse all'introduzione di una disciplina di conflitto uniforme *ad hoc*, secondo gli auspici dell'on. Zwiefka (progetto di relazione, emendamento n. 20), occorrerà riflettere sull'opportunità di un allineamento alla soluzione definitiva cui giungerà il legislatore europeo da parte dell'ordinamento italiano per quanto riguarda gli accordi di proroga della giurisdizione a favore di Stati terzi, che ovviamente non ricadano nell'ambito di applicazione delle norme internazionali ed europee uniformi. A un primo sguardo la formulazione dell'art. 5 par. 1 della convenzione dell'Aja pare foriera di minori possibilità di divergenti valutazioni quanto alla validità dell'accordo di scelta del foro tra i giudici eventualmente chiamati a tale valutazione rispetto a quelle suggerita dall'on Zwiefka o da recente dottrina (HEINZE, *Choice of Court Agreements, Coordination of Proceedings and Provisional Measures in the Reform of the Brussels I Regulation*, Max Planck Private Law Research Paper No. 11/5, <http://ssrn.com/abstract=1804111>, spec. *sub* II.1.b).

Un secondo profilo di criticità riguarda l'interazione tra l'art. 4 e l'art. 7 della legge n. 218/1995, ovvero sia con la norma sulla litispendenza.

In questa materia, le coordinate esterne del legislatore italiano sono rappresentate, allo stato, da una parte, nell'ambito di applicazione del regolamento n. 44/2001, in ossequio ai dettami della giurisprudenza *Gasser*, dall'applicazione rigida del criterio della prevenzione, anche laddove il giudice adito per secondo sia stato designato da un accordo di scelta del foro a portata esclusiva (Corte di giustizia, 9 dicembre 2003, in causa C-116/02, in questa *Rivista*, 2004, p. 371 ss.); dall'altra, dall'attribuzione al giudice designato dalle parti come competente in via esclusiva a conoscere della controversia della prerogativa di pronunciarsi comunque per primo sulla propria giurisdizione e, quindi, sulla validità dell'accordo di proroga, e dal correlato obbligo degli altri giudici, eventualmente aditi anche in epoca anteriore al giudice designato, di sospendere i giudizi dinanzi a loro instaurati. È questo il principio accolto dall'art. 23 par. 3 del regolamento n. 44/2001 per il giudice di uno Stato membro designato da una convenzione di

sceita del foro esclusiva, conclusa tra soggetti non domiciliati nell'Unione europea, nonché dagli articoli 5 e 6 della convenzione dell'Aja del 2005, sia pur con alcune eccezioni. *Iure condendo*, l'art. 32 par. 2 della menzionata proposta della Commissione pare spingersi ancora più in là, riguardo ai rapporti tra procedimenti pendenti in più Stati membri, stabilendo, per gli accordi «di cui all'articolo 23» (non quelli in materia di assicurazioni, contratti conclusi dai consumatori e contratti individuali di lavoro) che conferiscano competenza esclusiva al giudice o ai giudici di uno Stato membro, che i giudici degli altri Stati membri «*non sono competenti* – «shall have no jurisdiction», nel testo inglese – a pronunciarsi sulla controversia finché il giudice o i giudici designati nell'accordo non hanno dichiarato la propria incompetenza».

Su tale tema, in relazione alle fattispecie riconducibili all'ambito di applicazione dell'art. 7, è stato autorevolmente affermato, prima e dopo l'entrata in vigore della legge n. 218, che la violazione di una clausola di proroga della giurisdizione a favore del giudice italiano precluderebbe il riconoscimento della sentenza straniera pronunciata dal diverso giudice adito, appunto, in violazione della clausola (v. rispettivamente GAJA, *La deroga alla giurisdizione italiana*, Milano, 1971, spec. p. 68 s.; e CARBONE, *Art. 4*, in BARIATTI (a cura di), *Riforma del sistema di diritto internazionale privato. L. 31 maggio 1995, n. 218. Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, p. 923 s.).

Simile tesi riverbera, naturalmente, i propri effetti, in termini negativi, sulla prognosi di riconoscibilità che il giudice italiano adito per secondo deve svolgere ai sensi dell'art. 7, in particolare sotto il profilo della verifica di compatibilità tra il titolo di giurisdizione applicato dal giudice straniero preventivamente adito e i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano (art. 64 lett. *a* della legge n. 218/1995). Essa porta con sé, in buona sostanza, l'idea che i requisiti stabiliti dall'art. 4 per la validità di una clausola di proroga della giurisdizione a favore del giudice italiano vengano a costituire una sorta di ulteriore condizione della verifica di corrispondenza con i principi sulla giurisdizione dell'ordinamento italiano delle norme sulla deroga alla giurisdizione applicabili dal giudice preventivamente adito.

Proseguendo nel ragionamento, per tale via il giudice italiano, designato concordemente dalle parti, pur adito per secondo, si vede attribuita la possibilità di sindacare non solo, sia pur indirettamente, il titolo di giurisdizione applicato o applicabile dal collega straniero al caso di specie – per esempio il domicilio del convenuto nel territorio sottoposto alla giurisdizione di quel giudice, criterio indiscutibilmente corrispondente a quelli dell'ordinamento italiano – ma anche la sintonia delle norme sulla deroga alla giurisdizione da costui applicate, o applicabili, per valutare validità ed efficacia dell'accordo sul foro eventualmente invocato da una delle parti con le condizioni per la proroga di cui all'art. 4, e, di conseguenza, di

proseguire il processo dinanzi a sé instaurato ove questa doppia verifica dia esito negativo.

Se questa soluzione corrisponde alle reali intenzioni del legislatore, mi chiedo se non sarebbe opportuno renderlo esplicito, ancor più in presenza di segnali ambivalenti da parte della giurisprudenza. La Cassazione ha infatti affermato in linea generale che la formulazione prescelta dall'art. 64 lett. *a* non intende designare un concetto diverso da quello secondo cui tali principi non sono altro che quegli stessi in base ai quali, in casi corrispondenti, il giudice italiano esercita la propria giurisdizione (sent. 28 maggio 2004 n. 10378, in questa *Rivista*, 2005, p. 129 ss.; s.u., 8 aprile 2011 n. 8038, in *Ced Cassazione*), ma appare ondivaga sullo specifico aspetto qui oggetto di esame, ora ritenendo insufficiente, ai fini del requisito di cui all'art. 797 n. 1 cod. proc. civ. (poi sostituito dall'art. 64 lett. *a* della legge n. 218), la sola accettazione della giurisdizione straniera da parte del cittadino italiano, richiedendo ulteriormente che costui abbia residenza all'estero (Cass., 12 maggio 1998 n. 4770, in questa *Rivista*, 1999, p. 294 ss.), dunque imponendo apparentemente l'aderenza precisa alle condizioni allora in vigore per la deroga alla giurisdizione italiana (così apparentemente anche QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza giurisdizionale tra diritto comunitario e diritto interno*, Padova, 2000, p. 116 s.); ora invece dando prevalente rilievo al fatto che il giudice straniero eserciti la propria giurisdizione sulla base di un qualsivoglia titolo corrispondente a quelli previsti dall'ordinamento italiano e ritenendo pertanto che il criterio dell'accettazione tacita di cui all'art. 4 comma 1 della legge n. 218 fosse idoneo a fondare la competenza indiretta del giudice straniero *ex art. 64 lett. a* «anche in materia di diritti indisponibili» (quindi senza tenere conto della condizione posta dall'art. 4 per la deroga alla giurisdizione italiana; cfr. Cass., 14 gennaio 2003 n. 365, in questa *Rivista*, 2003, p. 201 ss. e la stessa QUEIROLO, *op. loc. cit.*, nota 24).

Certo, il sistema Bruxelles I, con la sola eccezione dei fori esclusivi *ex art. 22*, è ostile a qualsiasi sindacato, diretto o indiretto, della competenza giurisdizionale dei giudici di un altro Stato membro e la stessa convenzione dell'Aja del 2005 contempla la possibilità di verificare, in sede di riconoscimento ed esecuzione di una decisione, la validità dell'accordo di scelta del foro a favore del giudice *a quo* soltanto se essa non sia già stata oggetto di esplicito accertamento da parte di quest'ultimo. Nondimeno, nelle situazioni che non ricadono nell'ambito di applicazione delle norme europee, né di altra disciplina internazionale uniforme, al legislatore italiano non è richiesta quella fiducia nei confronti dei sistemi e delle valutazioni degli altri Stati che costituisce il fondamento del divieto di controllo della competenza giurisdizionale del giudice di un altro Stato membro nel contesto europeo.

Merita poi, oggi ancor di più, accoglimento la proposta (formulata da CONSOLO, *Profili della litispendenza internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 1997,

p. 58 s.) secondo cui la prognosi di riconoscibilità della decisione resa dal giudice preveniente sia accompagnata da una valutazione circa la presumibile (ragionevole) durata del processo dinanzi a quel giudice estero. A detta condizione ha dato voce la Commissione nel menzionato art. 34 per il rilievo della litispendenza in Stati terzi, non senza però parallelamente addossare ai giudici degli Stati membri, eventualmente aditi per primi, perlomeno un onere di celerità nell'accertare la propria competenza ai fini della litispendenza intra-UE (art. 29 par. 2). Ad una simile assunzione di responsabilità dovrebbe forse essere oggi richiamato a gran voce anche il legislatore italiano dall'art. 6 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, non solo nell'ipotesi di litispendenza, «comunitaria» o meno, magari attraverso una generalizzazione e un rinvigorimento dello strumento del regolamento di giurisdizione secondo termini (brevi) e modalità che la dottrina e la prassi processualistica sapranno certo precisare in ragione delle evoluzioni normative in corso (v. spec. CONSOLO, *L'arbitrato con sede estera, la natura della relativa eccezione e l'essenziale compito che rimane affidato al regolamento transnazionale della giurisdizione italiana (Parte prima)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 603 ss., e *Parte seconda, ibi*, p. 955 ss.). Auspicabile in questo senso potrebbe essere perlomeno l'introduzione di un termine, verosimilmente nel corpo dell'art. 11 della legge n. 218, correlato a determinate attività processuali delle parti o allo scorrere di un preciso lasso temporale, per la decisione della questione sulla giurisdizione da parte del giudice del merito.

Un'ultima riflessione sull'interazione tra l'art. 4 e l'art. 7 della legge n. 218 è suggerita ancora dalla proposta della Commissione: il par. 4 della riformulata disciplina della litispendenza (art. 32) vorrebbe stabilire l'obbligo del giudice di uno Stato membro «la cui incompetenza sia eccepita in base a una convenzione arbitrale» di sospendere il procedimento dinanzi a sé introdotto non appena il giudice dello Stato membro in cui si trova la sede dell'arbitrato oppure lo stesso tribunale arbitrale nominato dalle parti «sia stato investito di un procedimento diretto ad accertare, in via principale o incidentale, l'esistenza, la validità o l'efficacia della convenzione arbitrale». La Corte di Cassazione ha negato che il meccanismo della litispendenza *ex* art. 7 della legge n. 218 riguardi anche l'arbitrato estero in considerazione del fatto che «l'affermata alternatività fra giurisdizione italiana e giurisdizione/arbitrato estero» opererebbe «su un piano del tutto diverso rispetto al rapporto di interferenza fra lite sorta all'estero e quella pendente nel territorio nazionale», in quanto il lodo straniero non ha efficacia diretta nel nostro ordinamento, essendo viceversa necessario a tal fine procedere al suo riconoscimento (artt. 839 e 840 cod. proc. civ.), l'equiparazione del lodo nazionale alla sentenza è stata prevista soltanto sotto il profilo dell'efficacia (art. 824-*bis* cod. proc. civ.), mentre – pur nella nuova disciplina dei rapporti tra arbitri ed auto-

rità giudiziaria (d.lgs. n. 40 del 2006) – il legislatore ha escluso l'applicabilità delle regole vigenti in tema di sospensione del processo (art. 819-ter comma 2 cod. proc. civ.). «Deporrebbe comunque in senso contrario... anche una interpretazione costituzionalmente orientata della normativa in tema di sospensione del processo, alla luce del disposto di cui all'art. 111 Cost.» (ord. 25 settembre 2009 n. 20668, in questa *Rivista*, 2011, p. 165 ss.). L'eventuale adozione definitiva della soluzione proposta della Commissione dovrebbe indurre il legislatore a una nuova valutazione anche di questo profilo.

CRISTINA CAMPIGLIO *

Il rapporto con i regolamenti europei e il diritto internazionale privato straniero.

Vorrei soffermarmi brevemente sul problema dell'incorporazione nella legge n. 218 del 1995 (artt. 3 comma 2 e 57) delle convenzioni internazionali oggi sostituite da regolamenti dell'Unione europea. Al riguardo sono state formulate tre diverse soluzioni.

La prima sarebbe quella di intendere il richiamo operato dal nostro legislatore come tuttora riferito alle convenzioni. Così, fermo restando che le «successive modificazioni» a cui allude l'art. 3 comma 2 sono quelle occasionate dagli allargamenti della Comunità europea e che pertanto non è ad esse riconducibile la trasformazione della convenzione in regolamento, l'art. 3 comma 2 continuerebbe a richiamare le norme della convenzione di Bruxelles del 1968: analogamente l'art. 57 ancora oggi richiamerebbe la convenzione di Roma del 1980. Saremmo insomma in presenza di un rinvio recettizio, cristallizzato al 1995: il fatto che le convenzioni richiamate non siano in sostanza più in vigore sarebbe irrilevante. A favore di questa soluzione si è espressa anche la Corte di Cassazione (s.u., ordinanza 21 ottobre 2009 n. 22239, in questa *Rivista*, 2010, p. 481 ss.) per giungere ad affermare nella fattispecie la sussistenza della giurisdizione italiana.

Una seconda opzione sarebbe quella di considerare oggetto di incorporazione i regolamenti Bruxelles I e Roma I. In senso contrario, per quanto riguarda l'art. 3 comma 2, si è osservato (prof. Pocar) che il mantenimento del parallelismo fra convenuto domiciliato all'interno dell'Unione europea e convenuto domiciliato all'esterno dell'Unione – con conseguente estensione unilaterale dell'ambito di applicazione del regolamento – comporterebbe la rinuncia ai fori italiani cosiddetti esorbitanti nei confronti dei domiciliati

* Professore ordinario nell'Università degli Studi di Pavia.

all'esterno dell'Unione senza contropartita (il cittadino italiano, di fronte a un foro estero esorbitante, sarebbe infatti costretto a subirlo). Si tratta invero di una critica che già può essere rivolta alla scelta di politica legislativa operata dal Parlamento con l'art. 3 comma 2 (diversa la posizione assunta dalla commissione ministeriale). Per quanto riguarda l'art. 57, in senso critico rispetto all'opzione in esame è stato detto (prof. Bariatti) che il regolamento Roma I fissa un limite temporale alla propria applicazione, nel senso che intende disciplinare solo i contratti stipulati dopo il 17 dicembre 2009. Dunque l'incorporazione del regolamento rischierebbe di ricondurvi unilateralmente contratti che il regolamento non vorrebbe disciplinare, né *ratione materiae* né *ratione temporis*. Effettivamente l'elemento temporale non va trascurato, ma d'altronde va considerato anche ai fini dell'applicazione della convenzione di Roma, che – come è noto – regola i soli contratti stipulati dopo il 1° aprile 1991. Se oggi dovesse discutersi di un contratto stipulato prima di tale data, quale legge si applicherebbe? Quella indicata dalla convenzione o quella richiamata dall'art. 25 disp. prel. cod. civ.? Verosimilmente quella indicata dall'art. 25, a meno di dare un'interpretazione ardita all'espressione «in ogni caso» impiegata nell'art. 57 e riferirla non solo alle materie espressamente escluse dalla convenzione (*ex art. 1 par. 2 e 3*), ma anche alle fattispecie escluse dalla sfera di azione temporale della convenzione (*ex art. 17*). Se si accoglie questa tesi, vale a dire se si ammette l'applicazione retroattiva della convenzione, non vi sarebbero motivi per non ammetterla anche per il regolamento.

La terza soluzione, *de iure condendo*, è quella di abbandonare la tecnica legislativa dell'incorporazione di testi internazionali/europei, e disciplinare con norme autonome le fattispecie escluse dalla disciplina convenzionale/regolamentare di Bruxelles e Roma.

Dal canto mio osserverei che, *de iure condito*, l'idea del rinvio recettizio desta qualche perplessità di natura applicativa, in quanto il giudice si troverebbe a dover «gestire» due strumenti differenti (almeno nella forma, se non nella sostanza). In pratica se il convenuto è domiciliato all'interno dell'Unione europea, si applicherebbe il regolamento Bruxelles I (*proprio vigore*), in caso contrario la convenzione del 1968 (in virtù della sua incorporazione): parimenti, se il contratto rientra nella sfera d'azione del regolamento Roma I, si applica appunto il regolamento, altrimenti si ricorre alla convenzione del 1980. Credo dunque che, se non altro per ragioni di semplicità, si dovrebbe preferire la seconda opzione prospettata, ossia intendere il richiamo degli artt. 3 comma 2 e 57 della nostra legge come riferito ai regolamenti.

Naturalmente nulla vieta (e questa potrebbe essere una soluzione valida) che il legislatore addivenga in futuro alla formulazione di norme autonome, destinate specificamente alle fattispecie escluse dalla disciplina europea: norme che, in materia di giurisdizione, a ragion veduta potrebbero discostarsi da quelle europee proprio per tenere conto della critica all'art. 3 comma 2 sopra ricordata.

Ho appena accennato al ruolo delicato del giudice e alle difficoltà applicative di certe scelte legislative. Occorre stare attenti, ci ha ammonito il dott. Martello, quando si riforma un settore, perché le novità non sempre sono soddisfacenti. Non posso che concordare, soprattutto se penso alla scelta rivoluzionaria operata nel 1995 con l'accoglimento del meccanismo del rinvio (art. 13 della legge n. 218). Si tratta, come è noto, di un istituto che la commissione ministeriale aveva escluso, e che ha fatto la sua improvvisa apparizione in sede parlamentare. Storicamente, la giurisprudenza italiana è sempre stata contraria al rinvio, e lo stesso legislatore del 1942 si era espresso in senso negativo (neppure la proposta, avanzata nel 1929, di parziale accoglimento del meccanismo nella forma del rinvio indietro aveva suscitato consensi). L'atteggiamento negativo della giurisprudenza risultava in linea con quello della scuola italiana di ispirazione manciniana che, reputando quello nostrano come il sistema-modello di diritto internazionale privato, riteneva inconcepibile condizionarne il funzionamento al modo di funzionare di sistemi stranieri. In questi quindici anni la giurisprudenza sembra non essersi neppure accorta dell'art. 13 della legge del 1995: in controtendenza rispetto a quanto sta accadendo all'estero, dove il meccanismo del rinvio viene volta a volta ignorato o utilizzato in vista del risultato (esemplare la giurisprudenza francese degli ultimi anni sul rinvio «condizionato»). Mi farebbe piacere sapere cosa pensano i relatori in proposito: non converrebbe tornare al sistema previgente e riferire il richiamo al diritto materiale straniero?

Un'ultima osservazione. Sono contenta che sia stata evocata la *kafalah*, perché effettivamente è l'istituto islamico che più spesso si presenta ai giudici italiani, creando problemi soprattutto ai fini dell'ingresso del minore (marocchino, di solito) in Italia e del ricongiungimento familiare ai sensi del testo unico sull'immigrazione. Spesso ci si dimentica che non si tratta di un'adozione, d'altronde vietata dal Corano, ma di un istituto di protezione dei minori, consacrato anche dalla convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 come pure dalla convenzione dell'Aja del 1996 in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori. A proposito di quest'ultima convenzione occorre ricordare che, qualora venga assunta in uno Stato contraente una misura di «recueil légal par *kafala*», in un altro Stato contraente non è sufficiente che le Autorità centrali (o altre autorità competenti) si consultino reciprocamente ma è necessario un loro accordo preventivo (art. 33). Si tratta di una condizione procedurale supplementare che verosimilmente si traduce in una forma di controllo sull'immigrazione di minori cittadini di Paesi islamici. Comunque, dal momento che l'Italia non ha ancora ratificato la convenzione, la disciplina della *kafalah* non è ben chiara: il timore è che il suo «carattere islamico» faccia perdere di vista la necessità di garantire un ambiente familiare a bambini in situazioni di grave difficoltà.

DOMENICO DAMASCELLI *

Su taluni aspetti della legge n. 218/1995 meritevoli di riforma

Ascoltando le relazioni e gli interventi di coloro che mi hanno preceduto, ho avvertito la netta sensazione che la discussione di questa sera abbia avviato un cammino destinato a condurre a una nuova riforma del nostro sistema di diritto internazionale privato.

In questa prospettiva, il mio brevissimo contributo si limiterà a richiamare alla memoria degli autorevoli promotori della tavola rotonda taluni aspetti critici della legge n. 218/1995 che ho già avuto modo di segnalare alla comunità scientifica attraverso i miei studi e che, a mio sommo avviso, meriterebbero di essere tenuti presenti quando si porrà mano alla revisione del testo di detta legge.

In primo luogo, non appare inutile riconsiderare il modo con cui il legislatore italiano ha proceduto ad affidare la disciplina di determinate materie a fonti internazionali (v. gli artt. 3 comma 2, primo periodo, 42, 45, 57 e 59 della legge n. 218/1995). È noto, infatti, che il rinvio «in ogni caso» fatto dalle ultime quattro norme appena citate a convenzioni internazionali, accompagnato solo in due di esse da disposizioni espresse concernenti l'ampliamento del relativo campo di applicabilità (mi riferisco all'art. 42 comma 2 e all'art. 59 comma 2), ha suscitato in dottrina un dibattito tanto vivace quanto variegato e incerto negli esiti (v. DAMASCELLI, *Il rinvio «in ogni caso» a convenzioni internazionali nella nuova legge sul diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1997, p. 78 ss.). A ciò si aggiunga che – fatta eccezione per la materia dei titoli di credito – tutte le fonti contemplate dalle norme in esame sono state aggiornate, o nel quadro della periodica revisione operata dalla Conferenza dell'Aja (è quanto accaduto alla convenzione dell'Aja del 1961, sostituita dall'omologa del 1996, non ancora in vigore per l'Italia), o a causa del processo europeo di codificazione del diritto internazionale privato (ciò vale, precisamente, per la convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, trasfusa nel regolamento CE n. 44/2001 del 22 dicembre 2000, a sua volta in procinto di essere revisionato, e per la convenzione di Roma del 19 giugno 1980, trasformata nel regolamento CE n. 593/2008 del 17 giugno 2008), ovvero, infine, per il contemporaneo e convergente ricorrere di entrambe le circostanze (è il caso della materia delle obbligazioni alimentari, oggetto sia della convenzione dell'Aja del 23 novembre 2007 che del regolamento CE n. 4/2009 del 18 dicembre 2008). La situazione appena descritta rende opportuna una riformulazione delle norme in esame che, da un lato, ne chiarisca la portata sul piano oggettivo e, dall'altro, fornisca una chiara risposta alla

* Professore associato nell'Università del Salento.

questione concernente l'individuazione dello strumento normativo (quello originario o quello al primo successivamente sostituitosi) a cui esse fanno rinvio (per due opposte soluzioni in materia di obbligazioni contrattuali, v. MARONGIU BUONAIUTI, *Conseguenze della trasformazione della Convenzione di Roma in Regolamento comunitario per il sistema italiano di diritto internazionale privato*, in FRANZINA (a cura di), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento «Roma I»*, Padova, 2006, p. 141 ss.; SALERNO, *Le conseguenze del regolamento «Roma I» sulla legge italiana di diritto internazionale privato*, in *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al regolamento «Roma I»*, Milano, 2007, p. 179 ss., spec. p. 184 s.).

Alle medesime esigenze di chiarezza risponde la mia proposta di emendare il testo dell'art. 56 della legge n. 218/1995 in materia di donazioni. Poiché la disciplina del contratto di donazione in generale è rimessa alle norme di conflitto sulle obbligazioni contrattuali (sul punto vi è unanimità: v. per tutti VILLANI, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, 2^a ed., Bari, 2002, p. 41, ove ampi riferimenti bibliografici), nonostante taluni generosi tentativi della dottrina (v. FUMAGALLI, *La Convenzione di Roma e la legge regolatrice delle donazioni*, in questa *Rivista*, 1993, p. 589 ss., spec. p. 592; VILLANI, *Le successioni e le donazioni (artt. 46-51 e 56)*, in *Corr. giur.*, 1995, p. 1249 ss., spec. p. 1251), solo di recente è stato possibile attribuire alla norma in esame un'apprezzabile autonomia portata precettiva con riferimento al recente istituto del patto di famiglia (regolato dal legislatore italiano agli artt. 768-bis ss. cod. civ.: v. DAMASCELLI, *Il patto di famiglia nel diritto internazionale privato*, in questa *Rivista*, 2007, p. 619 ss.). Ne deriva l'opportunità di chiarire che l'oggetto dell'art. 56 è limitato agli atti di liberalità esclusi dal campo di applicazione della convenzione di Roma del 19 giugno 1980 (ora regolamento «Roma I»), e cioè alle «donazioni contrattuali contemplate dal diritto di famiglia» (così Relazione sulla Convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del Prof. M. Giuliano e del Prof. P. Lagarde, in *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. C 282 del 31 ottobre 1980, p. 10). A quanto precede, si aggiunga che la prossima elaborazione di un regolamento dell'Unione europea in materia di diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte (che – con tutta probabilità – ribalterà le scelte tradizionalmente operate in materia dal legislatore internazionalprivatistico italiano: v. BONOMI, *Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni*, in questa *Rivista*, 2010, p. 875 ss.; DAMASCELLI, *La legge applicabile alle successioni a causa di morte nel progetto di Regolamento comunitario in materia*, in *I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, supplemento telematico, 2010, <http://elibrary.fondazione-notariato.it>) suggerisce di modificare il testo della disposizione in esame anche sotto il profilo dei criteri di collegamento impiegati, allo scopo di mantenere il parallelismo tra disciplina di conflitto delle successioni e del patto di famiglia (sulla cui utilità, sia consentito rinviare a DAMASCELLI, *Il patto di famiglia cit.*, p. 631 s.).

Concludo permettendomi di aggiungere due brevissime notazioni a quanto detto da Stefania Bariatti in materia di società. In primo luogo, rilevo che la riforma del nostro diritto internazionale privato potrebbe essere utile occasione per provvedere finalmente all'emanazione – dopo quasi dieci anni dalla sua entrata in vigore – delle norme di dettaglio richieste dal regolamento CE n. 2157/2001 dell'8 ottobre 2001 relativo allo statuto della Società Europea, la cui assenza pone il sistema italiano in una posizione di oggettivo svantaggio concorrenziale rispetto agli ordinamenti di altri Stati membri dell'Unione europea. Secondariamente, faccio presente che, anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 108/2008, relativo all'attuazione della direttiva 2005/56/CE sulle fusioni transfrontaliere, non appare fuori luogo intervenire sulla norma di conflitto concernente la fusione di società e altri enti (art. 25 comma 3 della legge n. 218/1995) allo scopo di adeguarla alla modifica apportata – in sede di conversione del disegno di legge governativo – al criterio di collegamento impiegato dal primo periodo del n. 1 della medesima disposizione (sulle «acrobazie» a cui sono attualmente costretti gli interpreti a causa della formulazione letterale della norma di conflitto sulle fusioni, v. DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia di società*, Bari, 2004, p. 145 ss.).

