



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

RICCARDO LUZZATTO

**IL DIRITTO INTERNAZIONALE
NELLA REALTÀ DEI FENOMENI GIURIDICI
SCRITTI SCELTI A CURA DEGLI ALLIEVI**

Tomo I



G. Giappichelli Editore



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

Studi di diritto internazionale ed europeo

25/I

RICCARDO LUZZATTO

IL DIRITTO INTERNAZIONALE
NELLA REALTÀ DEI FENOMENI GIURIDICI
SCRITTI SCELTI A CURA DEGLI ALLIEVI

Tomo I



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2023 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-0132-4 (*Due Tomi indivisibili*)
ISBN/EAN 979-12-211-7970-5 (ebook - pdf)

La pubblicazione della presente opera è stata resa possibile dai fondi del modulo Jean Monnet 101085666l ENGAGE EU e dal finanziamento del Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano.

Composizione: Voxel Informatica s.a.s. - Chieri (TO)

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Indice

	<i>pag.</i>
Presentazione	IX
Bibliografia di Riccardo Luzzatto	XIII
1. DIRITTO INTERNAZIONALE PUBBLICO	
Fiumi internazionali	3
Laghi internazionali	13
Responsabilità e colpa in diritto internazionale	18
La Corte europea dei diritti dell'uomo e la riparazione delle violazioni della Convenzione	60
La competenza consultiva della Corte internazionale di giustizia nella soluzione delle controversie internazionali	76
La giurisdizione sugli Stati stranieri tra Convenzione di New York, norme internazionali generali e diritto interno	93
Il diritto internazionale generale e le sue fonti	108
2. DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO	
Anstalt – Impresa fiduciaria	151
L'interpretazione della Convenzione e il problema della competenza della Corte di Giustizia delle Comunità	165
Persona giuridica (diritto internazionale privato)	173
Persona fisica (diritto internazionale privato)	200
Trade in Art and Conflict of Laws: the Position in Italy	205
Proprietà in generale (diritto internazionale privato)	218
Problemi internazionalprivatistici del diritto di autore	245

	<i>pag.</i>
Obbligazione. VI) Diritto internazionale privato e processuale: obbligazioni da contratto (coautore: S.M. Carbone)	264
Le norme di diritto internazionale privato	317
Vendita in generale (diritto internazionale privato)	329
Il contratto internazionale (coautore: S.M. Carbone)	355
Commento agli articoli 51-55 (l. 31 maggio 1995 n. 218)	483
Introduzione (a D. Anzilotti, Corsi di diritto internazionale privato)	495
Società (Nazionalità e legge regolatrice) (coautrice: C. Azzolini)	504
I Principi UNIDROIT e l'arbitrato commerciale internazionale	542
«Legge applicabile» e «riconoscimento» di <i>trusts</i> secondo la convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985	552
Proprietà intellettuale e diritto internazionale	568
Corte costituzionale e diritto internazionale privato	579
Riflessioni sulla c.d. comunitarizzazione del diritto internazionale privato	595

3. DIRITTO PROCESSUALE CIVILE INTERNAZIONALE

In tema di inderogabilità ed esclusività della giurisdizione italiana	609
I presupposti della competenza internazionale del giudice straniero e i limiti del loro esame nel giudizio di delibazione	648
Problemi in tema di azione e di procedimento per la delibazione nella giurisprudenza italiana	659
Delibazione di sentenze straniere e legge materiale applicabile nelle questioni di Stato	685
Sulla connessione di cause come criterio di competenza giurisdizionale	696
Competenza giurisdizionale o diretta e competenza internazionale o indiretta nelle convenzioni dell'Aja e di Bruxelles	707
Unité et universalité de la faillite selon l'Avant-Projet de la CEE et les Etats tiers	713
Il luogo di esecuzione dell'obbligazione contrattuale come criterio di competenza giurisdizionale	717
Commento alla Convenzione relativa all'adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord alla Convenzione di Bruxelles del 1968	733
Sulla riforma del sistema italiano di diritto processuale civile internazionale	763

pag.

Giurisdizione e competenza nel sistema della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968	778
Le misure cautelari nel diritto fallimentare internazionale	791
Commento agli articoli 3-12 (l. 31 maggio 1995 n. 218)	799
Il riconoscimento di sentenze e provvedimenti stranieri nella riforma del diritto internazionale privato italiano	830
On the proposed application of jurisdictional criteria of Brussels I Regulation to non-domiciled defendants	846

4. ARBITRATO

Questioni sulla rilevanza dell'arbitrato estero	853
Sull'efficacia in Italia di un provvedimento del Tribunale arbitrale presso la Borsa merci di Vienna	901
Arbitrati di organismi stranieri permanenti e ordinamento italiano	918
Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la convenzione di New York del 1958	932
Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961	967
Le convenzioni internazionali in tema di arbitrato e il diritto italiano (coautore: A. Migliazza)	1000
International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States	1021
Una questione sempre aperta: la forma della clausola compromissoria per arbitrato estero	1116
Il luogo di pronuncia del lodo arbitrale secondo la Convenzione di Ginevra del 1961 e l'art. 824 cod. proc. civ.	1127
Arbitrato irrituale italiano e Convenzione di New York	1136
Illecito internazionale e arbitrato internazionale di diritto privato	1146
Arbitrato commerciale internazionale	1162
Sulla circolazione dei lodi arbitrali italiani all'estero	1202
L'arbitrato internazionale e i lodi stranieri nella nuova disciplina legislativa italiana	1215
L'impugnazione del lodo arbitrale internazionale	1238
A proposito del momento attuale dell'arbitrato commerciale internazionale	1252

*pag.***5. DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA**

Industrial Property Rights in the EEC: an International Law Approach	1259
Illegittimità costituzionale o illegittimità comunitaria di leggi interne?	1277
La diretta applicabilità nel diritto comunitario	1285
Monopoli nazionali e diritto comunitario	1365
La circolazione dei capitali nella Comunità economica europea: una libertà dimezzata?	1380
Il principio del mutuo riconoscimento degli enti creditizi nel mercato interno della CEE	1397
Note sul diritto dei singoli ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva contro le violazioni del diritto comunitario	1408
Il diritto europeo e la Costituzione italiana dopo la riforma dell'art. 117	1422
Sul ruolo delle Corti europee e dei giudici nazionali nella tutela dei diritti fondamentali	1439
Il caso <i>Costa / Enel</i> cinquant'anni dopo	1448
Note minime in tema di spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia	1454

6. IL DIRITTO INTERNAZIONALE E LA SCUOLA DI MILANO

Gli internazionalisti	1463
Ricordo di Piero Ziccardi	1470

Presentazione

Riccardo Luzzatto è scomparso in Milano il 26 ottobre 2022, all'età di 87 anni.

Nato il 6 aprile 1935, appartenente a famiglia friulana di ascendenze ebraiche, costretto nel periodo bellico a lasciare la scuola italiana, frequentava quella svizzera in Milano avendo assunto il cognome della madre (Balzan). Nel dopoguerra, terminava gli studi classici e, intrapresi gli studi universitari, si laureava nel 1958 in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Milano, con una tesi su “*La forma degli atti nel diritto internazionale privato*”, con Piero Ziccardi, che sarà suo maestro e mentore nel percorso accademico.

Nel 1965, conseguiva la libera docenza in diritto internazionale e, dal 1968 al 1972, assumeva l'incarico di docente di Organizzazione internazionale e di Diritto internazionale privato dapprima presso l'Università di Urbino e poi in quella di Milano.

Nel 1972 vinceva il concorso di professore straordinario di diritto internazionale e svolgeva funzioni di insegnamento presso le Università di Messina e Modena, dove diventava nel 1975 professore ordinario. Dall'anno 1977-1978 insegnava presso l'Università di Genova. Dall'anno accademico 1980-1981 rientrava all'Università degli Studi di Milano quale professore ordinario della Facoltà di Giurisprudenza, prima di diritto delle Comunità europee e successivamente, dal 1983, di diritto internazionale, incarico che ricopriva fino al collocamento a riposo nel 2007. Nel 2012 gli veniva conferito dall'Università degli Studi di Milano il titolo di professore emerito.

Riccardo Luzzatto ha collaborato e diretto numerose riviste scientifiche, tra le quali la *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, *Diritto del commercio internazionale* e *Comunicazioni e studi* dell'Istituto di diritto internazionale dell'Università di Milano. È stato componente dei comitati scientifici della *Rivista dell'arbitrato* e *Il diritto dell'Unione europea*, membro effettivo dell'Istituto Lombardo – Accademia di scienze e lettere, nonché del Comitato scientifico dell'Associazione Italiana per l'Arbitrato di Roma, e componente del Consiglio della Camera arbitrale di Milano.

Riccardo Luzzatto ha lasciato, morendo, un patrimonio di studio e ricerca scientifica, sviluppato in quattro monografie e circa ottanta articoli su temi di diritto internazionale pubblico e privato, diritto dell'arbitrato e diritto dell'Unione europea. Con questi volumi si intende presentarne l'opera complessiva nelle materie che appartengono alla tradizione internazionalistica italiana, alle quali l'Au-

tore ha dedicato, in un arco di oltre cinquant'anni, le proprie ricerche. Si aggiungono due contributi che, pur qui riprodotti in una parte finale, collocano gli studi e l'elaborazione di Riccardo Luzzatto nel quadro della scuola e della tradizione internazionalistica milanese della quale Egli, discepolo di Piero Ziccardi, è una significativa espressione.

In questi volumi non appaiono, invece, le Sue due principali opere monografiche, relative a *Stati giuridici e diritti assoluti nel diritto internazionale privato* del 1965 e *Stati stranieri e giurisdizione nazionale* del 1972, entrambe pubblicate nella collana degli Studi di diritto internazionale della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Milano. Le ricostruzioni scientifiche in esse contenute peraltro si mostrano anche in altri scritti, qui riprodotti, che ne riprendono e sviluppano i temi. Il pensiero espresso in esse, dunque, è qui presente. Tra gli altri lavori si è ritenuto di fare una scelta, che come tale può apparire in alcuni casi arbitraria. Si è comunque cercato di rappresentare in modo completo il pensiero giuridico di Riccardo Luzzatto: si spera che il sacrificio di alcuni lavori, pur menzionati nella bibliografia, non abbia pregiudicato il raggiungimento dello scopo perseguito. Gli scritti vengono qui ripubblicati mantenendo, per ciascuno di essi, i criteri editoriali seguiti nelle rispettive pubblicazioni originarie.

Come si noterà, i lavori sono raggruppati a seconda dei settori dell'esperienza giuridica internazionalistica ai quali l'Autore ha dedicato la propria ricerca. Tale organizzazione ci è parsa, rispetto ad una mera pubblicazione in ordine cronologico, più idonea a dar conto dei filoni di ricerca approfonditi e a consentire, a chi vi si vorrà dedicare, di meglio seguire lo sviluppo del pensiero dell'Autore.

La rilettura dei contributi di Riccardo Luzzatto alla scienza internazionalistica consente invero, pur nell'apparente eterogeneità dei temi trattati (espressione peraltro di molteplicità di interessi e completezza di ricerca), di mettere in luce la Sua attenzione al dato normativo e il Suo rigore concettuale nella ricerca di un inquadramento sistematico, unite al rilievo dell'importanza della realtà dei fenomeni della vita giuridica internazionale e della concreta dimensione applicativa delle ricostruzioni sviluppate anche su questioni di sistema. Riccardo Luzzatto, infatti, appartiene a quella generazione di internazionalisti che si è sforzata, pur nell'approfondimento di peculiari interessi scientifici, di cogliere la complessità di un sistema nel quale potessero trovare una compiuta valutazione fenomeni giuridici, sia di vertice che di base, che sfuggono ad un esclusivo inquadramento nei sistemi interni, ancorché con essi dialoganti.

In tale quadro, Riccardo Luzzatto ha portato a ulteriore compimento l'opera del suo maestro, Piero Ziccardi, opera che viene calata nella visione della realtà dei fenomeni giuridici, con riflessioni sulle elaborazioni del medesimo Ziccardi: secondo quest'ultimo, può identificarsi una società universale del genere umano, nell'ambito della quale si sviluppano fenomeni giuridici molto più articolati e complessi di quelli individuati dalle costruzioni rigidamente dualistiche. La società internazionale così intesa dà vita ad un diritto comune, che non viene inquadrato negli ordinamenti nazionali o in quello internazionale, ma conserva una propria

autonomia e giustifica il ricorso alla nozione di vita giuridica internazionale. Questa prospettiva, calata soprattutto nel settore del diritto internazionale privato e sviluppata in particolare in tema di arbitrato internazionale, consente a Riccardo Luzzatto un'accurata analisi di una serie di fenomeni giuridici, anche nelle loro interazioni sistematiche, altrimenti perdute: un istituto giuridico non si esaurisce nella configurazione che ogni sistema statale vi ha dato, ma è dotato di una propria realtà, che preesiste logicamente a quella e ne forma il presupposto e la sua stessa ragione d'essere: peraltro, pur non potendo essere costretta nei limiti di un ordinamento giuridico determinato, quella realtà sociologica deve con i sistemi nazionali entrare in dialogo, finendo anche per atteggiarsi in funzione di essi.

Tale dato si esprime non solo negli studi di diritto internazionale privato e sull'arbitrato commerciale internazionale, ma permea (sotto il profilo della sistematica) anche le ricerche nel campo del diritto internazionale pubblico e del diritto dell'Unione europea. Nei primi si coglie come la regolamentazione che gli Stati intendono fare di fenomeni di vita giuridica interprivata che si svolgono nell'ambito di sovranità di altri Stati incontri un limite nella protezione di un nucleo di interessi essenziali, riferibili alla capacità di uno Stato di attuarsi. Nei secondi si collocano le analisi sui rapporti tra ordinamenti, nazionale ed europeo, sottolineando la identità della sfera soggettiva ai quali essi si indirizzano e il concorso degli strumenti dell'uno e dell'altro alla tutela delle individuali posizioni giuridiche soggettive.

Quanto precede, si spera, serve a dare conto della ragione stessa per la quale i presenti volumi sono pubblicati. Nell'era dell'accesso, in cui le risorse bibliografiche risultano facilmente consultabili nelle varie banche dati *online*, che raggruppano anche lavori risalenti, potrebbe forse dubitarsi dell'utilità della presentazione in volume di quanto altrove già pubblicato. L'esperienza accademica mostra però come soprattutto le più giovani generazioni di ricercatori, assorbite dai tecnicismi settoriali delle questioni analizzate, rischiano di perdere di vista, anche negli studi di formazione, i lavori di sistema e le ricostruzioni complessive offerte dai grandi maestri della materia. Anche per evitare ciò, la presentazione in questi volumi dei lavori di Riccardo Luzzatto intende contribuire a tener vivo e a riproporne il pensiero, pur nelle sue complessità e sfaccettature, pensiero che rischia altrimenti di andare perduto. Al di là di questi volumi, il ricordo della persona, della Sua umanità e dei Suoi tratti signorili rimarrà comunque sempre vivo in chi lo ha conosciuto e in chi, come noi, ha tratto da Lui insegnamenti di scienza e di vita.

Milano, dicembre 2023

Luigi Fumagalli Zeno Crespi Reghizzi

Per la preparazione di questi volumi abbiamo fatto appello all'aiuto essenziale di Filippo Croci, Tommaso Ferrario, Michele Grassi, Anna Liebman e Rebecca Ricifari, che desideriamo ringraziare.

Bibliografia di Riccardo Luzzatto

- I problemi di diritto internazionale nella giurisprudenza italiana (1957)*, in *Comunicazioni e studi*, vol. X, 1960, pp. 623-689.
- Fiumi internazionali*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. VII, Torino, 1961, pp. 399-403.
- In tema di inderogabilità ed esclusività della giurisdizione italiana*, in *Riv. dir. int.*, 1962, pp. 527-569.
- Laghi internazionali*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. IX, Torino, 1963, pp. 425-427.
- Questioni sulla rilevanza dell'arbitrato estero*, in *Comunicazioni e studi*, vol. XI, 1963, pp. 292-354.
- La jurisprudence italienne en matière de droit international privé (conflits de lois et conflits de juridictions) (1958-1960)*, in *Comunicazioni e studi*, vol. XI, 1963, pp. 743-827.
- I presupposti della competenza internazionale del giudice straniero e i limiti del loro esame nel giudizio di delibazione*, in *Giur. it.*, 1964, IV, pp. 23-32.
- Stati giuridici e diritti assoluti nel diritto internazionale privato*, Milano, 1965.
- Problemi in tema di azione e di procedimento per la delibazione nella giurisprudenza italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1965, pp. 449-480.
- Sull'efficacia in Italia di un provvedimento del Tribunale arbitrale presso la Borsa merci di Vienna*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1965, pp. 90-107.
- Delibazione di sentenze straniere e legge materiale applicabile nelle questioni di stato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1966, pp. 492-503.
- Sulla connessione di cause come criterio di competenza giurisdizionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1966, pp. 296-307.
- Arbitrati di organismi stranieri permanenti e ordinamento italiano*, in *Rass. arb.*, 1967, pp. 39-55.
- Responsabilità e colpa in diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 1968, pp. 53-107.
- Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la convenzione di New York del 1958*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1968, pp. 24-62.
- Competenza giurisdizionale o diretta e competenza internazionale o indiretta nelle convenzioni dell'Aja e di Bruxelles*, in *L'efficacia delle sentenze straniere nelle convenzioni multilaterali dell'Aja e della C.E.E.*, Padova, 1969, pp. 169-174.
- Unité et universalité de la faillite selon l'Avant-Projet de la CEE et les Etats tiers*, in *Les problèmes internationaux de la faillite et le Marché Commun*, Padova, 1971, pp. 252-256.
- Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la convenzione di Ginevra del 1961*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1971, pp. 47-82.

- Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano, 1972.
- Le convenzioni internazionali in materia di arbitrato e il diritto italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, pp. 214-239 (coautore: A. Migliazza).
- Clausole arbitrali, trasporto marittimo e diritto uniforme*, *Arbitration clauses, carriage by sea and uniform law*, in *Dir. mar.*, 1974, pp. 252-299 (coautore: S.M. Carbone).
- Verso un diritto comunitario delle società commerciali*, in *Riv. not.*, 1974, I, pp. 603-609.
- La Corte europea dei diritti dell'uomo e la riparazione delle violazioni della Convenzione*, in *Studi in onore di Manlio Udina*, I, Milano, 1975, pp. 422-445.
- La competenza consultiva della Corte internazionale di Giustizia nella soluzione delle controversie internazionali*, in *Comunicazioni e studi*, XIV, 1975, pp. 479-499.
- Industrial property rights in the EEC: an international law approach*, in *Italian Yearbook Int. L.*, I, 1975, pp. 112-131.
- L'Anstalt e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. comm.*, 1976, II, pp. 58-78.
- La Corte di cassazione e la «forma» della clausola compromissoria per arbitrato estero: forza di una tradizione ed equivoci di una massima*, in *Rass. Arbitrato*, 1976, p. 157 ss.
- International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, vol. 157 (1977-IV), pp. 9-120.
- Una questione sempre aperta: la "forma" della clausola compromissoria per arbitrato estero*, in *Dir. mar.*, 1977, pp. 403-415.
- The Italian exchange control laws: some international aspects*, in *Italian Yearbook Int. L.*, III, 1977, pp. 257-273.
- Il luogo di pronuncia del lodo arbitrale secondo la convenzione di Ginevra del 1961 e l'art. 824 cod. proc. civ.*, in *Studi in onore di G. Ballardore Pallieri*, II, Milano, 1978, pp. 361-371.
- Illegittimità costituzionale o illegittimità comunitaria di leggi interne?*, in *Il primato del diritto comunitario e i giudici italiani*, Milano, 1978, pp. 145-155.
- Una giurisprudenza milanese in tema di Anstalt*, in *Giur. comm.*, 1978, II, pp. 123-136.
- Il luogo di esecuzione dell'obbligazione contrattuale come criterio di competenza giurisdizionale*, in *Studi in onore di E.T. Liebman*, Milano, 1979, II, pp. 817-838.
- La diretta applicabilità nel diritto comunitario*, Milano, 1980.
- Monopoli nazionali e diritto comunitario*, in *Studi in onore di C. Grassetti*, II, Milano, 1980, pp. 1240-1261.
- Commento agli articoli 87-89, 159-178, Commento alla Convenzione sul brevetto europeo* (a cura di P. Marchetti), in *Nuove leggi civ. comm.*, 1980, pp. 492-497, 573-575.
- Anstalt – Impresa fiduciaria*, in *Dizionario del diritto privato. Diritto commerciale e industriale* (a cura di U. Carnevali), Milano, 1981, pp. 79-102.
- L'attuazione in Italia delle norme comunitarie in materia di libertà di movimento dei capitali e di pagamenti*, in *Diritto prat. trib.*, 1981, I, pp. 619-632.
- Arbitrato irrituale italiano e Convenzione di New York*, in *Rass. arb.*, 1981, 105-116.
- Commento alla Convenzione relativa all'adesione del Regno di Danimarca, dell'Ir-*

- landa e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord alla Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1982, pp. 890-908.
- La circolazione dei capitali nella Comunità economica europea: una libertà dimezzata?*, in *Dir. com. scambi int.*, 1982, pp. 403-418.
- L'interpretazione della Convenzione e il problema della competenza della Corte di Giustizia delle Comunità*, in *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti* (a cura di T. Treves), Padova, 1983, pp. 57-66.
- Persona giuridica (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983, pp. 276-294.
- Persona fisica (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983, pp. 227-230.
- I contratti del commercio internazionale* (coautore: S.M. Carbone), in *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno*, vol. XI, *Obbligazioni e contratti*, III, Torino, 1984, pp. 111-177.
- Le norme statali sul controllo dei cambi in una prospettiva internazionale*, in *Il sistema valutario italiano. Problemi giuridici* (a cura di G. De Nova), Milano, 1986, pp. 3-18.
- Trade in Art and Conflict of Laws: the Position in Italy*, in *International Sales of Works of Art* (P. Lalive ed.), Paris-Genève, 1986, pp. 409-424.
- Contratti internazionali e norme sul controllo dei cambi*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1986, II, pp. 43-55.
- Illecito internazionale e arbitrato internazionale di diritto privato*, in *Le droit international à l'heure de sa codification. Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milano, 1987, vol. III, pp. 167-186.
- Arbitrato commerciale internazionale*, in *Digesto IV ed.*, Sez. commerciale, I, Torino, 1987, pp. 192-215.
- Sulla circolazione dei lodi arbitrali italiani all'estero*, in *Dir. comm. int.*, 1987, pp. 307-320.
- Proprietà in generale (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, pp. 297-315.
- Problemi internazionalprivatistici del diritto d'autore*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, pp. 273-292.
- Il principio del mutuo riconoscimento degli enti creditizi nel mercato interno della CEE*, in *Dir. comm. int.*, 1989, pp. 183-195.
- Obbligazione. VI) Diritto internazionale privato e processuale: obbligazioni da contratto* (coautore: S.M. Carbone), in *Enc. giur.*, vol. XXIV, Roma, 1990, pp. 1-23.
- Campo di protezione e novità nel brevetto europeo*, in *Riv. dir. ind.*, 1990, pp. 247-261.
- La libera prestazione dei servizi bancari nella Cee ed il principio del mutuo riconoscimento degli enti creditizi*, in *Foro it.*, 1990, IV, cc. 443-454.
- Le guerre e il diritto internazionale*, in *Corriere giuridico*, 1991, pp. 245-247.
- Sulla riforma del sistema italiano di diritto processuale civile internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 1990, 832-848; e in *La riforma del diritto internazionale e processuale. Raccolta in onore di Edoardo Vitta* (a cura di G. Gaja), Milano, 1994, pp. 151-171.
- Giurisdizione e competenza nel sistema della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, in *Dir. comm. int.*, 1991, pp. 63-77.

- Le misure cautelari nel diritto fallimentare internazionale*, in *La tutela cautelare nelle procedure concorsuali: atti del convegno SISCO del 25 novembre 1989*, Milano, 1991, pp. 113-122.
- Le norme del diritto internazionale privato*, in *I cinquant'anni del Codice civile. Atti del Convegno di Milano, 4-6 giugno 1992*, I, Milano, 1993, pp. 71-88.
- Vendita in generale (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993, pp. 502-517.
- Contratti internazionali, autonomia privata e diritto materiale uniforme*, (coautore: S.M. Carbone), in *Dir. comm. int.*, 1993, 755-789.
- Il contratto internazionale* (coautore: S.M. Carbone), Torino, 1994.
- L'arbitrato internazionale e i lodi stranieri nella nuova disciplina legislativa italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, pp. 257-280.
- Commento agli articoli 832, 837, 838 del codice di procedura civile*, in *Legge 5 gennaio 1994 n. 25, Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale* (a cura di G. Tarzia, R. Luzzatto, E. Ricci), Padova, 1995, pp. 189-200, 245-251, 251-256.
- Giurisdizione del giudice italiano e revocatoria fallimentare di un pagamento effettuato ad un creditore straniero*, in *Corriere giuridico*, 1995, pp. 702-706.
- Introduzione*, in D. Anzilotti, *Corsi di diritto internazionale privato* (a cura di F. Salerno), Padova, 1996, pp. xvii-xxviii.
- Commento agli articoli 3-12, 51-55*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, pp. 923-951, 954-956, 1154-1167; e in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato* (a cura di F. Pocar, T. Treves, S.M. Carbone, A. Giardina, R. Luzzatto, F. Mosconi, R. Clerici), e Padova, 1996, pp. 19-54, 251-263.
- Società (Nazionalità e legge regolatrice)* (coautrice: C. Azzolini), in *Digesto IV ed., Sez. comm.*, XIV, Torino, 1997, pp. 136-158.
- I Principi Unidroit e l'arbitrato commerciale internazionale*, in *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit* (a cura di M.J. Bonell and F. Bonelli), Milano, 1997, pp. 92-104.
- Il riconoscimento di sentenze e provvedimenti stranieri nella riforma del diritto internazionale privato italiano*, in *Comunicazioni e studi*, vol. XXI, 1997, pp. 82-105; e in *Convenzioni internazionali e legge di riforma del diritto internazionale privato* (a cura di F. Salerno), Padova, 1997, pp. 215-238.
- L'impugnazione del lodo arbitrale "internazionale"*, in *Collisio Legum. Scritti per Gerardo Broggin*, 1996, 263-281; e in *Riv. arb.*, 1997, pp. 19-36.
- Legge applicabile e riconoscimento di trusts secondo la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, pp. 5-20.
- Note sul diritto dei singoli ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva contro le violazioni del diritto comunitario*, in *Jus*, 1999, pp. 373-387.
- Metodi di unificazione del diritto marittimo e interpretazione uniforme*, in *Dir. mar.*, 1999, pp. 147-152.
- Parere pro veritate presentato dalla difesa sulla prassi applicativa della convenzione europea di assistenza giudiziaria e sugli effetti sull'applicazione della l. n. 367/2001*, in *Foro ambrosiano*, 2002, pp. 93-101.
- Regime comunitario della concorrenza e servizi portuali*, in *Il diritto internazionale del mare fra usi antichi e nuove forme di utilizzazione*, Società Italiana di Diritto

- Internazionale, VI Convegno, Padova, Treviso, Venezia, 24-26 maggio 2001*, Napoli, 2002, pp. 149-157.
- La situazione giuridica dei beni italiani in Croazia e in Slovenia. Studio di una Commissione istituita dalla Provincia di Trieste, d'intesa con la Provincia di Roma e con i Comuni di Trieste e Gorizia* (coautori: A. Miele, M. Maresca, G. Gaja, G. De Piero), in *Rivista coop. giur. int.*, 2002, vol. 4, fasc. 12, pp. 39-55.
- Il diritto internazionale generale e le sue fonti*, in *Istituzioni di diritto internazionale* (a cura di S.M. Carbone, R. Luzzatto, A. Santa Maria), Torino, 2002, pp. 37-74; 2^a ed., 2003, pp. 38-76; 3^a ed., 2006, pp. 43-81; 4^a ed., 2011, pp. 47-86; 5^a ed., 2016 (S.M. Carbone, R. Luzzatto, A. Santa Maria *et al.*, anche per la successiva edizione), pp. 49-89; 6^a ed., 2021, pp. 45-86.
- Sovranità territoriale, "jurisdiction" e regole di immunità* (coautrice: I. Queirolo), in *Istituzioni di diritto internazionale* (a cura di S.M. Carbone, R. Luzzatto, A. Santa Maria), Torino, 2^a ed., 2003, pp. 187-224; 3^a ed., 2006, pp. 203-242; 4^a ed., 2011, pp. 235-278; 5^a ed., 2016 (S.M. Carbone, R. Luzzatto, A. Santa Maria *et al.*, anche per la successiva edizione), pp. 183-228; 6^a ed., 2021, pp. 183-237.
- Proprietà intellettuale e diritto internazionale*, in *Studi di diritto industriale in onore di Adriano Vanzetti*, I, Milano, 2004, pp. 895-908.
- Corte costituzionale e diritto internazionale privato*, in *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale* (a cura di L. Daniele), Napoli, 2006, pp. 453-471.
- Gli internazionalisti*, in *Gli 80 anni della facoltà di giurisprudenza. Atti dell'incontro del 14 ottobre 2004* (a cura di R. Clerici), Milano, 2006, pp. 103-113.
- La giurisdizione sugli Stati stranieri tra Convenzione di New York, norme internazionali generali e diritto interno*, in *Comunicazioni e studi*, vol. XXIII, 2007, pp. 2-21.
- Introduzione*, in *Il mercato unico dei servizi* (a cura di F. Bestagno, L.G. Radicati di Brozolo), Milano, 2007, pp. xv-xix.
- Il diritto europeo e la Costituzione italiana dopo la riforma dell'art. 117*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2008, pp. 1-19.
- Introduzione al convegno*, in *I rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico: soggetti, valori e strumenti*, Società Italiana di Diritto Internazionale, XII Convegno, Milano, 8-9 giugno 2007 (a cura di N. Boschiero, R. Luzzatto), 2008, pp. 11-14.
- Riflessioni sulla c.d. comunitarizzazione del diritto internazionale privato*, in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar* (a cura di G. Venturini e S. Bariatti), Milano 2009, pp. 613-625.
- On the proposed application of jurisdictional criteria of Brussels I Regulation to non-domiciled defendants*, in *Recasting Brussels I: proceedings of the Conference held at the University of Milan on November 25-26, 2011* (a cura di F. Pocar, I. Viarengo, F.C. Villata), Padova, 2012, pp. 111-116.
- A proposito del momento attuale dell'arbitrato commerciale internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 2012, pp. 441-444.
- Introduction* (coautore U. Draetta), in *The Chamber of Arbitration of Milan Rules. A Commentary* (a cura di U. Draetta, R. Luzzatto), Huntington, New York, 2012, pp. xix-xxii.

- Sul ruolo delle Corti europee e dei giudici nazionali nella tutela dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Napoli, 2014, vol. I, pp. 417-427.
- Ricordo di Piero Ziccardi*, in *Riv. dir. int.*, 2015, pp. 546-557.
- Il caso Costa / Enel cinquant'anni dopo*, in *Costa / Enel: Corte costituzionale e Corte di Giustizia a confronto, cinquant'anni dopo* (a cura di B. Nascimbene), Milano, 2015, pp. 19-27.
- Introduzione alla sessione: società, obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali*, in *Per un nuovo diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, pp. 839-842.
- Note minime in tema di spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, pp. 539-543.

1. Diritto internazionale pubblico

Fiumi internazionali *

SOMMARIO: 1. Concetto di fiume internazionale e terminologia. – 2. Svolgimento storico della disciplina giuridica dell'utilizzazione delle acque dei corsi d'acqua d'interesse internazionale. – 3. Situazione giuridica dei fiumi internazionali secondo l'attuale atteggiamento dell'ordinamento internazionale. – 4. L'amministrazione delle vie d'acqua internazionali. – 5. L'utilizzazione delle acque dei fiumi internazionali. – 6. Conclusioni.

1. *Concetto di fiume internazionale e terminologia*

Fiume internazionale, secondo la definizione più frequentemente ripetuta nella dottrina e nella pratica, è quel fiume che attraversa o separa territori appartenenti a diversi Stati, e si contrappone in tal modo a quei corsi d'acqua, detti «nazionali», che esauriscono il loro corso, dalla sorgente alla foce, nell'ambito del territorio di un solo Stato. Il criterio di distinzione riposa cioè su una caratteristica di ordine materiale, costituita dal fatto che il fiume scorra nel territorio di più Stati, sia attraversandoli, sia separandoli. Tale caratteristica materiale ha fatto in ogni tempo inevitabilmente sorgere delicati problemi in ordine all'utilizzazione dei fiumi stessi da parte, anzitutto, dei Paesi rivieraschi. La diversità delle esigenze, alle quali lo sviluppo tecnico ed altri vari fattori hanno fatto sì che rispondesse nei vari tempi l'uso dei fiumi, ha determinato lo sdoppiamento della relativa disciplina giuridica in due campi distinti per i quali la dottrina e la prassi hanno considerato anche formalmente separate le fonti delle rispettive norme, e sono pervenute ad elaborare complessi di norme e di principi sostanzialmente diversi: da un lato, il campo della navigazione fluviale, tradizionalmente considerata l'uso principale dei fiumi, se non l'unico, e l'unica ragione di contesa tra gli Stati, dall'altro quello dell'utilizzazione delle acque a scopi agricoli ed industriali, primi fra tutti l'irrigazione e la produzione di energia elettrica: utilizzazioni, queste, relativamente recenti, anche se l'antichissimo uso delle acque a scopi agricoli potrebbe indurre a presumere che in ogni tempo controversie e pretese dei vari Stati interessati ad un corso d'acqua comune non possano essere mancate. Se la nozione di fiume internazionale risulta il cardine della disciplina relativa ad ambedue i settori, è del tutto irrilevante il fatto che la caratteristica materiale della «internazionalità» sia pre-

* Pubblicato in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VII, Torino, 1961, pp. 399-403.

sente per tutto il corso del fiume, o per il tratto navigabile, o per un tratto non navigabile: o che addirittura l'intero fiume non consenta la navigazione. La limitazione del concetto di fiume internazionale ai fiumi navigabili, sostenuta in passato, non può che apparire arbitraria allo stato attuale del diritto internazionale.

Si distingue comunemente in dottrina tra fiumi-frontiera (che separano il territorio di più Stati) e fiumi successivi o contigui (che attraversano il territorio di più Stati). La distinzione, pur non comportando un regolamento differente delle due categorie, ha tuttavia importanza, perché soltanto a proposito dei primi si pongono alcuni problemi, qual è quello della delimitazione della linea di confine tra gli Stati separati dal fiume (la cosiddetta frontiera fluviale), che nell'altro caso si risolve assai agevolmente. Si sosteneva un tempo che la frontiera coincidesse con la riva di ciascuno Stato, così che il corso del fiume avrebbe dovuto essere considerato come *res nullius* o come oggetto di proprietà comune da parte degli Stati rivieraschi: ma tale dottrina è oggi generalmente abbandonata. Trascurando altri principi eventualmente adottati in via convenzionale, sono riconosciuti oggi generalmente due criteri distinti: l'uno che fissa la frontiera nella linea mediana delle acque, l'altro che la individua nella linea del corso più profondo (detta Thalweg). La prima soluzione, che poggia su elementi assai facilmente rilevabili, ha però l'inconveniente di trascurare l'eventuale spostamento della corrente verso una delle due rive, che può impedire la navigazione fluviale di uno Stato in acque proprie. Ciò spiega come la prassi internazionale più recente preferisca individuare la frontiera con il criterio detto del Thalweg, ossia seguendo la linea mediana del canale di navigazione principale¹. Tuttavia, specie quando un corso d'acqua non sia navigabile, è spesso assunta a linea confinaria la linea mediana del corso stesso². Tale determinazione ha evidentemente la massima importanza per quanto riguarda l'utilizzazione delle forze idrauliche ottenibili da un fiume, solo che si tenga presente il gran numero di controversie che possono sorgere in seguito a sistemazioni idroelettriche di un corso d'acqua, ognuna di per se stessa idonea a modificarne il naturale equilibrio. Interessa però notare in proposito come nell'ordinamento internazionale sia difficile individuare con certezza norme di carattere generale sul punto, essendo le regole sopra citate una induzione basata sulla prassi più frequentemente seguita nella stipulazione di trattati internazionali.

Secondo le nozioni accettate, apparirebbe logico concludere che esuli ogni elemento di internazionalità da quei fiumi che esauriscono il loro corso nell'ambito del territorio di un solo Stato, pur essendo affluenti di fiumi internazionali. Se è vero però che relativamente alla navigazione su tali corsi d'acqua manca ogni ragione di interesse e di contesa da parte di altri Stati, non altrettanto si può dire

¹ La nozione è tuttavia assai controversa. Se ne danno almeno tre definizioni (FRANÇOIS, *Règles générales du droit de la paix (Recueil des cours, 1938)*, pag. 55): 1° linea che passa per i punti più profondi del corso d'acqua; 2° linea che passa per i punti più profondi del canale di navigazione principale; 3° linea mediana del canale di navigazione principale.

² Vedi, ad es., Trattato di Versailles del 1919, all'articolo 30.

per quanto riguarda la loro utilizzazione industriale, poiché è evidente che ogni opera eseguita su tali corsi potrebbe determinare modificazioni più o meno rilevanti del regime del corso principale (in ipotesi, internazionale). Per tale ragione si sono sviluppati nella dottrina e nella pratica internazionale concetti come quelli di «sistema idrografico» o «bacino di drenaggio internazionale»³, in base ai quali i principi relativi ai fiumi internazionali propriamente detti andrebbero estesi a tutti i corsi d'acqua facenti parte del bacino fluviale, e quindi anche agli affluenti puramente nazionali. È forse prematuro affermare che questi concetti siano fin d'ora sicuramente accolti: certamente però essi sono perfettamente aderenti alle attuali possibilità di sfruttamento delle acque dei fiumi ed alle più recenti tendenze del diritto in questo campo.

2. Svolgimento storico della disciplina giuridica dell'utilizzazione delle acque dei corsi d'acqua d'interesse internazionale

Fin dall'inizio del XIX secolo i problemi del diritto internazionale fluviale ricevettero una considerazione sia pratica sia dottrinale estremamente scarsa. Alcuni accenni al problema si trovano in GROZIO, il quale affaccia l'idea di alcune limitazioni di carattere generale al dominio spettante agli Stati rivieraschi sul fiume, considerandole quasi la necessaria contropartita dell'imposizione della sovranità su beni che sarebbero stati originariamente in regime di comunione, e individuandole nel diritto di transito e di utilizzazione delle acque, in caso di necessità. Ma tali affermazioni – già controbattute da antichi internazionalisti quali il PUFENDORFF ed il VATTEL – sono ben lungi dal rispecchiare una diffusa convinzione della società internazionale, né trovano riscontro in una conforme prassi convenzionale. L'unico testo di una certa importanza è costituito, in quel periodo, dal Trattato di Westfalia, che applica parzialmente ai fiumi germanici il principio della libera navigazione. Ma lo sviluppo dell'economia capitalistica nel corso del XVIII e del XIX secolo fece sorgere un ben maggiore interesse per il diritto internazionale fluviale. È rimasta celebre la risoluzione del 16-XI-1792 del Consiglio esecutivo provvisorio della Repubblica francese, secondo la quale «Il corso dei fiumi è proprietà comune e inalienabile di tutti i paesi bagnati dalle loro acque, e una nazione non potrebbe, senza ingiustizia, pretendere di avere il diritto di occupare in modo esclusivo il corso di un fiume, e di impedire ai popoli vicini che si trovano sulle rive superiori di godere dei medesimi vantaggi: un tale diritto è il residuo di servitù feudali, o almeno un odioso monopolio che non ha potuto esser

³ Ad es., la speciale Commissione per lo studio dei fiumi internazionali della «International Law Association», nella sua sessione di New York del 1958, ha approvato la seguente definizione di bacino di drenaggio o sistema idrico a carattere internazionale: «l'area situata entro i territori di due o più Stati, nella quale tutti i corsi d'acqua superficiali o fluenti hanno un termine comune in mare, in un lago o in qualche luogo dell'entroterra dal quale non risulti altro termine apparente al mare».

costituito che con la forza, e consentito che per impotenza». Non ostante la sua impronta giusnaturalistica tale risoluzione ebbe una grande importanza politica, ed esercitò un grande influsso sulla stipulazione di convenzioni che dessero alla materia un'impronta nuova e più liberale. Già nel 1795 fu concluso tra Francia ed Olanda un trattato riguardo alla Mosa, alla Schelda ed al Reno: seguirono il Trattato di Parigi del 1814 relativo al Reno, e infine l'Atto finale del Congresso di Vienna del 1815 (art. 108-116) che sancì, come base di ulteriori stipulazioni cui avrebbero dovuto addivenire le Parti contraenti, il principio della libera navigazione sui fiumi internazionali, oltre ad una serie di regole da osservarsi dai singoli Stati nelle stipulazioni successive relativamente alla polizia della navigazione, al mantenimento della navigabilità, all'abolizione dei pedaggi e così via. Tale Atto affermava dunque l'obbligo degli Stati contraenti, che fossero rivieraschi di fiumi internazionali, di concludere tra di loro accordi per porre fine agli ostacoli di qualsiasi natura alla navigazione su detti fiumi; ma l'obbligo e i diritti corrispondenti erano stabiliti per i soli Stati contraenti. Tuttavia la creazione di norme particolari in seguito all'Atto di Vienna fu assai ampia. Oltre ai regolamenti relativi alla navigazione del Reno, del Neckar, del Meno e della Mosella, annessi all'atto stesso, furono conclusi nei decenni successivi numerosissimi trattati particolari, tra i quali il Trattato di Londra del 1839 tra Belgio ed Olanda, a proposito della Mosa; la Convenzione di Magonza del 1831, che contiene un primo accordo relativo al Reno; la Convenzione di Mannheim del 1868, che perfezionò la precedente, accordando la libertà di navigazione sul Reno a tutti gli Stati contraenti, rivieraschi e no; il Trattato di Parigi del 1856, che disciplinava la navigazione sul Danubio; e molti altri. Nello stesso tempo alcune Convenzioni furono concluse anche riguardo a fiumi africani (Congo, Niger e Zambesi), sudamericani (Rio de la Plata ed altri minori) ed asiatici (Indo, Amour e Yangtsekiang).

All'inizio del XX secolo la situazione del diritto internazionale fluviale era dunque caratterizzata da una decisa tendenza verso la conclusione di accordi di carattere sempre più generale, improntati al principio della libera navigazione su tutti i maggiori fiumi internazionali, non soltanto a favore di Paesi rivieraschi, ma anche di quei Paesi che, pur non essendo rivieraschi, fossero parti contraenti dell'accordo. La Conferenza della Pace, tenuta a Parigi nel 1919, si propose il fine di proseguire su quella via, enunciando una serie di principi che, accettati da tutti i firmatari dei Trattati di pace, fossero destinati a sostituire le regole contenute nell'Atto di Vienna. Ma la Commissione nominata a tale scopo si limitò a formulare alcune clausole, nelle quali appare evidente l'intento delle Potenze alleate di assicurarsi la piena libertà di navigazione sui principali fiumi europei, quali Reno, Danubio, Elba, Oder e Niemen. Tali clausole furono inserite nei Trattati di pace (articolo 332 del Trattato di Versailles; art. 290 del Trattato di Saint Germain; art. 274 del Trattato del Trianon; art. 216 del Trattato di Neuilly), mentre l'incarico di formulare principi generali applicabili a tutti i fiumi internazionali fu rimesso alla Società delle Nazioni. Il principio della libera navigazione e del divieto dell'imposizione di tasse e pedaggi, oltre a quelli necessari per la manutenzione delle vie

acquee, furono espressamente estesi a favore degli Stati non rivieraschi, e ne fu ampliato nel contempo anche l'ambito di applicazione oggettiva, dichiarandoli applicabili ai canali ed alle altre vie d'acqua che facilitano la navigazione sui fiumi considerati⁴.

La Conferenza prevista dall'art. 338 del Trattato di Versailles allo scopo di elaborare un nuovo regime applicabile a tutti i fiumi internazionali, attraverso una revisione dell'Atto di Vienna, fu convocata dalla Società delle Nazioni nel 1921 e, riunitasi a Barcellona nello stesso anno con la partecipazione di 42 Stati, si concluse con la redazione dell'Accordo di Barcellona del 20-IV-1921, costituito da una Convenzione, uno Statuto e un Protocollo. La prima contiene l'enunciazione di alcuni principi generali, simili a quelli già contenuti nel Trattato di Versailles; il secondo, che è il documento più importante, contiene la disciplina concreta della materia, il terzo infine aggiunge al corpo di norme in tal modo enunciate alcune disposizioni suppletive⁵. Il concetto base dello Statuto è quello di via d'acqua d'interesse internazionale, definita come «ogni via d'acqua naturalmente navigabile che attraversa o separa due o più Stati»: viene presa cioè in esclusiva considerazione la navigazione, con esclusione assoluta di ogni altra utilizzazione delle acque. A tali vie viene dichiarato applicabile, nei rapporti tra gli Stati contraenti, il principio del libero esercizio della navigazione, con divieto di discriminazione in materia di tariffe; i pedaggi per la navigazione devono essere contenuti nei limiti necessari ad assicurare la manutenzione del corso d'acqua, restando riservati agli Stati rivieraschi l'adozione di ogni misura di polizia e sanità e l'esercizio del cabotaggio locale.

L'Accordo di Barcellona è stato considerato come la «Magna Charta» della navigazione fluviale internazionale: e certo la sua importanza è stata notevole, se si considera come l'internazionalizzazione delle vie d'acqua vi sia accolta come principio (si è parlato in proposito di internazionalizzazione «generale» o «statutaria»). Ma si deve notare che lo Statuto non può, malgrado alcune contrarie opinioni, essere considerato come mera codificazione o rilevazione di norme internazionali generali, essendo legato ad una convenzione che non è riferibile se non agli Stati che l'abbiano ratificata. L'Accordo fu ratificato soltanto da una ventina di Stati, tra i quali non figurano Stati Uniti d'America, Russia, Germania e Cina; e lasciò sussistere tutti i regimi fluviali anteriori, onde l'unificazione del sistema non fu per nulla conseguita.

Ma i decenni successivi segnarono ulteriori regressi in materia di internazionalizzazione. La Germania denunciò con nota del 14-XI-1936 le disposizioni del Trattato di Versailles relative al Reno ed agli altri fiumi germanici, e la Romania

⁴ Per lo stato attuale del diritto internazionale in merito ai canali, vedi la voce *Canali internazionali*.

⁵ Tra cui è particolarmente interessante quella che prevede la facoltà da parte degli Stati di assumere, per i propri fiumi interni, obblighi analoghi a quelli stabiliti per i cosiddetti fiumi internazionali.

con l'accordo di Sinaia del 18-VIII-1938 ottenne di trasferire ad un servizio rumeno autonomo le funzioni già devolute alla Commissione europea del Danubio (sulla quale vedi n. 5).

Dopo la seconda guerra mondiale il Presidente degli Stati Uniti d'America Truman dichiarò al Convegno di Potsdam che intendeva procedere alla ricostruzione del sistema di internazionalizzazione dei fiumi europei, ed in seguito, in occasione del *Navy Day* (27-X-1945), estese il contenuto della prima dichiarazione a tutti i fiumi internazionali, che avrebbero dovuto condividere il regime del mare libero. Ma gli sviluppi successivi (Conferenza di Belgrado del 1948) mostrano come le prospettive di successo di questa politica siano assai scarse.

3. *Situazione giuridica dei fiumi internazionali secondo l'attuale atteggiamento dell'ordinamento internazionale*

La situazione giuridica dei fiumi internazionali, secondo l'atteggiamento attuale dell'ordinamento internazionale quale è ricavabile dalla dottrina e dalla prassi, è equiparata a quella del territorio, nel senso che la loro posizione nei riguardi dello Stato territoriale è identica a quella in cui si trova il territorio. Malgrado le contrarie opinioni sostenute specie in passato, e tendenti a considerare le acque come *res nullius* o come oggetto di dominio collettivo, si ritiene ormai comunemente che ciascuna sezione nazionale del corso d'acqua internazionale si trovi nello stesso rapporto che lega allo Stato il territorio: sia cioè oggetto di quel diritto reale di dominio che su di questo compete allo Stato, e che viene comunemente definito come sovranità territoriale. Di conseguenza, tutto il complesso di norme e di principi che il diritto internazionale è venuto elaborando in materia di acque non ha altro scopo che quello di porre delle limitazioni al diritto dello Stato, ossia alla sua sovranità, per quanto riguarda il tratto di fiume che ad essa è sottoposto. Tali limitazioni risultano al momento attuale da un ampio complesso di norme convenzionali e particolari, poste ora da accordi tra Stati rivieraschi, ora da accordi tra Stati rivieraschi e non rivieraschi; mancano invece norme che si impongano con valore generale a tutti i membri della Comunità internazionale, attribuendo a ciascuno di essi il diritto del libero esercizio della navigazione. L'ordinamento internazionale non contiene alcuna norma generale o consuetudinaria di tale contenuto. La tesi contraria, sostenuta in passato dalla dottrina e seguita talvolta dalla pratica, non raggiunse mai quel grado di certezza e di generalità che è necessario alla formazione di una prassi uniforme. Le pretese avanzate in questo senso da Stati non rivieraschi (particolarmente significativi la controversia sorta verso la metà del secolo scorso tra Stati Uniti d'America e Brasile a proposito del Rio delle Amazzoni; e le dichiarazioni degli Stati sudamericani alla Conferenza di Barcellona)⁶, de-

⁶ Il diritto alla libera navigazione sui fiumi sudamericani è stato spesso concesso in forza di atti unilaterali degli Stati interessati: e ciò ha potuto far pensare al convincimento di seguire una

cisamente respinte dagli Stati rivieraschi, sono indizio sufficiente dei contrasti e delle incertezze che, sorti in ogni caso prima che trattati o atti unilaterali venissero a creare quel diritto alla navigazione che si pretende riconosciuto in virtù di una preesistente consuetudine, permettono di escludere l'esistenza di limitazioni di carattere generale alla piena ed assoluta sovranità degli Stati sulla propria sezione di fiume internazionale.

Ma si deve dire lo stesso nei rapporti tra gli Stati rivieraschi di uno stesso fiume? Sebbene maggiormente giustificata dal punto di vista della giustizia e dell'equità, per l'ovvia considerazione che gli Stati sovrani su porzioni o sezioni diverse di uno stesso fiume dovrebbero godere di un eguale diritto ad usarne per la navigazione, l'affermazione dell'esistenza di una norma generale, che ponga a carico di ogni Stato rivierasco l'obbligo di consentire agli altri rivieraschi la libera navigazione sui fiumi internazionali, è ugualmente infondata alla luce del diritto internazionale comune. La prassi internazionale è assai eloquente nell'indicare come l'attuale diritto internazionale fluviale consti di una imponente massa di norme poste mediante accordi bilaterali o plurilaterali, ma soltanto di queste, con esclusione assoluta di norme generali.

4. *L'amministrazione delle vie d'acqua internazionali*

La decisa tendenza verso l'internazionalizzazione delle vie d'acqua d'interesse internazionale, manifestatasi nella prassi della seconda metà del secolo scorso e dei primi decenni dell'attuale, si concretò non soltanto nell'apertura alla libera navigazione delle vie d'acqua, ma anche nella loro amministrazione da parte di appositi enti rappresentativi di Stati ed interessi anche non rivieraschi, e dotati di poteri amministrativi, regolamentari e a volte perfino giurisdizionali: le cosiddette Commissioni fluviali. Le principali Commissioni furono costituite per il Danubio, il Reno, l'Elba e l'Oder, e compresero tutte rappresentanti di Stati non rivieraschi (v. *Danubio [Navigazione del]*). Ma negli anni successivi alla seconda guerra mondiale tale tendenza ha subito un brusco arresto. Ha ripreso a funzionare la Commissione Centrale del Reno, già stabilita dalla Convenzione di Magonza del 1831, nella quale è stato attribuito un seggio provvisorio anche agli Stati Uniti d'America; ma la sua situazione giuridica definitiva è ancora incerta, data la perdurante assenza di un trattato di pace con la Germania. Delle altre, scomparse tutte con la seconda guerra mondiale, solo per il Danubio si è proceduto alla creazione di una nuova Commissione in sostituzione della Commissione europea del Danubio che funzionò dal 1856 fino al 1938. Un'apposita Conferenza riunitasi a Belgrado nel 1948 con la partecipazione di 10 Stati, comprese le maggiori Potenze, si concluse con l'approvazione di una Convenzione che, pur non accettata da

norma consuetudinaria, la cui esistenza è stata, al contrario, sempre esclusa recisamente dagli Stati stessi.

Stati Uniti d'America, Gran Bretagna e Francia, dette vita ad una Commissione del Danubio composta dai soli rappresentanti degli Stati rivieraschi, ad una Amministrazione rumeno-sovietica per il Basso Danubio e ad una Amministrazione rumeno-jugoslava per la Porta di Ferro, ed entrò in vigore il 18-VIII-1948, malgrado il voto contrario degli Stati occidentali, che dichiararono di non considerare abrogata la Convenzione del 1921. Ma quest'ultima tesi è difficilmente sostenibile, se non altro per l'assorbente considerazione delle profonde modificazioni intervenute nella situazione internazionale dopo la seconda guerra mondiale con la conseguente necessaria applicazione della clausola *rebus sic stantibus*. La nuova Commissione, che differisce profondamente dalla precedente per il fatto di riunire soltanto rappresentanti di Stati rivieraschi, rappresenta un orientamento decisamente innovatore nei confronti del processo storico del quale essa stessa è il prodotto.

5. *L'utilizzazione delle acque dei fiumi internazionali*

L'imponente sviluppo della tecnica, e le crescenti possibilità di utilizzazione delle acque fluenti, hanno dato luogo a nuovi problemi. Di fronte al vecchio corpo dei principi del diritto internazionale fluviale, relativo alla navigazione, sono venute in tal modo a formarsi nuove norme, la cui coordinazione coi primi non è sempre facile e che (al pari del resto di quelli) non hanno ancora raggiunto un grado sufficiente di generalità. Nelle convenzioni meno recenti è sancito espressamente in proposito il principio del carattere secondario degli usi industriali del fiume, nel senso che questi non dovrebbero mai essere di natura tale da impedire la navigazione, che resta così riconosciuta come l'utilizzazione principale del fiume stesso: così il Trattato di Washington del 1909 tra Stati Uniti d'America e Canada; l'art. 10 dello statuto di Barcellona (che ammette però la possibilità di mutare in tutto o in parte la destinazione del corso d'acqua a seguito di accordi tra gli Stati contraenti); la Convenzione di Parigi del 1921 sullo Statuto del Danubio; e la Convenzione di Ginevra del 1923 sul regolamento delle forze idrauliche dei fiumi⁷. Ma in tempi più recenti tale ordine di preferenze tende a mutare, ammettendosi la possibilità che la priorità venga senz'altro attribuita all'utilizzazione industriale del fiume: es., la Convenzione di Lisbona del 1927 tra Spagna e Portogallo e quella tra Stati Uniti d'America e Messico del 1944.

Anche a tale proposito si può porre il problema se esista nell'ordinamento internazionale qualche norma di carattere generale che ponga a carico degli Stati rivieraschi qualche limitazione in ordine alla libera utilizzazione delle acque comprese nella rispettiva porzione di territorio. E che il problema sia ancora più grave

⁷ Stipulata tra dieci Stati fra cui l'Italia in seno alla I Conferenza internazionale sulle comunicazioni e sui trasporti tenutasi a Ginevra (v. MARTENS, *Nouveau recueil général des traités*, vol. XIX, pag. 290).

di quello analogo che sorge in materia di navigazione è dimostrato dal fatto che, a differenza di questa, l'utilizzazione industriale delle acque di un fiume è per sua natura tale da portare ad un depauperamento della portata di un corso d'acqua, o al loro inquinamento, o comunque alla costruzione di opere che possono modificare in maggiore o minor misura il deflusso delle acque nel territorio degli altri Stati rivieraschi. La dottrina internazionalistica ha compiuto un minuzioso esame di tutte le Convenzioni in materia (oltre a quelle già citate si ricordano la Convenzione di Karlstadt del 1905 tra Svezia e Norvegia; quella del 1906 tra Stati Uniti d'America e Messico; quelle del 1924 tra Italia e Francia a proposito del fiume Roja, modificata poi dal Trattato di pace del 1947), allo scopo di dedurne qualche indizio circa l'orientamento della prassi. Ma mentre in esse si richiamano a volte espressamente preesistenti principi di diritto internazionale generale (Convenzione di Karlstadt), si trovano più spesso recise affermazioni nel senso che le eventuali concessioni pattizie non debbano essere interpretate come riconoscimento di diritti altrimenti esistenti (è la cosiddetta *Harmon doctrine*, già enunciata dal procuratore generale degli Stati Uniti d'America Harmon nei confronti delle pretese messicane). Ma la mancanza a volte totale di contropartite e il sempre più frequente ricorrere a regolamenti convenzionali da parte degli Stati, non appena siano avanzate pretese nei loro confronti, ha indotto a ritenere generalmente che esista nel diritto internazionale comune una limitazione, di carattere generale, per la quale ogni Stato rivierasco non potrebbe compiere, nella propria porzione di fiume, opere che arrechino agli altri Stati danni che esorbitino dai naturali inconvenienti e scomodità del vicinato: con evidente richiamo ad analoghi principi vigenti nel diritto privato interno che, per il loro generale riconoscimento, ben possono essere ritenuti «principi di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili» secondo l'art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia⁸.

6. Conclusioni

Nell'attuale momento storico si può affermare con certezza che la prassi – in materia di fiumi internazionali – tende decisamente ad una disciplina convenzionale di ogni caso concreto, che sia forgiata in modo da tener conto delle particolarità che ciascuna situazione di fatto presenta, tanto per il concreto atteggiarsi della disciplina stessa, quanto per l'estensione della sfera dei destinatari. Si tende, invece, ad evitare il ricorso a un regolamento generale e predeterminato rispetto a situazioni come quelle considerate, che sono sempre singolari nelle loro caratteristiche. Ciò si manifesta così nell'esclusione di norme generali, come pure attra-

⁸ Nel «Rapport du Comité de l'énergie électrique de la Commission économique pour l'Europe», ONU, Genève, 1952, intitolato *Aspects juridiques de l'aménagement hydroélectrique des fleuves et de lacs d'intérêt commun*, si legge che, su 25 pubblicitisti consultati, soltanto 4 sostennero l'esistenza di diritti sovrani illimitati in materia da parte degli Stati rivieraschi.

verso il mercato sfavore nei confronti di convenzioni plurilaterali molto ampie, estese anche agli Stati non rivieraschi, per la difficoltà di contemperare interessi troppo disparati. La situazione internazionale creatasi dopo la conclusione della seconda guerra mondiale, con la divisione politica ed economica del mondo in due blocchi dalle caratteristiche strutturali diametralmente opposte, ha fatto sì che venisse meno quella base unitaria – che presupponeva uno stretto nesso tra le norme di diritto internazionale fluviale e gli interessi dei privati al commercio e alla navigazione – sulla quale, sia pure con fatica e con sempre vivaci dissensi, era venuto elaborandosi un insieme di principi uniformi. Con essa è venuta a mancare la spinta decisiva verso l'internazionalizzazione, ed è tornata ad assumere importanza preponderante la rigida tutela della sovranità dei singoli Stati; onde un'adeguata prospettiva di sviluppo del diritto internazionale fluviale si può trovare appunto solo in quella volontà di cooperazione degli Stati, che si esprime nella forma della convenzione, specie bilaterale.

Laghi internazionali *

SOMMARIO: 1. Definizione e considerazioni di carattere generale. – 2. Regolamento convenzionale e generale.

1. *Definizione e considerazioni di carattere generale*

Si designa a volte come lago internazionale ogni lago che abbia la caratteristica materiale di separare il territorio di due o più Stati. La definizione è leggermente impropria, ricalcando quella generalmente accettata per i fiumi (v. *Fiumi internazionali*): ma riguardo ai laghi non sono state quasi mai sostenute quelle tesi, di sapore giusnaturalistico, che affermavano per i fiumi il principio della libertà di navigazione in base all'assimilazione delle acque – quali *res nullius* – a quelle dell'alto mare¹. Nella pratica internazionale, infatti, i laghi che dividono i territori di due o più Stati vengono di solito fatti rientrare insieme ai fiumi in un più ampio concetto di «acque comuni» o «acque di confine»²: né si dubita che sulle porzioni comprese entro i rispettivi confini spetti ai singoli Stati rivieraschi lo stesso diritto di sovranità o di dominio che loro compete in relazione al resto del territorio.

Tuttavia, secondo la più recente nozione sviluppata dalla prassi internazionale di «sistema idrografico», la qualifica di «internazionale» del lago potrebbe applicarsi anche a laghi interamente situati nel territorio di un solo Stato, purché intimamente collegati con un fiume a carattere internazionale e quindi facente parte

* Pubblicato in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IX, Torino, 1963, pp. 425-427.

¹ Come opinione isolata in questo senso si ricorda quella espressa nel 1893 dal giudice statunitense Field a proposito di una controversia per le acque dei Grandi Laghi (v. *American Journal of Int. Law*, 1910, 297 e segg.).

² Per quanto riguarda la determinazione della linea confinaria sui laghi che separano più Stati, non sembra si possa sostenere l'esistenza in materia di norme internazionali di carattere generale. La determinazione delle frontiere in questi casi è quasi sempre opera di appositi trattati bilaterali, i quali seguono spesso il criterio della linea mediana, più raramente quello della linea della maggiore profondità (v. *Fiumi internazionali*), altre volte assumono come linea confinaria la linea che congiunge i punti estremi della frontiera terrestre sulle rive del lago, altre volte ancora si adattano ad altre particolarità di carattere geografico, cosicché il tracciato della linea confinaria si presenta più tortuoso e complesso, in quanto cerca di ripartire le acque in rapporto agli sviluppi delle sponde di ciascuno Stato rivierasco. Come esempio di quest'ultimo caso, v. il confine italo-svizzero sul Lago di Lugano (v. anche GIULIANO, *I diritti e gli obblighi degli Stati*, I, Padova, 1956, pag. 235).

di un sistema idrico internazionale; così come, inversamente, tale caratteristica di internazionalità presente in un lago potrebbe ripercuotersi sulle acque fluviali interamente nazionali ad esso collegate: così, ad es., il sistema lacuale-fluviale risultante dalle acque del Lago Maggiore, del Ticino e del Po. Più propriamente, accogliendo queste nozioni, dovrebbe dirsi che il regime generale stabilito dal diritto internazionale per le acque lacuali che separano il territorio di due o più Stati sarebbe applicabile anche a laghi (o inversamente a fiumi) interamente situati (o scorrenti) nel territorio di un solo Stato: lago (o fiume) internazionale non sarebbe allora più quello avente le sopraddette caratteristiche di ordine materiale, ma quello facente parte di un sistema idrico di carattere internazionale³. La sottoposizione alla disciplina internazionale sarebbe sempre subordinata alla presenza di certe caratteristiche materiali, ma terrebbe maggiormente in conto una valutazione giuridico-economica degli interessi dei vari Stati rivieraschi.

Ma la pratica internazionale – indubbiamente orientata in questo senso – non sembra però essersi ancora chiaramente stabilizzata su tali posizioni, sebbene le prime enunciazioni del principio risalgano ormai a tempi non più molto recenti: si veda, ad es., la Convenzione di Ginevra del 1923 relativa all'utilizzazione delle forze idrauliche, la Convenzione dell'11-V-1929 tra Svezia e Norvegia ed in particolare tutto lo svolgimento dei rapporti tra Stati Uniti d'America e Canada a proposito del regime delle acque di frontiera tra i due Paesi⁴. Vigorose riaffermazioni di questa tendenza del diritto internazionale in materia di acque – rispondente del resto ad un progressivo ampliamento dell'ambito di penetrazione del diritto internazionale in genere – si sono avute, da ultimo, nella sessione di New York del 1958 dell'International Law Association, ed in quella di Salisburgo del 1961 dell'Institut de Droit international.

³ È evidente che accettando questo modo di vedere il campo di incidenza delle norme internazionali in materia viene notevolmente ampliato. Di qui la possibilità di risultati che possono a prima vista apparire abnormi: l'Italia ad esempio potrebbe essere considerata rivierasca – non soltanto da un punto di vista puramente idrogeografico, come certamente è, ma anche da un punto di vista giuridico – del bacino del Reno (in quanto nasce in Italia il Reno di Lei, che si getta nell'Averserrhein, affluente del Reno), e del Danubio (per mezzo del fiume Spöl, affluente dell'Inn, affluente a sua volta del Danubio). Apposite convenzioni per l'utilizzazione delle acque del Reno di Lei e dello Spöl sono state concluse tra Italia e Svizzera, rispettivamente nel 1949 e 1957. Vedi su ciò D. A. CAPONERA, *Lo «status» giuridico dei fiumi e bacini internazionali in Italia (La Comunità internazionale, 1960, 276 e 278)*.

⁴ In base alle disposizioni del Trattato dell'11 gennaio 1909 tra Stati Uniti e Gran Bretagna (Canada), tutte le «acque di frontiera» tra i due Paesi sono soggette ad un determinato regime convenzionale ed al controllo di un'apposita Commissione internazionale. Sorse una famosa controversia a proposito della diversione operata dagli Stati Uniti di una ingente quantità di acque del Lago Michigan, situato interamente in territorio americano, e quindi di per sé non direttamente soggetto a quel regime. Il Canada fece valere la propria opposizione a quella diversione in base al diritto internazionale generale, per cui il lago Michigan avrebbe dovuto ritenersi compreso in un sistema idrico internazionale, mentre gli Stati Uniti mantennero sempre una posizione di riserva, contestando le pretese canadesi senza però affermare esplicitamente il principio contrario, e finendo poi in via di fatto a conformarsi alle pretese stesse. Il trattato del 7 novembre 1940 tra i due Paesi pose una disciplina nuova della materia, sancendo una soluzione di compromesso.

2. *Regolamento convenzionale e generale*

Per tali caratteristiche, inerenti alla loro stessa definizione, il problema giuridico relativo ai cosiddetti laghi internazionali consiste essenzialmente nello stabilire se ed in quale misura esistano degli obblighi reciproci, che gli Stati rivieraschi debbano rispettare nell'esplicare le proprie svariate attività di utilizzazione delle acque dei laghi in questione. È infatti evidente che non si pone di per sé un problema di libertà di navigazione come per i fiumi internazionali, dato che la navigazione sui laghi non presenta quell'interesse e quell'importanza che sono connessi con l'esistenza di grandi vie acquedottistiche internazionali, ed è per lo più regolata da trattati contenenti disposizioni specifiche di scarso interesse generale. Di grandissima importanza, invece, la materia relativa all'utilizzazione delle acque dei laghi comuni per i più vari usi, e principalmente per la produzione di energia elettrica. Di qui il problema consistente nello stabilire quali limiti siano imposti a ciascuno Stato in considerazione dell'interesse degli altri: ossia ed in altri termini, dato che il diritto di sovranità spettante allo Stato sulle porzioni acquedottistiche del proprio territorio è lo stesso che ad esso spetta sulle parti solide (v. *Fiumi internazionali*), se esistano delle limitazioni all'esercizio di tale diritto assoluto, ed in che cosa esse consistano.

Esiste in materia un insieme abbastanza vasto di disposizioni convenzionali, che risulta soprattutto dai regolamenti posti per mezzo di numerose convenzioni bilaterali disciplinanti di solito la materia delle acque lacuali unitamente a quelle fluviali. Ricordiamo qui, oltre ai trattati menzionati a proposito delle acque fluviali, in particolare la Convenzione tra Svezia e Norvegia del 1905, la Convenzione del 1909 tra Stati Uniti d'America e Gran Bretagna (Canada), i trattati di pace conclusi alla fine della prima guerra mondiale, che contengono alcune disposizioni in materia (vedi, ad es., per l'Italia, l'art. 44 del Trattato di San Germano), e la Convenzione di Ginevra del 1923⁵. Importante la formazione, prevista da alcuni trattati, di apposite commissioni internazionali, incaricate della vigilanza e del controllo sul mantenimento del regime lacuale, quale, ad es., la International Joint Commission (tra Stati Uniti e Canada), prevista dal Trattato del 1909, che si configura come organo di attività interna comune ai due Stati, con funzioni di diritto pubblico⁶.

Ma, oltre a questi regolamenti convenzionali, non sembra dubbio che si debba riconoscere – malgrado le contrarie opinioni avanzate da qualche scrittore ed enunciate a volte dagli Stati in occasione di controversie –, l'esistenza nel diritto

⁵ Dopo la fine della seconda guerra mondiale l'Italia ha concluso un numero cospicuo di trattati con tutti gli Stati confinanti (Francia, Svizzera, Austria e Jugoslavia) per l'utilizzazione delle acque di molti tra i bacini idrici comuni a detti Stati: v. un elenco in CAPONERA, *op. cit.*

⁶ Vedi su ciò MAC KAY, *The International Joint Commission between the United States and Canada* (*American Journal of Int. Law*, 1928, pag. 292 e segg.), e da ultimo KOJANEC, *Le Commissioni fluviali* (*La Comunità internazionale*, 1961, 770).

internazionale generale di una norma, che ponga a carico di ogni Stato che abbia la sovranità su di una porzione di lago internazionale (o, secondo quanto detto sopra, su una porzione acquea facente parte di un sistema idrico internazionale), il divieto di arrecare agli altri Stati rivieraschi dei danni che esorbitino dalle naturali scomodità o inconvenienti del vicinato. Tale principio è stato ulteriormente specificato, ponendo a carico di ogni Stato rivierasco l'obbligo di non fare, delle acque su cui vanta con altri Stati un diritto di sovranità, un uso esauriente o totale, ed inoltre di non compiere, senza il consenso degli altri Stati interessati, opere che possano produrre un cambiamento ed una alterazione radicale nel regime del sistema idrico in questione, in particolare portando ad un abbassamento del livello delle acque del lago. Questi principi, che rappresentano il contenuto di una norma unica, che contempla le acque tanto fluviali quanto lacuali, appaiono in effetti seguiti dalla maggioranza degli Stati e si possono ritenere vigenti nell'ordinamento internazionale. Si può porre però il problema, se essi costituiscano il contenuto di norme internazionali consuetudinarie, oppure di quei principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili, ricordati dall'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, che la maggioranza della dottrina riconosce come fonte del diritto internazionale. La questione è senza dubbio assai opinabile: al momento attuale tuttavia sembra maggiormente fondata la seconda opinione, anche in considerazione del fatto che la pratica internazionale in materia risulta quasi esclusivamente da trattati, dai quali è sempre necessario essere assai cauti nel desumere l'esistenza di norme generalmente valide, e presenta inoltre caratteristiche differenti a seconda dei vari gruppi di Stati, così che sembra mancare quell'uniformità necessaria per il formarsi di una consuetudine internazionale. È comunque certo che questi principi per la loro stessa genericità non possono essere idonei ad evitare dubbi ed incertezze nella pratica: ed è perciò che, data la grande importanza per l'economia degli Stati del regime delle proprie acque, la tendenza attuale del diritto internazionale in questo campo, così come per le acque fluviali, è nettamente nel senso di un crescente regolamento convenzionale delle singole fattispecie, che alle particolarità di ciascuna abbia speciale riguardo⁷.

Tale esigenza si presenta chiaramente avvertita anche dalle Risoluzioni approvate nelle ultime sessioni di alcuni importanti organismi privati di carattere scientifico per lo studio del diritto internazionale, quali l'International Law Association e l'Institut de droit international. In particolare quest'ultimo, nella sua 50^a sessione tenutasi a Salisburgo nel 1961, ha adottato una risoluzione in tema di utilizza-

⁷ Questo non significa, naturalmente, che il diritto internazionale contenga delle norme generali che impongano agli Stati rivieraschi l'obbligo di addivenire alla conclusione di un trattato prima di potere esercitare determinate facoltà di per sé comprese nel proprio diritto di sovranità, quando tale esercizio potrebbe portare ad un conflitto d'interessi con gli altri Stati rivieraschi. Tale tesi, che fu sostenuta dalla Spagna nella controversia con la Francia relativa all'uso delle acque del lago Lanoux, non ha alcun fondamento, e fu respinta dalla relativa sentenza resa dal Tribunale arbitrale franco-spagnolo il 16 novembre 1957 (v. *Revue générale de droit international public*, 1958, 79 e segg.).

zione delle acque internazionali non marittime, sostitutiva di una precedente risoluzione del 1911, nella quale, rilevate nuove tendenze in favore di una più intensa collaborazione internazionale in materia nell'interesse comune degli Stati, si raccomanda agli Stati interessati a determinati bacini idrografici di esaminare l'opportunità di creare organismi comuni per l'elaborazione di piani d'utilizzazione destinati a facilitare il loro sviluppo economico ed a prevenire o regolare le controversie che ne potrebbero risultare.

Responsabilità e colpa in diritto internazionale *

SOMMARIO: 1. Premessa e chiarimenti sui termini del problema. – 2. Atto illecito, responsabilità e problema della colpa. – 3. Precisazioni sulla nozione di colpa in senso lato. – 4. La colpa e l'illecito internazionale di omissione. – 5. Segue: considerazioni sulla responsabilità internazionale per omissione. – 6. La colpa e l'illecito commissivo. La prassi internazionale in materia di risarcimento del danno arrecato senza colpa. – 7. Gli obblighi di garanzia nell'ordinamento internazionale. – 8. La prassi in materia di danni arrecati a Stati neutrali. – 9. Atto illecito e obbligo di garanzia. – 10. Obblighi di risarcimento conseguenti ad attività lecite.

1. Premessa e chiarimenti sui termini del problema

Una delle più famose e controverse questioni in materia di responsabilità dello Stato¹ nel diritto internazionale riguarda la posizione dell'elemento della colpa – in senso lato² – nell'illecito internazionale. Si discute, com'è noto, se la disciplina della responsabilità nell'ordinamento giuridico internazionale concreti un regime di responsabilità oggettiva³ o se invece la colpa sia elemento costitutivo del-

* Pubblicato in *Rivista di diritto internazionale*, 1968, pp. 53-107.

¹ Parlando per brevità di 'Stato' si intende, naturalmente, alludere a qualsiasi soggetto dell'ordinamento giuridico internazionale.

² Comprensivo, cioè, delle due specie del dolo e della colpa in senso stretto. In tal senso il termine è usato comunemente dalla dottrina internazionalistica: cfr., per tutti, AGO, *La colpa nell'illecito internazionale*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, III, Padova 1940, p. 177 ss., a p. 190 (anche in traduzione tedesca, *Das Verschulden im völkerrechtlichen Unrecht*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1940, p. 449 ss.); SPERDUTI, *Sulla colpa in diritto internazionale*, in *Comunicazioni e studi* dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano, III (1950), p. 81, in nota; DAHM, *Völkerrecht*, III, Stuttgart 1961, p. 224 s. (il quale distingue, secondo la terminologia germanica, tra *Verschulden* o colpa in senso lato, e *Fahrlässigkeit*, o colpa in senso stretto).

³ È la tesi esposta con vigore e ricchezza di argomenti dell'ANZILOTTI, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, I, *Il problema della responsabilità di diritto internazionale*, Firenze 1902, p. 153 ss., e *La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers*, in *Revue générale de droit international public*, 1906, p. 287 ss. (ora entrambi in *Scritti di diritto internazionale pubblico*, vol. II, 1, delle *Opere*, Padova 1956, pp. 7 ss. e 151 ss.); *Corso di diritto internazionale*⁴, I, (1928), Padova 1955, p. 384 ss. Va tuttavia notato che, come si vedrà, tale tesi è collegata con alcune particolari premesse proprie dell'autore, e non esclude notevoli punti di contatto con la teoria della colpa: cfr. SPERDUTI, *Sulla colpa*, cit., p. 88 s., secondo il quale non si può dire che, per l'Anzilotti, la responsabilità internazionale sia sempre veramente oggettiva.

l'illecito⁴; se, ancora, si debba distinguere tra illecito omissivo e commissivo⁵ o eventualmente tra responsabilità dello Stato per fatto degli organi o per fatto di individui⁶; se, infine, la colpa non possa aver rilievo – al di fuori della nozione di illecito, che ne prescinderebbe – ai fini del prodursi dell'obbligazione *ex delicto*, o di alcune soltanto tra le conseguenze dell'illecito⁷. Controversi sono, peraltro,

Alla tesi 'oggettivistica' aderiscono poi: DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE, *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages subis par des étrangers*, Paris 1925, p. 74 ss.; BOURQUIN, in *Annuaire de l'Institut de droit international*, 33, 1927, I, p. 504 ss.; ID., *Règles générales du droit de la paix*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1931, I, p. 202 ss.; EAGLETON, *The Responsibility of States in International Law*, New York 1929, p. 213 ss.; BORCHARD, *Theoretical Aspects of the International Responsibility of States*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1929, p. 226; KELSEN, *Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1932, p. 537 ss.; ID., *Principles of International Law*, New York 1952, p. 11 ss.; CAVAGLIERI, *Corso di diritto internazionale*³, Napoli 1934, p. 517 s. (con qualche dubbio quanto allo stato del diritto positivo); BASDEVANT, *Règles générales du droit de la paix*, in *Recueil des cours*, 1936, IV, p. 668 ss.; ROMANO, *Corso di diritto internazionale*⁴, Padova 1939, p. 282 s.; GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, II, Genève 1954, p. 49 ss.; KUHN, *Verschuldens- oder Verursachungshaftung der Staaten im allgemeinen Völkerrecht* (thèse Genève), Frankfurt Main 1961, p. 115; SERENI, *Diritto internazionale*, III, *Relazioni internazionali*, Milano 1962, p. 1515 ss.; PERRET, *De la faute et du devoir en droit international*, Zürich 1962, pp. 72 ss., 204 ss.; DELBEZ, *Les principes généraux du droit international public*³, Paris 1964, p. 365 ss.; O'CONNELL, *International Law*, II, London-New York 1965, p. 1020 ss.

⁴ Su questa tesi cfr. particolarmente AGO, *Le délit international*, in *Recueil des cours*, 1939, II, p. 476 ss.; ID., *La colpa*, cit., p. 177 ss., cui rinvio per esaurienti riferimenti bibliografici circa la dottrina anteriore (p. 184 ss.). Successivamente si vedano: ROSS, *A Textbook of International Law. General Part*, London-New York-Toronto 1947, p. 256 ss.; SPERDUTI, *Sulla colpa*, cit. p. 81 ss.; VITTA, *La responsabilità internazionale dello Stato per atti legislativi*, Milano 1953, p. 41 ss.; OPPENHEIM-LAUTERPACHT, *International Law*⁸, I, London 1955, p. 343; GARCIA AMADOR, *State Responsibility. Some New Problems*, in *Recueil des cours*, 1958, II, p. 382 ss.; DAHM, *Völkerrecht*, cit., III, p. 224 ss. (ammette tuttavia la possibilità di qualche eccezione); ACCIOLY, *Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence*, in *Recueil des cours*, 1959, I, pp. 353 ss., 364 ss.; MIELE (M.), *Principi di diritto internazionale*², Padova 1960, p. 243; CAVARÉ, *Le droit international public positif*², II, Paris 1962, p. 388 ss.; BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico*⁶, Milano 1962, p. 246 s.; MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*⁶, Padova 1963, p. 343 ss.; CANSACCHI, *Istituzioni di diritto internazionale pubblico*³, Torino 1963, p. 275; VERDROSS, *Völkerrecht*⁵, Wien 1964, p. 376 ss.

⁵ Così lo STRUPP, *Das völkerrechtliche Delikt*, in STIER-SOMLO, *Handbuch des Völkerrechts*, III, 1-a, Stuttgart 1920, p. 45 ss.

⁶ In questo senso SCHOEN, *Die völkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlaubten Handlungen*, Breslau 1917, p. 50 ss. Per tale autore la colpa sarebbe necessaria nel caso di responsabilità dello Stato per fatto di individui, e non nel caso di responsabilità per fatti propri. In senso analogo il FURLER, *Grundprobleme der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Staaten* (Diss. Freiburg), Winterthur 1948, pp. 75 ss., spec. 96 ss. Per indicazioni di altri autori che accolgono la distinzione, a volte però accettando il principio della colpa solo nell'ipotesi di responsabilità dello stato per fatti propri, si veda AGO, *La colpa*, cit., p. 186 ss. Cfr., da ultimo, VON MÜNCH, *Das völkerrechtliche Delikt*, cit., p. 152 ss., che mantiene ferma l'esigenza della colpa per il caso di responsabilità per fatti di privati, mentre ritiene trattarsi negli altri casi di una questione di interpretazione delle singole norme.

⁷ Cfr. l'opinione espressa in un primo tempo dal BALLADORE PALLIERI, *Gli effetti dell'atto illeci-*

non soltanto la soluzione del problema, ma anche la sua impostazione, ed addirittura il rilievo e la reale portata pratica del problema stesso⁸. E tanti, e dovuti a scrittori tanto autorevoli, sono stati gli studi dedicati alla questione, che potrebbe sembrare vana impresa spendere ancora parole in argomento; e forse lo sarebbe davvero, se si volesse procedere ad un nuovo esame del problema nei termini consueti in cui esso viene comunemente posto. Tutte le dottrine incontrano peraltro difficoltà indubbie che impediscono loro di dare una chiara e convincente spiegazione della prassi internazionale; sì che, per non essere costretti a ritenere che manchi in materia qualsiasi criterio giuridico che faccia da filo conduttore nelle relazioni internazionali, e che ogni singola situazione obbedisca a criteri propri e particolari, è opportuno tentare una nuova indagine della materia che muova da un riesame ed un chiarimento delle premesse stesse del ragionamento, e giunga ad una spiegazione per quanto possibile esauriente della realtà internazionale.

Appare necessario, a questo fine, rinunciare – almeno in via provvisoria – al tentativo di trovare una risposta al quesito, che valga in via assolutamente generale a dar ragione del regime di responsabilità positivamente risultante dall'ordinamento giuridico internazionale in tutti i casi possibili. Dall'esame delle varie tesi sostenute in materia una circostanza risulta ben chiara: che né il criterio della colpa, né l'opposto principio della causalità pura (sia esso portato a fondamento di un sistema della responsabilità per rischio, o di altro diverso) sono in grado di dar ragione di tutte le manifestazioni del convincimento degli Stati in materia⁹. E la prassi risulta anzi singolarmente difficile da inquadrare per la quasi totale mancanza nei testi rilevanti – siano essi decisioni giurisprudenziali, dichiarazioni di organi statali, accordi internazionali od altro ancora – di qualche accenno all'una o all'altra soluzione; il che è a sua volta conseguenza, con ogni probabilità, delle divergenze di vedute manifestate in proposito dagli studiosi. Ciò non deve peraltro stupire: la prassi procede infatti per proprio conto alla soluzione dei singoli casi senza indugiare in un compito di costruzione sistematica che rimane propria della dottrina¹⁰. In pochi casi come quello esaminato, tuttavia, i dati rilevanti si

to internazionale, in *Rivista di diritto pubblico*, 1931, I, p. 64 ss.; ed ora WENGLER, *Völkerrecht*, I, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1964, p. 489 ss.

⁸ Si vedano, ad es., le opinioni espresse dai membri della Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite, che si è occupata della materia della responsabilità internazionale in vista di una eventuale codificazione, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1956, I, p. 242 s.; 1957, I, p. 154 ss.

⁹ È questo il motivo per cui alcuni autori rinunciano ad esporre una soluzione valevole per tutti i casi, limitandosi ad esporre le critiche cui le varie tesi vanno incontro: cfr. ad es. ROUSSEAU, *Droit international public*, Paris 1953, p. 359 s. Si ricordi che anche l'ANZILOTTI, nella sua opera più recente, aveva affermato che si tratta di un problema di interpretazione delle singole norme che pongono doveri di condotta (*Corso*, cit., p. 408). Ammette la esistenza di eccezioni al principio della colpa anche il QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*⁴, Palermo 1963, p. 476. Cfr. anche SCERNI, *Responsabilità degli Stati (Diritto internazionale)*, in *Nuovo Dig. It.*, XI, p. 475.

¹⁰ Tra le rare ipotesi in cui un arbitro internazionale ha sentito il bisogno di dilungarsi sul problema della colpa in materia di responsabilità internazionale si può ricordare il caso della *Successio-*

presentano all'indagine così scarsi di spunti per una costruzione sistematica.

Ma poiché non sembra certo raccomandabile, sul piano metodologico, escludere la considerazione di determinate manifestazioni della prassi soltanto perché non facilmente inquadrabili in un dato schema prescelto, appare giustificato, come si è detto, procedere con una certa cautela, ammettendo senz'altro la possibilità che il ruolo della colpa sia diverso a seconda delle ipotesi.

Si può ritenere senz'altro pacifico, alla luce dei chiarimenti offerti dalla più autorevole e recente dottrina, che il problema della rilevanza dell'elemento della colpa nell'illecito e nella responsabilità internazionale debba venire esaminato e risolto in base alla prassi. Infatti le dottrine che affermavano la necessità logica di determinate soluzioni, deducendo tale conseguenza dalla natura di enti astratti dei soggetti dell'ordinamento internazionale e dalle particolarità dell'imputazione a tali enti degli atti dei relativi organi, devono ritenersi ormai superate in quanto fondate su presupposti di carattere generale abbandonati dalla dottrina più recente¹¹, oppure su nozioni definite ed intese in modo non soddisfacente¹². In altri termini – e ciò serve anche a sottolineare i limiti del problema che viene qui esaminato – non sembra possibile porre in dubbio che nell'ordinamento internazionale valga, in via generale, il principio per cui il riferimento di una attività allo Stato avviene a titolo soggettivo, potendo considerarsi come atti statali soltanto quelli posti in essere da chi rivesta la qualità di organo o agisca in via di fatto come tale, esercitandone le funzioni. In conseguenza appare senz'altro da respingere l'idea che allo Stato vengano sempre riferiti soltanto certi atti, a prescindere dal processo, anche psicologico, che vi ha condotto. Ma ciò vale soltanto a stabilire che non è ammissibile considerare la responsabilità internazionale come oggettiva in via generale, per le sole caratteristiche dell'imputazione di certi atti ad un ente astratto, quale lo Stato, e a permettere di distinguere nettamente il problema della colpa come presupposto della responsabilità internazionale da quello della riferibilità allo Stato degli atti compiuti dai suoi organi al di fuori della loro competenza, ed esercitando attività manifestamente non statali, problemi che verrebbero confusi accettando l'idea di un'imputazione avente luogo a titolo puramente obiettivo¹³.

ne di Jean Baptiste Caire, deciso dalla Commissione mista franco-messicana il 7 giugno 1929, in cui il presidente Verzijl mostrò di accettare la tesi obiettiva dell'Anzilotti, senza peraltro che ciò avesse conseguenze in ordine alla soluzione della controversia, che riguardava atti compiuti dalle forze armate di uno Stato al di fuori della loro competenza (cfr. il testo della decisione in UNITED NATIONS, *Reports of International Arbitral Awards*, V, p. 516 ss., a p. 529).

¹¹ Cfr. AGO, *La colpa*, cit., p. 193 ss., per la confutazione della tesi dell'Anzilotti e del Kelsen secondo la quale l'imputazione allo Stato di una certa attività avverrebbe in ogni caso in base alle norme del suo ordinamento interno. Sul punto si veda anche QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 398 ss.

¹² Così l'affermazione dell'ANZILOTTI, per cui non può considerarsi in colpa l'individuo-organo che osserva i propri doveri d'ufficio, in quanto egli fa esattamente ciò che deve fare (cfr. *Teoria generale*, cit., p. 167 ss.) mostra chiaramente come l'illustre autore segua un concetto di colpa che si avvicina notevolmente ad un concetto etico: in questo senso SPERDUTI, *Sulla colpa*, cit., p. 84 ss.

¹³ Sul fondamento soggettivo dell'imputazione degli atti allo stato, e contro la teoria del c.d. ri-

Chiarito ciò, peraltro, la soluzione del problema non può derivare che dall'esame delle manifestazioni della pratica internazionale.

L'utilizzazione dei dati desunti dalla prassi risulta però particolarmente delicata per i motivi sopra esposti. Appare necessario a tal fine evitare di sopravvalutare quanto addotto a sostegno della soluzione raggiunta da una decisione o da un accordo, o dell'opinione espressa in una data dichiarazione, per concentrare l'attenzione sulla soluzione data al singolo caso, sui comportamenti concretamente tenuti dai soggetti. E ciò non perché si voglia dar maggiore importanza ad un dato obiettivo anziché al dato soggettivo, ma perché l'esistenza di una regola di diritto spontaneo nella materia in esame appare deducibile più facilmente e sicuramente dalla condotta dei soggetti, che non dalle giustificazioni o spiegazioni alle quali possa accompagnarsi.

Prima di procedere all'esame della prassi è tuttavia necessario esporre alcune considerazioni essenziali per inquadrare teoricamente il problema, e per non incorrere negli equivoci e nelle incertezze, non sempre soltanto terminologiche, così frequenti in questa materia.

schio statale, cfr. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 398 s. L'autore sostiene inoltre che l'imputazione di un atto allo stato non avviene in base alle norme giuridiche interne, né a quelle internazionali, in quanto l'organizzazione dell'ente non è un fenomeno normativo, ma un dato storico- strutturale. Sul punto cfr. anche, diffusamente, ARANGIO RUIZ (G.), *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, I, Milano 1951, pp. 320-371. In senso diverso AGO, *La colpa*, cit., p. 194; MORELLI, *Nozioni*, cit., p. 185.

L'idea che la responsabilità dello Stato per fatti che non possono essere considerati atti statali, perché compiuti dai suoi organi assolutamente e manifestamente al di fuori della loro competenza, derivi dalla garanzia reciprocamente prestata dagli Stati per l'attività della propria organizzazione, viene generalmente fatta risalire, com'è noto, all'ANZILOTTI (*Teoria generale*, cit. p. 166 ss.), il quale, per le ragioni già accennate, vi riconduce anche il caso dell'atto non riconducibile allo Stato in quanto compiuto dall'organo in violazione delle leggi dello Stato stesso. Dell'ANZILOTTI cfr. anche *Volontà e responsabilità nella stipulazione dei trattati internazionali*, in *Riv. dir. int.*, 1910, p. 6 ss. (ora in *Scritti*, cit., p. 454 ss.). Nel pensiero dell'autore confluiscono tuttavia motivi assai complessi, che non possono essere ridotti a questa sola tesi. Sul tema cfr. anche BISCOTTINI, *Volontà e attività dello Stato nell'ordinamento internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 1942, p. 3 ss.; SPERDUTI, *Sulla colpa*, cit. p. 87 s. Per qualche spunto favorevole alla teoria del rischio statale cfr. FAUCHILLE, in *Annuaire de l'Institut de droit international*, XVIII, 1900. p. 234 s.; SCELLE, *Manuel élémentaire de droit international public*, Paris 1943, pp. 682, 689; e, recentemente, O'CONNELL, *International Law*, cit., II. p. 1022 s. Cfr. anche *supra*, nota 10.

Come è accennato nel testo, se si dovesse ritenere che lo Stato risponde, in base al diritto internazionale, di certe categorie di atti dannosi senza alcun riguardo alla circostanza che si tratti o meno di atti suoi propri, il problema della colpa e quello degli atti compiuti dagli organi al di fuori delle proprie funzioni verrebbero a costituire due aspetti di un'unica questione. Sull'ultimo problema ora citato cfr. QUENEUDEC, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents*, Paris 1966, pp. 73-S7 e 89-113.

2. Atto illecito, responsabilità e problema della colpa

Il principio fondamentale in materia di responsabilità, che si trova enunciato o presupposto dalla grande maggioranza della dottrina, ed espressamente affermato in alcune decisioni di corti ed arbitri internazionali¹⁴ è quello per cui dalla violazione di un obbligo internazionale deriva l'obbligo di riparare il danno in forma adeguata¹⁵.

D'altro lato, si definisce come atto illecito internazionale il comportamento difforme o contrario rispetto a quello dovuto, ossia la violazione di un obbligo¹⁶, mentre secondo altri¹⁷ illecito sarebbe da definirsi il comportamento contrario ad una norma di diritto internazionale, ossia la violazione della norma stessa. Tale divergenza non ha rilievo ai nostri fini. Basterà osservare che la seconda definizione si può ritenere esatta soltanto ove si affermi che esistono norme che prevedono uno schema di comportamento il cui contrario non può dar luogo a violazione della norma stessa (norme che pongono uno schema di comportamento da seguire, ad esempio quelle che prescrivono i requisiti di validità di un atto). Se, invece, si ritiene che possa parlarsi di violazione di norme giuridiche in presenza di comportamenti contrari a qualsiasi norma, come sembra preferibile, allora è chiaro che può aversi un comportamento contrario ad una norma, e quindi violazione di essa, senza che si abbia violazione di un obbligo¹⁸. Si avrà, cioè, un comportamento invalido rispetto a certi fini, ma non illecito. In tal caso, si deve evidentemente accettare la prima definizione.

Ritornando comunque al principio sopra enunciato, segue da ciò che esso può essere espresso dicendo che ogni atto illecito internazionale¹⁹ fa sorgere in capo allo Stato che l'ha commesso un obbligo di riparazione, nonché una soggezione all'altrui potere di infliggere una sanzione²⁰. In ciò consiste ciò che comunemente

¹⁴ Si vedano, ad esempio, le affermazioni della Corte permanente di giustizia internazionale nell'affare dell'*Officina di Chorzów* (C.P.J.I., *Serie A*, n. 9, p. 21; n. 17, pp. 27-29, 47).

¹⁵ Cfr. DAHM, *Völkerrecht*, cit., III, p. 232 ss.; VERDROSS, *Völkerrecht*, cit., p. 398 ss.

¹⁶ In questo senso ANZILOTTI, *Corso*, cit., p. 386; AGO, *Le délit*, cit., pp. 441-444.

¹⁷ Cfr. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 246; QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 476. Secondo l'AGO, invece, non è possibile definire l'illecito come l'atto che viola una norma giuridica internazionale, in quanto esistono delle norme la cui violazione ha la sola conseguenza di impedire il raggiungimento di certi scopi, o di rendere invalidi certi atti (*Le délit*, cit., p. 441 s.). Cfr. anche MORELLI, *Nozioni*, cit., p. 346. Secondo gli autori sopra citati, le norme siffatte sarebbero esempi di norme delle quali non è possibile la violazione.

¹⁸ Sui concetti ora menzionati, si vedano le lucide pagine del CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano 1955, pp. 6-10.

¹⁹ Per la posizione dell'illecito nella categoria dei fatti giuridici, si veda AGO, *Le délit*, cit., p. 430 ss.

²⁰ Così AGO, *Le délit*, cit., p. 426 s. È stato anche autorevolmente precisato che il rapporto di responsabilità è fatto sorgere da una norma diversa da quella che qualifica un dato fatto come illecito (la quale, a sua volta, opera in connessione con la norma che pone un certo dovere di condotta), e che rispetto a tale norma il fatto illecito opera come presupposto. Si vedano, sul punto, MORELLI, *La*

si dice la responsabilità internazionale, ossia, secondo la dottrina dominante, la situazione di chi è soggetto all'altrui pretesa di riparazione nelle sue varie forme, o all'altrui potere di sanzione. Si tratta dunque, secondo tale impostazione, di una nozione logicamente successiva a quella di atto illecito.

Sull'esattezza del principio, in sé e per sé, non è naturalmente possibile nutrire alcun dubbio. È tuttavia opportuno soffermarsi ad esaminarne brevemente la portata, con speciale riferimento al caso che l'atto abbia causato un danno materiale, sì che l'obbligo di riparazione si specifichi nel senso di comportare, più esattamente, l'obbligo di risarcire, o di indennizzare²¹, il danno.

Le proposizioni sopra riferite presuppongono evidentemente che non vi sia alcuna ipotesi prevista da norme generali di diritto internazionale in cui al di fuori della nozione di illecito, come è stata già definita, sussista un obbligo di riparazione, in particolare di risarcimento del danno. Tale principio è infatti accolto, in modo espresso od implicito, da buona parte della dottrina, che esclude nel modo più assoluto l'esistenza di ipotesi di responsabilità al di fuori del caso di violazione di obblighi giuridici stabiliti da norme internazionali²². Si tratta di un principio che, assieme a quello, certamente esatto, per cui si può avere responsabilità internazionale indipendentemente dalla esistenza di un danno materiale²³, viene ricollegato ad alcune tra le fondamentali caratteristiche di struttura dell'ordinamento giuridico internazionale, quali la mancanza di un principio di solidarietà e la scarsa importanza – in rapporto a quanto accade nell'ambito degli ordinamenti interni – dell'elemento del danno materiale nei confronti della violazione dei diritti soggettivi degli Stati²⁴.

Ora, a parte il dubbio che il periodo di tempo trascorso da quando la tesi in questione fu espressa nella dottrina italiana in forma definitiva e con particolare energia dall'Anzilotti abbia potuto determinare notevoli mutamenti in proposito nella vita di relazione internazionale, va notato anzitutto che la prassi offre dei casi in cui, come si vedrà, l'esistenza di qualche forma di responsabilità o comunque

sentenza internazionale, Padova 1931, p. 291 s.; ID., *Nozioni*, cit., p. 340; BALLADORE PALLIERI, *Gli effetti dell'atto illecito*, cit. p. 64 ss.; MONACO, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, Torino 1960, p. 361 s.

²¹ È opportuno osservare che nella pratica internazionale i termini indennizzo, indennità e simili vengono usati comunemente per indicare il vero e proprio risarcimento del danno, e non per indicare un semplice compenso che non sia tale da ricoprire tutta l'area del danno, come accade a volte nell'ambito degli ordinamenti interni (cfr. ad esempio, l'art. 2046 cod. civ. italiano).

²² Esplicitamente in questo senso già l'ANZILOTTI, *Teoria generale*, cit., p. 103 ss.

²³ Cfr. ANZILOTTI, *Teoria generale*, cit., p. 102 s.; SERENI, *Diritto internazionale*, cit., III, p. 1523; VERDROSS, *Völkerrecht*, cit., p. 374. Numerosissimi sono del resto nella prassi i casi in cui si è dichiarata la responsabilità di uno Stato sebbene non vi fosse alcun danno materiale del soggetto leso nei suoi diritti: si pensi ai casi dei *Disertori di Casablanca*, del *Carthage* e del *Manotiba*, decisi rispettivamente nel 1909 e nel 1913 dalla Corte permanente di arbitrato dell'Aja (cfr. SCOTT, *The Hague Court Reports*, I, New York 1916, pp. 11 ss., 330 ss., 342 ss., e UNITED NATIONS, *Reports*, XI, pp. 119 ss., 449 ss., 463 ss.).

²⁴ Cfr. autori ed opere citati alla nota precedente.

di qualche obbligo di garanzia, sembra riconosciuta anche al di fuori della nozione di illecito²⁵. L'esistenza di casi simili obbliga evidentemente a porre come un problema, e non più come un postulato, l'inscindibilità dei concetti di responsabilità e di fatto illecito. Ma si deve inoltre tenere presente che accettare il postulato sopra esposto significa, in realtà, indirizzare verso una soluzione ben determinata il problema della rilevanza della colpa nell'illecito internazionale. Basta infatti un rapido sguardo ai regimi di responsabilità obiettiva positivamente adottati nei principali ordinamenti statali per rendersi conto che il campo di applicazione di questo istituto è generalmente circoscritto ai casi in cui un danno viene arrecato ad un soggetto in seguito allo svolgimento di una certa attività, non di per sé imputabile come illecito all'autore del fatto, oppure in circostanze tali, in cui nessun addebito poteva essere mosso all'agente²⁶. Essa costituisce, anzi, il mezzo per assicurare in determinati casi ai danneggiati la possibilità di ottenere il risarcimento, proprio là dove ciò non sarebbe altrimenti possibile in base all'applicazione dei normali principi in materia di illecito²⁷. Dire che il fatto dannoso è qualificabile come illecito proprio in base alla circostanza che l'autore è tenuto al risarcimento comporta una inversione dei concetti precedentemente esposti della quale è necessario avere piena coscienza, a parte la valutazione dell'opportunità di un simile procedimento logico.

Con ciò non si vuole dire certamente che le considerazioni ora esposte siano senz'altro da ritenere valide sul piano dell'ordinamento internazionale. Si vuol dire soltanto che, accettando come punto di partenza il principio per cui non vi è responsabilità al di fuori del caso di atti contrari ad un obbligo imposto da una norma internazionale, le possibilità di discussione del problema della colpa risultano notevolmente ristrette. Apparirebbe infatti logicamente conseguente, per quanto si è detto, concludere che la responsabilità internazionale presuppone la colpa. Se ciò non sempre accade, e la discussione del problema può svilupparsi separatamente su proprie basi, ciò dipende, o dall'uso di una particolare nozione dell'elemento della colpa, che viene a seconda dei casi avvicinata ad una nozione etica, oppure puramente psicologica, ovvero all'interferenza di principi relativi all'organizzazione dell'ente astratto «Stato» ed al fenomeno dell'imputazione organica.

Appare quindi opportuno assumere un diverso punto di partenza. Si può escludere subito che dalla presenza della colpa si possa prescindere per quanto riguarda l'elemento soddisfacente della responsabilità internazionale, ossia per quanto concerne quelle forme di riparazione che esulano dalla restituzione in pristino e dal risarcimento del danno, e per quanto riguarda l'applicabilità di sanzioni quale

²⁵ V. *infra*, paragrafo 6 e seguenti.

²⁶ Sul punto si vedano RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1964, pp. 16 ss., 50 ss., e gli autori ivi citati.

²⁷ Cfr. TRIMARCHI (P.), *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano 1961, p. 11 ss.; PACCHIONI, *Dei delitti e quasi delitti*, Padova 1940, pp. 63 ss., 203 ss.; ESSER, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, München-Berlin 1941, p. 4 ss.

conseguenza del compimento di un illecito. E ciò, sia perché la prassi non sembra offrire un solo caso in cui ad un'azione lesiva di diritti di altri soggetti, ma compiuta incolpevolmente, sia stata fatta seguire l'applicazione di una sanzione, o in relazione alla quale sia stata avanzata ed accolta una pretesa di carattere soddisfattorio²⁸, sia perché ciò appare immediatamente giustificabile di fronte alla stessa assenza di tale elemento della responsabilità, ed al profilo afflittivo che esso immediatamente evoca ed al quale viene associato.

Si limiterà quindi l'indagine all'esistenza di obblighi di risarcimento indipendentemente dal ricorrere dell'elemento della colpa in senso lato, ossia di quella forma di responsabilità nella quale domina l'elemento riparatorio, e che pertanto è più assimilabile alla responsabilità civile degli ordinamenti interni.

Si considererà, cioè, la mera riferibilità ad un soggetto di un fatto dannoso²⁹, rimanendo per il momento aperta la questione della possibilità di parlare al riguardo di responsabilità in senso proprio, oppure di obbligo di risarcimento fondato su principi diversi da quelli che solitamente giustificano il sorgere della responsabilità internazionale.

Qualora il risultato dell'indagine sull'esistenza di obblighi siffatti a prescindere dalla colpa sia positivo, si dovranno esaminare più da vicino i casi in cui tale elemento non si rivela richiesto, e vedere se ed in quali termini essi incidano sulla nozione dell'atto illecito. Se, cioè, almeno la responsabilità da atto illecito presupponga sempre il ricorrere della colpa, e come essa vada intesa. In caso affermativo, rimarrà da risolvere il problema della natura e del fondamento degli speciali obblighi di riparazione la cui esistenza sia stata in tal modo rivelata dalla prassi internazionale.

3. *Precisazioni sulla nozione di colpa in senso lato*

Per completare la precisazione dei termini del problema rimane ora da indicare quale nozione di colpa in senso lato si ritiene opportuno adottare. Sulla esatta definizione della colpa si è discusso molto, non solo nell'ambito del diritto internazionale, ma anche, e più, in quello del diritto interno, in specie penale, ed è del tutto evidente la necessità di intendersi esattamente sul significato che si attribuisce al termine prima di applicarlo ad un dato ordine di fenomeni. È tuttavia necessario osservare che non sembra possibile esporre una nozione che sia fornita, essa sola, delle caratteristiche dell'esattezza e della validità: si tratterà, invece, di utilizzare un concetto che si palesi atto ad inquadrare in modo soddisfacente una certa realtà, consentendo una utile sistemazione complessiva.

Appaiono senz'altro da condividere le considerazioni svolte da un autorevole scrittore a proposito della tesi che definisce la colpa come pura e semplice viola-

²⁸ Si veda, in particolare, il caso dell'incidente di *Dogger Bank*, su cui v. *infra*, paragrafi 6 e 7.

²⁹ Su tale nozione cfr. le osservazioni del RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 74 ss.

zione di un precetto giuridico, sì da ricomprendere ogni comportamento diverso da quello voluto da una norma³⁰. In tal modo, infatti, non sembra si raggiunga alcun chiarimento utile del problema in esame, limitandosi a fornire un semplice doppione del concetto di contrarietà ad una condotta richiesta da una norma, già espresso dalla nozione di illecito. Anzi, a ben vedere, i termini del problema risultano notevolmente oscurati, perché si finisce per considerare responsabilità per colpa anche quella che fosse, in via di ipotesi, posta a carico dell'agente sulla base del solo legame di causalità, solo che l'azione sia astrattamente configurabile come contraria ad un obbligo sancito da una norma giuridica. Con il che si viene a dare per dimostrato proprio ciò che si trattava di dimostrare, ossia che esistano casi in cui si risponde in base al solo fatto di avere causato un evento dannoso³¹.

Al di fuori di questa tesi, com'è noto, si tratta di decidere se sia preferibile adottare una concezione puramente psicologica della colpa o invece una concezione che si dice comunemente normativa. Anche presentato in questo modo, tuttavia, il problema può essere considerato più apparente che reale, in quanto si riconosce abitualmente che la colpa non può ritenersi semplice nesso psichico tra agente e fatto dannoso, né pura e semplice trasgressione di un comando. Non il

³⁰ La tesi è stata sostenuta, nel campo del diritto internazionale, dal FAUCHILLE, *Traité de droit international public*, I, *Première partie, Paix*, Paris 1922, p. 515; dal SALVIOLI, *Les règles générales de la paix*, in *Recueil des cours*, 1933, IV, p. 96 ss.; e da BIN CHENG, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, London 1953, p. 225. Anche la prassi mostra alcuni casi in cui la colpa fu senz'altro identificata con l'atto illecito: si vedano il caso del *Jamaica*, deciso nel 1798 dalla Commissione mista istituita in base all'art. VII del Trattato Jay del 1794 tra Gran Bretagna e Stati Uniti d'America («where there is no fault, no omission of duty, there can be nothing whereon to support a charge of responsibility or justify a complaint»: v. il testo della decisione in MOORE, *International Adjudications. Modern Series*, IV, New York 1931, p. 489 ss., a p. 497 s.); il caso *Salvador Prats*, deciso nel 1868 dalla Commissione mista fra Stati Uniti e Messico (MOORE, *History and Digest of the International Arbitrations to which United States have been a party*, III, Washington 1898, p. 2886 ss., a p. 2895), e il caso dell'*Indennità russa*, deciso tra Russia e Turchia dalla Corte permanente d'arbitrato l'11 novembre 1912 (v. il testo in SCOTT, *The Hague Court Reports*, cit., I, p. 532 ss., a p. 453: «all fault, whatever may be its origin, may ultimately be measured in money»). Il testo si legge anche in UNITED NATIONS, *Reports*, cit., XI, p. 421 ss.).

È opportuno osservare che anche il Grozio, cui è abituale far risalire la tesi favorevole alla necessità della colpa nell'illecito internazionale (cfr. per tutti AGO, *La colpa*, cit., p. 177 ss.), si preoccupava soprattutto di sottolineare l'impossibilità che lo Stato fosse responsabile senza un proprio fatto illecito, e di affermare l'impossibilità di una responsabilità solidale della comunità per atti di privati, e identificava in tal modo colpa ed atto illecito. Si vedano infatti i passi seguenti: H. GROTIJ, *De jure belli ac pacis libri tres* Lausannae MDCCLIX, lib. II, cap. XVII, XX, 2: «Neque vero si quid milites, aut terrestres, aut nautici contra imperium amicis nocuissent, reges teneri... Ut vero sine culpa sua ex ministrorum facto quisquam teneatur, non esse juris gentium» (vol. III, p. 186), e cap. XXI, II, 1: «Communitas ut alia, ita et civilis non tenetur ex facto singulorum sine facto suo aut omissione» (vol. III, p. 410), cui segue l'esposizione della teoria della *patientia* e del *receptus* come forma di colpa (ossia di illecito) dello Stato.

Per la critica della tesi, cfr. AGO, *La colpa*, cit., p. 189 s.; e, per una contrapposizione delle due teorie sulla colpa, antica e moderna, VERDROSS, *Theorie der mittelbaren Staatenhaftung*, in *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1948, p. 389 ss.

³¹ Cfr. infatti BIN CHENG, *General Principles*, cit., p. 226 s., in rapporto a p. 202.

primo, perché esso – rigidamente inteso, escludendone la nota del contrasto della condotta con determinate regole di comportamento – lascia in ombra gli elementi della prevedibilità delle conseguenze dannose nonché della possibilità di prevenirle, impedendo di spiegare come sia possibile una imputazione diversa da quella puramente oggettiva quando l'agente non abbia né previsto né voluto l'evento. Ma neppure la seconda, perché, escludendo completamente l'elemento soggettivo, riconduce agli equivoci della tesi che precedentemente si è ricordata, ed è pertanto soggetta alle stesse critiche³².

Se dunque non si può non riconoscere la necessità di tenere presenti entrambi gli elementi che concorrono a fornire la nozione della colpa, questa può considerarsi come l'atteggiamento del soggetto che produce un certo evento dannoso o volontariamente violando i doveri a lui incombenti, nonostante la previsione della conseguenza (dolo), oppure trascurando di adottare quelle cautele, di seguire quella condotta diligente che avrebbero permesso di evitare il prodursi dell'evento stesso. In questo secondo caso si ha la figura della colpa in senso stretto, o negligenza, che risulta appunto dalla violazione di un dovere di osservare una condotta diligente, secondo le diverse regole, giuridiche o no, applicabili al caso. Qui si può dire, osservando il fenomeno dal punto di vista psicologico, che l'infrazione, e la lesione ad essa conseguente, non è stata direttamente voluta, ma che si è peraltro voluto, per difetto di previsione delle conseguenze, un comportamento diverso da quello che avrebbe potuto evitare tale infrazione³³; ma si deve porre in luce che tale elemento psichico in tanto rileva giuridicamente, in quanto valutato alla luce di certe norme giuridiche che qualificano come «imprudente» la condotta tenuta in quelle determinate circostanze. Esso non viene preso in considerazione in sé e per sé, come estremo del quale sia sufficiente accertare l'esistenza; ma soltanto in quanto si tratti di una relazione psicologica in contrasto con una norma, che, ponendo il dovere di prevedere quelle determinate conseguenze e di seguire un comportamento atto ad evitarle, opera la trasposizione di quella realtà psichica sul piano giuridico³⁴.

Sul piano del diritto internazionale, poi, va tenuto presente che eliminare dalla nozione di colpa l'elemento normativo del contrasto tra la condotta tenuta e un

³² Delle varie tendenze della dottrina di diritto interno, in specie penalistica, non è il caso di compiere qui un esame approfondito, dato che ai nostri fini interessano soltanto gli orientamenti generali di tale dottrina in ordine alla nozione di colpa (in senso lato), e non le soluzioni concrete dei singoli problemi posti dalla particolare configurazione dei vari diritti interni. Si possono vedere comunque, per tutti, FRANK, *Ueber den Aufbau des Schuldbegriffs*, in *Festgabe der juristischen Fakultät der Universität Giessen*, 1907, p. 4 ss. dell'estratto; DELITALA, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, Padova 1930, p. 83 ss.; CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova 1933, pp. 158 ss., 214; ALIMENA, *La colpa nella teoria generale del reato*, Palermo 1947, p. 153 ss.; SPERDUTI, *Sulla colpa*, cit., p. 90 ss.; MAIORCA, *Colpa civile (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano 1960, p. 534 ss.; MEZGER, *Strafrecht*, I, *Allgemeiner Teil*¹⁰, München-Berlin 1963, p. 136 ss.; BETTIOL, *Diritto penale*⁶, Padova 1966, pp. 315 ss., 393 ss.

³³ Così AGO, *La colpa*, cit., p. 190.

³⁴ Cfr. MAIORCA, *Colpa civile*, cit., spec. pp. 571, 575.

dovere di diligenza comporta l'impossibilità di tenerne comunque conto, posto che soltanto a quella nozione si affida il compito di esprimere i connotati essenziali dell'elemento soggettivo dell'illecito, a differenza di quanto accade, almeno secondo certe tesi, nel diritto penale interno, ove quell'elemento normativo può venire ricondotto ad altri concetti, quale la colpevolezza intesa come qualifica soggettiva dell'agente³⁵.

4. *La colpa e l'illecito internazionale di omissione*

Un esame, anche assai sommario, della pratica internazionale è sufficiente a convincere che, nella maggioranza dei casi, si è ritenuto responsabile uno Stato soltanto là dove uno dei suoi organi avesse compiuto, oltre alla eventuale violazione della norma internazionale che stabilisce l'obbligatorietà di una determinata condotta, anche una violazione di quel dovere di condotta diligente nel quale si riassume, come si è cercato sopra di mostrare, il concetto di colpa. Basti pensare al numero, veramente imponente, di casi nei quali, almeno sino a qualche decennio addietro, si è considerato uno Stato responsabile per danni arrecati a stranieri sia da propri organi sia da privati cittadini, e nei quali l'accento delle note diplomatiche o delle dichiarazioni degli uomini di Stato, come le indagini degli arbitri internazionali nei casi sottoposti al loro giudizio, si sono sempre concentrati sulla violazione da parte degli organi dello Stato del dovere di porre in essere le cautele necessarie per assicurare la protezione degli stranieri da ingiuste lesioni³⁶.

Se, peraltro, si ammette, come sembra inevitabile, l'esistenza di un siffatto atteggiamento della prassi, risulta a prima vista inspiegabile che abbiano potuto venire sostenute, anche assai autorevolmente, numerose tesi secondo le quali il si-

³⁵ Sulla nozione di colpevolezza – che peraltro molte volte tende a coincidere, nella terminologia penalistica, con il concetto di colpa in senso lato quale usato dalla dottrina internazionalistica – si vedano, soprattutto, GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano 1951, pp. 35 ss., 66 ss.; PETROCELLI, *La colpevolezza*³, Padova 1955, p. 5 ss.; VENDITTI, *Colpevolezza*, in *Novissimo Digesto Italiano*, III, Torino 1959, p. 555 ss.

³⁶ In questo senso AGO, *La colpa*, cit., p. 197 ss. Il principio della responsabilità dello Stato per danni arrecati a stranieri ha trovato di recente qualche oppositore, che ne contesta l'esistenza come vero e proprio principio di diritto internazionale: cfr. GUHA ROY, *The Responsibility of States for Injuries to Aliens*, in *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1962, p. 128 s., il quale pone in luce come le regole del c.d. diritto internazionale degli stranieri siano l'espressione di un substrato sociale che si è andato rapidamente mutando negli ultimi anni. V. anche CASTANEDA, *The Underdeveloped Nations and the Development of International Law*, in *International Organization*, 1961, p. 38 ss. La dottrina appare tuttavia concorde, in genere, sull'esistenza, nel diritto internazionale vigente, dei doveri sul trattamento degli stranieri di cui si tratta: cfr., ad es. VERDROSS, *Völkerrecht*, cit., p. 360 ss. Sul tema, da ultimo, cfr. BISHOP, *General Course of Public International Law*, 1965, in *Recueil des cours*, 1965-II, pp. 414-420.

Sull'importanza dell'elemento della colpa nella prassi relativa ad altri tipi di illecito, si veda anche DAHM, *Völkerrecht*, cit., III, p. 225 ss.

stema di responsabilità previsto dall'ordinamento internazionale dovrebbe considerarsi prevalentemente od esclusivamente oggettivo³⁷.

In realtà esistono varie circostanze che permettono di chiarire tale apparente contraddizione. Va ricordato anzitutto l'influsso decisivo esercitato su alcune tesi da ben determinate premesse circa la natura e le caratteristiche dell'imputazione ad un ente astratto, quale lo Stato³⁸. Ma soprattutto interessa qui chiarire i risultati dell'applicazione all'illecito internazionale di quanto sopra è stato esposto intorno alla nozione di colpa.

Se, infatti, tale concetto indica un atteggiamento psicologico contrario ad un dovere di agire con diligenza, e di tale dovere esprime il momento della violazione, ne deriva che si avranno in primo luogo dei casi nei quali la violazione di un dovere giuridico sancito da una apposita norma internazionale si accompagnerà ad una violazione di quell'altro generico dovere cui allude la nozione di colpa. In tal caso esiste, da un lato, una condotta materiale contraria ad un obbligo posto da una norma giuridica internazionale; dall'altro, un atteggiamento psicologico dell'agente, nelle forme del dolo o della colpa in senso stretto. È quanto accade in tutti i casi di illecito internazionale commissivo, a proposito del quale si può esattamente parlare della colpa come di un atteggiamento dell'agente nei confronti della condotta materiale e dell'evento dannoso, che permette l'imputazione di tale condotta al soggetto c completa in tal modo la fattispecie dell'illecito³⁹.

Ma in un'altra importante serie di casi la situazione presenta caratteri del tutto diversi. In molti casi, infatti, non è possibile distinguere tra la violazione di uno specifico obbligo imposto da una norma, e quella diversa violazione di un obbligo, nella quale come si è detto si concreta la colpa in senso lato⁴⁰. Ciò perché non esiste un dovere specifico che possa contrapporsi a quello la cui violazione dà luogo alla colpa: l'illecito risulta soltanto dalla violazione di quest'ultimo obbligo, sia pure particolarmente qualificato, come si vedrà, in relazione alle circostanze. Ma allora la distinzione tra elemento soggettivo ed elemento oggettivo dell'illecito si risolve in questo caso in una duplicazione di concetti, che riflettono l'identico fenomeno reale. Non è più possibile, in altri termini, definire l'illecito come la

³⁷ Cfr. *supra*, note 3, 5 e 6.

³⁸ Cfr. *supra*, nota 11.

³⁹ Così SPERDUTI, *Sulla colpa*, cit., p. 92, che parla del dovere di 'non essere in colpa' come di un dovere complementare agli altri incumbenti al soggetto.

Circa il ruolo dell'elemento della colpa, è stato autorevolmente precisato che esso non si aggiunge ad una fattispecie già perfezionata, ma è condizione necessaria perché ad un soggetto venga imputato, come proprio atto illecito, un certo comportamento: cfr. AGO, *La colpa*, cit., p. 191; MORELLI, *Nozioni* cit., p. 344. Se si ritiene, invece, che l'imputazione di un atto ad un soggetto non sia opera di norme giuridiche (*supra*, nota 13), si dovrebbe dire che la colpa è elemento necessario perché un certo comportamento costituisca atto illecito, ossia ne concreti la fattispecie.

⁴⁰ E con riferimento a questa ipotesi, a quanto pare, che lo SPERDUTI, *Sulla colpa*, cit., p. 92 s., parla della colpa come della violazione di un dovere funzionale, ossia non complementare ad altri, ma «sancito in vista del raggiungimento di certi risultati pratici».

violazione di un obbligo giuridico internazionale, aggiungendo poi che l'atto deve essere commesso con dolo o con colpa: perché è precisamente nella presenza di tali elementi, e soltanto di essi, che la «violazione» si concreta, e si esaurisce l'illiceità.

E quanto accade in tutti i casi in cui un determinato comportamento omissivo di uno Stato può essere ritenuto illecito in base al diritto internazionale *generale*. Vi rientrano tutte le ipotesi che la dottrina comprende spesso nella categoria della responsabilità statale «per fatti di individui», ossia tutte le ipotesi di inosservanza, da parte degli organi di uno Stato, del dovere di esercitare la dovuta sorveglianza per impedire il compimento di atti dannosi nei confronti di Stati o di cittadini stranieri da parte di privati⁴¹. Qui il dovere di diligenza dello Stato si trova particolarmente qualificato e precisato in relazione al dovere di proteggere Stati e cittadini stranieri, che ne costituisce in tal modo una specificazione. Ma sembra evidente che si tratta di obblighi strettamente compenetrati, ed esistenti l'uno in funzione dell'altro, sì che non sarebbe possibile farne due nozioni logicamente separate senza snaturarne l'intimo significato. Basti considerare, infatti, che il dovere dello Stato non è quello di impedire in modo assoluto il verificarsi di determinati eventi dannosi, ma soltanto quello di osservare un comportamento diligente a tal fine; l'obbligo insomma di attivarsi in vista di un evento dannoso derivante da una

⁴¹ Esiste in materia una prassi particolarmente abbondante, ancorché non recentissima, cui è possibile qui soltanto accennare. Oltre i casi ricordati dal MOORE, *A Digest of International Law*, VI, Washington 1906, pp. 787 ss., 956 ss., si può menzionare, ad esempio, il caso *Home Frontier and Foreign Missionary Society*, deciso del Tribunale arbitrale anglo-americano istituito con l'accordo del 18 agosto 1910 (in NIELSEN, *American and British Claims Arbitrations under the Special Agreement concluded between the United States and Great Britain, August 18, 1910*, Washington 1926, p. 425; e in UNITED NATIONS, *Reports*, cit., VI, p. 42 ss.) insieme a molti altri casi consimili; il caso dei *Reclami britannici nella zona spagnola del Marocco*, in cui il *rappporteur* Max Huber fece precedere l'esame delle singole controversie da un *Rapport sur les responsabilités de l'Etat dans les situations visées par les réclamations britanniques* (23 ottobre 1924), che costituisce una chiara sintesi dei principi accolti in materia nell'ordinamento internazionale (il testo dell'accordo tra Gran Bretagna e Spagna del 29 maggio 1923, e del *Rapporto*, si trovano in UNITED NATIONS, *Reports*, cit., II, pp. 617 ss., 639 ss.). Molti altri casi furono decisi dalle varie Commissioni miste: cfr., ad es., NIELSEN, *International Law applied to Reclamations, mainly in cases between the United States and Mexico*, Washington 1933, p. 16 ss.; HUNT, *American and Panamanian General Claims Arbitrations under the Convention between the United States and Panama of July 28, 1926, and December 17, 1932*, Washington 1934, pp. 117 ss., 155 ss.; NIELSEN, *American-Turkish Claims Settlement under the Agreement of December 24, 1923, Opinions and Reports*, Washington 1937, pp. 23 ss., 381 ss. Altri casi in BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens abroad, or the Law of International Claims*, New York 1915, pp. 117 ss., 213 ss.; SCHOEN, *Die völkerrechtliche Haftung*, cit., p. 55 ss.; STRUPP, *Das völkerrechtliche Delikt*, cit., p. 49 ss.; EAGLETON, *The Responsibility*, cit., p. 87 ss.; WHITEMAN, *Damages in International Law*, I, Washington 1937, p. 23 ss.

Si vedano anche, in dottrina, STRISOWER, *Responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers*, in *Annuaire de l'Institut de droit international, Travaux préparatoires de la session de Lausanne 1927*, Bruxelles-Paris 1927, I, p. 455 ss.; QUADRI, *La sudditanza nel diritto internazionale*, Padova 1936, p. 197 ss.; ID., *Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 611 ss.; DAMM, *Völkerrecht*, cit., p. 195 ss.; BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 388 ss.

fonte di pericolo che lo stato ha creato, o comunque controlla⁴². Identiche osservazioni possono farsi in altre ipotesi, in cui il fatto dannoso non è stato compiuto da privati cittadini, ma da organi dello Stato, come nel caso di atti compiuti in danno di stranieri da forze armate nell'esercizio di attività di repressione di disordini interni: anche qui tale attività non deve trascurare l'adozione di quelle cautele che – tenuto naturalmente conto delle circostanze – risultino necessarie per adeguare la condotta dello Stato alla diligenza richiesta dal diritto internazionale⁴³. Più in generale può dirsi che la stessa situazione si ripresenta tutte le volte che un atto lesivo di diritti di stranieri non possa venire imputato allo Stato, pur essendo compiuto da un suo organo, perché quest'ultimo ha agito palesemente al di fuori delle proprie competenze, e senza servirsi di quei mezzi che gli sono posti a disposizione in quanto organo, ossia per l'esercizio di funzioni statali: in tal caso, infatti, viene imputata allo Stato la sola violazione del dovere di protezione degli stranieri⁴⁴.

La pratica internazionale, come si è detto, è particolarmente ricca di esempi in materia, e non sembra il caso di soffermarsi ad elencarne. Occorre invece ricordare che l'esistenza di una responsabilità statale per omissione è stata affermata in altri casi, nei quali non si realizzava lo schema tipico ora descritto. Nel caso della *Fonderia di Trail*, ad esempio, la responsabilità del Canada nei confronti degli Stati Uniti venne fatta derivare dalla mancata adozione, da parte delle autorità canadesi, delle precauzioni necessarie per evitare che l'attività della fonderia in

⁴² Cfr., ad es., QUADRI, *La sudditanza*, cit., p. 204 s.; VERDROSS, *Völkerrecht*, cit., p. 394, ed i casi ivi ricordati.

⁴³ Anche in tali ipotesi, infatti, non è la causazione di un danno allo straniero che costituisce un atto contrario al diritto internazionale, ma soltanto l'omissione di quella normale diligenza che, pur non pregiudicando il raggiungimento dei fini che l'azione statale si proponeva, avrebbe evitato il danneggiamento degli stranieri. Si tratta quindi, nonostante le apparenze, di illecito omissivo. In proposito si veda il caso *Luzon Sugar Refining Comp. Ltd.*, deciso il 30 novembre 1925 dal già ricordato Tribunale arbitrale angloamericano (in UNITED NATIONS, *Reports*, cit., VI, p. 165), in cui qualsiasi indennizzo fu negato sulla base del fatto che le forze armate americane che avevano arrecato il danno non avevano compiuto alcun atto al di là di quanto era strettamente necessario alle operazioni militari. Cfr. anche i casi *Hardman e Iloilo*, decisi rispettivamente il 18 giugno 1913 e il 19 novembre 1925 dallo stesso Tribunale (UNITED NATIONS, *Reports*, cit., VI, pp. 25, 158 ss.). Per ipotesi in cui la responsabilità fu invece riconosciuta cfr. il caso *Kling*, deciso l'8 ottobre 1930 dalla Commissione mista dei reclami Stati Uniti-Messico (UNITED NATIONS, *Reports*, cit., IV, pp. 575 ss., spec. 585), in cui si trattava dell'uccisione di un cittadino statunitense da parte di forze armate messicane; e più di recente, il caso *Rizzo ed altri* (n. 3), deciso il 7 dicembre 1955 dalla Commissione di conciliazione franco-italiana, in *International Law Reports, Year 1955*, London 1958, p. 317 ss., a pp. 322-323 (ipotesi di sequestro di beni nemici in tempo di guerra, seguito da liquidazione).

⁴⁴ Emerge qui il collegamento tra la questione della colpa e quella della responsabilità dello Stato per atti compiuti dai propri organi al di fuori della propria competenza. Più delicata la questione nel caso che l'organo abbia agito al di fuori della sua competenza, ma servendosi della qualità di organo, ossia dei mezzi posti a sua disposizione per l'esercizio di funzioni statali: in quanto si ritenga che anche in questo caso lo stato risponda per violazione del dovere di protezione, e non perché gli atti dannosi siano considerati suoi propri, si ricade nelle ipotesi precedentemente esaminate. Per questa tesi cfr. QUADRI, *La sudditanza*, cit., p. 187 ss., ove anche ulteriori riferimenti.

questione, situata nelle vicinanze della frontiera statunitense, causasse danni nello Stato di Washington a causa delle esalazioni di vapori portati oltre frontiera dalle correnti d'aria. Il Tribunale arbitrale investito della cognizione del caso⁴⁵ ebbe ad affermare, nella sua seconda decisione, in data 11 marzo 1941, che «under the principles of international law... no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence»⁴⁶. Con ciò viene chiaramente espresso il carattere essenziale dell'obbligazione internazionale la cui esistenza è stata affermata dal Tribunale: si tratta, anche qui, di una specificazione del generico obbligo di agire diligentemente, in rapporto alla situazione particolare derivante dai rapporti di vicinato⁴⁷ in materia di inquinamento dell'atmosfera. Ed è parimenti chiara l'impossibilità di tradurre il contenuto di tale obbligo in una precisa norma giuridica internazionale che stabilisca

⁴⁵ La competenza del Tribunale, composto di tre membri, derivava dallo speciale accordo concluso tra Stati Uniti e Canada ad Ottawa il 15 aprile 1935. Precedentemente la speciale Commissione mista costituita in base all'art. XI del Trattato dell'11 gennaio 1909 tra i due Paesi, adita dagli Stati Uniti perché constatasse l'esistenza di danni connessi con l'attività della fonderia gestita a Trail della *Consolidated Mining and Smelting Company of Canada, Ltd.*, aveva compilato un rapporto, in data 28 febbraio 1931, nel quale riconosceva l'esistenza di detti danni. Il testo di tale Rapporto si legge in *American Journal of International Law*, 1931, p. 540 ss.

Le sentenze che il Tribunale emise furono due, la prima in data 16 aprile 1938 e la seconda in data 11 marzo 1941. Entrambe si leggono ora in UNITED NATIONS, *Reports*, cit., III, p. 1905 ss., ove è riportato anche il testo del compromesso. È opportuno ricordare che la redazione di quest'ultimo mostra come tra le parti non si discutesse tanto sull'esistenza di una responsabilità internazionale derivante dai fatti in questione, quanto sull'entità dei danni causati, e quindi della riparazione da prestare. L'art. III (1) del compromesso stabiliva infatti che il Tribunale avrebbe dovuto decidere «whether damage caused by the Trail Smelter in the State of Washington has occurred since the first day of January, 1932, and, if so, what indemnity should be paid therefore». Il fondamento della responsabilità fu tuttavia esaminato dal Tribunale per rispondere al secondo quesito postogli dalle parti; e cioè se «in the event of the answer to the first part of the preceding question being in the affirmative, ... the Trail Smelter should be requested to refrain from causing damage in the State of Washington in the future, and, if so, to what extent». Lo stesso accade anche in altri casi di arbitrato internazionale, ove agli arbitri è rimesso essenzialmente il compito di stabilire l'indennità dovuta, essendovi in linea di massima accordo circa l'esistenza della responsabilità.

Sul caso della *Fonderia di Trail* cfr., oltre i riferimenti contenuti in UNITED NATIONS, *Reports*, cit., III, p. 2055 ss., READ, *The Trail Smelter Dispute*, in *Canadian Yearbook of International Law*, 1963, p. 213 s.

⁴⁶ Il passo si legge in UNITED NATIONS, *Reports*, cit., III, p. 1965.

⁴⁷ Sui rapporti di vicinato in genere cfr. ANDRASSY, *Les relations internationales de voisinage*, in *Recueil des cours*, 1951, II, p. 77 ss., e il parere del 3 maggio 1952 del Dipartimento politico federale svizzero, ad esso richiesto in relazione all'intenzione di una società italiana di costruire una funivia sul Monte Cervino, il cui testo è riportato in GUGGENHEIM, *La pratique suisse*, in *Annuaire suisse de droit international*, 1957, p. 127 ss., a p. 158 ss. (ivi anche la menzione di casi analoghi, come quello dei danni subiti in territorio svizzero in seguito all'esplosione di una polveriera avvenuta in territorio italiano, ad Arcisate).

con esattezza quali siano gli obblighi degli Stati in tali circostanze⁴⁸.

Analogamente, nel caso dello *Stretto di Corfù (merito)*, la Corte internazionale di Giustizia riconobbe la responsabilità dell'Albania nei confronti del Regno Unito di Gran Bretagna per le perdite da quest'ultimo subite in seguito allo scoppio di alcune mine nelle acque territoriali albanesi durante il passaggio di navi britanniche, il 22 ottobre 1946⁴⁹. Secondo la Corte, infatti, «les obligations qui incombaient aux autorités albanaises consistaient à faire connaître, dans l'intérêt de la navigation en général, l'existence d'un champ de mines dans les eaux territoriales albanaises et à avertir les navires de guerre britanniques, au moment où ils s'approchaient, du danger imminent auquel les exposait ce champ de mines». Tale obbligo è basato «sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité... le principe de la liberté des communications maritimes et l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États»⁵⁰.

Dall'omissione da parte delle autorità albanesi di qualsiasi misura che potesse avvertire le navi britanniche del pericolo, la Corte deriva l'affermazione della responsabilità internazionale dell'Albania. Ed è interessante notare che i dissensi espressi in ordine all'esistenza di tale responsabilità non riguardano tali conclusioni, ma soltanto la prova della conoscenza da parte delle autorità albanesi della presenza delle mine, o della mancanza della diligenza necessaria, una volta ammessa tale conoscenza⁵¹.

I giudici della Corte furono quindi concordi⁵² nel ricollegare l'esistenza di un'eventuale responsabilità dell'Albania al mancato esercizio da parte delle autorità di tale Stato della diligenza necessaria per impedire il verificarsi dell'incidente nelle relative acque territoriali. Anche in tal caso, dunque, la specificazio-

⁴⁸ Sull'inesistenza di precise regole internazionali in materia di inquinamento delle acque, si veda FLORIO, *Nota sull'inquinamento delle acque non marittime nel diritto internazionale*, in questa *Rivista*, 1963, p. 588 ss., spec. p. 604, con ampi riferimenti bibliografici.

⁴⁹ La sentenza pronunciata dalla Corte il 9 aprile 1949 sul merito della controversia si legge in C.I.J., *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, 1949, p. 5 ss. Alla sentenza sono allegati le dichiarazioni dei giudici Basdevant e Zoricic, l'opinione individuale del giudice Alvarez e le opinioni dissidenti dei giudici Winiarski, Badawi Pacha, Krylov e Azevedo, e del giudice *ad hoc* Ecer. Su tutti gli aspetti della controversia si veda l'ampio studio di IL YUNG CHUNG, *Legal Problems Involved in the Corfu Channel Incident*, Genève-Paris 1959 (sul punto che qui interessa, v. p. 152 ss.). Cfr. anche BERNHARDT, *Korfu Kanal-Fall*, in *Wörterbuch des Völkerrechts*, II, Berlin 1961, p. 313 ss.

⁵⁰ C.I.J., *Recueil*, 1949, p. 22.

⁵¹ Si vedano le affermazioni del consulente albanese Cot, in *Affaire du Détroit de Corion, Mémoires, Plaidoiries et Documents*, vol. IV, p. 535 s., la dichiarazione del giudice Zoricic (C.I.J., *Recueil*, 1949, p. 37) e le opinioni dissidenti dei giudici Badawi (ivi, p. 64), Krylov (ivi, p. 71 s.) e del giudice *ad hoc* Ecer (ivi, p. 126 ss.).

⁵² Con l'eccezione del giudice Alvarez, il quale, nella sua opinione individuale, cercò di fondare la soluzione raggiunta dalla Corte su un'applicazione alla fattispecie dei suoi noti principi circa il «nuovo diritto internazionale» (C.I.J., *Recueil*, 1949, p. 39 ss.).

ne degli obblighi in concreto incombenti ad uno Stato costituisce un momento logicamente successivo, rispetto all'esistenza del dovere di diligenza. In relazione all'esercizio di una potestà di governo sulle acque territoriali, si può concludere, uno Stato deve osservare una certa diligenza non precisabile *a priori*, per impedire che altri Stati subiscano danni nell'esercizio delle facoltà loro accordate, in relazione a tale potestà, dall'ordinamento internazionale⁵³⁻⁵⁴.

Infine un altro classico esempio di obbligo internazionale consistente nello spiegare una certa diligenza in vista del raggiungimento di un dato risultato è offerto dalla disciplina dei doveri degli Stati neutrali. Essa può fondarsi, più di quella degli altri casi sinora menzionati, su di una lunga esperienza storica, che ha portato alla formulazione di più precise regole anche convenzionali. Ma, da un punto di vista storico, è facile osservare come fosse opinione degli Stati che un neutrale fosse tenuto a porre in essere determinate cautele e una determinata vigilanza affinché non venissero compiute, nel proprio territorio e ad opera dei propri sudditi, azioni che potessero portare a risultati pregiudizievoli nei confronti di uno degli Stati belligeranti, come ad esempio l'armamento di navi destinate ad usi bellici per conto di uno di questi ultimi; sicché, ove un determinato evento lesivo fosse risultato causalmente ricollegabile all'omissione delle cautele di cui si è parlato, lo Stato neutrale era tenuto a risponderne, a titolo appunto di negligenza⁵⁵. Anche qui, dunque, nessun altro obbligo era stato posto a carico dello Stato neutrale dal diritto internazionale generale che quello di usare una certa diligenza in relazione ad una situazione di belligeranza tra altri Stati; solo della violazione di tale obbligo uno Stato era eventualmente tenuto a rispondere, e non già del fatto puro e semplice che l'evento si fosse verificato.

⁵³ Il che non significa naturalmente che lo Stato debba essere ritenuto responsabile di tutti gli atti dannosi collegati con il suo territorio per il solo fatto di esercitare in tale ambito il proprio controllo: tale conseguenza, che discenderebbe dai principi affermati dal giudice Alvarez nella sua opinione individuale (C.I.J., *Recueil*, 1949, p. 44) è stata esplicitamente respinta dalla Corte (ivi, p. 18). Cfr. sul punto il cenno dello HALL, *A Treatise on International Law*⁸, Oxford 1924, p. 64. Tutto ciò che si può dire è che, in connessione con l'esercizio della sovranità su di un certo territorio e in certi altri spazi, uno Stato è tenuto ad osservare un contegno diligente, la cui inosservanza, ove ne derivino danni ad altri soggetti, può comportare la sua responsabilità internazionale. Si vedano anche le osservazioni dell'arbitro Huber nel caso dell'*Isola di Palmas*, deciso il 4 aprile 1928 dalla Corte permanente di arbitrato tra Paesi Bassi e Stati Uniti, in UNITED NATIONS, *Reports*, cit., II, p. 834 ss., a p. 839.

⁵⁴ Sul carattere del nesso di causalità, in caso di illecito internazionale omissivo, cfr. AGO, *Le délit*, cit., p. 502 s.; MORELLI, *Nozioni*, cit., p. 348. In senso critico, SPERDUTI, *Sulla colpa*, cit., p. 100 s., il quale, per superare la difficoltà che sorge a proposito della c.d. responsabilità per fatti di individui, fa ricorso all'idea di responsabilità indiretta. L'autore non si prospetta, però, il problema che sorge in caso di illecito dello Stato per omissione propria, senza intervento dell'azione dei privati.

⁵⁵ Si vedano i casi del *Jamaica*, già citato (*supra*, nota 30), e quello dell'*Alabama*, deferito da Gran Bretagna e Stati Uniti ad un Tribunale arbitrale *ad hoc* con l'accordo di Washington dell'8 maggio 1871, e deciso con la sentenza del 14 settembre 1872 (in MOORE, *History and Digest of the International Arbitrations*, cit., I, pp. 495 ss., 653 ss.; LAPRADELLE-POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, II, Paris 1932, p. 889 ss.). Cfr. anche BAUER, *Alabama-Fall*, in *Wörterbuch*, cit., I, Berlin 1960, p. 20 ss.

5. *Segue: considerazioni sulla responsabilità internazionale per omissione*

Dalle osservazioni precedentemente svolte appare ora possibile concludere che esistono, nel campo dell'illecito internazionale, dei casi nei quali la colpa è veramente tutt'uno con la violazione degli obblighi stabiliti dalle norme internazionali. L'atteggiamento della volontà dell'organo dello Stato si confonde insomma, come osserva l'Anzilotti, con il contenuto del dovere internazionale dello Stato⁵⁶.

Appare chiaro pertanto il motivo delle radicali divergenze di opinioni tra i fautori della responsabilità per colpa e i sostenitori della responsabilità oggettiva nel campo del diritto internazionale. In tutta una vasta serie di casi, che coincide con gli illeciti omissivi previsti dalle norme internazionali generali, è pur sempre necessario un atteggiamento della volontà contrario ad un proprio dovere di condotta, il che giustifica che si parli, anche in questo caso, di colpa come requisito dell'illecito. Ma tale dovere costituisce l'unico obbligo internazionale violato dall'agente, sì che non appare possibile distinguere tra elemento soggettivo ed elemento oggettivo dell'illecito⁵⁷, come è facile fare nel caso di violazione commissiva. In

⁵⁶ ANZILOTTI, *Teoria generale*, cit., p. 178; ID., *La responsabilité internationale*, cit., p. 291. Cfr. anche BOURQUIN, in *Annuaire de l'Institut*, cit., 1927, p. 505; BORCHARD, «*Responsibility of States*» at the Hague Codification Conference, in *American Journal of International Law*, 1930, p. 517 s.; MONACO, *La responsabilità internazionale dello Stato per fatti di individui*, in questa Rivista, 1939, p. 225 ss.; BERLIA, *La responsabilité internationale de l'Etat*, in *La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, II, Paris 1950, p. 863; ZANNAS, *La responsabilité internationale des Etats pour les actes de négligence* (thèse Genève), Montreux 1952, p. 40 ss.; PERRIN, *L'aggression contre la légation de Roumanie à Berne et le fondement de la responsabilité internationale dans les délits d'omission*, in *Revue générale de droit int. public*, 1957, p. 410 ss., a p. 420 s.; LEVY, *La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risque en droit international public*, ivi, 1961, p. 744 ss.; WENGLER, *Völkerrecht*, cit., I, p. 497.

Anche la terminologia usata spesso nella giurisprudenza internazionale, influenzata dai concetti anglosassoni (cfr. *infra*, nota 62) riflette una certa «obiettivizzazione» della colpa: si vedano, ad es., il caso *Neer*, deciso il 15 ottobre 1925 dalla Commissione mista dei reclami tra Stati Uniti e Messico (UNITED NATIONS, *Reports*, cit., IV, p. 60 ss., spec. p. 61 s.), il caso *Garcia e Garza*, deciso il 3 dicembre 1926 (ivi, p. 119 ss., p. 123), e il caso *Chattin*, deciso il 23 luglio 1927 (ivi, p. 282 ss.), ove si dice, utilizzando una formula che ricorre anche in altre decisioni della stessa commissione che «the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency». Cfr. anche il commento del DE BEUS, *The Jurisprudence of the General Claims Commission United States and Mexico under the Convention of September 8, 1923*, The Hague 1938, p. 127 s.

⁵⁷ In particolare, con riferimento al caso che la responsabilità dello stato sorga in conseguenza di atti compiuti da privati, si deve osservare che l'elemento della colpa, inteso come atteggiamento psicologico dell'organo nei confronti del fatto illecito, non può riferirsi al comportamento in se stesso ed all'evento che ne deriva, i quali sono posti in essere da un soggetto diverso da quello nei confronti del quale si pone il quesito circa l'atteggiamento psicologico. Esso non potrebbe riferirsi che all'atto omissivo, che si assume imputabile all'organo. Intesa in questo senso, però, la colpa non appare idonea a dar ragione del ricollegamento della responsabilità – ossia del fatto dannoso – allo Stato.

tale circostanza, sta l'elemento di verità esattamente rilevato da chi ritiene trattarsi di casi di responsabilità oggettiva⁵⁸⁻⁵⁹.

Si tratta, peraltro, di un elemento di verità che porta ad una conclusione che non si può condividere. Non si può infatti considerare veramente oggettiva la responsabilità internazionale per omissione⁶⁰. Oggettiva è infatti solo la responsabilità posta a carico di uno Stato come conseguenza della propria azione od omissione indipendentemente dall'atteggiamento della sua volontà, senza, cioè, che si

Si è osservato, sulla scorta di alcune dottrine penalistiche, che in caso di illecito omissivo l'elemento soggettivo si identifica con l'atteggiamento psicologico nei confronti della condotta tenuta in luogo di quella dovuta (così AGO, *Illecito commissivo e illecito omissivo nel diritto internazionale*, in *Diritto internazionale*, 1938, p. 9 ss., a p. 12; ID., *Le délit*, cit., p. 502). Ma tale configurazione non sembra accettabile se non accettando un concetto meramente psicologico della colpa, svincolandola dall'idea del dovere di condotta (aver agito in un certo modo sapendo o dovendo sapere di dover agire in un modo diverso). In tal modo se ne perde però il vero significato, che deriva proprio, come si è visto, dal fatto che lo stato psicologico è posto in relazione con un dovere. Sul punto cfr. anche SPERDUTI, *Sulla colpa*, cit., p. 97 ss. e nota 34 a p. 99. L'autore conclude, però, ritenendo che nei casi in esame la responsabilità dello Stato si debba qualificare come responsabilità indiretta. Dello SPERDUTI cfr. anche *L'individuo nel diritto internazionale*, Milano 1950, pp. 117-125.

⁵⁸ Nel senso che solo la responsabilità dello Stato per fatti di privati fosse obiettiva si erano pronunciati, in tempi meno recenti, il BENJAMIN, *Haftung der Staaten aus dem Verschulden seiner Organe nach Völkerrecht*, Breslau 1909, p. 21 ss., e il BUXBAUM, *Das völkerrechtliche Delikt*, Erlangen 1915, p. 14 ss. La ragione indicata nel testo spiega anche le varie interpretazioni che sono state date alla sentenza della Corte internazionale di Giustizia nel caso dello *Stretto di Corfù*: cfr. sul punto LÉVY, *La responsabilité pour omission*, cit., p. 764.

⁵⁹ Contro questa tesi è stato osservato dall'AGO (*La colpa*, cit., p. 198) che «il sostenere che in tali casi la responsabilità è oggettiva significa praticamente venire a dire che si risponde oggettivamente – ossia anche se si è usata la diligenza richiesta – del fatto di aver violato l'obbligo di usare quella medesima diligenza. O, se si preferisce, che si risponde anche senza colpa di aver violato un obbligo di non aver colpa». Ma ciò è precisamente quello che accade nei casi ora esaminati; e se si pone in luce che la colpa non è altro che la violazione di un dovere di condotta diligente, non vi può essere alcuna difficoltà a parlare precisamente di un dovere di non essere in colpa, come fa lo SPERDUTI, *Sulla colpa*, cit., p. 92. Cfr. anche DAHM, *Völkerrecht*, cit., p. 230. L'obiezione dell'Ago è tuttavia assai utile per porre in rilievo che non è consigliabile qualificare questi casi come ipotesi di responsabilità oggettiva, come è detto oltre nel testo.

⁶⁰ Tanto nel caso di omissione, quanto nel caso di illecito commissivo, si è di fronte ad una divergenza tra il comportamento concretamente osservato e quello che si ritiene avrebbe dovuto essere osservato per attenersi a quanto richiesto da una norma giuridica internazionale. Ma, dove si può considerare la situazione secondo lo schema della colpa intesa come atteggiamento psicologico, tale divergenza viene riportata al soggetto, e considerata tal da dar luogo ad un illecito in quanto il comportamento tenuto è considerato frutto di un atteggiamento psicologico che consente di riportarlo all'agente. Ove invece l'unica violazione di doveri sia costituita dalla divergenza di cui si è detto, è sufficiente rilevarla per concludere per l'esistenza dell'illecito. Ma non per questo viene trascurata l'esistenza di quell'atteggiamento psicologico in cui si riassume la nozione della colpa in senso lato, perché nel giudizio circa l'esistenza dell'illecito è implicito il giudizio che il comportamento tenuto avrebbe dovuto essere diverso. Proprio per definizione, insomma, esulano dalla nozione di negligenza quei casi in cui non si può rimproverare all'agente nemmeno un'imprudenza, una qualsiasi deviazione dei moduli di comportamento doverosi: che sono appunto i casi che vengono in rilievo nell'ambito della responsabilità oggettiva, o senza colpa.

possa rimproverare ai suoi organi nemmeno un'imprudenza, una qualsiasi deviazione dai moduli di condotta abitualmente seguiti dai soggetti medi della comunità. Ma si tratta precisamente dei casi che segnano il limite al di là del quale cessa la responsabilità per omissione: casi, cioè, nei quali non si può imputare all'agente alcuna negligenza e che pertanto non danno luogo a responsabilità alcuna. Considerare oggettiva in senso proprio la responsabilità per negligenza significa quindi usare la stessa qualificazione per designare una responsabilità che sorge in due serie ben diverse di casi, e che si ricollega a ben diversi presupposti⁶¹.

D'altro lato, l'impossibilità di far ricorso ad una netta distinzione tra elemento soggettivo ed elemento oggettivo dell'illecito è conseguenza dei particolari caratteri della categoria degli illeciti omissivi di cui si è sinora parlato. Tale distinzione, propria del diritto penale interno, presuppone l'esatta individuazione e precisazione delle fattispecie criminose, e non è sempre esattamente applicabile neppure nel campo dell'illecito civile del diritto interno, in quanto l'illiceità di determinati comportamenti deriva in certi casi proprio dalla contrarietà dell'agire di un soggetto a certi doveri di condotta diligente nei confronti dei consociati. La particolare natura dell'illecito internazionale, che per certi aspetti – quale la mancata tipizzazione della condotta illecita – si avvicina all'illecito civile, e per altri – inesistenza di un dovere generale di tenere indenni i consociati – a quello penale, impedisce l'utilizzazione degli schemi elaborati in vista delle particolari esigenze di questi ultimi⁶².

La responsabilità per omissione, nel campo del diritto internazionale generale, mira dunque ad assicurare l'osservanza di quelle norme che non impongono agli Stati il raggiungimento di un risultato nettamente definito, ma tendono a garantire una certa tutela complessiva, impossibile a determinarsi *a priori* nel suo contenu-

⁶¹ A meno di non voler ritenere che la vera e propria responsabilità oggettiva costituisca un rapporto obbligatorio modellato sul rapporto di responsabilità, ma al di fuori di quel concetto (così BIN CHENG, *General Principles*, cit., p. 231). Sul punto v. anche *infra*, par. 9.

Va ricordato, tuttavia, che anche per il KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge Mass., 1949, p. 66, la negligenza «is not the specification of a delict, it is a delict itself, the omission of certain measures of precaution, and that means the non-exercise of the degree of care that ought to be exercised according to the law. Negligence is a delict of omission, and responsibility for negligence is rather a kind of absolute responsibility than a type of culpability». Lo stesso autore riconosce però che vi è differenza rispetto alla responsabilità oggettiva del diritto primitivo, in base alla quale una sanzione è senz'altro ricollegata al semplice verificarsi di un evento dannoso (op. cit., p. 67). È precisamente tale differenza che va tenuta presente, a scanso di equivoci, nella materia che si considera.

⁶² Notevole analogia si ha, invece, tra l'illecito internazionale in questione e la figura di illecito che nella *common law* viene denominato *negligence*, intendendo come tale appunto quell'illecito che consiste nella violazione di un *duty of care* che non risulta specificamente da alcuna norma giuridica. Sul punto si vedano, per tutti, WINFIELD, *The History of Negligence in the Law of Torts*, in *Law Quarterly Review*, 1926, p. 184 ss.; JAMES, *General Principles of the Law of Torts*, London 1959, p. 134 ss.; SALMOND, *On the Law of Torts*¹³, London 1961, p. 404 ss. («negligence is a conduct, not a state of mind»); CHARLESWORTH, *On Negligence*⁴, by Percy, London 1962, p. 2 ss.; PROSSER, *Handbook of the Law of Torts*³, St. Paul Minn., 1964, p. 142 ss.

to e nei mezzi attraverso i quali viene raggiunta, attraverso l'imposizione di un generale dovere di far uso di quella diligenza che, nella normalità delle circostanze, è sufficiente ad evitare la produzione di fatti lesivi di diritti di altri Stati⁶³.

Si tratta di obblighi di prevenire, salvaguardare, tutelare, in vista dell'assicurazione di certi risultati, per il raggiungimento dei quali è lasciata allo Stato la libertà nella scelta dei mezzi da impiegare. L'illecito che deriva dalla violazione di tali obblighi presenta la triplice caratteristica di essere illecito omissivo, avendo riguardo alla natura dell'obbligo violato, illecito di evento e illecito complesso, secondo una nota classificazione⁶⁴. Il raggiungimento del risultato cui si mira è il fine, ma non il contenuto dell'obbligo imposto allo Stato. D'altro lato, il mezzo, ossia l'attività da svolgere in concreto per evitare il compimento di un evento dannoso a carico di altri Stati, e che costituisce la diligenza necessaria, o dovuta, nelle ipotesi considerate, non è determinato né determinabile *a priori*. Di fronte ad ogni caso concreto, pertanto, non esiste la possibilità di compiere quel triplice esame che è consueto nell'ambito della determinazione civilistica della diligenza nell'adempimento delle obbligazioni: esame che si articola nella precisazione della misura oggettiva della diligenza prevista da una norma, e della deviazione da essa; della possibilità di seguire tale misura o dell'eventuale colpevole impossibilità di farlo⁶⁵. Qui l'indagine è sempre e necessariamente unica e riguarda l'adozione da parte dello Stato di quelle misure che apparivano in concreto idonee ad evitare il verificarsi dell'evento dannoso, e che lo Stato stesso aveva la possibilità di adottare. La condotta concretamente tenuta non viene rapportata ad uno *standard* uniforme e determinabile, ma ad una situazione concreta e complessa, i cui elementi rilevanti sono, da un lato, il risultato complessivo che la norma internazionale si sforza di assicurare, e, dall'altro, le possibilità concrete del soggetto che ha agito, o che avrebbe dovuto agire.

⁶³ Sul carattere di indeterminatezza di queste norme internazionali generali si vedano le osservazioni del QUADRI, *La sudditanza*, cit., p. 197 ss., e del DE VISSCHER (Ch.), *Cours général de principes de droit international public*, in *Recueil des cours*, 1954, II, p. 499 ss., a p. 507 s.; ID., *Théories et réalités en droit international public*³, Paris 1960, p. 350 ss. Più specificamente, sulla libertà lasciata allo Stato di scegliere i modi che preferisce nell'adempimento di determinate obbligazioni internazionali, cfr. TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig 1899, p. 296; ANZILOTTI, *Teoria generale*, cit., p. 143 ss.; ID., *La responsabilité*, cit., p. 23 ss.; DONATI, *I trattati internazionali nel diritto costituzionale*, I, Torino 1906, p. 343 ss.; AGO, *La regola del previo esaurimento dei ricorsi interni in tema di responsabilità internazionale*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, p. 181 ss., a p. 231 ss.; ID., *Le délit*, cit., pp. 506 ss., 514 ss.; MORELLI, *Nozioni*, cit., p. 348 s.

⁶⁴ Cfr. AGO, *Le délit*, cit., pp. 447-449, 499-518.

⁶⁵ Nel campo civilistico manca, infatti, del tutto il dato tipico del diritto internazionale consistente nell'assoluta libertà di scelta dei mezzi per il raggiungimento del risultato che la norma tende a garantire: e la condotta in concreto tenuta viene proprio rapportata a quella in astratto esigibile e determinabile. Il soggetto agente può sottrarsi alla responsabilità dimostrando di non avere avuto la possibilità di seguire un certo modulo uniforme di condotta. Sulla nozione di diligenza nel campo del diritto civile, anche con riferimento alla distinzione tradizionale tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, cfr. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pp. 185 ss., 280 ss., 366 ss.; RODOTÀ, *Diligenza (diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano 1964, p. 539 ss.

In altri termini, la stessa determinazione delle misure da adottare in concreto è fatta dipendere dalle possibilità a disposizione del soggetto. «The duty of protection on the part of the Government... only goes as far as permitted by possibility»: così si esprimeva, nel 1868, la Commissione mista Messico-Stati Uniti nel caso *Salvador Prats*⁶⁶. E il *rapporteur* Max Huber, nel noto caso dei *Reclami britannici nella zona spagnola del Marocco*, osserva che «l'Etat n'est tenu qu'à exercer le degré de surveillance qui correspond aux moyens dont il dispose»⁶⁷. Il punto è comunque sottolineato in un grandissimo numero di decisioni arbitrali internazionali, e in molteplici altre manifestazioni della prassi: in particolare, in tutti quei casi in cui il reclamo avanzato da uno Stato fu respinto in quanto i fatti dannosi si svolsero al di fuori delle possibilità di controllo dello Stato nel cui territorio i fatti stessi ebbero luogo⁶⁸.

Tutto ciò pone chiaramente in rilievo la *relatività* dell'obbligo di diligenza di cui si è parlato: da un lato, infatti, il suo contenuto non è precisabile *a priori*, ma soltanto a violazione avvenuta; dall'altro, esso non entra in gioco ove un certo risultato, che la norma internazionale ha di mira, sia stato comunque raggiunto⁶⁹.

Occorre ancora notare che, anche là dove una più lunga esperienza storica abbia portato ad una maggiore precisazione delle figure di illecito omissivo di cui si è parlato, le caratteristiche essenziali dell'obbligazione non vengono tuttavia meno. Infatti anche le norme convenzionali, e quelle contenute in progetti di codificazione in materia, mostrano una notevole specificazione dei doveri cui uno Stato può essere tenuto nelle diverse circostanze, ma non abbandonano il riferimento alla diligenza, più specialmente alla diligenza dovuta, secondo l'espressione introdotta dalle celebri «regole di Washington» stabilite nell'accordo anglo-americano del 9 maggio 1871, che deferiva ad arbitrato la controversia nel caso dell'*Alabama*⁷⁰. Si ha, in altre parole, una specificazione del risultato complessivo richiesto dalla norma internazionale, per cui la diligenza non va più considerata soltanto in relazione ad un evento dannoso finale, ma in relazione a tutti quei fatti ed eventi che la norma precisa, e il verificarsi dei quali è di per sé sufficiente a far assumere specifica rilevanza al dovere di diligenza. Si restringe, insomma, la zona entro la quale la determinazione del contenuto dell'obbligo internazionale è rimessa integralmente alla precisazione della diligenza dovuta in ogni singolo ca-

⁶⁶ Il caso è già stato citato *supra*, nota 30. Il passo riportato nel testo si trova a p. 2893.

⁶⁷ UNITED NATIONS, *Reports*, cit., II, p. 644. V. anche *supra*, nota 41.

⁶⁸ Cfr. il caso *Home Frontier and Foreign Missionary Society*, su cui v. *supra*, nota 41, nel quale il reclamo statunitense fu respinto in quanto non risultò che il governo britannico avesse mancato al suo dovere di protezione, date le condizioni esistenti nel Protettorato della Sierra Leone. Si vedano, altresì, le osservazioni della Commissione mista anglo-messicana nella decisione sul caso *Gilli* (19 maggio 1931, U.N. *Reports*, cit., V, p. 159).

⁶⁹ Cfr. LÉVY, *La responsabilité pour omission*, cit., p. 576 ss.; SERENI, *Diritto internazionale*, cit., III, p. 1518.

⁷⁰ Cfr. *supra*, nota 55. Sul punto v. anche AGO, *La colpa*, cit., p. 198 ss.; BLOMEYER, *Due diligence*, in *Wörterbuch*, cit., I, p. 401 s.

so; alcuni doveri, che per l'innanzi potevano essere isolati soltanto nell'ambito di un generico dovere di diligenza in vista del raggiungimento di un risultato complessivo, assumono esistenza autonoma, e vengono a costituire a loro volta il risultato che deve essere assicurato, allargando così la sfera dei comportamenti statali sottoposti a controllo; ma, entro limiti più ristretti, la fisionomia dell'obbligazione non muta, ed il riferimento variabile e relativo alla diligenza mantiene inalterata la sua importanza. Ed è proprio la variabilità della sfera entro la quale la determinazione del contenuto dell'obbligo si risolve in un riferimento alla diligenza che conferma come in tutti questi casi l'atteggiamento della volontà costituisca unicamente il contenuto dell'obbligazione internazionale.

Tipica, in questo caso, la disciplina dei doveri dei neutrali, quale risulta dai primi arbitrati in materia – si veda il caso del *Jamaica* – sino ad altre manifestazioni più recenti della prassi convenzionale⁷¹. Ma ugualmente sintomatica la disciplina della materia della responsabilità per danni subiti da stranieri, in rapporto alla vastissima elaborazione giurisprudenziale ed ai numerosi tentativi di codificazione, ufficiali o puramente privati⁷².

Il grado di diligenza osservato da un soggetto di diritto internazionale appare decisivo in ogni caso concreto anche per la ricostruzione della stessa norma internazionale: tanto per la sua esistenza, quanto per il suo contenuto. Sotto il primo profilo, infatti, è possibile che l'osservanza di un grado di diligenza non inferiore alla media da parte del soggetto che ha ciononostante tenuto un determinato comportamento lesivo dei diritti di altri soggetti significativi, in linea di principio, che nell'opinione di quel soggetto il comportamento non è illecito e che pertanto la regola di diritto spontaneo non può ritenersi esistente⁷³.

⁷¹ Si veda l'art. 8 della XIII Convenzione dell'Aja del 18 ottobre 1907 sui diritti e doveri delle Potenze neutrali nella guerra marittima, per il quale «un Gouvernement neutre est tenu d'user les moyens dont il dispose pour empêcher dans sa juridiction l'équipement ou l'armement de tout navire, qu'il a des motifs raisonnables de croire destinés à croiser ou à concourir à des opérations hostiles contre une Puissance avec laquelle il est en paix». Cfr. anche il Progetto della Harvard Law School in materia di diritti e doveri degli stati neutrali, in *American Journal of International Law*, 1937, p. 245 ss.

Sulla materia in genere cfr. BALLADORE PALLIERI, *Diritto bellico*, in *Trattato di diritto internazionale* diretto da Balladore Pallieri, Morelli e Quadri, sez. I, vol. 6, Padova 1954, p. 391 ss.; GUGGENHEIM, *Traité*, cit., II, p. 515 ss.

⁷² Sulla giurisprudenza internazionale si veda *supra*, nota 41. Dei progetti di codificazione si possono ricordare il Progetto del terzo Comitato della Conferenza di codificazione dell'Aja del 1930 (riportato in *Yearbook of the International Law Commission*, 1956, II, p. 225), i progetti presentati dal Garcia Amador alla Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite (in *Yearbook*, cit., 1957, II, p. 128 ss., e 1961, II, p. 46 ss.), e i progetti elaborati dalla Harvard Law School, nel 1929 (in *American Journal of Int. Law*, 1929, *Special Supplement*, p. 133 s.) e nel 1961 (in VON MÜNCH, *Das völkerrechtliche Delikt*, cit., p. 337 ss., ove si trovano anche ulteriori documenti).

⁷³ In questo senso BARILE, *Interpretazione del giudice e interpretazione di parte del diritto internazionale non scritto*, in questa *Rivista*, 1954, p. 168 ss., a p. 189 ss. Si veda, a p. 193, il passo seguente: «il vaglio dell'azione individuale secondo la coscienza dell'uomo normale non è richiesto al fine di determinare la responsabilità, al lume di una formula già fissata, non è cioè un requisito

Sotto il secondo profilo, invece, una volta ammessa l'esistenza di un comportamento astrattamente contrario alla regola internazionale, sarà il confronto tra il grado di diligenza concretamente osservato e quello astrattamente ritenuto necessario, in quelle date circostanze, per raggiungere certi risultati, che consentirà di precisare meglio l'atteggiarsi della norma stessa in rapporto al caso concreto, adattando il contenuto dell'obbligo alle particolarità delle circostanze.

Rimane ora da precisare che la violazione del dovere di diligenza, di cui si è sinora parlato, non può ritenersi sufficiente a dar luogo a responsabilità internazionale tutte le volte che ne derivi un evento lesivo per un soggetto dell'ordinamento. Non sembra, in altri termini, che si possa ammettere l'esistenza, allo stato attuale dell'ordinamento internazionale, di una clausola generale che protegga ciascun soggetto dai danni arrecati colposamente da altri, imponendo a ciascuno l'obbligo di usare un certo grado di diligenza nei rapporti con i consociati⁷⁴. Le figure di illecito omissivo che si sono ricordate sono ancora strettamente legate ad alcune situazioni – trattamento degli stranieri, neutralità, rapporti di vicinato, esercizio della sovranità territoriale – in relazione alle quali l'opinione degli Stati appare favorevole ad ammetterne l'esistenza. Per generalizzarne la nozione occorrerebbe poter ammettere la previsione da parte dell'ordinamento di un generale divieto dell'abuso di diritto, che al momento attuale appare ancora estraneo alla struttura della comunità internazionale ed alla coscienza dei suoi componenti⁷⁵.

6. *La colpa e l'illecito commissivo. La prassi internazionale in materia di risarcimento del danno arrecato senza colpa*

Al di fuori delle ipotesi di illecito omissivo, nelle quali l'elemento della colpa si atteggia nel modo particolare che si è cercato di indicare sin qui, la prassi offre sicuramente conforto alla tesi per cui la colpa è necessaria perché una certa condotta contraria ad un obbligo internazionale costituisca un vero e proprio illecito, e dia luogo alle conseguenze nelle quali si concreta la responsabilità internazionale. Non è il caso di ricordare, qui, le manifestazioni della prassi nelle quali potrebbe ritrovarsi l'espressione di una convinzione siffatta da parte degli Stati, essendo sufficiente rinviare a quelli ricordati dalla dottrina prevalente⁷⁶. È opportu-

soggettivo previsto dalla formula stessa, ma serve invece a determinare la stessa *international delinquency*, cioè la stessa formula di diritto spontaneo».

⁷⁴ In senso analogo il DAHM, *Völkerrecht*, cit., p. 210 e nota 3, contro l'opposta tesi del GARCIA AMADOR, *State Responsibility*, cit., p. 381 ss.

⁷⁵ Su tale conclusione la dottrina italiana può dirsi sostanzialmente concorde: cfr., per tutti, SCERNI, *L'abuso di diritto nei rapporti internazionali*, Roma 1930, p. 55 ss.; QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 181 s., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche. Cfr. anche AGO, *Le délit*, cit., p. 443; BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 232 ss.; MORELLI, *Nozioni*, cit., p. 346.

⁷⁶ Cfr. *supra*, par. 4 e nota 41.

no soltanto sottolineare come i casi di infrazioni completamente involontarie, al di fuori delle ipotesi precedentemente considerate di responsabilità dello Stato in seguito a fatti di privati, sono poco frequenti, il che spiega come la dottrina si riferisca a quelle, più spesso che a queste⁷⁷.

L'esame della pratica internazionale rivela però anche l'esistenza di alcuni casi in cui un soggetto è stato ritenuto obbligato al risarcimento, o per lo meno al pagamento di un'indennità, per aver arrecato ad altro soggetto un danno con un atto che era da considerarsi incolpevole, perché compiuto in base ad errore scusabile. La rilevazione dei casi di questo genere costituisce un'operazione assai delicata, sia perché è sempre estremamente arduo giudicare in fatto della scusabilità dell'errore, e stabilirne l'esistenza nei singoli casi, in particolare poi per chi si trovi di fronte alla reticenza o alla laconicità delle corrispondenze diplomatiche o delle decisioni arbitrali; sia perché può accadere che uno Stato rinunci a volte a far valere la responsabilità dell'altro di fronte alla possibilità di ottenere l'indennizzo, contribuendo così a confondere i veri lineamenti giuridici del caso. In ipotesi di questo genere, infatti, la norma che fonda l'obbligo di indennizzo è di natura patrizia. Egualmente poco significativo dal punto di vista della rilevazione di norme generali è il comportamento del soggetto che, ottenuto l'indennizzo su questa base, rinuncia ad ulteriori pretese di natura soddisfattoria. Pur con le difficoltà accennate, tuttavia, sembra possibile affermare che la prassi mostra l'orientamento indicato, come risulta dai casi che verranno esposti.

Il gruppo più cospicuo di casi attiene all'esercizio di potestà di governo da parte di enti sovrani, ed in particolare ai danni causati da uno Stato ad un altro mediante condotta incolpevole contraria a quella imposta dalle norme internazionali relative alla delimitazione della sfera delle rispettive potestà di governo.

Il 16 ottobre 1864 la goletta britannica *Mermaid*, in transito nello stretto di Gibilterra, venne colpita da un colpo di cannone esploso dalle autorità costiere spagnole dal forte di Ceuta, e colò a picco. La Spagna sostenne che i marinai inglesi non avevano esposto i prescritti segnali di riconoscimento dopo il primo colpo esploso a fini di avvertimento, e che pertanto nessun illecito le poteva essere addebitato, avendo le autorità spagnole agito in ottemperanza ai regolamenti spagnoli sulla navigazione nello stretto. Dopo lunghe trattative diplomatiche la controversia fu sottoposta all'arbitrato di una Commissione mista. La decisione emessa da quest'ultima il 28 febbraio 1869 riconobbe la completa buona fede delle autorità spagnole, che avevano agito nella convinzione che la goletta britannica volesse sottrarsi al riconoscimento, nonché l'errore compiuto dai marinai britannici, dovuto alla giustificabile ignoranza dei regolamenti spagnoli. Essa condannò tuttavia la Spagna al pagamento di una indennità per la perdita della goletta in questione⁷⁸.

⁷⁷ In questo senso v. AGO, *La colpa*, cit., p. 201.

⁷⁸ Per un riassunto della controversia e del testo della sentenza arbitrale (non pubblicata integralmente) cfr. LAPRADELLE-POLITIS, *Recueil des arbitrages*, cit., II, pp. 491 ss., 496, ove si ricorda-

Durante l'espansione coloniale delle Potenze europee in Africa, ebbero a verificarsi con una certa frequenza incidenti e scontri tra le rispettive forze armate, a volte nella erronea convinzione di essere di fronte a rivolte o disordini da parte di tribù indigene. In uno di tali scontri, avvenuto a Waïma, sui confini del Senegal e della Sierra Leone, truppe francesi attaccarono un reparto inglese credendolo composto di arabi, causando numerose vittime. Deferita la cognizione della controversia – insieme ad altri reclami avanzati dalla Francia nei confronti della Gran Bretagna – al ministro belga di Lambermont, questi emise il 15 luglio 1902 una sentenza con la quale, tra l'altro, accordava alla Gran Bretagna una indennità di 9.000 sterline per le perdite subite a Waïma, sebbene fosse risultato che l'incidente era dovuto ad una sfortunata serie di circostanze, e che la buona fede del comandante francese era fuori discussione⁷⁹.

Il valore del caso ora menzionato è tuttavia notevolmente sminuito dal fatto che le parti, come mostra il compromesso arbitrale, deferirono all'arbitrato la sola determinazione del *quantum*, ossia della misura dell'indennità, mostrando di considerare pacifica l'esistenza dell'obbligo di risarcimento. Si potrebbe essere quindi tentati di dedurre da ciò che tale obbligo trovasse il proprio fondamento nella norma speciale posta mediante accordo (precedente, in questo caso, al compromesso arbitrale, e magari anche tacito), la quale avrebbe costituito in tal modo un'eccezione alla regola generale al lume della quale nessuna riparazione sarebbe stata dovuta. Il dubbio, alla luce dei dati di cui si dispone, è certamente possibile. Tuttavia, il caso in questione si inserisce perfettamente nel filone che stiamo esaminando, sì che sembra lecito ritenere che l'accordo tra le parti – se accordo effettivamente vi fu, e non semplicemente riconoscimento del proprio obbligo da parte della Francia – avesse valore di conferma, e non di eccezione, rispetto alla regola generale.

Assai notevoli sono le analogie che questo caso presenta con quello dell'incidente di *Dogger Bank* avvenuto durante la guerra russo-giapponese. La differenza è data soprattutto dal fatto che le navi russe, che diedero origine all'incidente, si trovavano in alto mare, e non esercitavano quindi alcuna funzione statale di vigilanza o di polizia. È noto, infatti, che la squadra russa al comando dell'ammiraglio Rodjestvenskij nella notte dal 21 al 22 ottobre 1904 cannoneggiò alcuni battelli da pesca inglesi credendosi attaccato da navi giapponesi. Il compito di accertare l'esatto svolgimento dei fatti, e l'eventuale sussistenza di responsabilità, fu affidato, dopo lunghe trattative, ad una Commissione interna-

no anche altri incidenti cui il regolamento spagnolo sulla navigazione nello stretto diede luogo (tale regolamento fu modificato proprio in seguito all'incidente di cui si tratta).

⁷⁹ Ampie notizie su tale episodio si trovano in SMITH-SIBLEY, *International Law as interpreted during the Russo-Japanese War*, London 1905, p. 312 ss. Il testo della sentenza arbitrale, redatto nei termini concisi caratteristici degli arbitrati non recenti, e priva di motivazione, si legge in *Revue générale de droit international public*, 1902, *Documents*, p. 11; nella stessa rivista, 1901, *Doc.*, p. 8, si trova anche il testo della convenzione di Parigi del 3 aprile 1901, con cui la controversia venne deferita all'arbitrato.

zionale di inchiesta, composta da cinque ammiragli di diversa nazionalità⁸⁰.

I compiti in tal modo affidati alla Commissione fanno di quest'ultima un istituto che presenta caratteri ibridi e non facilmente precisabili, come si è osservato in dottrina⁸¹. Ad ogni modo, la ragione per la quale venne ad essa deferito anche l'incarico di pronunciarsi sulla esistenza di responsabilità, ed in particolare sulla scusabilità dell'errore nel quale l'ammiraglio russo era incorso, risulta chiaramente dal carteggio diplomatico anglo-russo in occasione dell'incidente⁸². Si intese, infatti, che dal giudizio della Commissione circa la scusabilità dell'errore dipendesse l'eventuale soddisfazione da prestare da parte della Russia, ossia la punizione dei colpevoli secondo la legge interna⁸³. Il rapporto della Commissione, pur non risultando del tutto esplicito al riguardo, riconobbe la buona fede dell'ammiraglio russo e la scusabilità dell'errore, secondo l'interpretazione più attendibile⁸⁴, ed escluse, in pari tempo, qualsiasi colpa dei pescatori inglesi. Nulla si era previsto per il caso che l'errore fosse risultato scusabile, come di fatto fu ritenuto. Non essendosi tuttavia mai avuta contestazione circa l'obbligo di risarcimento da parte della Russia, questa versò alla Gran Bretagna una indennità di 65.000 sterline, accogliendo così un invito formulato anche dalla Commissione⁸⁵. Il caso ora ricordato, a differenza del precedente, è assai significativo, anche per la distinzione tra le misure soddisfatorie e risarcitorie come conseguenza dell'azione ritenuta illecita, e come si vedrà oltre. Le sue caratteristiche spiegano come esso sia ricordato da diversi autori a sostegno di tesi contrastanti circa la rilevanza dell'elemento della colpa⁸⁶.

⁸⁰ È sotto questo profilo che la controversia destò soprattutto l'interesse della dottrina. Si vedano infatti gli ampi studi del MANDELSTAM, *La Commission internationale d'enquête sur l'incident de la mer du Nord*, in *Revue générale de droit international public*, 1905, pp. 161 ss., 351 ss.; POLITIS, *Les commissions internationales d'enquête*, nella stessa rivista, 1912, p. 149 ss.

⁸¹ MANDELSTAM, *La Commission internationale d'enquête*, cit., p. 404 seguenti.

⁸² Op. cit., p. 181.

⁸³ Op. cit., pp. 181, 404-408.

⁸⁴ La maggioranza dei commissari ritenne infatti che «la responsabilité de cet acte (ossia dell'apertura del fuoco) et des résultats de la cannonade assuyée par la flotille de pêche incombe à l'amiral Rodjestvensky» (Rapporto, n. 11), aggiungendo però che «l'amiral Rodjestvensky a fait personnellement tout ce qu'il pouvait, du commencement à la fin, pour empêcher que les chalutiers, reconnus comme tels, fussent l'objet du tir de l'escadre». Cfr. MANDELSTAM, *op. cit.*, p. 404 ss.

Il testo del Rapporto, insieme con quello delle Dichiarazioni di San Pietroburgo, con cui Russia e Gran Bretagna si erano accordate per l'istituzione della commissione, si trovano in *American Journal of International Law*, 1908, p. 929 ss.; in MARTENS, *Nouveau Recueil Général des Traités, Série II*, XXIII, p. 641 ss., e in SCOTT, *The Hague Court Reports*, cit., I, pp. 404 ss., 609 ss.

⁸⁵ In merito alla controversia cfr., per un chiaro riassunto, STOWELL-MUNRO, *International Cases, Arbitrations and Incidents illustrative of International Law as practised by independent States*, I, *Peace*, London-Boston-New York 1916, p. 98 ss.; OPPENHEIM-LAUTERPACHT, *International Law*⁷, II, London 1952, p. 13 s.; e, per più ampi commenti, SMITH-SIBLEY, *International Law*, cit., p. 283 ss.

⁸⁶ Cfr., da un lato AGO, *La colpa*, cit., p. 203, e BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 246 s.; e dall'altro, ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, III, Roma 1915, pp. 22 s., e SERENI, *Diritto internazionale*, cit., III, p. 1518.

Altre volte l'esercizio di attività statali in spazi non sottoposti alla sovranità di alcuno Stato si è concretato in una interferenza di carattere materiale nell'attività di governo di altri Stati. Il 10 settembre 1892 la baleniera statunitense *Cape Horn Pigeon* venne fermata nel mare di Ochotsk dalle autorità russe, e sottoposta a confisca, perché sospettata di avere esercitato illecitamente la caccia alle balene. La controversia venne deferita con il Protocollo di San Pietroburgo del 1900 al giudizio dell'arbitro Asser. Nel frattempo, il governo russo ammise la propria responsabilità ed il proprio obbligo di risarcimento, ed offrì il pagamento di una indennità pecuniaria per il danno causato. L'arbitro, considerando riconosciuta dalla Russia la propria responsabilità, limitò il proprio esame all'entità del danno⁸⁷.

Anche il Tribunale arbitrale anglo-americano, istituito con l'accordo del 18 agosto 1910⁸⁸ per giudicare su di una serie di reclami di natura pecuniaria tra i due Paesi «in accordance with treaty rights and with the principles of international law and equity» (art. 7 dell'accordo), ebbe a decidere casi analoghi a quello ora menzionato, nei quali però gli Stati Uniti d'America si presentavano in veste non più di reclamanti ma di convenuti. Anche in tali casi il Tribunale affermò l'obbligo del risarcimento da parte dello Stato che avesse causato danno all'altro con attività contraria alle norme internazionali generali sulla delimitazione delle attività di governo in alto mare, ancorché l'azione fosse stata commessa dai funzionari statali per errore, di fatto o di diritto. In tal senso il Tribunale decise, infatti, i casi delle golette *Coquitlam*, *Jessie*, *Thomas F. Bayard* e *Pescawha*, *Wanderer* e *Favourite*, che le autorità statunitensi avevano ostacolato nello svolgimento dell'attività della caccia alle foche in alto mare, costringendole, a seconda dei casi, a seguirle nei porti statunitensi, oppure sottoponendole a visita, ispezione o addirittura a confisca. Le decisioni del 18 dicembre 1920 e del 2 e 9 dicembre 1921⁸⁹ dichiararono irrilevante al fine di escludere la responsabilità degli Stati Uniti la circostanza che le autorità di sorveglianza ritenessero in buona fede che le golette britanniche svolgessero attività vietate, o che le leggi statunitensi accordassero loro i poteri di cui si valevano; e concessero alla Gran Bretagna le indennità richieste, comprendendovi anche il risarcimento dei danni morali ed osservando che «though their bona fides might be invoked by the officers in explanation of their conduct to their own Government, its effect is merely to show that their conduct constituted an error in judgment, and any Government is responsible to other governments for errors in judgments of its officials purporting to act within the sco-

⁸⁷ Per il testo della sentenza cfr. *Revue de droit international et de législation comparée*, 1903, p. 75 ss.; UNITED NATIONS, *Reports*, cit., IX, p. 63 ss.; ove anche il testo del compromesso.

Per un panorama delle pretese al controllo della pesca d'alto mare, che costituisce il quadro storico entro cui la controversia in esame si colloca, cfr. CONFORTI, *Il regime giuridico dei mari*, Napoli 1957, pp. 270-280.

⁸⁸ Il testo si può leggere in MARTENS, *Nouveau Recueil Général des Traités, Série III*, VI, p. 361 ss., ed ora in UNITED NATIONS, *Reports*, cit., VI, p. 9 s.

⁸⁹ Il testo delle decisioni si legge in UNITED NATIONS, *Reports*, cit., VI, rispettivamente a pp. 45, 57, 68, 82 e ss.

pe of their duties and vested with power to enforce their demands»⁹⁰.

Più di recente, il 23 luglio 1954, un aereo civile britannico fu abbattuto sul mare della Cina, al largo dell'isola di Hainan, da caccia della Repubblica popolare cinese che l'avevano scambiato per un aereo della Repubblica di Formosa. Nella lettera del Ministero degli esteri cinese all'incaricato d'affari britannico a Pechino, in risposta alla nota del Foreign Office del 24 luglio, la Cina affermò che l'errore doveva ritenersi giustificato dal fatto che da qualche tempo il governo di Formosa aveva intrapreso azioni militari contro quello di Pechino, ma non contestò l'esistenza di un proprio obbligo di riparazione, e si dichiarò pronta a versare alla Gran Bretagna la somma necessaria per il risarcimento del danno⁹¹.

Come si è in parte già accennato, può sorgere il dubbio che in alcuni casi del genere di quelli sin qui considerati il comportamento delle parti non sia l'elemento rivelatore dell'esistenza di una norma generale che ponga un obbligo di risarcimento, e la decisione degli arbitri non costituisca a sua volta espressione dell'esistenza di tale regola: ma che al contrario il primo costituisca attività esecutiva di un obbligo assunto convenzionalmente, in via autonoma o per mezzo dello stesso compromesso arbitrale, e che la decisione arbitrale si limiti ad applicare la norma posta per la disciplina del caso concreto. Il dubbio sembra tuttavia superabile. Va considerato, innanzitutto, che in nessun caso il compromesso lascia presupporre la conclusione di un accordo sul tema della responsabilità. A volte esso rimette esplicitamente il punto alla cognizione dell'arbitro, il quale si preoccupa quindi di giustificare, sia pure succintamente, l'affermazione della responsabilità stessa in base a norme e principi generali di diritto internazionale. Altre volte si dà atto dell'ammissione da parte dello Stato agente della propria responsabilità; ma a tale ammissione pare si debba attribuire un semplice valore ricognitivo di un obbligo preesistente, e non valore costitutivo di un obbligo nuovo.

Comunque, anche ove un accordo fosse effettivamente configurabile, il costante ricorrere di alcune caratteristiche di fatto, e delle conseguenze giuridiche che se ne sono tratte, induce a ritenere che si tratterebbe di accordo che conferma ed applica al caso concreto un obbligo altrimenti già esistente.

⁹⁰ UNITED NATIONS, *Reports*, cit., VI, p. 59.

⁹¹ Un breve resoconto della vicenda si trova nell'articolo *Gli incidenti nei mari della Cina*, in *Relazioni internazionali*, 1954, p. 953. Qui, a p. 962 ss., si legge anche il testo della nota del Foreign Office e della lettera del Ministro degli esteri cinese. Cfr. anche GIULIANO, *I diritti e gli obblighi degli Stati*, I, Padova 1956, p. 443. Per l'indicazione di episodi analoghi, in cui l'abbattimento per errore di aerei stranieri fu seguito dal risarcimento dei danni da parte dello stato responsabile, cfr. FREEMAN, *Responsibility of States for Unlawful Acts of their Armed Forces*, in *Recueil des cours*, 1955, II, pp. 282, 286, 310 s.

Secondo quanto riferisce il GUGGENHEIM (*Traité*, cit., II, p. 52, nota 1) la Svizzera reclamò un'indennità in seguito al ferimento di alcuni militari svizzeri da parte di soldati italiani che avevano attraversato la frontiera, sebbene una commissione italo-svizzera nominata all'uopo avesse concluso che l'attraversamento era avvenuto in seguito ad errore scusabile.

7. Gli obblighi di garanzia nell'ordinamento internazionale

In alcuni casi fra quelli considerati sin qui è possibile che un esame più approfondito di quello consentito dalla ricostruzione dei fatti basata sui documenti disponibili farebbe ritenere che si trattava, in realtà, di attività svolte per un errore non scusabile, e che, quindi la colpa fosse presente, sia pure nella graduazione minima di *culpa levissima*⁹². Si deve però rilevare che il punto non ha mai formato oggetto di discussione e di esame, e che si è sempre respinta l'esimente fondata sull'errore senza indagare intorno all'origine di quest'ultimo. Ritenere, pertanto, che nella pratica internazionale un indennizzo sia stato posto a carico di un soggetto che abbia compiuto in istato di errore un atto dannoso nei confronti di un altro (tenendo una condotta contraria ad un obbligo stabilito da una norma internazionale) soltanto in casi nei quali fosse presente l'elemento della colpa, può anche essere formalmente esatto, se si considera la sola realtà dei fatti materiali in molti casi. Non sembra però che in questo modo si colga con precisione la regola che emerge dalla pratica esaminata. Che una *culpa levissima* potesse in alcuni casi rinvenirsi, dipende soprattutto dalla difficoltà pratica che si verificano infrazioni completamente involontarie di obblighi stabiliti da norme internazionali generali, nelle materie considerate, anche a causa del fatto che tali norme tendono soltanto ad impedire comportamenti di particolare gravità, rispetto ai quali un'assenza totale di colpa può essere difficile da ipotizzare, al di fuori delle ipotesi di caso fortuito o di forza maggiore⁹³. Ma ciò non toglie che i precedenti citati rivelino, non tanto la ricerca e la repressione di un illecito in quanto tale, quanto piuttosto la ricerca ed il perseguimento di un equilibrio patrimoniale turbato dal compimento dell'azione alla quale il risarcimento viene ricollegato.

La prassi esaminata sembra quindi mostrare quanto meno una notevolissima tendenza verso l'affermazione di un obbligo di garanzia incombente ad ogni Stato nei confronti degli altri, per i danni che a questi derivino dall'esercizio di attività sovrane nelle circostanze considerate. Più esattamente, la prassi sembra presupporre l'esistenza di un principio che pone nei casi indicati l'obbligo del risarcimento a carico dell'agente, indipendentemente dal ricorrere dell'elemento della colpa. Tale principio trova poi, a volte, applicazione soltanto parziale, ed espressione incompleta, a causa delle particolari circostanze del caso, in cui la scusabilità dell'errore avrebbe potuto risultare discutibile.

Si può affermare, in sintesi, che l'ordinamento internazionale impone ai soggetti un obbligo di garanzia per i danni derivanti da certe attività che, pur costitui-

⁹² Si pensi al caso dell'incidente di *Dogger Bank* (*supra*, nota 80) o alla controversia anglo-sanmarinese (*infra*, par. 8). Ma identiche considerazioni valgono per tutti i casi ricordati sopra. In proposito SCHWARZENBERGER (*International Law, I, International Law as interpreted by International Courts and Tribunals*³, London 1957, p. 650) osserva che «the requirements of the minimum standard are so modest that any actual contravention can always be stated also in terms of culpability».

⁹³ Su tali nozioni v. le osservazioni svolte più oltre nel testo.

te da comportamenti contrari ad obblighi sanciti da norme internazionali, sono tuttavia la conseguenza entro certi limiti inevitabile del compimento di attività tutelate come tali dal diritto internazionale. L'esplicazione della sovranità importa infatti la possibilità di interferenza nelle rispettive sfere di potere; d'altro lato, la gravità delle conseguenze ha indotto a riconoscere l'esistenza di un obbligo di risarcimento anche indipendentemente dalla colpa.

Una smentita a questa tesi potrebbe derivare soltanto da chiare manifestazioni della pratica internazionale, nelle quali una richiesta di indennizzo fosse stata respinta proprio in dipendenza del difetto del requisito soggettivo della colpevolezza. Ma non sembra che manifestazioni inequivoche in tal senso vi siano. I casi ricordati a questo proposito sembrano piuttosto far riferimento al caso fortuito o alla forza maggiore, come limiti assoluti all'obbligo di riparazione. Ora, è certo che tali ipotesi costituiscono un limite all'esistenza di tale obbligo. Ma qui, a ben vedere, è la stessa esistenza di un comportamento volontario di un soggetto che viene a mancare. Non sembra che da ciò si possa dedurre che tali norme segnino il limite della colpa, ed il riconoscimento della loro rilevanza significhi necessità della presenza della colpa stessa⁹⁴. Si tratta infatti di nozioni largamente indeterminate, che possono avere funzione ben diversa a seconda del contesto nel quale sono utilizzate⁹⁵. Poiché nella pratica internazionale non è dato di ritrovarne una autonoma elaborazione⁹⁶, non è possibile far dipendere dalla loro rilevanza la risposta al quesito circa la natura dell'obbligo di risarcimento, nelle ipotesi in cui esso sorge. Saranno, al contrario, le nozioni di caso fortuito e di forza maggiore ad assumere diversa portata a seconda che si ammetta il sorgere di tale obbligo indipendentemente dalla colpa in una serie di casi quali quelli ricordati, oppure si ritenga di non poter prescindere dalla ricerca, in ogni singola ipotesi, di una negligenza, anche nella minima gradazione di *culpa levissima*.

⁹⁴ Così AGO, *La colpa*, cit., p. 206.

⁹⁵ Si vedano le osservazioni dello SPERDUTI, *Sulla colpa*, cit., p. 103; e, nel campo del diritto civile, del MAIORCA, *Colpa civile*, cit., p. 551 ss., e del TRIMARCHI, *Rischio*, cit., p. 170 ss.

⁹⁶ Qualche cenno sulla forza maggiore si trova nel caso dell'*Indennità russa*, deciso dalla Corte permanente d'arbitrato (*supra*, nota 30) ove la nozione di forza maggiore viene però posta in relazione con quella di colpa intesa come violazione di un obbligo. In materia di caso fortuito, si vedano la decisione del Tribunale arbitrale germano-portoghese emessa a Losanna il 31 luglio 1928, sulla *Responsabilità della Germania in ragione dei danni causati nelle colonie portoghesi dell'Africa del sud* (UNITED NATIONS, *Reports*, cit., II, p. 1013 ss.), per quanto riguarda l'incidente di *Naulilaa* (ivi, p. 1019 ss.): il Tribunale affermò che «le deplorable événement... a un caractère nettement fortuit»; e quella pronunciata dalla Commissione italo-etioptica di conciliazione e di arbitrato a Parigi, il 3 settembre 1935, sull'*Incidente di Ual-Ual*, cui la commissione riconobbe un «caractère accidentel» (UNITED NATIONS, *Reports*, cit., III, p. 1660 ss.).

Le sentenze sono spesso citate a conforto della teoria della colpa (v. DAHM, *Völkerrecht*, cit., p. 227): tuttavia non si può dire che il concetto di caso fortuito vi sia chiaramente delineato. Sull'incidente di Ual-Ual e relativo arbitrato, cfr. POTTER, *The Wal-Wal Arbitration*, Washington 1938.

In dottrina si vedano, anche per l'indicazione di altri casi in cui la nozione è stata utilizzata, BIN CHENG, *General Principles of Law*, cit., p. 224 ss.; SCHWARZENBERGER, *International Law*, cit., p. 634 ss.

8. *La prassi in materia di danni arrecati a Stati neutrali*

Più equivoco appare l'atteggiamento degli Stati nel caso di danni arrecati con comportamenti incolpevoli durante operazioni belliche da Stati belligeranti a Stati neutrali, e più difficile quindi il trarre da tale atteggiamento una regola precisa. I casi che possono venire in considerazione riguardano danni arrecati per errore a neutrali; l'errore può essere tanto puro errore materiale, quanto errore circa l'effettiva estraneità del soggetto danneggiato alle operazioni belliche.

Durante la seconda guerra mondiale, la Svizzera ebbe a subire notevoli danni per bombardamenti effettuati sul territorio germanico, nelle immediate vicinanze della frontiera, o per errore sul territorio elvetico. Dei secondi, la Svizzera ottenne il risarcimento dagli Stati Uniti d'America con l'accordo concluso a Washington il 21 ottobre 1949, mentre i primi le furono risarciti dalla Gran Bretagna⁹⁷.

Più complessa la vicenda che ha portato alla concessione di una indennità da parte della Gran Bretagna alla Repubblica di San Marino, in base all'accordo concluso tra i due Stati con scambio di note 17-22 luglio 1961⁹⁸. Il 26 giugno 1944 il territorio della Repubblica veniva bombardato da aerei britannici e statunitensi, con gravissimi danni materiali e perdite di vite umane. Le richieste di risarcimento avanzate nei confronti dei governi alleati non appena cessata l'occupazione da parte delle truppe germaniche e poi alleate, che era seguita al bombardamento, furono respinte dal governo britannico⁹⁹, il quale opponeva che l'azione intrapresa dalle forze alleate sarebbe stata giustificata dalla precedente violazione della neutralità sanmarinese da parte dell'Alto Comando germanico, e dall'impossibilità della Repubblica di difenderla efficacemente. Seguì una lunga fase di trattative diplomatiche, in cui le parti mantennero le rispettive posizioni: San Marino da un lato, riaffermando con energia l'inesistenza di qualsiasi violazione della propria neutralità prima del 26 giugno, e ripetendo la richiesta di risarcimento, sia pure

⁹⁷ L'accordo Svizzera-Stati Uniti, la cui denominazione esatta è *Exchange of notes constituting an agreement between the United States and Switzerland relating to the settlement of certain war claims, Washington, 21 October 1949*, si legge in *United Nations Treaty Series*, vol. 132, p. 163. Cfr. anche GUGGENHEIM, *Völkerrecht*, in *Annuaire suisse de droit international*, 1947, p. 148, e 1950, p. 172; ID., *La pratique suisse*, ivi, 1955, p. 197; ID., *Traité*, cit., II, p. 52, nota 3; e SERENI, *Diritto internazionale*, cit., III, p. 1518, in nota. Dalla Gran Bretagna, la Svizzera ottenne invece il risarcimento dei danni subiti in località situate sulla riva svizzera del lago di Costanza in seguito al bombardamento effettuato su Friedrichshafen, in territorio germanico: cfr. GUGGENHEIM, *La pratique suisse*, in *Annuaire suisse de droit international*, 1957, p. 167.

⁹⁸ Tale accordo non è stato pubblicato.

⁹⁹ Sullo svolgimento della controversia cfr. *Il risarcimento dei danni provocati dal bombardamento alleato del 26 giugno 1944* (testo del discorso pronunciato dal Segretario di Stato per gli affari esteri Federico Bigi, nella seduta del Consiglio Grande e Generale della Repubblica di San Marino il 5 luglio 1961 – 1660 di F.R.), San Marino 1963. Per il punto menzionato nel testo cfr. p. 11 s.

Devo la conoscenza di tale testo alla cortesia della dottoressa Clara Boscaglia, della Segreteria di Stato, alla quale desidero esprimere i miei più vivi ringraziamenti.

con precisazioni e limitazioni¹⁰⁰; la Gran Bretagna, dall'altro, limitandosi ad offrire, *ex gratia*, il pagamento di una somma a titolo di compenso, ma senza riconoscere alcuna responsabilità.

Infine, pur rimanendo inalterate le posizioni di principio, il Foreign Office giunse ad ammettere che il bombardamento era stato ordinato in seguito ad informazioni di dubbia esattezza, ed aumentò progressivamente fino ad 80.000 sterline¹⁰¹ la somma offerta a titolo grazioso, dichiarandosi disposto a pubblicare una dichiarazione di omaggio.

La soluzione della controversia fu definitivamente raggiunta su tali basi con lo scambio di note dal 17-22 luglio 1961, dopo che, il 7 dello stesso mese, il Lord del Sigillo Privato aveva pronunciato alla Camera dei Comuni la Dichiarazione di omaggio con cui dava atto delle «severe misure adottate dalla Repubblica durante la guerra al fine di continuare la tradizionale politica di neutralità e di impedire alle truppe germaniche l'occupazione militare del proprio territorio»¹⁰².

¹⁰⁰ *Il risarcimento dei danni*, cit., p. 13.

¹⁰¹ *Il risarcimento dei danni*, cit., p. 15.

¹⁰² Il testo della Dichiarazione è il seguente:

«1. In October 1945, the Government of the Republic of San Marino presented Her Majesty's Government with a claim totalling 732 million lire as compensation for damage caused to San Marino by the bombing carried out by units of the Desert Air Force under British Command on June 26, 1944, and thereafter by the occupation of San Marino by the German armed forces fighting against the Allied forces in August 1944, by the fighting in San Marino after the entry of the Eighth Army in September 1944 and by the presence of Allied troops after the capitulation of the German forces in Italy.

2. Her Majesty's Government made clear that although they much regretted the damage caused to San Marino they could not accept any liability to pay compensation for it.

3. Her Majesty's Government have throughout maintained that their action in bombing San Marino was justified on the basis of the information available to them at the time, to the effect that the neutrality of San Marino had been violated by German forces.

4. In 1949, as a gesture of sympathy for the suffering and losses caused to the citizens of the Republic through no fault of their own, Her Majesty's Government made an offer of an *ex gratia* payment of £ 26,000 in respect of the San Marinense claim against Her Majesty's Government. This was renewed on several subsequent occasions and the necessary sum was twice voted by Parliament; but the government of the Republic of San Marino maintained its decisions not to accept any such offer. They asserted that the neutrality of the territory of San Marino had not been violated before the bombing of June 26, 1944, occurred and that they had taken strenuous measures to safeguard the neutrality of their territory.

5. In February 1952 the Government of San Marino agreed to limit their claim only to compensation for damage caused by the bombing of June 26, 1944, as they considered (and still consider) that the damage which occurred after the bombardment of June 26, 1944, was the responsibility of the German armed forces.

6. On July 2, 1952, the Parliamentary Under Secretary of State for Foreign Affairs referred, in answer to a Parliamentary question, to the fact that up to that time the Government of San Marino had adduced no evidence in support of their contention that it was the Allied Forces who first violated their territory. In May 1953, however, the Government of San Marino addressed a further Note to Her Majesty's Government enclosing various documents in support of this claim. Her Majesty's Government gave the most careful consideration to the evidence submitted by the Government of San Marino. As a result of this examination, Her Majesty's Government came to the conclusion that

L'atteggiamento britannico nel caso in questione è dunque estremamente equivoco. Non è il caso di attribuire eccessiva importanza alla ripetuta affermazione dell'inesistenza di qualsiasi responsabilità da parte del governo del Regno Unito, che si spiega probabilmente con il desiderio di non modificare le affermazioni originarie circa la perfetta liceità del comportamento tenuto. La validità di tale affermazione è d'altronde già incrinata dal riconoscimento della possibilità di un errore¹⁰³. È vero, però, che l'errore in cui incorsero le autorità militari britanniche non sembra tale da poter essere ritenuto scusabile. Ed anche se il punto non venne espressamente dibattuto, non sembra possibile dedurre da ciò, come taluno ha voluto fare¹⁰⁴, che il danno sia stato posto a carico dell'agente a titolo puramente obiettivo.

In definitiva, i casi ricordati non consentono di affermare con sicurezza che la pratica internazionale ricolleggi senz'altro l'obbligo del risarcimento al fatto dannoso ancorché compiuto senza colpa. Certamente esiste una tendenza in tal senso, ma essa non appare ancora concretata in regole sicure: la disciplina dei singoli casi è stata sempre raggiunta in via pattizia, e con immediato riferimento alle caratteristiche che ciascuno di essi presentava, sì da rendere probabilmente arbitrario il tentativo di trarne una regola generale ed uniforme¹⁰⁵.

there may be some reason to doubt the reliability of some of the information on which the original decision to bomb the territory of San Marino was based. In addition they accepted the documents submitted contain substantial evidence of the firm measures adopted by the Republic during the war in order to maintain the Republic's traditional policy of neutrality and to deny military occupation of its territory to the German forces. Her Majesty's Government are nevertheless unable to alter their original view that they are under no legal liability for the consequences of the raid.

7. There is however a long history of amicable relations between this country and the Republic of San Marino and Her Majesty's Government attach considerable importance to maintaining this cordial relationship. For this reason, and after careful consideration of the evidence produced by the Government of San Marino, Her Majesty's Government have offered to the Government of San Marino to increase their original offer to the sum of £ 80,000 as a gesture of sympathy for the sufferings of the people of San Marino as a result of the bombing of June 26, 1944, and as a token of regret that it should have been Allied Forces under a British Commander which were obliged by the harsh exigencies of war to inflict damage on the territory of San Marino.

8. The Government of San Marino have accepted this payment and in so doing have agreed to withdraw all claims against Her Majesty's Government in connection with any damage to the Republic caused by British Forces during the war.

9. Parliament will be asked in due course to vote the money by means of a Supplementary Estimate to the Foreign Office Grants and Services Vote. In the meantime an advance is being obtained from the Civil Contingencies Fund».

Sulla neutralità di San Marino cfr. AGO, *La neutralità di S. Marino*, estratto da *Libero Orizzonte*, n. 7, 1963.

¹⁰³ Cfr., infatti, l'accenno contenuto nel par. 6 della Dichiarazione.

¹⁰⁴ Così WENGLER, *Völkerrecht*, cit., I, p. 494, nota 1.

¹⁰⁵ Alle attività belliche si riconnette un altro caso che la dottrina di solito considera come un caso di responsabilità oggettiva: quello previsto dall'art. 3 della IV convenzione dell'Aja del 18 ottobre 1907 sulle leggi e gli usi della guerra terrestre, secondo il quale «la Partie belligérante... sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée». Cfr. ANZILOTTI, *Corso*, cit., p. 408; STRUPP, *Das völkerrechtliche Delikt*, cit., p. 51; MONACO, *La responsabilità internazionale*

9. Atto illecito e obbligo di garanzia

Rimane ora da stabilire più esattamente il fondamento e la natura degli speciali obblighi di risarcimento rivelati dall'esame della pratica internazionale compiuti sin qui.

Occorre chiarire che, come si è già accennato sopra, tali obblighi concretano un semplice dovere di risarcire il danno causato, sia esso economico o economicamente valutabile. Appare invece contrario alla convinzione degli Stati ammettere che al compimento degli atti cui gli obblighi in parola vengono ricollegati, sia ricollegata nell'ordinamento internazionale una conseguenza di carattere soddisfattorio, o addirittura di carattere penale (si tratti di soddisfazione vera e propria, consistente in corresponsione di somma a titolo di penale, di punizione dei colpevoli secondo il diritto interno dello Stato agente, e così via, o di misura sanzionatoria, come la rappresaglia)¹⁰⁶. Si può concludere quindi nel senso che, se uno Stato non ha tenuto un comportamento contrario ad un proprio obbligo con dolo o con colpa anche nell'ambito delle ipotesi sopra esaminate, non può essere tenuto in alcun caso alla soddisfazione, ma soltanto, in certi casi, al risarcimento del danno materiale¹⁰⁷. È generalmente riconosciuto in dottrina, del resto, che la presenza e la misura della colpa può influire sulla natura e la misura della riparazione dovuta dallo Stato obbligato¹⁰⁸.

Ciò posto, il fondamento dell'obbligo di risarcimento del danno arrecato senza colpa può tuttavia venire apprezzato in modo diverso. Potrebbe anzitutto ritenersi che l'atto dannoso costituisca pur sempre un atto illecito, ma che vi fosse una li-

dello Stato, cit., p. 231; SPERDUTI, *Sulla colpa*, cit., p. 102 ss.; SERENI, *Diritto internazionale*, cit., III, p. 1521, nota 1; DAHM, *Völkerrecht*, cit., III, p. 272. In senso contrario, AGO, *La colpa*, cit., p. 201, nota 1, per il quale «l'art. 3 non ha certamente inteso stabilire una responsabilità dello Stato anche per infrazioni delle leggi di guerra che siano state commesse da un appartenente alle sue forze armate per caso fortuito o per forza maggiore». Per altre considerazioni sulla norma cfr. FREEMAN, *Responsibility of States*, cit., p. 332 ss. Secondo il QUADRI, *Cours général de droit international public*, in *Recueil des cours*, 1964, III, p. 464, la situazione che risulta dalle disposizioni dei Trattati di pace che hanno concluso la seconda guerra mondiale potrebbe dimostrare che la norma manca ormai di effettività.

¹⁰⁶ Si vedano, sul punto, BALLADORE PALLIERI, *Gli effetti dell'atto illecito*, cit., p. 64 ss.; Kelsen, *Unrecht und Unrechtsfolge*, cit., p. 481 ss.; REITZER, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international*, Paris 1938, p. 19 ss.; DAHM, *Völkerrecht*, cit., III, p. 232 ss.; SERENI, *Diritto internazionale*, cit., III, p. 1544 ss.; MORELLI, *Nozioni*, cit., p. 355 ss.; GARCIA AMADOR, *Principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad*, Madrid 1963, p. 427 ss.; VERDROSS, *Völkerrecht*, cit., p. 398 ss.; WENGLER, *Völkerrecht*, cit., I, p. 499 ss.

¹⁰⁷ Cfr., ad es., il caso dell'incidente di *Dogger Bank*, in cui il diritto della Gran Bretagna ad ottenere la soddisfazione fu negato (*supra*, note 80-86); BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 247; WENGLER, *Völkerrecht*, cit., I, p. 494. Secondo quest'ultimo autore, peraltro (come già in un primo tempo il BALLADORE PALLIERI, *Gli effetti dell'atto illecito*, cit., p. 82 s.), la colpa costituirebbe in questo caso un elemento esterno alla fattispecie dell'illecito, come presupposto di alcune speciali conseguenze, contrariamente a quanto accadrebbe nel caso di atti compiuti da privati (p. 495 ss.).

¹⁰⁸ Cfr. per tutti AGO, *La colpa*, cit., p. 206.

mitazione della responsabilità ad alcune soltanto delle sue forme. In tal caso si dovrebbe evidentemente concludere che la colpa non è elemento indispensabile per la sussistenza di un illecito internazionale. Si potrebbe, invece, pensare che manca un atto illecito, ma che sussiste egualmente la responsabilità, in alcune delle sue forme; si avrebbe così un fenomeno assimilabile alla vera e propria responsabilità per fatto lecito. Si potrebbe, infine, sostenere che non si è nemmeno di fronte ad un vero e proprio rapporto di responsabilità, ma soltanto ad un rapporto giuridico modellato su quello, ossia all'esistenza di un obbligo di garanzia cui uno Stato è tenuto verso un altro.

Per quanto riguarda la prima ipotesi, si può osservare che, data l'inscindibilità dell'elemento riparatorio e di quello satisfattorio nei lineamenti della responsabilità internazionale quale risulta atteggiata in base alla prassi, e data l'assoluta mancanza del profilo afflittivo nei casi considerati, essa appare poco attendibile. Fatto illecito può essere considerato soltanto quel comportamento contrario ad un obbligo cui possano venire, in astratto, ricollegate una qualsiasi o più delle conseguenze in cui la responsabilità si concreta, e non una sola di esse¹⁰⁹, e la colpa se ne deve considerare elemento costitutivo. Altrimenti dovrebbe ritenersi che conseguenze giuridiche diverse siano ricollegabili ad una stessa fattispecie, in relazione alla presenza di un elemento che non ne fa parte.

Si deve dunque parlare di responsabilità indipendentemente da una vera e propria illiceità del fatto? È stato di recente sostenuto che la nozione di responsabilità è indissolubilmente legata a quella di illiceità già sul piano della teoria generale del diritto, e che pertanto, ove la condotta non sia illecita, non è possibile parlare di responsabilità, ma soltanto di garanzia¹¹⁰. Ora, non sembra che tale conclusione sia necessaria dal punto di vista teorico, sia per ragioni attinenti allo sviluppo storico dell'istituto¹¹¹, sia perché essa è forse troppo influenzata da un parallelismo tra responsabilità giuridica e responsabilità morale, e da un'esclusiva considerazione della responsabilità penale. Essa appare però soddisfacente nell'ambito

¹⁰⁹ Si prescinde qui dalla questione se il diritto di infliggere una sanzione sorga in capo allo stato leso in seguito al compimento dell'atto illecito, oppure solo dopo che sia stato violato l'obbligo di riparazione, come sembra si debba ritenere (in questo senso cfr. REITZER, *La réparation*, cit., p. 25 ss.; AGO, *Le délit*, cit., p. 530; VERDROSS, *Völkerrecht*, cit., p. 426; QUADRI, *Diritto int. pubblico*, cit., p. 225); e da quella se esistono almeno alcune violazioni del diritto internazionale in seguito alle quali uno stato può essere immediatamente sottoposto a sanzioni (cfr. TUNKIN, *Alcuni nuovi aspetti della responsabilità dello stato nel diritto internazionale*, in *Comunicazioni e studi*, XI (1963), p. 3 ss.; ID., *Droit international public. Problèmes théoriques*, Paris 1965, p. 193 ss.).

Infatti, in caso di responsabilità per colpa la soggezione alla sanzione esisterebbe, almeno in forma virtuale, sin dal momento del compimento dell'illecito (cfr. WENGLER, *Völkerrecht*, cit., I, p. 515 s.).

¹¹⁰ In questo senso, QUADRI, *Cours général de droit international public*, cit., pp. 461-463. Cfr. anche BIN CHENG, *General Principles*, cit., pp. 210-211, 231.

¹¹¹ Sullo sviluppo del diritto romano dal sistema della causalità pura adottato dalla *Lex Aquilia* al principio della colpa accettato dal diritto giustiniano, e sull'evoluzione successiva, v. PACCHIONI, *Dei delitti e quasi-delitti*, cit., pp. 3-43.

del diritto internazionale, ove la responsabilità, come si è detto, ha per connotato essenziale il profilo afflittivo, la riprovazione della condotta, proprio a causa dell'inscindibilità dell'elemento riparatorio e di quello satisfattorio, che le è propria. Non sembra infatti che l'ordinamento internazionale preveda, se non forse in ipotesi del tutto marginali, delle specie di illecito cui si ricollegli soltanto un obbligo di risarcimento, oppure soltanto la facoltà di infliggere una sanzione¹¹². Gli speciali obblighi esaminati possono dunque definirsi più esattamente come obblighi di garanzia, consistenti nell'obbligo di tenere indenni gli altri Stati dai danni derivanti dal funzionamento della propria organizzazione, nelle circostanze considerate.

10. *Obblighi di risarcimento conseguenti ad attività lecite*

L'indagine svolta ha ribadito così l'esigenza normale della colpa perché venga in essere un illecito internazionale vero e proprio; ha poi cercato di chiarire come tale elemento si atteggi in certe ipotesi di illecito omissivo, nelle quali essa costituisce la violazione di un obbligo generico di diligenza e viene in certo modo «obiettivata»; ha, infine, individuato alcune ipotesi in cui l'obbligo di riparare il danno viene posto a carico dell'agente a titolo puramente obiettivo. Si è chiarito come in quest'ultimo caso appaia più esatto parlare non di vera e propria responsabilità, ma di obbligo di garantire gli altri Stati dei danni derivanti dall'attività dell'organizzazione statale, basato in sostanza nell'assunzione del rischio ad essa inerente. È opportuno distinguere ora tale fenomeno da altri casi, in cui egualmente un obbligo di risarcimento viene posto a carico di uno Stato indipendentemente dal compimento di un fatto illecito.

In alcune rare ipotesi può essere previsto un obbligo di risarcire i danni derivanti da atti leciti. Si pensi alla norma contenuta nell'art. 22 della Convenzione di Ginevra sull'alto mare del 29 aprile 1958¹¹³. In base ad essa, le navi da guerra di uno Stato contraente possono procedere ad ispezioni e controlli a bordo di navi mercantili straniere, in deroga al normale regime giuridico dell'alto mare, ove vi siano seri motivi di ritenere che tali navi siano dedite alla pirateria o alla tratta degli schiavi, oppure che, pur inalberando una bandiera straniera o rifiutando di is-sarla, abbiano in realtà la stessa nazionalità della nave da guerra; ma, ove i sospetti non risultino fondati e la nave sospetta non abbia commesso nessun atto tale da giustificarli, è dovuta dallo Stato cui la nave da guerra appartiene una indennità per i danni eventualmente causati. Qui si tratta di un'attività lecita, che non

¹¹² Su ciò vedansi le osservazioni dell'ANZILOTTI, *Corso*, cit., p. 425, dell'AGO, *Le délit*, cit., pp. 524-531, e dello SPERDUTI, *Introduzione allo studio delle funzioni della necessità nel diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 1943, pp. 31-37.

¹¹³ In vigore, alla data del 31 dicembre 1965, tra 33 Stati, tra i quali figura l'Italia; la convenzione è entrata in vigore il 30 settembre 1962.

perde tale suo carattere per il solo fatto che i sospetti risultino infondati, e di un obbligo di indennizzo che ha la sua ragion d'essere nel puro e semplice atto dannoso compiuto, al di fuori di qualsiasi violazione di un dovere giuridico internazionale¹¹⁴.

Un principio analogo sembra affiorare anche dalla pratica internazionale relativa ai danni arrecati a Stati o cittadini stranieri nell'esercizio di attività particolarmente pericolose, quali gli esperimenti nucleari. Il fatto che persone o cose siano state danneggiate pur trovandosi al di fuori delle zone di sicurezza che vengono istituite in simili casi¹¹⁵ sembra essere stato ritenuto sufficiente per far sorgere l'obbligo di risarcire il danno. A seguito degli esperimenti effettuati nel marzo del 1954 dagli Stati Uniti negli atolli di Eniwetok e di Bikini, appartenenti all'arcipelago delle isole Marshall, nell'Oceano Pacifico, alcuni membri dell'equipaggio del peschereccio giapponese *Diago Fukuryu Maru* rimasero contaminati dalle radiazioni, benché si trovassero al di fuori della zona di avvertimento e di pericolo, e tutta l'attività di pesca venne gravemente ostacolata¹¹⁶. Il 4 gennaio 1955 venne concluso tra Stati Uniti e Giappone un accordo con il quale i primi si impegnavano a versare al secondo, a titolo di indennità, la somma di 2 milioni di dollari, pur considerandola una concessione graziosa e facendo salvo il proprio punto di vista relativo all'inesistenza di responsabilità¹¹⁷.

In questo caso, tuttavia, ancor più che in quello di San Marino, precedentemente esaminato, è evidente che la preoccupazione degli Stati Uniti era unicamente quella di affermare la piena liceità internazionale degli esperimenti nucleari di fronte alle proteste e alle riserve di molti altri Stati. Soltanto per tale ragione si tenne ad evitare nel modo più assoluto qualsiasi dichiarazione che potesse suonare come sia pure parziale ammissione dell'illiceità di tali esperimenti¹¹⁸. Ma ciò non esclude affatto che il risarcimento dei danni causati da questi ultimi sia considerato giuridicamente obbligatorio: in tal senso depone anzi la prassi successiva tanto degli Stati Uniti, quanto della Gran Bretagna, che si sono sempre dichiarati pronti

¹¹⁴ Cfr., in tal senso, il SÖRENSEN, *Principes de droit international public*, in *Recueil des cours*, 1960, III, p. 5 ss., a p. 221. Si vedano anche i commenti della Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1956, II, p. 284. Secondo il Quadri, invece, la norma prevede un caso di illecito (*Cours général*, cit., p. 464). Il WENGLER (*Völkerrecht*, cit., II, p. 1074) sembra poi ritenere che la norma in questione sia la semplice traduzione in un testo convenzionale di un principio consuetudinario, ma tale opinione lascia perplessi di fronte alla situazione risultante dalla prassi.

¹¹⁵ Su tali zone, cfr. LEANZA, *Fenomeni di contiguità aerea nel diritto internazionale*, Napoli 1961, p. 10 ss.

¹¹⁶ Per un particolareggiato resoconto degli avvenimenti cfr. WHITEMAN, *Digest of International Law*, IV, Washington 1965, p. 553 ss.

¹¹⁷ Si tratta dell'*Exchange of notes constituting an agreement relating to the settlement of Japanese claims for personal and property damages resulting from nuclear tests in the Marshall Islands in 1954*, Tokyo, 4 January 1955, in *United Nations Treaty Series*, vol. 237, p. 197.

¹¹⁸ Si veda la nota 19 marzo 1956 del Dipartimento di Stato americano, in WHITEMAN, *Digest*, cit., p. 575 s.

a soddisfare le richieste di risarcimento che fossero loro pervenute¹¹⁹ e le hanno respinte soltanto là ove mancava la prova della esistenza di un danno, o del nesso di causalità tra il comportamento e l'evento dannoso¹²⁰.

Si tratta, certamente, di una prassi ancora in formazione, ma essa sembra esprimere il sicuro orientamento della coscienza dei componenti della società internazionale in proposito. Il principio che viene così espresso potrebbe estendersi al caso di danni causati ad altri Stati nell'esercizio di altre attività particolarmente pericolose, quali l'esercizio di impianti nucleari o le attività cosmiche, esprimendo in tal modo anche sul piano del diritto internazionale un orientamento largamente seguito negli ordinamenti interni e nei progetti di disciplina uniforme¹²¹.

L'obbligo di risarcimento ricollegato nei casi ora indicati al compimento di un atto lecito deve essere distinto da quello che viene in essere nelle circostanze precedentemente esaminate (interferenze di carattere materiale nell'esercizio di sovranità da parte di uno Stato), a proposito del quale si è parlato di obbligo di garanzia conseguente ad un atto incolpevole. La nota distintiva sta appunto nel carattere di liceità che è proprio, nel senso più pieno del termine, all'attività svolta nel primo gruppo di casi. In essi, infatti, non si ha comportamento contrario ad un obbligo stabilito da una norma giuridica internazionale. Nell'altra ipotesi, la condotta tenuta dallo Stato agente è invece contraria ad un obbligo, e concreta l'elemento materiale del fatto illecito: ma l'assenza del requisito soggettivo della colpevolezza impedisce che la fattispecie dell'illecito si completi e che si producano le conseguenze giuridiche che normalmente verrebbero a tale fatti-

¹¹⁹ Cfr. le dichiarazioni riportate in WHITEMAN, *Digest*, cit., pp. 566, 575 ss., 585 ss., 596 s. Si vedano anche MAC DOUGAL – SCHLEI, *The Hydrogen Bomb Tests in Perspective: Lawful Measures for Security*, in *Yale Law Journal*, 1955, p. 650 ss.; ODA, *The Hydrogen Bomb Tests and International Law*, in *Die Friedens-Warte*, 1955-56, vol. 53, pp. 126-135 e l'articolo *A Map Analysis of Japan's Fishery Problem*, in *Japanese Annual of International Law*, 1959, pp. 103, 107.

¹²⁰ Si vedano in proposito le note del 22 maggio 1957 del Ministero degli esteri giapponese e del 13 settembre 1957 dell'Ambasciata americana di Tokyo, in WHITEMAN, *Digest*, cit., p. 577.

¹²¹ Su quest'ultimo punto cfr. QUADRI, *Droit international cosmique*, in *Recueil des Cours*, 1959, III, p. 85 s.; ID., *Prolegomeni al diritto internazionale cosmico*, Milano 1959, p. 68 ss.; ID., *Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 477 s., ove anche ulteriori riferimenti bibliografici; da ultimo, l'illustre autore ritiene azzardata qualsiasi conclusione, allo stato attuale del diritto internazionale (*Cours général*, cit., pp. 468-470); VON MÜNCH, *Das völkerrechtliche Delikt*, cit., p. 165 ss. In senso diverso ARANGIO RUIZ (G.), *Responsabilità internazionale degli Stati per danni nucleari*, in *Riv. dir. int.*, 1959, pp. 561 ss., 566 ss., 572, il quale ammette l'esistenza di una responsabilità internazionale degli stati per danni provocati dagli usi pacifici dell'energia nucleare, ma sembra richiedere la colpa. Cfr. anche, dello stesso a., *Some International Legal Problems of the Civil Uses of Nuclear Energy*, in *Recueil des Cours*, 1962, III, p. 503 ss., a p. 525 ss. Come l'autore mette in luce, sarebbe anche possibile il sorgere di una responsabilità per omissione, in caso di inadeguatezza del controllo esercitato sugli impianti gestiti da privati. Cfr. anche RÜGGER, *Considérations sur la responsabilité internationale des Etats en cas d'incidents nucléaires*, in *Mélanges Séfériadès*, I, Athènes 1961, p. 321 ss.; BARILE, *Diritto internazionale ed energia nucleare*, in questa *Rivista*, 1966, p. 3 ss., a p. 16 ss.; FURET, *Expérimentation des armes nucléaires et droit international public*, Paris 1966, pp. 169-204; JENKS, *Liability for Ultra-hazardous Activities in International Law*, in *Recueil des Cours*, 1966, I, pp. 105-198.

specie ricollegate. Sola conseguenza è il sorgere dell'obbligo di risarcimento. È chiaro che, ove l'elemento psichico vi sia, si produrranno tutte le conseguenze del fatto illecito, pur rimanendo identica la condotta tenuta, considerata nel suo aspetto materiale.

Un obbligo di indennizzo può sorgere infine, come rivela la pratica internazionale, in caso di atto dannoso compiuto in istato di necessità¹²². Tale obbligo, che si ricorda qui unicamente per distinguerlo da quelli ricordati in precedenza, non riguarda però tutti i danni arrecati con atti necessitati, ma soltanto quelli subiti in tali condizioni nel caso che una norma internazionale generale riconosca agli Stati la facoltà di disporre della proprietà privata straniera¹²³. In tal caso l'atto di disposizione è lecito, purché sia accompagnato o seguito dal relativo indennizzo. Quest'ultimo viene pertanto ad assumere la fisionomia di condizione di liceità dell'atto, e non già di conseguenza del compimento dell'atto stesso, lecito o illecito che sia¹²⁴.

Si ricordi, ad esempio, l'obbligo di corrispondere il compenso che incombe agli Stati belligeranti che abbiano – lecitamente – disposto della proprietà privata neutrale che si trovasse sotto il loro controllo, nell'esercizio, a seconda dei casi, del diritto di requisizione per utilità pubblica o di quello c.d. di angaria¹²⁵;

¹²² In tal senso, ad es., DAHM, *Völkerrecht*, cit., II, p. 90 ss.; III, p. 273; BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 349; SERENI, *Diritto internazionale*, cit., III, p. 1531; VERDROSS, *Völkerrecht*, cit., p. 413 s.; WENGLER, *Völkerrecht*, cit., I, pp. 387 s., 491. In senso contrario, in via generale, ANZILOTTI, *Corso*, cit., p. 419.

È noto, però, che la stessa ammissibilità dello stato di necessità come causa di esclusione dell'illiceità o della responsabilità è assai controversa. In senso negativo si esprimono, tra gli altri, i seguenti autori: BORSI, *Ragione di guerra e stato di necessità nel diritto internazionale*, in questa *Rivista*, 1916, p. 157 ss.; DE VISSCHER, *Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité*, in *Revue générale de droit international public*, 1917, p. 74 ss.; CAVAGLIERI, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1917-18, p. 89 ss.; FEDOZZI, *Introduzione al diritto internazionale, Parte generale*³, Padova 1938, p. 543 ss.; LEANZA, *Fenomeni di contiguità aerea nel diritto internazionale*, cit., p. 156 ss. Favorevoli sono invece RAPISARDI MIRABELLI, *In tema di stato di necessità nel diritto internazionale*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1919, p. 171 ss.; STRUPP, *Das völkerrechtliche Delikt*, cit., p. 120 s.; ANZILOTTI, *Corso*, cit., I, p. 414 ss.; VITTA, *La necessità nel diritto internazionale*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1936, p. 19 ss.; AGO, *Le délit*, cit., pp. 540-545; SPERDUTI, *Influenza della necessità sui rapporti fra i belligeranti e i neutrali*, Roma, s.d., p. 11 s.; ID., *Introduzione allo studio*, cit., p. 19 ss. Secondo quest'ultimo autore, tuttavia, l'atto necessitato non potrebbe considerarsi atto lecito, ma soltanto atto illecito cui non si ricollegano le abituali conseguenze.

¹²³ Così ad esempio la pratica internazionale nega l'esistenza di obblighi di risarcimento per danni compiuti per necessità di guerra, ove l'azione compiuta dalle forze armate non abbia esorbitato da quanto richiesto dalle operazioni militari: cfr. i già citati casi *Luzon Sugar Refining Comp.*, *Hardman e Iloilo* (*supra*, nota 43): mentre l'obbligo è riconosciuto ove sia presente l'elemento della disposizione della proprietà (*infra*, nota 123).

¹²⁴ Cfr. già ANZILOTTI, *Note*, in questa *Rivista*, 1916, p. 287 ss., e 1921-22, p. 176 ss. (alla sentenza della Corte permanente di arbitrato citata alla nota 124); e BALLADORE PALLIERI, *Gli effetti dell'atto illecito*, cit., pp. 78-81.

¹²⁵ La bibliografia sull'argomento è assai vasta. Si vedano soprattutto HARLEY, *The Law of Angary*, in *American Journal of Int. Law*, 1919, p. 267 ss.; ROLIN, *Le droit d'angarie*, in *Revue de droit*

o l'obbligo di indennizzare i proprietari dei beni che vengano espropriati o nazionalizzati nel territorio di uno Stato, l'inadempimento del quale permette di configurare l'atto di nazionalizzazione come atto di confisca, con tutte le conseguenze che al compimento di un atto siffatto le norme internazionali consentono di ricollegare¹²⁶.

int. et législation comparée, 1920, p. 19 ss.; SPERDUTI, *Influenza della necessità*, cit., pp. 18-25; AGO, *Diritto internazionale della neutralità*, Milano, s.d. (ma 1940), pp. 47-51; BALLADORE PALLIERI, *Diritto bellico*, cit., p. 383 ss., 386; QUADRI, *Diritto int. pubblico*, cit., p. 285; O'CONNELL, *International Law*, cit., II, pp. 848-851. Per la prassi, cfr. la sentenza della Corte permanente di arbitrato del 13 ottobre 1922 nel caso dei *Proprietari di navi norvegesi*, in UNITED NATIONS, *Reports*, cit., I, p. 307 ss.; i casi *Zeelandia* e *Royal Holland Lloyds* nella giurisprudenza statunitense (in *American Journal of Int. Law*, 1932, p. 399 ss.), e in quella francese Appel Aix, 10 luglio 1946, *Min. Marine c. Comp. Franco-Tunisienne d'Armement*, in *Annual Digest of Public International Law Cases, Year 1946*, London 1951, p. 238 s. Cfr. anche gli articoli 43 e 53 della Dichiarazione di Londra del 26 febbraio 1909 sulle leggi della guerra navale, in DEÁK and JESSUP, *A Collection of Neutrality Laws, Regulations and Treaties of Various Countries*, II, Washington 1939, p. 1380 ss.

Non sempre, tuttavia, l'atto di disposizione della proprietà privata neutrale importa l'obbligo di indennizzo: si vedano ad es. i casi *Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Comp. Ltd.* e *Cuba Submarine Telegraph Comp. Ltd.*, decisi il 9 novembre 1923 dal Tribunale arbitrale anglo-americano di cui *supra*, nota 88 (in UNITED NATIONS, *Reports*, cit., VI, pp. 112 e 118), in cui l'indennizzo per il taglio di cavi sottomarini di proprietà neutrale fu negato.

¹²⁶ Anche i contributi su questo disputatissimo tema sono assai abbondanti, specie nella dottrina straniera. A titolo puramente indicativo si ricordano, nella prassi, la decisione della Corte permanente d'arbitrato del 4 settembre 1920 nel caso delle *Proprietà religiose* (Francia, Regno Unito e Spagna c. Portogallo), in UNITED NATIONS, *Reports*, cit., I, pp. 9-57, e le osservazioni dell'arbitro Huber nel caso dei *Reclami britannici*, già citato (ivi, II, p. 647); in dottrina, BINDSCHEDLER, *La protection de la propriété privée en droit international public*, in *Recueil des cours*, 1956, II, p. 179 ss.; FOIGHÉL, *Nationalization*, Copenhagen 1957, p. 75 ss.; SERENI, *Diritto internazionale*, cit., II, p. 729 s.; O'CONNELL, *International Law*, cit., II, pp. 836-867 (ove sono però trattati anche altri problemi connessi); BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Oxford 1966, pp. 431-442, ove viene ricordata anche la Dichiarazione del 14 dicembre 1962 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite sulla sovranità permanente sulle risorse naturali; FANARA, *Gestione di affari e arricchimento senza causa nel diritto internazionale*, Milano 1966, pp. 205-274, anche per ulteriori riferimenti; BISHOP, *General Course*, cit., pp. 403-414.

La Corte europea dei diritti dell'uomo e la riparazione delle violazioni della Convenzione *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'art. 50 Conv. e la sua genesi. – 3. I precedenti storici dell'art. 50 e le norme internazionali sulla riparazione. – 4. I poteri della Corte europea in materia di riparazione. – 5. *Segue*. Portata dell'art. 50 Conv. – 6. L'impossibilità di eliminare le conseguenze della violazione in base al diritto interno e l'esaurimento dei ricorsi interni. – 7. L'art. 50 nella prassi della Corte. – 8. Profili della riparazione in sede di adattamento interno alla Convenzione.

1. Premessa

L'art. 50 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo è la sola norma della Convenzione che espressamente tratti dei poteri che alla Corte sono conferiti in ordine al contenuto della sua decisione. Tuttavia, la previsione della norma è quanto mai parziale ed incompleta: essa si riferisce soltanto ad una delle ipotesi – e certo neppure la più frequente – che si possono verificare quando la Corte constata la violazione delle disposizioni convenzionali da parte di uno Stato contraente. La norma considera infatti soltanto il caso che la violazione dipenda da una decisione o da una misura di un organo statale, giurisdizionale o non, e che il diritto interno dello Stato cui tale organo appartiene non permetta che in modo incompleto di eliminare le conseguenze della decisione o della misura di cui si tratta. In tale ipotesi, a norma dell'art. 50 la Corte accorda, quando ne sia il caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa¹.

* Pubblicato in *Studi in onore di Manlio Udina*, vol. I, Milano, 1975, pp. 422-445.

¹ I testi francese ed inglese dell'art. 50 sono i seguenti:

«Si la décision de la Cour déclare qu'une décision prise ou une mesure ordonnée par une autorité judiciaire ou toute autre autorité d'une Partie Contractante se trouve entièrement ou partiellement en opposition avec des obligations découlant de la présente Convention, et si le droit interne de ladite Partie ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de cette décision ou de cette mesure, la décision de la Cour accorde, s'il y a lieu, à la partie lésée une satisfaction équitable».

«If the Court finds that a decision or measure taken by a legal authority or any other authority of a High Contracting Party is completely or partially in conflict with the obligations arising from the present Convention, and if the internal law of said Party allows only partial reparation to be made for the consequences of this decision or measure, the decision of the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party».

Rimangono così in ombra numerosi altri problemi, che la presenza dell'art. 50, lungi dal risolvere, tende semmai a complicare. Innanzitutto, è discutibile se la Corte europea sia, nei confronti delle norme generali di diritto internazionale in materia di responsabilità – ed in particolare di quelle in materia di riparazione –, nella stessa posizione di qualsiasi altro giudice internazionale, oppure se su tale posizione l'art. 50 in qualche modo incida. Inoltre, ed in relazione a quanto ora osservato, ci si deve chiedere di quali poteri la Corte sia esattamente fornita nell'ambito del sistema convenzionale. In rapporto a tutto ciò, va poi chiarita l'esatta portata della norma dell'art. 50, e vanno precisati i requisiti che essa richiede per la sua applicazione concreta.

Ad onta della sua apparente semplicità, la norma dell'art. 50 implica dunque la soluzione di tutta una serie di problemi, senza la quale il significato della norma stessa non può essere compiutamente colto. Ed a tal fine, è essenziale anzitutto un rapido esame della sua origine storica, nel quadro più ampio dei principi internazionali in tema di responsabilità, ed in particolare di riparazione, e dei poteri degli organi arbitrali e giurisdizionali in proposito.

2. *L'art. 50 Conv. e la sua genesi*

Dagli scarsi elementi disponibili in ordine ai lavori preparatori della Convenzione europea dei diritti dell'uomo risulta che l'art. 50 fu introdotto nel progetto della convenzione in quanto considerato come una riaffermazione di un principio di diritto internazionale vigente². In particolare, la norma venne a prendere il posto di precedenti articoli, contenuti nella Risoluzione dell'Assemblea consultiva del Consiglio d'Europa e nei relativi progetti (in particolare, nel progetto del rapporto Teitgen). Questi articoli descrivevano in modo più esteso ed esauriente di quanto non faccia il testo definitivo, sia la competenza della Corte, sia i suoi poteri in sede di decisione. Da un lato, infatti, si indicava la competenza della Corte, a conoscere di violazioni della Convenzione derivanti da atti legislativi, amministrativi o giurisdizionali; dall'altro, si precisava che la Corte stessa avrebbe potuto ordinare allo Stato responsabile certe misure relative alla decisione incriminata³, la riparazione del danno e l'adozione di misure penali, amministrative o civili contro i colpevoli.

I due testi, come si vede, non coincidono perfettamente, ma il significato della norma risulta comunque chiaro alla luce di quanto verrà osservato qui di seguito nel testo.

²Qualche dato in proposito si può trovare in COMITE D'EXPERTS DES DROITS DE L'HOMME, *Rapport au Comité des Ministres*, 16 Mars 1950, Doc. CM/WP 1(50) 15, spec. p. 33, e *Annexe au Rapport*, Doc. CM/WP 1(50) 15 Ann.; e in CONFERENCE DES HAUTS FONCTIONNAIRES, *Rapport au Comité des Ministres*, 19 Juin 1950, Doc. CM/WP 4(50) 19 e *Annexe*. Cfr. anche WEIL, *The European Convention on Human Rights, Background, Development and Prospects*, Leyden, 1963, p. 162.

³E precisamente, di «annuler, suspendre ou d'amender la décision incriminée». Cfr. l'art. 24 del primo progetto del settembre 1949 (in Doc. H(61) 4, p. 98).

L'eliminazione di tali articoli nel corso dell'iter formativo del progetto di convenzione non trova spiegazione sulla base dei lavori preparatori, se non in misura estremamente ridotta⁴. Sembra, comunque, che i redattori abbiano scelto la via consistente nel regolare espressamente soltanto la composizione, il funzionamento e la competenza della Corte, eliminando dal testo tutte le disposizioni non strettamente necessarie a tal fine, e limitandosi ad inserirvi poche essenziali norme relative agli effetti delle decisioni della Corte, in parte sulla falsariga di quelle contenute nello Statuto della Corte internazionale di giustizia. Sta di fatto che in sede di emendamenti alla sopra citata risoluzione dell'Assemblea venne presentata, fra l'altro, la proposta di inserire un testo praticamente equivalente, salvo lievi modifiche successive, a quello dell'attuale art. 50⁵. Tale testo venne in effetti inserito nel progetto e vi rimase sino alla sua definitiva adozione, ad eccezione di ogni altro riguardante i poteri della Corte.

Come si vedrà, l'affermazione che il contenuto dell'art. 50 corrisponda al modo di essere del diritto internazionale vigente non può essere considerata esatta, se presa alla lettera: è certo, perlomeno, che esso non risponde al contenuto del diritto internazionale *generale*⁶. È peraltro sicuro che la norma non è stata elaborata in via autonoma dai redattori della Convenzione, ma da essi ricalcata su esempi simili rintracciabili in numerosi accordi, anche non recenti. E ciò, mentre può spiegare il vero significato da attribuire all'affermazione che l'art. 50 riflette lo stato del diritto internazionale, aiuta forse a render più comprensibile l'assenza di ogni altra norma sui poteri della Corte in sede di decisione: nel senso che i redattori, apparentemente, non intesero affatto delineare una speciale disciplina di tali poteri, ma vollero semplicemente limitarsi a porre la Corte stessa in una situazione equiparabile a quella di ogni altro tribunale internazionale.

La norma dell'art. 50 non può dunque essere intesa nel suo esatto significato se non la si inquadra con precisione nell'ambito delle regole internazionali relative alla riparazione dell'illecito, ed ai poteri che spettano in materia agli arbitri ed ai giudici internazionali.

⁴In particolare, si tenne ad eliminare la menzione di ogni potere della Corte in relazione alla decisione interna che violasse la Convenzione per il desiderio di non vedere neppure in apparenza incrinato il principio che la Corte non è in grado di incidere direttamente sulla validità della decisione stessa. Cfr. il rapporto all'art. 36 del progetto da parte del Comitato di esperti al Comitato dei ministri (Doc. CM/WP 1(50), 15, già citato).

⁵La proposta relativa fu dell'esperto italiano: cfr. Doc. H(61) 4, p. 382 s.

⁶Cfr. anche VIS, *La réparation des violations de la Convention européenne des droits de l'homme (Note sur l'article 50 de la Convention)*, in «La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen, Travaux du Colloque organisé par la Faculté de droit et de Sciences politiques et économiques de Strasbourg, 14-15 Novembre 1960», Paris, 1961, pp. 279 ss., 282, e *infra*, par. 3.

3. I precedenti storici dell'art. 50 e le norme internazionali sulla riparazione

Il principio fondamentale del diritto internazionale comune in materia di conseguenze del fatto illecito, corrispondente del resto ad una regola generale accolta da tutti gli ordinamenti giuridici interni, è che qualsiasi violazione di un obbligo internazionale crea in capo allo Stato che l'ha commessa il dovere di prestare una riparazione in forma adeguata⁷. Nelle parole usate dalla Corte permanente di giustizia internazionale in una famosa sentenza, «le principe essentiel qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait été commis»⁸. In altri termini, il generale dovere di riparazione si specifica, in ogni caso concreto, come dovere di restituzione, di soddisfazione o di risarcimento, a seconda delle caratteristiche del caso stesso. Rimane però fermo che, in linea di principio, incombe al responsabile l'obbligo di restituzione, ossia l'obbligo di ripristinare nei limiti del possibile la situazione preesistente al compimento dell'illecito. Si tratta di un obbligo discendente già come tale dal diritto internazionale comune, e non rimesso da questo al contenuto di un eventuale accordo fra gli Stati parti del rapporto giuridico in cui la responsabilità consiste⁹, né a quello di un'eventuale sentenza¹⁰.

Nell'ipotesi che l'illecito internazionale consista nell'emanazione o nell'applicazione¹¹ di un provvedimento interno da parte di uno Stato, sia esso di natura legislativa, amministrativa o giurisdizionale, l'applicazione rigorosa del principio suddetto può dar luogo a difficoltà. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi che la violazione dell'obbligo internazionale derivi dall'emanazione di un atto giurisdizionale sottratto, secondo il diritto interno, ad ogni mezzo di impugnazione ordinario e pertanto passato in cosa giudicata: se l'applicazione del principio in materia di responsabilità importa l'obbligo dello Stato di ripristinare la situazione che si sarebbe avuta senza l'intervento dell'atto illecito, la sentenza interna dovrebbe coerentemente venire annullata o quantomeno disapplicata, ma l'esecuzione concreta di tale obbligo contrasta con i principi del diritto interno in materia di efficacia della cosa giudicata¹².

⁷ Si veda la notissima sentenza della Corte permanente di giustizia internazionale nel caso dell'Officina di Chorzow, in C.P.J.I., *Publications, Série A*, n. 9, p. 21; n. 17, pp. 27-29; e, in dottrina, ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*⁴, rist., Padova, 1955, p. 421 ss.; VERDROSS, *Völkerrecht*⁵, Wien, 1964, p. 400 ss.; JIMENEZ DE ARECHAGA, *International Responsibility*, in *Manual of Public International Law*, edited by Sørensen, London-New York, 1968, pp. 531 ss., 564 ss.

⁸ C.P.J.I., *Publ., Série A*, n. 17, p. 47.

⁹ Cfr. in proposito, in senso contrario, KELSEN, *Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht*, in «*Zeitschrift für öff. Recht*», 1932, p. 545 ss.

¹⁰ MORELLI, *La sentenza internazionale*, Padova, 1931, p. 291 ss.

¹¹ La seconda ipotesi è, come è ben noto, quella normale nel diritto internazionale comune per quanto concerne almeno i provvedimenti di natura legislativa.

¹² Si veda diffusamente, in proposito, URBANEK, *Die Unrechtsfolgen bei einem völkerrechtsver-*

Si tratta, peraltro, di semplici difficoltà di ordine pratico, che non appaiono, proprio in quanto tali, sufficienti a far concludere che in simili ipotesi i principi internazionali in materia di responsabilità debbano atteggiarsi diversamente, in dipendenza di motivi attinenti al modo di essere del diritto interno. Motivi di tal genere, del resto, sono sempre stati considerati del tutto irrilevanti in sede di giudizio circa la sussistenza dell'illecito internazionale, ed esiste su ciò una larga e concordante prassi¹³. L'analogia delle ragioni che vi stanno alla base induce quindi a considerare naturale e comprensibile che nessuna eccezione al normale principio dell'esistenza di un dovere di restituzione esista per diritto generale nel caso che l'illecito internazionale sia stato compiuto mediante l'emaneazione di una sentenza.

È stato bensì sostenuto che in tal caso lo Stato sarebbe tenuto soltanto al risarcimento del danno, o ad altre prestazioni comunque diverse dalla restituzione, salvo speciali previsioni contenute in accordi¹⁴. Ma esistono nella prassi esempi in senso contrario¹⁵, ai quali non si possono contrapporre elementi di qualche rilevanza sul piano dei contegni degli Stati: ed infatti tutto ciò che i fautori di quell'opinione invocano è, in sostanza, la santità del principio dell'intangibilità della cosa giudicata. A parte la critica che a ciò potrebbe essere rivolta già sul piano del diritto interno (si pensi all'esistenza dei mezzi di impugnazione esperibili nonostante il passaggio della sentenza in cosa giudicata, quali revisione, revocazione, opposizioni di terzo, e via dicendo), sembra decisiva la considerazione che si tratta di ragioni che non vengono tradotte in adeguati elementi rilevanti sul piano della pratica internazionale¹⁶.

Irrilevanti sul piano del diritto internazionale generale, gli ostacoli frapposti dal diritto interno all'esecuzione di quanto richiesto dalle norme internazionali

letzenden nationalen Urteil: seine Behandlung durch internationale Gerichte, in «Österreichische Zeitschrift für off. Recht», 1961, p. 70 ss.

¹³ Si veda per il principio e la sua giustificazione alla luce di una ricchissima prassi, AGO, *Troisième rapport sur la responsabilité internationale des Etats*, par. 86 ss., in «Riv. dir. int.», 1971, p. 309 ss., a p. 360 ss.

¹⁴ Così fra gli altri, con ampie argomentazioni, URBANEK, *Die Unrechtsfolgen* cit., p. 72 ss., ove anche ulteriori riferimenti.

¹⁵ In caso più celebre è forse il caso *Martini* (1930), in UNITED NATIONS, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 977 ss., a p. 1002, in cui il tribunale arbitrale annullò l'obbligo di pagare certe somme imposto dalla sentenza venezuelana. Per altre ipotesi non dissimili, in cui però non si trattava di obblighi stabiliti da sentenze, cfr. i casi *Compagnie generale des Asphaltes de France* (1903), in U.N., *Recueil des sentences arbitrales*, IX, p. 389 ss.; *Palmarejo and Mexican Gold Fields* (1931), U.N., *Recueil des sentences arbitrales*, V, p. 298 ss. In dottrina, oltre alle opere citate *supra*, nota 7, si vedano O'CONNELL, *International Law*², vol. 2, London, 1970, p. 1114 s.; BROWNLEE, *Principles of Public International Law*², Oxford, 1973, p. 446 ss.

¹⁶ Né, d'altra parte, si potrebbe parlare di un «principio generale di diritto» nel senso dell'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di Giustizia, posto che non si tratterebbe qui di principio applicabile sul piano delle relazioni sociali regolate dal diritto internazionale. Per una simile impostazione del problema relativo a tali principi, cfr. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*⁴, Napoli 1968 p. 122 ss.

sulla riparazione hanno tuttavia spiegato una certa influenza in sede di determinazione dei poteri degli organi arbitrali internazionali. La preoccupazione che una sentenza internazionale potesse imporre loro comportamenti incompatibili con il proprio diritto interno ha spesso fatto sì che gli Stati, in sede di conclusione di accordi di arbitrato e regolamento giudiziario, vi inserissero norme intese a circoscrivere il potere degli organi istituiti per la risoluzione delle controversie. In particolare, si è voluto in tal modo evitare che una sentenza emessa da tali organi prescrivesse ad uno Stato comportamenti contrastanti con il suo diritto interno, ed a quel fine si è prevista come unica forma di riparazione nel caso quella della soddisfazione. Norme del genere vengono così a concretare, nei rapporti fra gli Stati contraenti e nella forma di regole sui poteri dei tribunali internazionali, una vera e propria rinuncia di tali Stati a valersi di alcune delle forme di riparazione astrattamente previste come possibili dal diritto internazionale generale¹⁷.

La prassi convenzionale è ricca di esempi simili a partire dal periodo successivo alla prima guerra mondiale, in coincidenza con lo sviluppo avuto nell'epoca dallo schema del trattato di arbitrato e regolamento giudiziario. Particolarmente significative al riguardo appaiono la prassi italiana e quella tedesca, proseguite e riprese anche dopo la seconda guerra mondiale¹⁸. Sul piano multilaterale, gli esempi più noti e importanti sono costituiti dall'Atto generale di arbitrato del 1928, riveduto nel 1949¹⁹, e dalla Convenzione europea per il regolamento pacifico delle controversie, conclusa nel 1957²⁰.

Al di là di alcune differenze di secondaria importanza, lo schema delle norme di cui si tratta, contenute nei testi internazionali ora indicati, è uniforme. Esse prevedono infatti l'ipotesi che una decisione giudiziaria o di altra autorità di uno Stato contraente sia constatata contraria al diritto internazionale, e che difficoltà di ordine interno (specie costituzionale) impediscano di eliminarne interamente le

¹⁷ Così, chiaramente, VERDROSS, *Völkerrecht* cit., p. 400 ss.

¹⁸ Un'elencazione completa dei trattati in questione sarebbe qui evidentemente fuori luogo. Basti ricordare, fra i trattati conclusi dell'Italia, quello con la Svizzera (20 settembre 1924, art. 17), in S.d.N., *Recueil des traités*, XXXIII, p. 91 ss.; con la Spagna (7 agosto 1926, art. 10), S.d.N., *Recueil*, LXVII, p. 365 ss.; e fra gli ultimi, quello con il Brasile (24 novembre 1954, art. 18), in «United Nations Treaty Series», vol. 284, p. 325 ss.; e fra quelli conclusi dalla Germania, quello spesso citato fra Svizzera e Germania (3 dicembre 1921), in S.d.N., *Recueil*, XII, p. 272 ss., e quelli indicati dal GOLSONG, *Des Rechtsschutzsystem der europäischen Menschenrechtskonvention*², Karlsruhe, 1968, p. 106. Per la più recente prassi elvetica, si veda anche il Messaggio del 23 novembre 1965 del Consiglio federale relativo all'approvazione di alcuni trattati di conciliazione e arbitrato conclusi dalla Svizzera con un certo numero di Stati, fra cui la Gran Bretagna, in *Feuille Fédérale*, 1965, III, p. 129 ss.

¹⁹ Atto generale di arbitrato (regolamento pacifico delle controversie internazionali), Ginevra 26 settembre 1928 (art. 32), in S.d.N., *Recueil*, XCIII, p. 343 ss., riveduto il 28 aprile 1949, in U.N.T.S., vol. 71, p. 101 ss. Cfr. anche HABICHT, *Post-war treaties for the pacific settlement of international disputes*, Cambridge, 1931, p. 998 ss.

²⁰ Convenzione di Strasburgo del 29 aprile 1957, in U.N.T.S., vol. 320, p. 243 ss. (art. 30).

conseguenze (specificandosi, di solito, «per via amministrativa»)²¹. Per tali ipotesi, viene stabilito che l'organo internazionale accorderà un'equa soddisfazione allo Stato i cui diritti risultino lesi.

Nell'ambito dei sistemi convenzionali posti in essere con simili accordi, viene dunque creata una speciale norma pattizia sulla riparazione, che in dipendenza di uno speciale modo di essere del diritto interno di una delle parti sostituisce l'equa soddisfazione alle normali conseguenze dell'illecito. In connessione con la norma strumentale che crea la competenza dell'organo arbitrale, viene conformemente atteggiato il potere di quest'ultimo, che comprende la possibilità di emanare una sentenza che non tenga conto delle regole generali sulla riparazione. Per ogni altro aspetto, invece, le norme convenzionali del tipo esaminato si inquadrano perfettamente nello schema tradizionale proprio delle norme internazionali comuni.

4. I poteri della Corte europea in materia di riparazione

L'art. 50 della Convenzione europea riproduce gli elementi essenziali delle norme menzionate. Esso non costituisce dunque una novità assoluta, né una creazione originale degli autori della Convenzione, i quali la mutuano dalle citate clausole, divenute ormai quasi di stile, dei trattati internazionali di arbitrato²². L'inserzione nell'ambito del sistema della Convenzione di una regola nata sul terreno del diritto internazionale classico le ha però impresso un particolare modo di essere, che merita di venire attentamente valutato.

L'appartenenza degli Stati contraenti al sistema creato dalla Convenzione non incide sull'applicabilità delle normali regole internazionali sulla riparazione. La Convenzione introduce sì un insieme di obblighi statali fortemente innovativi sul piano internazionale, specie in quanto implicano una tutela di interessi degli individui in quanto tali, e non in quanto cittadini di un determinato Stato. Ma a tale originalità non fa riscontro eguale carattere innovativo sul piano delle conseguenze delle eventuali violazioni. Rimangono qui pienamente applicabili i normali principi del diritto internazionale, del resto in larga parte coincidenti con i principi generali comuni agli ordinamenti interni degli Stati contraenti. Di tali principi la Corte europea, in quanto organo giurisdizionale cui è deferita la cognizione di controversie relative ad eventuali violazioni della Convenzione, ha pieno potere di

²¹ Non si pensa, cioè, tanto ad un provvedimento adottato a seguito di azione promossa dalla parte eventualmente interessata, ma ad un'azione svolta direttamente dallo Stato in vista dell'eliminazione delle conseguenze dell'illecito.

²² L'osservazione è del tutto comune: si vedano VIS, *La réparation* cit., p. 281 s.; GOLSONG, *Das Rechtsschutzsystem* cit., p. 106; *Quelques réflexions à propos du pouvoir de la Cour européenne des droits de l'homme d'accorder une satisfaction équitable*, in «Liber amicorum discipulorumque René Cassin, I, Problèmes de protection internationale des droits de l'homme», Paris, 1970, p. 89 ss. Cfr. anche le ampie osservazioni del delegato della Commissione Sørensen davanti alla Corte nel caso *De Wilde Ooms e Versyp* (Cour européenne des droits de l'homme, *Série B*, vol. 12, p. 47 ss.).

fare applicazione²³. La sentenza da lei emessa potrà quindi dichiarare in linea di principio l'esistenza di una violazione degli obblighi convenzionali da parte di uno Stato, ove ne sia il caso, e statuire sugli obblighi conseguenti che allo Stato stesso possano incombere.

Contro tale conclusione non può essere invocata l'assenza di disposizioni apposite nel testo della Convenzione²⁴. Si è già osservato come l'unica norma al riguardo sia costituita dall'art. 50. Ma alla luce di quanto esposto sin qui circa la portata e la ragion d'essere di norme analoghe in accordi internazionali precedenti, che ad essa hanno servito da modello, tale circostanza è priva di ogni significato in senso contrario alla conclusione sopra esposta. L'assenza di altre norme sui poteri della Corte europea potrebbe essere invocata a sostegno della conclusione opposta, soltanto se l'art. 50 confermasse una regola di diritto internazionale generale preesistente: sarebbe allora possibile argomentare *a contrario* nel senso dell'intenzione dei redattori di escludere l'applicabilità, nel sistema convenzionale, di *altre* regole egualmente facenti parte di tale diritto. Ma il fatto che esso invece costituisca una deroga al regime normale delle conseguenze dell'illecito, spiega in maniera del tutto piana la necessità di inserirlo ad esclusione di altre norme in materia nel testo della Convenzione.

Neppure potrebbe dirsi, d'altra parte, che la Corte può pronunciarsi sulle conseguenze dell'illecito soltanto in applicazione dell'art. 50, in quanto al di fuori dei casi previsti da tale articolo spetta agli Stati riconosciuti responsabili provvedere all'adozione delle misure richieste dalla sentenza della Corte, con esclusione di ogni potere di questa al riguardo. Indubbiamente, è nello spirito della Convenzione che siano gli stessi Stati membri a provvedere all'esecuzione delle sentenze della Corte adottando le misure più idonee a tal fine²⁵. Ma ciò

²³ In questo senso, si vedano le osservazioni del SØRENSEN, *op. loc. cit.* alla nota precedente.

È anche opportuno rilevare, in questa sede, che anche l'ordine di idee – autorevolmente sostenuto dal BALLADORE PALLIERI. *Il regolamento della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «Saggi sulle organizzazioni internazionali», Milano, 1961, p. 72 s. – per il quale la Corte non ha la funzione di risolvere controversie internazionali vere e proprie, ma piuttosto quella di garantire l'attuazione del diritto obiettivo, non impone di giungere necessariamente a conclusioni opposte a quelle formulate nel testo. Infatti, è pur sempre garanzia del diritto obiettivo quella che consiste nell'applicare le norme internazionali sulla riparazione; e d'altronde, per condurre a conclusioni diverse, occorrerebbe che la Convenzione avesse delineato espressamente uno speciale sistema, restrittivo rispetto a quanto risulta dal diritto comune, del quale invece non vi è traccia.

²⁴ Sembra inclinare a questa conclusione il ROBERTSON, *Human Rights in Europe*, Manchester, 1963, p. 104 ss., e in *La protection internationale des droits de l'homme cit.*, p. 369 s. Ma cfr. le considerazioni contrarie del GURADZE, *Die Europäische Menschenrechtskonvention. Kommentar*, Berlin-Frankfurt, 1968, pp. 247-48; ERLER, *Die Beschränkung der rechtsprechender Gewalt in der Bundesrepublik durch die Zuständigkeit internationaler Gerichte*, in «Göttingen Festschrift für den Oberlandesgericht Celle», Göttingen, 1961, pp. 27 ss., 53.

²⁵ Il che d'altra parte risponde ad una tendenza classica del diritto internazionale generale, che lascia agli Stati ampia discrezione di adottare al proprio interno le misure ritenute più opportune per l'adempimento degli obblighi internazionali, e di cui è notissima espressione la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni. In relazione alla Convenzione europea, si vedano JANSSEN-

potrà, al più, indurre la Corte a soprassedere alle pronunzie relative alla riparazione sino a che non sia precisato l'atteggiamento che lo Stato responsabile intende tenere in sede di applicazione del proprio diritto interno²⁶. Non appare plausibile, invece, ritenere che in vista di tali considerazioni la Convenzione escluda il potere della Corte di intervenire in proposito anche quando lo Stato trascuri di farlo. Tanto più che l'art. 32 della Convenzione specifica ben diversamente i poteri del Comitato dei Ministri: quest'organo può infatti prendere le decisioni opportune nel caso che lo Stato responsabile non abbia adottato nel periodo stabilito le misure che una prima decisione del Comitato comporta²⁷. Posto che la competenza del Comitato è dalla Convenzione considerata come vicaria nei confronti di quella della Corte, non appare comprensibile una riduzione dei poteri di questa entro limiti più ristretti di quelli segnati alle attribuzioni proprie del Comitato stesso²⁸.

Neppure si può argomentare, del resto, dalla prassi sino ad oggi seguita dalla Corte, che è nel senso della natura puramente dichiarativa delle sue decisioni anche là ove una violazione della Convenzione sia constatata²⁹. Ciò corrisponde ad una tendenza ben nota del diritto internazionale processuale, in cui la rarità delle decisioni assimilabili a quelle statali di condanna è un fatto in sé non contestabile³⁰: ma esso va spiegato in rapporto all'inesistenza di un apparato coercitivo ido-

PEVTSCHIN, VELU, VAN WELKENHUYZEN, *La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le fonctionnement des juridictions belges*, in «Chronique de politique étrangère», 1962, p. 199 ss., pp. 239-40.

²⁶ In sede di applicazione dell'art. 50, è in questo senso la prassi della Corte, poi tradotta in alcune modifiche del Regolamento: si vedano, di fronte alle contrarie osservazioni del Governo austriaco, le considerazioni della sentenza del 22 giugno 1972 nel caso *Ringeisen* (Cour européenne D.H., *Série A*, vol. 15, p. 7), e di quella del 7 maggio 1974 nel caso *Neumeister* (Cour eur. D.H., *Série A*, vol. 17, p. 14). Il Regolamento è stato modificato in data 8 novembre 1972 con l'introduzione degli articoli 47-bis e 50 par. 3, che prevedono le modalità di esercizio del diritto di chiedere l'equa soddisfazione di cui all'art. 50 dal punto di vista procedurale. Cfr. sul punto anche PANZERA, *Il potere della Corte europea dei diritti dell'uomo di accordare un'equa riparazione alla parte lesa*, in «Riv. diritto europeo», 1974, p. 317 ss., e in *Les clauses facultatives dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Bari, 1974, p. 255 ss.

²⁷ E cioè nel periodo di tre mesi a partire dalla trasmissione del rapporto della Commissione (art. 32 n. 1). I successivi paragrafi dello stesso articolo 32 prevedono il potere del Comitato di stabilire se vi sia stata o meno violazione, e di fissare il periodo entro il quale la Parte interessata deve prendere le misure necessarie. In difetto di adozione di tali misure, il Comitato «dà alla sua decisione iniziale ... il seguito che essa comporta».

²⁸ Sui poteri del Comitato dei ministri, cfr. MODINOS, *Les pouvoirs de décision, conférés au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe par l'article 32 de la Convention européenne des droits de l'homme*, in «Mélanges offerts à Henri Rolin, Problèmes de droit de gens», Paris, 1964, p. 196 ss.; CASSESE, *L'esercizio di funzioni giurisdizionali da parte del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa*, in «Riv. dir. int.», 1962, p. 398 ss.

²⁹ Si veda, ad esempio, la decisione della Corte del 23 luglio 1968, nel caso relativo a *Certi aspetti del regime linguistico dell'insegnamento in Belgio* (*Série A*, p. 19 ss.).

³⁰ Cfr., ad es., DE VISSCHER, *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice*, Paris, 1966, p. 54.

neo a consentire l'esecuzione forzata³¹, e non se ne possono dedurre conseguenze più generali in ordine ad una presunta limitazione ai poteri dell'organo. D'altra parte, poi, sono spesso le stesse peculiarità dei casi decisi dalla Corte europea a spiegare perché essa non abbia ritenuto di andare oltre alla semplice dichiarazione che certi comportamenti statali erano in contrasto con la Convenzione, anche alla luce del principio sopra menzionato per il quale la riparazione delle conseguenze dell'illecito è in primo luogo rimessa all'iniziativa stessa dello Stato responsabile.

In realtà, il vero limite ai poteri della Corte europea è quello, comunemente rilevato, dell'impossibilità che essa annulli o modifichi le norme o gli atti degli Stati membri che siano in contrasto con gli obblighi convenzionali. Dell'esistenza di tale limite, che esclude ogni possibilità della Corte di agire in qualità di organo di revisione o di impugnazione, non si può certamente dubitare³². Non è però giustificato dedurre senz'altro l'impossibilità che la Corte «condanni» lo Stato violatore ad annullare o modificare l'atto contrario alle norme convenzionali, mediante una statuizione che può anche limitarsi a «dichiarare» l'obbligo di tale Stato di agire in quel senso, obbligo discendente come tale dal diritto internazionale generale³³. Del resto, è lo stesso tenore dell'art. 53 della Convenzione a fornire uno spunto in questo senso. Stabilendo infatti, a differenza di quanto previsto dalle norme relative ai poteri di altri organi giurisdizionali internazionali (o c.d. sopranazionali)³⁴, che gli Stati membri sono tenuti a conformarsi alle decisioni della Corte, la norma implica evidentemente che la decisione possa contenere l'enunciazione di un obbligo incombente agli Stati di prendere certi provvedimenti, e non una mera dichiarazione che vi è stata o non vi è stata violazione degli obblighi convenzionali. Altrimenti, la dizione più appropriata dell'art. 53 sarebbe stata nel senso che gli Stati fossero obbligati ad adottare i provvedimenti idonei ad eliminare la violazione constatata dalla sentenza, e non già quella che si trova invece nel testo dell'articolo menzionato.

³¹ MORELLI, *La sentenza internazionale* cit., p. 289 ss.

³² Sul punto cfr., fra i tanti, GERBINO, *Considerazioni sugli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «Riv. diritto europeo», 1963, p. 14 ss.

³³ Per una esatta distinzione fra il potere della Corte di «dichiarare illegittima l'incarcerazione o l'espropriazione, dovuto un risarcimento o una riparazione» e quello di annullare atti interni, cfr. BALLADORE PALLIERI, *Il regolamento* cit., p. 72. In generale, cfr. anche GOLSONG, *Das Rechtssystem* cit., p. 104 ss.; *Implementation of International Protection of Human Rights*, in «Recueil des Cours», 1963-111, p. 7 ss., p. 133; HORVARTH, *The European Court of Human Rights*, in «Öst. Zeitschrift für öff. Recht», 1952-53, p. 166 ss.; GURADZE, *Die Europäische Menschenrechtskonvention* cit., p. 247; VEGLERIS, *Modes de redressement des violations de la Convention européenne des droits de l'homme*, in «Mélanges offerts à Polys Modinos», Paris, 1968, p. 369 ss.

³⁴ Cfr. ad es., l'art. 171 del Trattato istitutivo della C.E.E., che prevede soltanto che la Corte «riconosca che uno Stato ha mancato agli obblighi ad esso incombenti in virtù del Trattato» e che esso sia pertanto tenuto a prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza comporta; ed in generale sul punto, TIZZANO, *La Corte di giustizia delle Comunità europee*, I, Napoli, 1967, p. 220 ss., ed ivi ulteriori indicazioni bibliografiche.

5. Segue. *Portata dell'art. 50 Conv.*

Va dunque tenuto fermo che la Corte europea dei diritti dell'uomo può fare applicazione dei normali principi sulla riparazione al pari di qualsiasi altro tribunale internazionale, e che in tale prospettiva l'art. 50 costituisce un'eccezione al suo normale potere di dichiarare lo Stato che abbia violato la Convenzione obbligato alla rimessione in pristino, mediante, ad esempio, revoca del provvedimento contrario alla Convenzione stessa.

Prima di esaminare più da vicino i presupposti di tale eccezione, alcune altre considerazioni sono necessarie.

Al di fuori dei casi in cui la Corte ritenga di disporre la restituzione, rimangono pienamente applicabili le norme internazionali che prevedono diverse forme di riparazione a favore del soggetto passivo dell'illecito. Tali norme, però, si atteggiavano in modo particolare in vista dello speciale sistema di obblighi stabiliti dalla Convenzione. Nello schema tradizionale, infatti, la riparazione di un illecito internazionale commesso a danno di individui tende a riparare la violazione del diritto spettante allo Stato nazionale di quest'ultimo³⁵. Il danno da risarcire, ancorché praticamente commisurato a quello subito dal privato, è giuridicamente danno sopportato dallo Stato cui questi appartiene³⁶. Nel caso di illecito consistente in violazioni della Convenzione europea, se si è pur sempre di fronte a lesione di diritti degli altri Stati contraenti, questi vanno però intesi in modo del tutto particolare: si tratta del diritto a che il pieno rispetto dei diritti garantiti dal testo convenzionale sia assicurato a tutti coloro che sono soggetti alla «giurisdizione»³⁷ delle Parti contraenti della Convenzione. La lesione di tali diritti, pertanto, ove non sia riparabile, in tutto od in parte, con il ripristino della situazione che si sarebbe avuta senza la violazione stessa, va riparata mediante il risarcimento del danno, o almeno mediante una indennità, alla vittima della violazione. Tale risarcimento o tale indennità costituiscono dunque la riparazione dell'illecito compiuto dallo Stato responsabile nei confronti degli altri, e mentre l'obbligo di riparazione sussiste nei confronti di questi, il suo contenuto consiste nel risarcimento del danno subito dall'individuo, e la sua esecuzione avviene attraverso il versamento al soggetto leso della somma in cui risarcimento o indennizzo si concretano.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, il significato e la portata dell'art. 50 risultano facilmente spiegabili. La norma altro non fa che limitare la possibilità della *restitutio in integrum* a carico dello Stato che abbia violato un obbligo con-

³⁵ Sul punto, cfr. per tutti VERDROSS, *Völkerrecht* cit., p. 406 ss.

³⁶ Si veda la classica affermazione della Corte permanente di giustizia internazionale nella sentenza del 30 agosto 1924 nel caso delle *Concessioni Mavrommatis in Palestina* (*Publ., Série A*, n. 2, p. 12): «l'Etat fait ... valoir son droit propre».

³⁷ Nel senso dell'art. 1 della Convenzione, per cui «les Hautes Parties Contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention».

venzionale, in presenza di un dato modo di essere del suo diritto interno, determinando in tal caso la riparazione nella forma dell'equa soddisfazione. Quest'ultima, poi, va prestata a favore del soggetto leso (*partie lésée, injured party*)³⁸, in conformità al particolare contenuto degli obblighi convenzionali ed a quello del rapporto di responsabilità che sorge in caso di violazione degli stessi. Ma tutto ciò non è altro che la naturale conseguenza dell'inserimento nello speciale sistema posto in essere dalla Convenzione di una regola utilizzata abitualmente per disciplinare rapporti di altra natura. In altre parole, la portata dell'art. 50 è la seguente: nel caso che la violazione della Convenzione da parte di uno Stato consista in una decisione o in un provvedimento di un'autorità di tale Stato, le cui conseguenze non possono essere interamente eliminate per ragioni dipendenti dal diritto interno, il diritto alla riparazione spettante alle altre parti contraenti viene determinato nel diritto a che venga corrisposta da parte di tale Stato un'equa riparazione alla vittima della violazione. E ciò ad esclusione di ogni altra forma, come ad esempio la revoca, la modifica o l'annullamento dell'atto da cui la violazione è conseguita.

6. *L'impossibilità di eliminare le conseguenze della violazione in base al diritto interno e l'esaurimento dei ricorsi interni*

Presupposto fondamentale per l'applicabilità dell'art. 50, e cioè dell'eccezione da esso stabilita ai normali principi sulla riparazione, è che il diritto interno dello Stato, il cui atto costituisce violazione della Convenzione, non consenta l'integrale eliminazione delle conseguenze dell'atto stesso. Come è facilmente comprensibile alla luce dell'origine storica della norma, l'ipotesi principale tenuta presente dai redattori dei testi è quella della sentenza passata in giudicato, cui può assimilarsi quella di atti dell'esecutivo normalmente non revocabili. Meno facilmente immaginabile l'ipotesi di violazione consistente in atto di carattere legislativo, come tale normalmente suscettibile di essere abrogato da un successivo e contrario provvedimento di eguale natura.

Nella prassi applicativa sino ad ora sviluppatasi sull'art. 50, è stato ampiamente dibattuto il problema riguardante il modo di dare la prova della sopra menzionata impossibilità. In particolare, è stato largamente discusso se l'interessato debba esaurire, al proposito, i mezzi interni di ricorso³⁹, e soltanto ove tale esperi-

³⁸ Sul punto che per «*partie lésée*» debba intendersi il soggetto leso, e non lo Stato, vi è assoluta concordanza di opinioni: cfr. per tutti, GOLSONG, *Das Rechtsschutzsystem* cit., p. 106; WEIL, *The European Convention* cit., p. 162; VIS, *La réparation* cit., p. 282 s.; VEGLERIS, *Modes de redressement* cit., p. 379; SUY, *L'individu devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in «*Internationales Colloquium über Menschenrechte*», Berlin, 3-8. Oktober 1966, Berlin, 1968, p. 111; e tutta la prassi della Corte sull'art. 50.

³⁹ Cfr., nel caso *De Wilde, Ooms e Versyp* le osservazioni del Governo belga, e la discussione orale, in C.E.D.H., *Série B*, vol. 12, p. 21 ss.; nel caso *Ringelsen*, quelle del Governo austriaco e la

mento sia risultato infruttuoso, possa considerarsi accertata l'inadeguatezza del diritto interno a consentire la completa eliminazione delle conseguenze dell'atto contrario alla Convenzione.

Tale tesi, sostenuta da due Governi convenuti (rispettivamente, belga ed austriaco), e combattuta dalla Commissione, è stata risolutamente respinta dalla Corte. Va però rilevato che, se la soluzione è certamente esatta, tutto il dibattito è stato fuorviato da un'errata caratterizzazione della portata e della funzione dell'art. 50. Infatti, a parte la chiara esposizione dei delegati della Commissione, nei casi *De Wilde, Oomse Versyp e Ringeisen*⁴⁰, non ripresa nel seguito della discussione⁴¹ e nella sentenza della Corte, è stato dato per presupposto che l'art. 50 esaurisca ogni potere della Corte in tema di riparazione. Tale norma è stata pertanto considerata come l'unica idonea a consentire una pronuncia sulla riparazione di illeciti subiti in violazione della Convenzione, con la conseguenza che l'allargamento della sua sfera di applicabilità, probabilmente al di là di ogni possibilità interpretativa, è apparso come l'unico modo di garantire un'efficace protezione dei diritti garantiti dalla Convenzione anche in sede di riparazione. Così, la Corte si è preoccupata di escludere la necessità di previo esperimento dei ricorsi interni ex art. 26 della Convenzione, oltre che sulla base di argomenti testuali, anche facendo leva sull'eccessiva lunghezza che in tal modo la procedura verrebbe ad avere⁴². Così, ancora, la stessa Corte ha ritenuto applicabile l'art. 50, non soltanto nel caso che l'eliminazione delle conseguenze dell'atto interno non fosse giuridicamente possibile, secondo quanto chiaramente previsto dalla lettera della norma, ma anche ove tale eliminazione non fosse possibile *materialmente*⁴³. Anzi, in tutti e tre i casi portati alla cognizione della Corte in base all'art. 50, si era precisamente di fronte ad ipotesi di questo genere: la violazione della Convenzione consistendo nella prima ipotesi (*De Wilde, Ooms e Versyp*)⁴⁴ nella mancanza di un mezzo adeguato di ricorso avverso certe decisioni di organi interni – e non già nella decisione in se stessa –, e nelle altre due (*Ringeisen*⁴⁵ e *Neumeister*)⁴⁶ nella eccessiva durata della detenzione preventiva cui gli interessati erano stati assog-

discussione in *Série B*, vol. 13, p. 24 ss. Particolarmente rilevanti, in questo secondo caso, le chiare osservazioni del delegato della Commissione Sperduti (p. 38 ss.).

⁴⁰ Cour européenne D.H., *Série B*, vol. 12, pp. 47 ss., 87 ss.; *Série B*, vol. 13, p. 38 ss.

⁴¹ Dopo aver sostenuto con ampiezza di argomenti che l'art. 50 non era la sola norma relativa ai poteri della Corte in materia di riparazione, il Sørensen rispose in maniera affermativa ad una domanda del Presidente Waldock sul se egli interpretasse l'art. 50 nel senso che esso si applicasse anche là dove l'impossibilità di eliminare le conseguenze dell'illecito risultasse, non dal diritto interno dello Stato responsabile, ma dalla natura stessa della violazione (p. 90). Dopodiché il punto non venne ulteriormente discusso.

⁴² Sentenza del 10 marzo 1972 nel caso *De Wilde, Ooms e Versyp* (art. 50), *Série A*, vol. 14, p. 7 s.

⁴³ Cfr. quanto osservato *supra*, nota 41.

⁴⁴ Cour européenne D.H., *Série A*, vol. 14.

⁴⁵ Sentenza del 22 giugno 1972, *Série A*, vol. 15.

⁴⁶ Sentenza del 7 maggio 1974, *Série A*, vol. 17.

gettati. In casi del genere, contrariamente a quanto la Corte ha ritenuto, si è sicuramente al di fuori del campo di applicazione dell'art. 50. Ma ciò non vuol dire che all'individuo leso non possa essere attribuita soddisfazione alcuna. Al contrario, essa deriverà dall'applicazione delle normali regole di diritto internazionale, in quanto riferite al particolare tipo di illecito in cui le violazioni della Convenzione europea si concretano.

Nei limiti segnati dall'applicabilità della norma, la prova del ricorrere della condizione posta dall'art. 50 non costituisce in realtà un onere dell'individuo leso (e, dal punto di vista processuale, della Commissione che intervenga a suo favore davanti alla Corte), in quanto non si tratta per nulla di un presupposto del potere della Corte di concedere la soddisfazione, ma al contrario del diritto dello Stato convenuto di evitare la restituzione. È pertanto onere di tale Stato di dare la prova dell'atteggiamento del proprio diritto interno a tal fine⁴⁷.

D'altra parte, alla luce dell'esatto significato da attribuire all'art. 50, è chiaro che il punto non presenterà normalmente difficoltà alcuna. Se infatti la violazione consiste nell'emanazione da parte di uno Stato di un provvedimento interno contrario alla Convenzione, l'esaurimento dei ricorsi interni sarà in via del tutto normale condizione di ricevibilità dello stesso ricorso alla Commissione. Ciò non è accaduto nei casi portati al giudizio della Corte, proprio perché si era in realtà al di fuori della sfera di applicazione dell'articolo 50. In tale ambito, invece, l'impossibilità di eliminare le conseguenze del provvedimento interno verrà in considerazione soltanto come argomento a sostegno delle ragioni dello Stato che si opponga ad una domanda tendente a tale eliminazione⁴⁸, e non delle ragioni di chi voglia conseguire la soddisfazione. Sola condizione di questa, secondo le normali regole, sarà, una volta accertato l'illecito, l'esistenza di un danno.

7. L'art. 50 nella prassi della Corte

Nella prassi della Corte, come si è visto, l'art. 50 è stato considerato come il testo normativo che esaurisce i poteri della Corte stessa in tema di riparazione. E ciò tanto in sede giurisprudenziale, con le tre decisioni già ricordate (nelle quali la norma è stata applicata ad ipotesi ad essa estranee), quanto in sede di revisione del Regolamento della Corte. Questo infatti è stato riveduto nel 1972 con l'introduzione di alcune regole riferentisi alla procedura da seguire in caso

⁴⁷ In questo senso è del resto l'atteggiamento praticamente assunto dalla Corte nelle tre decisioni ora ricordate, sulla più dubbia base, però, dell'art. 50.

⁴⁸ La condizione sarà del resto normalmente implicita nel fatto stesso della mancata eliminazione del provvedimento contrario alla Convenzione: si ricordi, al riguardo, che le clausole dei trattati di arbitrato da cui l'art. 50 è stato ispirato parlano normalmente di impossibilità di eliminare le conseguenze dell'atto «par voie administrative», ossia in virtù di un'iniziativa da parte dello stesso Stato responsabile.

di applicazione dell'art. 50, che hanno esclusivo riferimento a tale norma⁴⁹.

Non sembra però che da tale prassi debba trarsi una smentita della tesi qui sostenuta. Non sembra, in altri termini, che l'atteggiamento della Corte porti conferma alla tesi per cui, al di fuori dell'art. 50, è esclusa ogni applicazione delle regole internazionali in tema di riparazione ad opera della Corte stessa.

Anzitutto, va osservato che le tre sentenze intervenute sino ad oggi non contengono il minimo accenno al problema. Né alcuna vera discussione in merito può rintracciarsi negli atti dei relativi giudizi. Soltanto nel caso *De Wilde, Ooms e Versyp* (e parzialmente nel caso *Ringeisen*) il delegato della Commissione sollevò la questione, prospettando la possibilità che la Corte facesse applicazione di norme diverse dall'art. 50: ma anch'egli ripiegò in definitiva sull'applicazione di quest'ultima norma⁵⁰.

Inoltre, e soprattutto, i casi portati alla cognizione della Corte, come si è già ricordato, non sono veri casi di applicazione dell'art. 50. Si è del tutto al di fuori della previsione di questa norma. E la portata delle decisioni, in realtà, è quella di affermare la competenza della Corte ad attribuire alle parti lese un'equa soddisfazione anche nei casi in cui l'eliminazione delle conseguenze della lesione è materialmente impossibile per la natura stessa della lesione⁵¹. È cioè quella di affermare la competenza della Corte ad attribuire la soddisfazione anche in base a regole diverse da quella enunciata nel testo dell'art. 50. Attraverso il riferimento *formale* a tale articolo, la Corte fa dunque leva su principi diversi, che le conferiscono poteri non espressamente previsti in quello. Essa «legge» tale norma come se, accanto all'ipotesi espressamente prevista, contenesse un'implicita riaffermazione delle norme internazionali comuni sulla riparazione, e di queste fa applicazione sostanziale.

⁴⁹ Cfr. *supra*, nota 26.

⁵⁰ Si veda quanto osservato *supra*, nota 41.

⁵¹ Soltanto attraverso simile affermazione, infatti, la Corte può superare la difficoltà di considerare accertato il ricorrere, nei casi sottoposti al suo giudizio, della condizione per cui il diritto interno dello Stato responsabile non consente l'eliminazione integrale delle conseguenze dell'atto contrario alla Convenzione. Cfr. la sentenza del 10 marzo 1972 nel caso *De Wilde, Ooms e Versyp*, alla quale le successive si richiamano (*Série A*, vol. 14, p. 9 s.). L'opinione separata comune dei giudici Holmback, Ross e Wold (*ivi*, p. 13 ss.) investe appunto questa parte della decisione, senza però prospettare la possibilità di applicare norme diverse dall'art. 50 in tema di riparazione: anzi, essa sostiene che la parte lesa a norma della Convenzione dovrebbe ricorrere agli organi giurisdizionali interni e non alla Corte europea. L'opinione separata del giudice Verdross afferma invece, in generale, che la Convenzione «laisse d'abord à l'Etat mis en cause la faculté de donner par ses propres procédures une réparation adéquate à la partie lésée. En agissant ainsi, la Cour demeure compétente pour veiller à ce que cette satisfaction soit obtenue d'une manière adéquate et dans un délai raisonnable à fixer par la Cour» (*ivi*, p. 16).

8. *Profili della riparazione in sede di adattamento interno alla Convenzione*

Il regime della riparazione, quale risulta dalla ricostruzione dei principi della Convenzione effettuata nelle pagine che precedono, assume particolare rilevanza in sede di adattamento alla Convenzione da parte dei diritti interni degli Stati membri.

Infatti, come si è visto, dalla lesione degli obblighi imposti dalla Convenzione possono sorgere a carico degli Stati responsabili doveri di corrispondere risarcimenti e soddisfazioni a favore di soggetti lesi. Si tratta di conseguenze delle violazioni degli obblighi convenzionali, intervenute da parte di Stati contraenti ed accertate dalla Corte europea. In quanto tali, esse non formano l'oggetto di diritti garantiti come tali – in quanto, cioè, diritti al risarcimento – dalla Convenzione: una garanzia del genere si ha soltanto in alcuni rari casi, come nell'ipotesi di risarcimento dei danni conseguenti a detenzione ingiustificata (art. 5, par. 5 Conv.), in cui gli Stati contraenti sono tenuti a garantire tale diritto all'interno del proprio ordinamento giuridico e ad opera dei propri organi giurisdizionali⁵².

Al di fuori di casi del genere, la prestazione a favore dell'individuo leso, quale conseguenza di un illecito internazionale, non può essere che il contenuto di una sentenza della Corte europea, ed indipendentemente da tale sentenza il mero adattamento del diritto interno di uno Stato alla Convenzione non è idoneo ad assicurarne l'esecuzione. Ove però la sentenza sia intervenuta, l'adattamento opera nel senso di far sorgere in capo al soggetto, cui il risarcimento o la soddisfazione siano stati accordati, un diritto immediatamente tutelabile nei confronti dello Stato responsabile in base al diritto interno di questo. Non si tratta di efficacia diretta della sentenza della Corte come tale, con gli eventuali effetti esecutivi ad essa connessi, che la Convenzione non prevede né impone, e che potrebbe conseguire soltanto all'adozione, del tutto libera, da parte degli Stati membri di apposite misure interne⁵³. Ma dell'operare, all'interno dello Stato responsabile, della situazione giuridica creata a favore del soggetto leso dalla sentenza⁵⁴.

⁵² Per una chiara affermazione delle differenze fra le due ipotesi, cfr. le parole del delegato della Commissione Sperduti nel caso *Ringeisen* (*supra*, nota 39).

⁵³ Si vedano in proposito le considerazioni di JANSSEN-PEVTSCHIN, VELU, VAN WELKENHUYZEN, *La Convention de sauvegarde* cit., p. 239 ss.; GERBINO, *Considerazioni* cit., p. 14 ss.; SLUSNY, *Quelques observations sur les systèmes de protection internationale des droits de l'homme*, in «Mélanges offerts à Henri Rolin», cit., p. 374 ss.; BUERGENTHAL, *The Effect of the European Convention on Human Rights on the Internal Law of Member States*, in «The European Convention on Human Rights» (Int. and Comp. Law Quarterly, Suppl. Publ. No. 11), London, 1965, p. 79 ss., a p. 94 ss.

⁵⁴ Il meccanismo di adattamento dato dalla legge di esecuzione sembra quindi, per quanto riguarda l'Italia, idoneo ad assicurare l'operatività della Convenzione anche per quanto riguarda l'art. 50. Infondati sono pertanto da considerarsi i dubbi avanzati in merito in connessione con il dibattito circa l'accettazione italiana della giurisdizione obbligatoria della Corte europea, su cui RONZITTI, *L'accettazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle sue clausole facoltative da parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa*, in «Riv. dir. int.», 1967, p. 357 ss.; MIELE (Mario), *Patti internazionali sui diritti dell'uomo e diritto italiano*, Milano, 1968, p. 30 ss.

La competenza consultiva della Corte internazionale di giustizia nella soluzione delle controversie internazionali *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'origine della funzione consultiva. – 3. La funzione consultiva della Corte permanente di giustizia internazionale. – 4. La funzione consultiva della Corte internazionale di giustizia. – 5. Consenso delle parti, discrezionalità della Corte e questioni giuridiche.

1. Premessa

La funzione consultiva della Corte internazionale di giustizia è stata fatta oggetto, negli anni recenti, di vivo interesse da parte della dottrina internazionalistica, in rapporto forse al rinnovato dibattito circa la posizione ed il ruolo che la Corte può assumere e svolgere nel quadro dell'organizzazione internazionale, che ha fatto seguito ad alcuni anni di quasi completa inattività della Corte stessa¹. Non tutti i problemi che la funzione consultiva presenta sono stati, però, adeguatamente chiariti. In particolare, non risulta sufficientemente precisa la caratterizzazione che la funzione consultiva assume in caso essa sia svolta in connessione con una controversia fra Stati. Solitamente, il problema viene presentato come consistente soprattutto nello stabilire se in ipotesi del genere, sia necessario il consenso delle parti di tale controversia perché la competenza della Corte possa

* Pubblicato in *Comunicazioni e studi* dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano, vol. XIV, 1975, pp. 479-499.

¹ Si vedano le opere di KEITH, *The Extent of the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Leyden, 1971; PRATAP, *The Advisory Jurisdiction of the International Court*, Oxford, 1972; e, da un punto di vista meno strettamente giuridico, POMERANCE, *The Advisory Function of the International Court in the League and U.N. Eras*, Baltimore and London 1973. Sulla scarsità dei casi in cui viene fatto ricorso alla procedura consultiva, e sulle cause del fenomeno, cfr. ROSENNE, *On the Non-Use of the Advisory Competence of the International Court of Justice*, in *British Year Book of Int. Law*, 1963, p. 1 ss.

Sul dibattito circa la funzione della Corte nell'ambito dell'organizzazione internazionale, e sulle proposte di riforma, si veda GROSS, *The International Court of Justice: Consideration of Requirements for Enhancing its Role in the International Legal Order*, in *American Journal of Int. Law*, 1971, p. 253 ss.; e, anche per ulteriore bibliografia, GOLSONG, *Role and Functioning of the International Court of Justice, Proposals recently made on the Subject*, in *Zeitschrift für ausl. öff. Recht und Völkerrecht*, 1971, p. 673 ss.

esercitarsi. In questi termini, esistono pronunzie giurisprudenziali non del tutto conformi e ancor più discordi opinioni dottrinali². Ma il dibattito non si esaurisce in questi termini, tanto che a volte si dubita addirittura che la funzione consultiva possa esplicarsi in caso di controversia. E ciò, non perché si ritenga mancare la competenza della Corte – punto di vista, questo, non più sostenibile di fronte al chiaro tenore degli articoli 87 e 89 del Regolamento³ –, ma perché si ritiene che in tali casi la Corte dovrebbe far uso della discrezionalità che le sarebbe attribuita dall'art. 65 dello Statuto e rifiutare il parere⁴. Il che solleva l'ulteriore questione se veramente la Corte sia dotata in materia di una sfera di discrezionalità, e quali ne siano i limiti.

La soluzione di siffatti dubbi non può trovarsi semplicemente, come spesso si ritiene, nella constatazione della mancanza di effetti obbligatori del parere consultivo della Corte⁵. Che tali effetti non si producano, od almeno non si producano in capo agli Stati, è certo; ma un'esatta caratterizzazione della funzione consultiva non può derivare da una semplice constatazione di natura formale, per giunta meramente negativa. Simile caratterizzazione appare, però, indispensabile al fine di raggiungere qualche conclusione intorno al tema del presente scritto. Non sembra si possa, infatti, indagare intorno all'ammissibilità ed ai limiti della funzione consultiva in materia di controversie internazionali senza cercare di chiarire preliminarmente, anche dal punto di vista storico, il significato della stessa e le condizioni della sua utilizzazione. Soltanto su tale base, le constatazioni che appariranno possibili anche da un punto di vista formale potranno essere accettate o respinte.

2. *L'origine della funzione consultiva*

La funzione consultiva fu attribuita alla Corte permanente di giustizia internazionale introducendone la previsione nell'art. 14 del Patto della Società delle Nazioni, senza che essa fosse preceduta da particolare approfondimento ed elabora-

² Cfr. il panorama esposto dal KEITH, *The Extent of the Advisory Jurisdiction*, cit., pp. 89-124. Le decisioni rilevanti della Corte sono soprattutto le seguenti: *Statuto della Carelia Orientale*, C.P.J.I., *Série B*, n. 5, p. 7 ss.; *Frontiera fra Turchia ed Iraq (Mossul)*, in *Série B*, n. 12, p. 6 ss.; *Interpretazione dei Trattati di pace conclusi con Bulgaria, Ungheria e Romania (prima fase)*, C.I.J., *Recueil*, 1950, p. 65 ss.

³ L'art. 65 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, com'è noto, afferma in generale che la Corte può dare un parere consultivo su qualsiasi «questione giuridica» («legal question»), mentre gli articoli 87 e 89 del Regolamento (nella numerazione e nel testo che sono contenuti nella versione del 10 maggio 1972) parlano di «question juridique actuellement pendante», «legal question actually pending» fra due o più Stati, con ciò chiaramente riferendosi all'ipotesi di controversia in atto.

⁴ Cfr. in generale sul punto, ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court*, vol. 2, Leyden, 1965, p. 711 ss.

⁵ Così la Corte stessa nel già citato parere sull'Interpretazione dei trattati di pace, in C.I.J., *Recueil*, 1950, p. 71.

zione⁶. In vista di ciò, e del fatto che tale funzione costituiva una novità assoluta sul piano del diritto internazionale, appaiono facilmente spiegabili i dubbi dei giuristi e di tutti coloro che si trovarono a dover tradurre in pratica la scarna previsione di quella norma, nonché il fatto che, in sede di redazione dello Statuto della Corte, non si sia riusciti a trovare l'accordo su nessuna norma relativa alla funzione consultiva⁷. E da tale stato di incertezza non fa meraviglia siano nati tutti i dubbi interpretativi che la prassi successiva deve registrare in materia.

Se però si esamina l'origine dell'art. 14 del Patto, alcune prime considerazioni si impongono.

L'esame delle successive versioni di quello che divenne poi il testo dell'art. 14 pone infatti in risalto un elemento, cui va attribuito senz'altro un notevole valore al fine di identificare con esattezza i motivi ispiratori della norma⁸. Tale elemento è dato dal fatto che i redattori intesero introdurre, accanto alla funzione contenzio-

⁶ L'art. 14 del Patto prevedeva che l'istituenda Corte, oltre a conoscere delle controversie a lei sottoposte dalle parti, emanasse anche pareri consultivi su controversie o questioni deferite dal Consiglio o dall'Assemblea. Il testo inglese dell'ultima frase, relativa ai pareri, stabiliva che «The Court may also give an advisory opinion upon any dispute or question referred to it by the Council or by the Assembly», mentre quello francese dichiarava che «Elle donnera aussi...», facendo sorgere in tal modo la questione se la Corte fosse tenuta a rendere il parere, o potesse rifiutarlo. L'art. 65 dello Statuto dell'attuale Corte ha conformato il testo francese a quello inglese («peut donner») (cfr. *infra*, par. 5).

⁷ Sul punto, cfr. POMERANCE, *The Advisory Function*, cit., p. 10 ss.; PUENTE EGIDO, *Consideraciones sobre la Naturaleza y Efectos de las Opiniones Consultivas*, in *Zeitschrift für ausl. öff. Recht und Völkerrecht*, 1971, p. 730 ss., a p. 736 ss. Le maggiori incertezze in sede di redazione dello Statuto investirono la distinzione fra «dispute» e «question» contenuta nell'art. 14 del Patto, che fu intesa dalla maggioranza come riferita a controversie attuali e questioni meramente teoriche (cfr. DE LAPRADELLE, in Comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du Comité*, La Haye, 1920, pp. 730-732), ma dalla quale si volle trarre spunto anche per prevedere una diversa composizione della Corte nei due casi. Non mancarono neppure opinioni nettamente contrarie allo stesso istituto del parere consultivo, e conseguenti proposte di interpretazioni estremamente riduttive dello stesso: cfr. ad es. le opinioni di Elihu ROOT e del MOORE (in *Com. Cons.*, cit., pp. 584-585), ed il rapporto di quest'ultimo, *The question of Advisory Opinions*, in C.P.J.I., *Série D*, n. 2, p. 383 ss.

Su tutto l'insieme di questo dibattito, cfr. HUDSON, *Les avis consultatifs de la Cour permanente de Justice internationale*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1925-III, p. 345 ss.; *The Permanent Court of International Justice 1920-1942*, New York, 1943, p. 483 ss.

⁸ Per le primitive versioni dell'art. 14, cfr. MILLER, *The Drafting of the Covenant*, New York and London, 1928, vol. 2, pp. 100 ss., 250 ss. 385 ss. Cfr. anche PUENTE EGIDO, *Consideraciones*, cit., p. 736 ss.

Particolarmente rilevante ai fini delle considerazioni esposte nel testo è la versione dell'art. 14 che appare nel progetto Wilson-Cecil del 18 marzo 1919, in cui si prevedeva che «The Executive Council shall formulate plans for the establishment of a Permanent Court of International Justice and this Court shall, when established, be competent to hear and determine any matter which the parties recognise as suitable for submission to it for arbitration under the foregoing Article, and also any issue referred to it by the Executive Council or Body of Delegates» (corsivi aggiunti). Nei testi successivi, l'ultima frase divenne: «to advise upon any legal question referred to it...», poi «to advise upon any dispute or question referred to it» e infine, nel testo definitivo, «may give an advisory opinion upon any dispute or question referred to it...».

sa della Corte prevista dall'art. 14, consistente nella risoluzione delle controversie internazionali secondo la tradizionale procedura di tipo arbitrale, anche una seconda funzione, caratterizzata dall'essere l'intervento della Corte richiesto, non più dagli Stati parti di una controversia, ma da un organo della costituenda organizzazione.

Il fattore decisivo che caratterizza, in queste prime versioni dell'art. 14, la menzionata funzione della Corte, sta dunque nella sua partecipazione alle funzioni della nuova organizzazione. Il suo intervento era previsto come conseguenza di un impulso degli organi societari, e si configurava come una partecipazione dell'organo giurisdizionale all'insieme delle attività dell'organizzazione.

Più precisamente, lo spirito della norma risulta nel senso di riservare alla pronuncia dell'organo giurisdizionale ogni giudizio su quelle controversie che, portate alla cognizione degli organi politici dell'ente internazionale, presentassero però rilevanti aspetti giuridici, che quegli organi non erano, per loro stessa natura, in condizione di valutare in modo adeguato. La pronuncia della Corte doveva dunque inserirsi nel complesso procedimento di soluzione delle controversie ad opera degli organi societari, venendo così a rappresentare il contributo più specificamente giudiziale in tale complesso⁹.

In qualche misura, è possibile che una simile impostazione risentisse delle tendenze favorevoli all'introduzione della giurisdizione obbligatoria della Corte nell'ambito della nuova organizzazione. Ed infatti, sebbene sia forse azzardato cercare di trarre conclusioni argomentando da un testo che come tale non entrò mai in vigore, è verosimile che, se il testo dell'art. 14 fosse rimasto quello di una delle sue prime versioni, si sarebbe dovuto concludere nel senso che la Corte avrebbe agito come una sorta di organo delegato dagli organi politici dell'organizzazione, ed avrebbe pertanto posto in essere una valutazione vincolante almeno nell'ambito societario, ancorché non dotata dell'efficacia formale propria delle sentenze. Certo è, comunque, che la previsione dell'intervento della Corte su richiesta degli organi politici incontrò notevole opposizione, e venne alla fine parzialmente attenuata¹⁰. Tale attenuazione ebbe luogo attraverso il riferimento ad una nozione tipica di alcuni sistemi giuridici (in specie, anglosassoni): quella del *parere consultivo*¹¹. E così, il testo finale dell'art. 14 del Patto configura una competenza della Corte a cooperare allo svolgimento delle funzioni societarie, non più in forme simili a quelle della giurisdizione contenziosa, ma con la specifica previsione della forma del parere¹².

⁹ Cfr. su quanto osservato nel testo, le opinioni espresse nell'ambito del Comitato consultivo di giuristi incaricato di elaborare lo Statuto della Corte, in Com. Cons., *Procès-verbaux*, cit., spec. p. 731.

¹⁰ Cfr. MILLER, *The Drafting of the Covenant*, cit., vol. 1, p. 290 ss.; vol. 2, p. 662 ss. per le ultime versioni del testo dell'art. 14 del Patto.

¹¹ Su tale istituto in genere, cfr. HUDSON, *Advisory Opinions of National and International Courts*, in *Harvard Law Review*, 1924, p. 970 ss.

¹² Ciononostante, il rapporto elaborato dal Comitato consultivo di giuristi nel 1920, e dovuto al

Va notato subito che i due aspetti, messi in tal modo in luce da un rapido esame dell'origine storica del testo fondamentale relativo alla competenza consultiva della Corte permanente, appaiono distinti e diversi, ed anche in una certa misura contrastanti fra loro. Il primo aspetto posto in evidenza tende a configurare un'attività della Corte che, seppure diversa per i soggetti che la provocano e per le norme dalle quali è retta, equivale però a quella consistente nella soluzione in via contenziosa di controversie internazionali, sia per le finalità alle quali è rivolta, sia per i risultati ai quali approda. Del resto, il fatto stesso di essere prevista nella stessa norma del Patto che trattava della funzione del costituendo organo giurisdizionale ne è la prova. Esso configura, insomma, un'investitura della Corte da parte dell'organo politico al fine di attribuire ad esso, in quanto organo più idoneo, la cognizione di affari portati davanti al primo dagli Stati. Si tratterebbe, dunque, di una più adeguata ripartizione di funzioni tra organi dello stesso ente, in vista del raggiungimento dell'identico risultato finale.

Introducendo, però, la specificazione della mutata natura della pronuncia dell'organo giudiziale, indicando cioè quest'ultima come parere, si veniva ad introdurre un ordine di idee del tutto diverso, in quanto diversa era l'esperienza specifica dalla quale la nozione era stata ricavata. L'attività consultiva degli organi di tipo giudiziale, nei sistemi giuridici nei quali è conosciuta, non è per nulla preordinata al fine dello svolgimento di un'attività di risoluzione di controversie, ma piuttosto si innesta nel procedimento formativo di determinati atti da parte degli organi pubblici. Non si attua, con essa, alcun trasferimento di competenza da un organo all'altro, ma si ha il concorso di tali organi, ciascuno nell'ambito della propria competenza specifica, nello svolgimento di un'attività unitaria¹³.

I due aspetti ora messi in rilievo hanno profondamente influenzato la funzione consultiva della Corte internazionale, sia dal punto di vista teorico, sia da quello pratico. Nella ormai più che cinquantennale storia della Corte si è avuta la prevalenza, ora dell'uno, ora dell'altro, in connessione con i più generali indirizzi dell'organizzazione (Società delle Nazioni, prima, e Nazioni Unite, poi) e con le condizioni stesse della società internazionale. Ed è sempre nella fondamentale ambiguità che caratterizza per le ragioni indicate la funzione consultiva sin dalla sua creazione, che vanno probabilmente ricercate le cause fondamentali delle difficoltà incontrate anche in sede teorica nella soluzione dei singoli problemi che vi in-

de Lapradelle, mostrava ancora un certo collegamento fra la funzione consultiva e l'idea della giurisdizione obbligatoria, osservando che «une interprétation correcte ouvre la possibilité de traduire un Etat, qu'il le veuille ou non, devant la Cour... si les parties n'ont pas pu se mettre d'accord pour soumettre leur litige à l'arbitrage, elles sont obligés de le porter devant le Conseil de la Société des Nations, mais si le Conseil reconnaît que la question est de la compétence de la Cour, il s'en dessaisira en faveur de la Cour, en lui demandant un avis consultatif» (cfr. Com. Cons., *Procès-verbaux*, cit., p. 225). Ma v. in senso nettamente contrario HAMMARSKJOLD, *La Jurisdiction Internationale*, Leiden, 1938, p. 289.

¹³ Cfr. HUDSON, *Advisory Opinions*, cit., p. 970 ss.; GOODRICH, *The Nature of the Advisory Opinions of the Permanent Court of International Justice*, in *Am. Journal of Int. Law*, 1938, p. 738 ss.

riscono. Data infatti la mancanza di un'ispirazione teorica del tutto univoca, la soluzione dei vari quesiti può variare a seconda che prevalga, nei diversi momenti storici, l'uno o l'altro degli aspetti che stanno egualmente alla base della competenza consultiva della Corte fin dal suo sorgere. Una caratterizzazione in termini esclusivamente formali appare dunque, se non proprio impossibile, certo poco fruttuosa di fronte all'estrema fluidità della materia in rapporto al carattere anfibio che la contraddistingue.

3. *La funzione consultiva della Corte permanente di giustizia internazionale*

Nell'ambito della Società delle Nazioni, e particolarmente nel primo decennio di attività della Corte permanente, il primo degli aspetti indicati venne nettamente a prevalere. Correlativamente, la competenza consultiva della Corte venne considerata come intesa alla soluzione delle controversie internazionali, né più né meno di quella contenziosa. Esercitantola, la Corte perseguiva cioè – secondo la considerazione prevalente nella dottrina e nella pratica – il fine di risolvere la controversia, la cui cognizione le era deferita non dalle parti, ma dall'organo politico. E non si trattava solo di una funzione che si innestava nell'insieme dell'azione conciliativa dell'organizzazione, quanto piuttosto di un'attività a carattere giudiziale sostitutiva di quella degli altri organi.

Diverse manifestazioni della prassi e della dottrina avvalorano siffatte considerazioni.

Già in sede di Comitato consultivo di giuristi incaricato dell'elaborazione del progetto dello Statuto della Corte era stato osservato dal de Lapradelle che, in caso di controversia, le decisioni della Corte in sede contenziosa ed in sede consultiva avrebbero avuto in pratica la stessa efficacia. Affermazione questa che, nel contesto in cui veniva formulata, non alludeva soltanto ad una generica autorità morale della pronuncia della Corte, ma chiaramente sottolineava l'idea che l'organo politico potesse deferire la controversia ad una soluzione «giuridica» che fosse più adeguata alle peculiarità della controversia stessa, in tal modo sostituendo tale mezzo di soluzione alla propria normale funzione conciliativa¹⁴.

Ancora più sintomatico il rapporto dello stesso Comitato di giuristi al progetto di articolo 36 dello Statuto, articolo che fu poi soppresso in sede di discussione dall'apposita commissione dell'Assemblea. La funzione consultiva della Corte viene qui configurata come tale da completare il sistema di soluzione delle controversie internazionali in via giurisdizionale, affiancandosi alla giurisdizione della Corte in via contenziosa, e ponendo in essere un sistema molto vicino nella sostanza a quello della giurisdizione obbligatoria¹⁵.

La stessa Corte, del resto, quando nel 1923 ebbe a rifiutare di rispondere alla

¹⁴ Comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux*, cit., p. 731.

¹⁵ Si veda il passo riportato sopra alla nota 12.

richiesta di parere avanzata dal Consiglio della Società delle Nazioni a proposito dell'affare dello *Statuto della Carelia Orientale*¹⁶, fondò il suo rifiuto su di un ordine di idee del tutto analogo. Essa osservò infatti che la richiesta riguardava un «différend actuellement né» fra la Finlandia e l'Unione Sovietica, che come tale rientrava nelle ipotesi previste dall'art. 17 del Patto. Non facendo l'Unione Sovietica parte dell'organizzazione, gli organi di questa non potevano aver competenza a conoscere della controversia che la riguardasse senza il consenso di tale Stato. E ciò per un principio fondamentale di diritto internazionale per cui «aucun Etat ne saurait être obligé de soumettre ses différends avec les autres Etats soit à la médiation, soit à l'arbitrage, soit enfin à n'importe quel procédé de solution pacifique sans son consentement»¹⁷. Il rifiuto di emanare il parere fu dunque fondato dalla Corte principalmente sulla considerazione che, mancando il consenso dell'Unione Sovietica, la Società delle Nazioni come tale, e pertanto tutti gli organi della stessa, non potevano sperimentare nei suoi confronti nessuno dei mezzi di soluzione delle controversie previsti nel Patto. E la procedura consultiva fu pertanto chiaramente considerata in via del tutto autonoma, come «altro procedimento di soluzione» diverso dalla mediazione e dall'arbitrato. Il significato essenziale del caso della *Carelia Orientale*, spesso diversamente (ma a nostro avviso inesattamente) interpretato in dottrina, non è dunque quello di affermare che il consenso degli Stati parti di una controversia sia indispensabile perché la Corte possa rendere sulla controversia stessa un parere consultivo. La Corte dichiara del resto espressamente di non voler prendere posizione sul problema così formulato. La *ratio decidendi* è ben diversa, e si fonda sull'impossibilità che *qualsiasi* procedimento di soluzione pacifica delle controversie venga esercitato dagli organi della S.d.N. nei confronti di uno Stato che non sia membro dell'organizzazione senza il consenso di tale Stato¹⁸. In tal modo, la procedura consultiva è evidentemente considerata come un mezzo di soluzione delle controversie a sé stante, che non viene come tale ricompreso ed assorbito nella più ampia funzione dell'organo che richiede il parere. Tanto che la Corte espressamente sottolinea, ad ulteriore conferma della propria impossibilità di rispondere, che l'emanazione del parere equivarrebbe in sostanza a risolvere la controversia fra le parti¹⁹. Il che, per le ragioni indicate, la Corte non riteneva di poter fare.

Qualche anno più tardi, in sede di revisione del regolamento della Corte, una commissione composta dai giudici Loder, Moore ed Anzilotti ebbe a rilevare che, nel caso in cui la Corte avesse di fronte a sé delle «parti», non vi era che «une différence purement nominale entre les affaires contentieuses et les affaires consultatives», e che pertanto l'opinione che i pareri consultivi mancassero di forza

¹⁶ C.P.J.I., *Série B*, n. 5.

¹⁷ Ivi, p. 27.

¹⁸ In senso analogo, KEITH, *The Extent of the Advisory Jurisdiction*, cit., p. 89 ss.

¹⁹ C.P.J.I., *Série B*, n. 5, p. 28 s.

obbligatoria era più teorica che reale²⁰. Le modifiche introdotte in tale occasione nel Regolamento rappresentano la conclusione di un processo che, traendo sul piano del procedimento le inevitabili conclusioni della configurazione della funzione consultiva come mezzo a sé stante di risoluzione delle controversie, tendeva a rendere applicabili anche in sede consultiva le norme dettate per la procedura contenziosa²¹. Nel 1929, una più ampia regola in tal senso veniva introdotta anche nello Statuto della Corte²².

Va aggiunto, da ultimo, che non pochi furono i pareri richiesti alla Corte permanente di giustizia internazionale in relazione a controversie fra Stati; e che in tali casi l'esame dei dibattiti precedenti e successivi alla richiesta ed all'emanazione del parere mostra con sufficiente chiarezza come i rappresentanti degli Stati negli organi politici dell'ente internazionale concepissero il ricorso alla Corte in sede consultiva come una procedura a sé stante, idonea a permettere la soluzione della controversia in modo diverso, ma non meno efficace, del ricorso alla via contenziosa. Sotto un diverso profilo, il grado di osservanza che i pareri in pratica riuscirono ad ottenere ne è ulteriore conferma²³.

²⁰ C.P.J.I., *Série E*, n. 4, p. 72 ss. Nello stesso senso sono anche le opinioni espresse da de Lapradelle e Negulesco nel Rapporto *all'Institut de droit international: Rapport sur la nature juridique des avis consultatifs de la Cour permanente de Justice internationale, leur valeur et leur portée positive en droit international*, in ANN. INST. DROIT INT., *Session de Stockholm 1928*, Bruxelles-Paris, 1928, p. 408 ss.; ivi, a p. 453, viene utilizzata l'espressione *arbitrage consultatif* per indicare i casi in cui il parere consultivo viene utilizzato dalle parti di una controversia come base per l'ulteriore procedimento di risoluzione della stessa, come accadde nel caso del parere relativo ai *Decreti sulla nazionalità in Tunisia e nel Marocco* (C.P.J.I., *Série B*, n. 4, p. 23 ss.).

²¹ Si trattava di ammettere la figura del giudice *ad hoc* anche nei procedimenti consultivi, ed a tal fine fu modificato l'art. 71 del Regolamento mediante l'inserzione di un richiamo all'art. 31 dello Statuto.

²² L'art. 68 dello Statuto nel testo entrato in vigore il 1° febbraio 1936 prevedeva che nella procedura consultiva si applicassero le norme relative a quella contenziosa nella misura in cui la Corte le avesse ritenute applicabili. In generale, cfr. DE VISSCHER, *Les avis consultatifs de la Cour permanente de Justice internationale*, in *Recueil des Cours*, 1929-I, p. 5 ss.; NEGULESCO, *L'évolution de la procédure des avis consultatifs de la Cour permanente de Justice internationale*, in *Recueil des Cours*, 1936-III, p. 3 ss.

In relazione alle citate modifiche, venne sostenuto (cfr. MERIGGI, *Le funzioni consultive della Corte permanente di giustizia internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 1930, p. 3 ss.) che ove la Corte fosse stata richiesta di un parere relativo ad una controversia in atto, avrebbe dovuto procedere in via contenziosa, ove ne sussistessero i presupposti (incluso il consenso delle parti), oppure respingere la richiesta. Ma tale tesi non trova conferma nella prassi delle due Corti.

²³ Per un panorama complessivo delle questioni portate alla cognizione della Corte permanente in via consultiva, cfr. PUENTE EGIDO, *Consideraciones*, cit., p. 770 ss.; POMERANCE, *The Advisory Function*, cit., p. 58 ss.; e per la pratica efficacia dei pareri emanati, GOODRICH, *The Nature of the Advisory Opinions*, cit., p. 738 ss.; POMERANCE, *op. ult. cit.*, p. 330 ss.

4. *La funzione consultiva della Corte internazionale di giustizia*

La funzione consultiva della Corte internazionale di giustizia nell'ambito delle Nazioni Unite presenta, rispetto a quello sin qui esaminato, un quadro profondamente mutato.

L'esperienza ormai trentennale della nuova Corte in materia consultiva non si svolge in un quadro normativo troppo dissimile da quello nel cui ambito si muoveva la Corte permanente. Le variazioni apportate ai relativi testi, in materia ad esempio di ampliamento della sfera degli organi legittimati a richiedere pareri, e di definizione dell'oggetto del parere stesso (*legal question* in luogo di *dispute* e *question*), e la più ampia disciplina contenuta nello Statuto e nel Regolamento della Corte non sono tali da far venir meno la sostanziale continuità fra le nuove regole e le precedenti²⁴. Profondamente mutato, però, si rivela sin dagli inizi il modo di considerare la funzione consultiva nella prassi della nuova organizzazione e negli atteggiamenti degli Stati, in rapporto alle sostanziali variazioni intervenute nella composizione della società internazionale e negli orientamenti in essa dominanti²⁵.

Può dirsi, schematicamente, che scompare il senso dell'idoneità della funzione consultiva a fornire uno strumento autonomo di soluzione delle controversie. Nella pratica utilizzazione dello strumento consultivo, viene nettamente a prevalere il secondo aspetto che si è visto insito nella previsione dell'attività consultiva da parte del Patto della Società delle Nazioni. Viene cioè in rilievo la *cooperazione* della Corte, in sede consultiva, con altri organi delle Nazioni Unite (o di altri istituti) nello svolgimento di un'attività che è pur sempre, nel suo aspetto complessivo, attività di questi ultimi. Il parere della Corte si inserisce in tale ambito come semplice atto di un procedimento complesso, privo di ogni individualità ed autonomia quanto al risultato finale²⁶. La soluzione della controversia, in altri termini, non deriva dall'attività che la Corte svolge, né tale attività viene in alcun modo considerata come conseguenza di una delega di poteri da parte dell'organo politico: essa esaurisce la propria rilevanza nell'ambito dell'organo richiedente, restando quest'ultimo pienamente investito dei propri poteri istituzionali e libero di utilizzarla o meno al fine dei provvedimenti e delle iniziative che ritenga opportuno di adottare nel perseguimento dei suoi compiti. In questo modo, l'idea che l'attività consultiva valga a raggiungere la soluzione di controversie fra Stati in modo diverso, ma non meno efficace, dell'attività contenziosa della Corte, scompare del

²⁴ Per un'analisi dei mutamenti intervenuti, cfr. ROSENNE, *The Law and Practice*, cit., vol. 2, p. 651 ss.; PRATAP, *The Advisory Jurisdiction*, cit., p. 37 ss.

²⁵ Cfr. la valutazione complessiva della POMERANCE, *The Advisory Function*, cit., pp. 89 ss., 341 ss.

²⁶ Si veda anche MIGLIAZZA, *I rapporti fra il Tribunale amministrativo dell'Organizzazione internazionale del lavoro e la Corte internazionale di giustizia*, in *Comunicazioni e studi*, VII, Milano, 1955, p. 259 ss., a p. 272 ss.

tutto. Tra le due funzioni si approfondisce, non solo da un punto di vista formale²⁷, ma anche dal punto di vista del fine specifico al quale sono preordinate, la distinzione che certamente già esisteva sin dalla creazione della Corte permanente, ma che era stata in pratica attenuata nel modo che si è cercato di delineare²⁸.

Indicativi di tale modo di intendere la posizione della Corte in sede consultiva sono, anzitutto, i casi in cui l'intervento della stessa è stato richiesto dagli organi delle Nazioni Unite.

La grandissima maggioranza di tali casi riguarda, infatti, problemi attinenti alla vita interna dell'organizzazione; a proposito di essi, può certo configurarsi l'esistenza di una controversia fra Stati (specie nell'ampio significato del termine prevalente nella giurisprudenza internazionale), ma si tratta pur sempre di pretese che attengono all'appartenenza degli Stati all'organizzazione, e non ad interessi diversi²⁹. Una volta richiesto e reso il parere, poi, è da rilevare come nell'ambito degli organi politici dell'ente il dibattito sull'accettazione dello stesso raggiunga un'intensità del tutto sconosciuta all'esperienza della Società delle Nazioni, e si collochi in una prospettiva del tutto nuova. Non si tratta più soltanto di deliberare sul seguito che deve essere dato alla pronuncia della Corte, ma anzitutto di stabilire se il parere debba essere posto a base dell'azione dell'organo o addirittura rifiutato: segno evidente, questo, che l'organo politico non considera la richiesta del parere come deferimento alla Corte di una questione, della quale rimane invece sempre pienamente investito e della cui soluzione conserva integra la responsabilità³⁰.

Nella giurisprudenza della Corte, i segni di tale nuovo atteggiamento non sono meno evidenti.

Nel parere consultivo reso il 30 marzo 1950 sull'affare relativo all'*Interpreta-*

²⁷ In virtù cioè della diversa efficacia degli atti – sentenza e parere consultivo – che ne risultano. Si vedano, al proposito, le affermazioni della stessa Corte, *infra* nel testo e nota 31.

²⁸ Per una decisa accentuazione della diversità della veste che la Corte assume quando opera come tribunale internazionale di tipo classico, da un lato, e come organo delle N.U., dall'altro, cfr. GROSS, *The International Court of Justice and the United Nations*, in *Recueil des Cours*, 1967-I, p. 319 ss.

²⁹ Se, infatti, si configura la controversia come un «disaccordo su un punto di diritto o di fatto, una contrapposizione o una opposizione di tesi giuridiche o di interessi fra due persone» come la Corte permanente fece nel caso delle *Concessioni Mavrommatis in Palestina* (C.P.J.I., *Série A*, n. 2, p. 11), non vi è dubbio che una «controversia» fra Stati, o fra Stati ed Organizzazione, possa individuarsi al fondo di ogni questione rimessa alla Corte per un parere: in questo senso cfr. MIGLIAZZA, *I rapporti*, cit., p. 275 s. Tuttavia, quando si parla di pareri relativi ad una controversia, si intende piuttosto riferirsi al conflitto di pretese fra Stati da un punto di vista più sostanziale, ed al di fuori di questioni inerenti alla vita dell'organizzazione in quanto tale.

³⁰ Sull'atteggiamento prevalente nell'ambito delle Nazioni Unite nei confronti dei pareri consultivi, cfr. GROSS, *The International Court*, cit., p. 405 ss.; PUENTE EGIDO, *Consideraciones*, cit., p. 786 ss.; POMERANCE, *The Advisory Function*, cit., p. 341 ss. Cfr. anche GREIG, *The Advisory Jurisdiction of the International Court and the Settlement of Disputes between States*, in *Int. and Comp. Law Quarterly*, 1966, p. 325 ss.

zione dei trattati di pace conclusi con la Bulgaria, l'Ungheria e la Romania³¹, che è forse l'unico caso nella giurisprudenza dell'attuale Corte in cui il parere richiesto riguardi una controversia internazionale fra Stati relativa a fatti estranei alla vita interna delle Nazioni Unite³², la Corte ha avuto occasione di esprimere in termini spesso poi ripetuti il proprio punto di vista in ordine alla propria funzione consultiva.

La questione fondamentale sollevata da alcuni Stati riguardava, nel caso, la possibilità di emanare un parere consultivo relativamente ad una controversia in atto ove alcune delle parti di questa non prestassero il proprio consenso all'esercizio della funzione consultiva. Si trattava quindi di un problema già sollevato nel caso della *Carelia Orientale*³³, ma non approfondito in tale occasione per le ragioni già viste. Ora, la Corte nel parere del 1950 insiste anzitutto sulle caratteristiche formali del parere, asserendo che «la réponse de la Cour n'a qu'un caractère consultatif: comme telle, elle ne saurait avoir effet obligatoire»³⁴. L'angolo visuale da cui la Corte si pone è dunque ben diverso da quello adottato nel caso *Carelia*, in cui era stata al contrario sottolineata la pratica equivalenza fra decisione contenziosa e parere consultivo di fronte ad una controversia fra Stati. Insistendo sul carattere non obbligatorio del provvedimento, la Corte chiaramente mostra di non voler attribuire alla propria funzione consultiva un'autonoma efficacia, in fatto idonea a provocare la soluzione della controversia.

Ciò è del resto ancor più chiaramente confermato dalle successive considerazioni del parere. Come conseguenza del carattere non vincolante della pronuncia consultiva, la Corte afferma che nessuno Stato «membre ou non Membre des Nations Unies, n'a qualité pour empêcher que soit donné suite à une demande d'avis dont les Nations Unies, pour s'éclairer dans leur action propre, auraient reconnu l'opportunité». Passaggio, questo, in cui va sottolineato come, nel pensiero della Corte, l'attività consultiva non abbia alcuna rilevanza autonoma, ma inerisca ad un'attività imputabile all'organizzazione come ad un tutto: è soltanto un elemento – non essenziale – che si inserisce nel complesso dell'attività dell'organo politico. Ed il concetto viene ulteriormente ribadito osservando che «l'avis est donné par la Cour non aux Etats, mais à l'organe habilité pour le lui demander: la réponse constitue une participation de la Cour, elle-même organe des Nations Unies, à

³¹ C.I.J., *Recueil*, 1950, p. 65 ss.

³² Cfr. anche *supra*, nota 29. La Corte, per respingere le argomentazioni di alcuni Stati contrari all'emanazione del parere, ha cercato di distinguere, fra l'altro, questo caso da quello della *Carelia Orientale* sottolineando come la questione non riguardasse il vero e proprio contenuto di una controversia in atto fra Stati, ma soltanto i presupposti e le condizioni del funzionamento dell'apposito procedura conciliativa prevista dai Trattati di pace (cfr. *Recueil*, 1950, p. 71 s.). Sotto questo profilo, il caso presentava qualche analogia con quello relativo alla *Frontiera fra Turchia e Iraq (Mossul)*, su cui cfr. *infra*, nota 41. Tuttavia, anche in tali limiti una controversia doveva considerarsi pur sempre esistente, anche se limitatamente alla questione procedurale.

³³ Cfr. *supra*, testo e nota 16; e *infra*, par. 5 e nota.

³⁴ C.I.J., *Recueil*, 1950, p. 71.

l'action de l'organisation, et, en principe, elle ne devrait pas être refusée»³⁵. Ossia: il parere non esercita alcuna diretta incidenza sulla controversia, perché fra il primo e la seconda si frappone l'attività conciliativa dell'organo delle Nazioni Unite, la quale sola si esercita direttamente sulla controversia e nella quale l'attività consultiva viene ad essere assorbita.

Estremamente significative al fine di ribadire, *a contrario*, il punto di vista qui esposto, sono le opinioni dissidenti espresse nel caso menzionato dai giudici Winiarski, Zoricic e Azevedo. Nel motivare la propria opposizione alla decisione della Corte di procedere all'emanazione del parere, essi sottolinearono con espressioni diverse, ma con affinità di impostazione, come l'effetto di un parere consultivo non potesse essere descritto nei termini fatti propri dalla Corte. Secondo l'opinione di tali giudici, il parere è idoneo, in pratica, a produrre la soluzione di una controversia, e di ciò la Corte avrebbe dovuto tener conto³⁶. È evidente che, descrivendo in tal modo la funzione consultiva, i tre giudici non facevano altro che caratterizzarla secondo i connotati assunti in pratica nel periodo della Società delle Nazioni, mentre la Corte si poneva in una prospettiva del tutto mutata³⁷.

Da ultimo, nel caso della *Namibia*, il parere consultivo del 21 giugno 1971 sottolinea ulteriormente il carattere di inerenza all'azione dell'organo politico che l'intervento della Corte assume. La Corte caratterizza infatti l'emanazione di un parere relativamente ad una controversia in atto come «the assistance of the Court in the exercise of the Security Council's functions relating to the peaceful settlement of a dispute»³⁸, negando comunque che, nel caso, ricorresse anche un'ipotesi siffatta, e limitando l'oggetto della richiesta alle conseguenze giuridiche di un'azione già intrapresa dal Consiglio stesso³⁹.

³⁵ *Loc. cit.* alla nota precedente.

³⁶ Così, il giudice Winiarski parla di «definizione in fatto» della controversia (*loc. ult. cit.*, p. 92); il giudice Zoricic considera un parere relativo a controversie fra Stati come un «unenforceable judgment» (*ivi*, p. 101); il giudice Azevedo, infine, attribuisce al parere una «enforceability *sui generis*»; (*ivi*, p. 86 s.).

³⁷ Si vedano le considerazioni del GROSS, *The International Court of Justice*, cit., p. 415 ss. («the Court wrote a prologue for the future, the minority wrote an epilogue for the past»).

³⁸ Ci si riferisce al parere consultivo reso su richiesta del Consiglio di sicurezza delle N.U. a proposito delle *Conseguenze giuridiche per gli Stati del perdurare della presenza del Sud Africa in Namibia (Africa del Sud-Ovest) nonostante la risoluzione del Consiglio 2761/70*, in C.I.J., *Recueil*, 1971, p. 16 ss., a pp. 23-24. Sul parere in genere, cfr. ad es. KOOIJMANS, *The Advisory Opinion on Namibia of the International Court of Justice*, in *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, 1973, p. 17 ss.

³⁹ La Corte nega che il parere sia richiesto in connessione all'esercizio di funzioni svolte dal Consiglio di sicurezza in merito ad una controversia in atto fra Stati, al fine di escludere la nomina di un giudice *ad hoc* in relazione all'art. 31 dello Statuto e 83 del Regolamento (ora 89).

5. *Consenso delle parti, discrezionalità della Corte e questioni giuridiche*

Alla luce di quanto osservato sinora circa le diverse prospettive nella quale la funzione consultiva della Corte può essere, ed è stata, considerata, ed in vista dell'atteggiamento attualmente prevalente nell'ambito delle Nazioni Unite, devono essere brevemente esaminati alcuni problemi che si pongono quando essa sia utilizzata in relazione ad una controversia internazionale.

a) Una prima ovvia constatazione è che, alla luce della sua stessa origine ed evoluzione storica, non si può ritenere che alla funzione consultiva non possa farsi ricorso quando la richiesta di parere verta su di una situazione che concreta una controversia in atto fra Stati. Si tratta di un'idea di tanto in tanto affacciata nella prassi⁴⁰, che però non ha fondamento alcuno. Basterebbe a convincerne, del resto, la stessa formulazione testuale di alcune delle norme relative alla funzione consultiva, come gli attuali articoli 87 e 89 del regolamento della Corte e le varie versioni precedenti sin dalla revisione del 1927, come già, d'altronde, lo stesso tenore dell'art. 14 del Patto della Società delle Nazioni. Il maggior rilievo assunto nella pratica delle Nazioni Unite dall'aspetto «organico» della funzione non può contraddire tale conclusione, posto che deriva da circostanze di ordine puramente politico incapaci di incidere sulla fisionomia giuridica dell'istituto.

b) Ammesso che, in linea di principio, nulla si opponga all'esercizio della funzione consultiva in relazione a controversie internazionali, resta da vedere se in tal caso occorra tuttavia il consenso degli Stati che ne sono parti, o se invece, in difetto, la Corte manchi del potere di emanare il parere consultivo.

La questione, come si è già ricordato, fu sollevata per la prima volta in occasione del caso relativo alla *Carelia Orientale*, in cui l'Unione Sovietica rifiutò il proprio consenso all'esercizio dell'attività consultiva della Corte a proposito della controversia che l'opponeva alla Finlandia, e si astenne dal prendere parte alla procedura. Numerosi scrittori sostengono che il provvedimento adottato in quel caso dalla Corte stabilisce il principio dell'esigenza del consenso, e che le successive pronunzie divergenti della Corte nel caso della *Frontiera fra Turchia e Irak (Mossul)*⁴¹ e in quello dell'*Interpretazione dei trattati di pace* sono indice di un

⁴⁰ Si vedano, ad es., le opinioni dissidenti del giudice Azevedo nel caso relativo alle *Condizioni di ammissione di uno Stato come membro delle Nazioni Unite*, in C.I.J., *Recueil*, 1947-48, p. 57 ss., a p. 73 ss.; e nel caso dell'*Interpretazione dei trattati di pace*, C.I.J., *Recueil*, 1950, p. 79 ss.; e del giudice Krylov nell'ultimo caso citato, in C.I.J., *Recueil*, 1950, p. 111. Con riferimento alla Corte permanente, cfr. già MERIGGI, *Le funzioni consultive*, cit., p. 23 ss.

⁴¹ C.P.J.I., *Série B*, n. 12, p. 6 ss. Qui vi fu opposizione della Turchia all'investitura della Corte, ma anche una sua limitata cooperazione allo svolgimento della procedura avanti al Consiglio ed alla Corte (ad es., mediante la produzione di documenti). Inoltre, la questione sottoposta alla Corte non investiva la sostanza della controversia, ma soltanto alcuni problemi di procedura relativi alla determinazione dei poteri degli organi della S.d.N. Questi elementi sembrano essere stati decisivi, nell'economia del parere emanato dalla Corte, ai fini della soluzione accolta. Sul punto, cfr. KEITH, *The Extent of the Advisory Jurisdiction*, cit., p. 97 ss.

mutamento di giurisprudenza⁴². Ma una simile tesi sembra frutto di inadeguata valutazione di quel precedente, in cui la Corte chiaramente fece dipendere la propria decisione dalle particolari disposizioni del Patto della S.d.N. in materia di controversie in cui fosse parte uno Stato non membro. Per di più, essa dichiarò esplicitamente che non vi era la necessità di prendere posizione sulla questione di principio⁴³. Non vi è dubbio, pertanto, che nella giurisprudenza della Corte non esista alcuna contraddizione sul punto: le differenze di accento e di prospettive che si riscontrano nei pareri della Corte permanente e in quelli della Corte attuale sono la conseguenza, non di un mutamento di giurisprudenza, ma delle mutate condizioni in cui viene esercitata la funzione consultiva, e del diverso significato che vi viene attribuito. La tesi contraria alla necessità del consenso, d'altronde, appare del tutto fondata, sia in vista dell'inesistenza di ogni limitazione soggettiva all'azione dell'organizzazione nella Carta delle Nazioni Unite⁴⁴, sia in vista dell'inapplicabilità dei normali principi sulla giurisdizione della Corte in materia contenziosa. Data la radicale diversità del fondamento del potere della Corte in materia contenziosa ed in materia consultiva – riportabile all'atteggiamento della volontà delle parti, il primo; al sistema delle N.U., il secondo⁴⁵ –, sarebbe del tutto infondato il tentativo di applicare sul punto alla materia consultiva i principi validi per quella contenziosa. E per la stessa ragione anche il tentativo di fondare la necessità del consenso sulla norma contenuta nell'art. 68 dello Statuto⁴⁶ appare inaccettabile. Anche a voler ammettere che il riferimento alle disposizioni dello Statuto che si applicano in materia contenziosa sia idonea a ricomprendere i principi fondamentali sull'esercizio della funzione giurisdizionale, e non soltanto le regole procedurali dello Statuto stesso, rimane pur sempre vero che tali norme non potrebbero ritenersi applicabili in vista del diverso fondamento della funzione consultiva e della diversa efficacia del parere rispetto alla sentenza.

c) Ciò posto, peraltro, ci si deve ancora chiedere se, in caso di mancanza del consenso di una o più parti della controversia, la Corte possa o debba fare uso di una propria facoltà discrezionale e rifiutare pertanto di emettere il parere.

⁴² Cfr., ad es., GROSS, *The International Court of Justice*, cit., p. 355 ss.; PRATAP, *The Advisory Jurisdiction*, cit., p. 157 ss.

⁴³ *Série B*, n. 5, p. 27.

⁴⁴ Cfr., sul punto le osservazioni del rappresentante degli Stati Uniti avanti alla Corte nel caso dell'*Interpretazione dei trattati di pace* (C.I.J., *Mémoires, plaidoiries et documents, Interprétation des Traités de paix*, 1950, pp. 274-276).

⁴⁵ Su questo punto insiste particolarmente MIGLIAZZA, *I rapporti fra il Tribunale amministrativo*, cit., p. 272 ss.

⁴⁶ Ossia, sul richiamo in materia consultiva alle norme applicabili in materia contenziosa. Si veda ROSENNE, *The Law and Practice*, cit., vol. 2, p. 652, che sottolinea come la ragione fondamentale dell'introduzione della norma sia stato il desiderio di porre delle regole idonee a soddisfare le condizioni cui gli Stati Uniti avevano subordinato la loro adesione allo Statuto della Corte. Su questa vicenda, cfr. anche KEITH, *The Extent of the Advisory Jurisdiction*, cit., p. 101 ss.; e in precedenza, PERASSI, *Gli Stati Uniti d'America e la Corte permanente di giustizia internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 1926, p. 106 ss.; BALDONI, *Gli Stati Uniti e la Corte di giustizia internazionale*, ivi, 1929, p. 237 ss.

L'esistenza di una sfera di discrezionalità in materia di emanazione di pareri consultivi è largamente ammessa in dottrina, sulla base della dizione dell'art. 65 dello Statuto, che sembra conferire alla Corte un semplice potere, e non un dovere⁴⁷. La giurisprudenza delle due Corti, peraltro, pur affermando in linea di principio l'esistenza di tale sfera di discrezionalità, non ne ha mai fatto uso in pratica (l'unica eccezione essendo per le ragioni già viste il caso *Carelia*), facendo piuttosto prevalere l'altro principio da essa affermato in materia: che, cioè, l'attività consultiva rappresenta una partecipazione della Corte all'attività dell'organizzazione, ed il parere non dovrebbe pertanto venire rifiutato ove non esistano pressanti ragioni in contrario⁴⁸. Nonostante l'affermazione teorica, sembra però che la sfera di tale discrezionalità debba venir ridotta sino a praticamente scomparire, in vista dell'accentuazione del vincolo organico che lega la Corte alle N.U.⁴⁹ ed alla estrema difficoltà di concepire una valutazione da parte di un organo giurisdizionale, dell'opportunità di fare esercizio delle proprie stesse funzioni. Una valutazione siffatta, in realtà, può appartenere alla sola competenza dell'organo politico, a meno che non attenga alla possibilità di assicurare il rispetto del carattere giudiziale proprio della funzione della Corte, tanto sul piano dell'oggetto della richiesta di parere, quanto su quello del procedimento⁵⁰.

La mancanza del consenso di una o più parti della controversia non potrà se non eccezionalmente dar luogo ad ipotesi di questo tipo (si pensi, ad esempio, all'assoluta impossibilità di accertare fatti essenziali per il giudizio richiesto), ed in ogni caso non rileverà come tale, ma soltanto per le eventuali conseguenze cui possa dar luogo.

d) Rimane da considerare la delimitazione dell'oggetto del parere consultivo nel caso di controversia internazionale. Secondo l'art. 65 dello Statuto, il parere deve avere per oggetto una questione *giuridica*⁵¹: il carattere giuridico della questione sottoposta alla Corte segna così il limite della competenza della stessa in

⁴⁷ L'art. 65 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, com'è noto, ha modificato il tenore della versione francese dell'art. 14 del Patto della S.d.N. introducendo l'espressione «peut donner» in luogo di quella, più perentoria, «donnera». L'argomento che si vuole trarre dall'espressione testuale non è però del tutto decisivo, posto che, com'è stato a volte osservato, l'uso del verbo «potere» potrebbe alludere più che all'esistenza di un potere discrezionale, all'attribuzione alla Corte di un nuovo potere accanto a quello di risolvere controversie in via contenziosa.

⁴⁸ Si vedano, ad esempio, i pareri consultivi emanati nei seguenti casi: *Interpretazione dei trattati di pace*, C.I.J. *Recueil*, 1950, p. 72; *Riserve alla convenzione per la prevenzione del delitto di genocidio*, *Recueil*, 1951, p. 15 ss.; *Sentenze del Tribunale amministrativo dell'organizzazione internazionale del lavoro*, *Recueil*, 1956, p. 86; *Certe spese delle Nazioni Unite*, *Recueil*, 1962, p. 155; *Namibia*, *Recueil*, 1971, p. 23 ss. Si veda, inoltre, in dottrina CONFORTI, *Le Nazioni Unite*, II, Padova, 1974, p. 158 ss.

⁴⁹ Così CONFORTI, *Le Nazioni Unite*, cit., p. 161 s.

⁵⁰ Per qualche esemplificazione, ma in contesto probabilmente troppo estensivo, cfr. ROSENNE, *The Law and Practice*, cit., vol. 2, p. 708 ss.

⁵¹ Sul punto, cfr. ROSENNE, *op. ult. cit.*, p. 702 ss.; KEITH, *The Extent of the Advisory Jurisdiction*, cit., p. 50 ss.; PRATAP, *The Advisory Jurisdiction*, cit., p. 126 ss.

materia consultiva. Si tratta di un requisito espressamente stabilito dall'attuale testo dell'art. 65, che peraltro era già considerato insito nella natura stessa della funzione consultiva nell'ambito della Società delle Nazioni, quale conseguenza del carattere giudiziale dell'attività della Corte.

Di per sé, la determinazione del carattere giuridico di una questione non è tale da dare adito a dubbi di rilievo. Tale carattere è indubbiamente presente tutte le volte che alla Corte sia richiesto un giudizio che comporti l'interpretazione o l'applicazione di norme giuridiche internazionali, e la prassi della Corte è costante nel senso di considerare tale elemento, ad un tempo, necessario e sufficiente⁵². D'altronde, trattandosi di una caratteristica di una «questione» i cui termini sono formulati da un organo dell'ente internazionale, il punto di vista di quest'ultimo è evidentemente suscettibile di univoca determinazione, e non esiste la possibilità che sul punto vi siano caratterizzazioni divergenti. In altri termini, non esiste qui la possibilità, presente nel caso di controversia internazionale, che i diversi atteggiamenti della volontà delle parti da cui questa risulta siano in parte giuridici, in parte politici, essendo ad esempio fondata sul diritto la pretesa, e non essendolo la resistenza, o viceversa⁵³. Il che non significa, comunque, che il punto di vista dell'organo che richiede il parere sia determinante per la caratterizzazione della questione nei confronti della Corte: al contrario, si deve ammettere che questa sia libera di procedere, nell'ambito del problema a lei sottoposto, ad una più corretta determinazione dell'aspetto giuridico della questione⁵⁴.

Nel caso che il parere sia richiesto in relazione ad una controversia internazionale, il carattere giuridico della questione non dipende dalla natura della controversia in sé stessa, che può essere anche politica. Determinante risulta pur sempre il particolare «taglio» giuridico della questione sottoposta alla Corte. È stato però sostenuto, a questo proposito, che il carattere politico della controversia (come, del resto, il particolare rilievo politico di qualsiasi questione) potrebbe, o dovrebbe-

⁵² Si vedano i pareri emanati dalla Corte nei casi relativi alle *Condizioni per l'ammissione di uno Stato come membro delle Nazioni Unite*, C.I.J., *Recueil*, 1947-48, p. 57 ss.; alla *Competenza dell'Assemblea generale per l'ammissione di uno Stato alle Nazioni Unite*, *Recueil*, 1950, p. 1 ss.; a *Certe spese delle Nazioni Unite*, *Recueil*, 1962, p. 155.

⁵³ Per la classica problematica relativa alla c.d. *justiciability* delle controversie internazionali, cfr. LAUTERPACHT, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, 1933, p. 163 ss. Per quanto riguarda in generale la definizione della controversia internazionale, e la possibilità che gli atteggiamenti della volontà delle parti, nei quali la stessa può essere scomposta, siano fondati su ragioni di natura diversa (politica o giuridica), si vedano i classici saggi del MORELLI, *La sentenza internazionale*, Padova, 1931, p. 246 ss.; *Nozione ed elementi costitutivi della controversia internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 1960, p. 405 ss. (e in *Studi sul processo internazionale*, Milano, 1963, p. 113 ss.); *Nozioni di diritto internazionale*, Padova, 1967, p. 368 ss.; *Estinzione e soluzione delle controversie internazionali*, in *Comunicazioni e studi*, III, Milano, 1950, p. 43 ss. (e in *Studi*, cit., p. 45 ss.). Si vedano anche ARANGIO RUIZ, *Controversie internazionali*, in *Enc. del diritto*, X, Milano, 1962, p. 381 ss.; FABOZZI, *La nozione di controversia giuridica nel processo internazionale*, in *Comunicazioni e studi*, XI, Milano, 1963, p. 157 ss.

⁵⁴ Cfr. PRATAP, *The Advisory Jurisdiction*, cit., p. 126.

be, indurre la Corte a fare uso del proprio potere discrezionale *ex art.* 65 dello Statuto per rifiutare l'emanazione del parere in vista della sua presumibile inutilità ai fini della soluzione della controversia, ed anzi della possibilità che, in determinate ipotesi – si pensi al parere consultivo relativo a *certe spese delle Nazioni Unite* –, esso possa addirittura introdurre un elemento di rigidità dannoso rispetto all'azione dell'organo politico⁵⁵.

Queste tesi non appaiono, però, da condividere. Alla luce di quanto osservato in precedenza, non può ammettersi che la Corte abbia una sfera di discrezionalità tanto estesa da giungere sin ad una valutazione dei possibili effetti del suo parere. Tale discrezionalità, come si è visto, non può essere riconosciuta al di là di quanto necessario al fine di salvaguardare il carattere giudiziale della Corte stessa e della sua attività. Tutte le volte che la questione sottoposta abbia carattere giuridico, e su di essa possa essere espresso un parere attraverso un procedimento che rispetti le esigenze relative al carattere giudiziale della Corte, essa deve emanare il parere richiestole. È certamente opportuno che la Corte non sia coinvolta in controversie di natura spiccatamente politica, per la soluzione delle quali il chiarimento degli aspetti giuridici non può rivestire, presumibilmente, nessuna utilità. Ma siffatta valutazione non può essere compiuta dalla Corte, che neppure disporrebbe degli strumenti idonei a tal fine, ma soltanto dagli organi politici delle Nazioni Unite.

⁵⁵ Si veda, in particolare, GREIG, *The Advisory Jurisdiction*, cit., p. 325. I casi di pareri consultivi espressi dalla Corte in vicende di particolare rilievo politico sono numerosi: classico rimane quello relativo al *Regime doganale fra Germania e Austria (Protocollo del 19 marzo 1931)*, in C.P.J.I., *Série A/B*, n. 41, p. 37 ss. (sul quale cfr. ad es. BRIERLY, *The Advisory Opinion of the Permanent Court on the Customs Regime between Germany and Austria*, in *Zeitschrift für ausl. öff. Recht und Völkerrecht*, 1932, p. 68 ss.; JESSUP, *The Customs Union Advisory Opinion*, in *American Journal of Int. Law*, 1932, p. 105 ss.). Altro notevole e recente esempio quello del parere relativo a *Certe spese delle Nazioni Unite*, C.I.J., *Recueil*, 1962, p. 151 ss.

La giurisdizione sugli Stati stranieri tra Convenzione di New York, norme internazionali generali e diritto interno *

SOMMARIO: 1. La Convenzione del 2 dicembre 2004. – 2. Panorama dei principali contenuti della Convenzione. – 3. La Convenzione e il diritto internazionale generale. – 4. Le incertezze della prassi: il caso dell'Argentina. – 5. Immunità dalla giurisdizione e diritto internazionale generale. – 6. Diritto internazionale e diritto interno in materia di giurisdizione su Stati stranieri.

1. La Convenzione del 2 dicembre 2004

Il 2 dicembre 2004 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha adottato, con la sua Risoluzione A/59/38, la Convenzione delle Nazioni Unite sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati e dei loro beni. La Convenzione è stata poi aperta alla firma in data 17 gennaio 2005, e lo è rimasta sino al 17 gennaio 2007, come previsto dal suo art. 28; l'entrata in vigore avrà luogo, in base all'art. 30, trenta giorni dopo il deposito del trentesimo strumento di ratifica o di adesione, essendo la Convenzione aperta all'adesione di qualsiasi Stato (art. 29.2) ¹.

La Convenzione rappresenta il coronamento di oltre venti anni di lavori nell'ambito della Commissione del diritto internazionale, che dopo aver messo il tema allo studio nell'ormai lontano 1979 approvò il 4 luglio 1991 un progetto di articoli in seconda lettura. Il testo finale venne elaborato e negoziato sulla base di tali articoli da un Comitato *ad hoc*, che adottò una relazione finale sul testo il 5 marzo 2004 dopo tre sessioni di lavori. Tale Comitato *ad hoc* era stato costituito dall'Assemblea Generale nel 2000, dopo che il tema era stato ulteriormente dibattuto dalla Commissione su invito dell'Assemblea Generale ².

* Pubblicato in *Comunicazioni e studi* dell'Istituto di diritto internazionale dell'Università di Milano, vol. XXIII, Milano, 2007, pp. 1-21.

¹ Alla data del 15 novembre 2007 la Convenzione risulta ratificata da quattro soli Stati, dopo essere stata firmata nei due anni nei quali è rimasta aperta alla firma da ventotto Stati. L'Italia non figura tra gli Stati firmatari, né ha ad oggi depositato alcuno strumento di adesione.

² Per la storia dei lavori che hanno condotto alla Convenzione si vedano D.P. STEWART, *The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, in *Am. J. Int. L.*, 2005, p. 194 ss.; H. FOX, *The Law of State Immunity*, Oxford, 2004, p. 216 ss. Il Report del Comitato *ad hoc* venne adottato dall'Assemblea generale il 28 ottobre 2004 (UN Doc. A/59/508, *Report of the Sixth Committee* del 30 novembre 2004).

La Convenzione rappresenta il tentativo più ampio e impegnativo di pervenire ad una disciplina internazionale di una materia che, pur tra le più classiche del diritto internazionale, è ancora oggetto di soluzioni divergenti all'interno degli ordinamenti degli Stati. Negli ultimi decenni vi sono numerosi esempi di normative interne specificamente intese alla regolamentazione della materia, a cominciare dalle leggi degli Stati Uniti d'America del 1976 e del Regno Unito del 1978³, ma una siffatta "nazionalizzazione" della disciplina non ha contribuito all'affermazione di soluzioni largamente condivise. Si direbbe anzi che, con il diffondersi di norme nazionali intese a regolare più analiticamente i vari aspetti del fenomeno, le differenze tendano ad accentuarsi, dando luogo a disparità di trattamento non facilmente giustificabili. L'opportunità di raggiungere una disciplina capace di raccogliere un consenso sufficientemente esteso da parte degli Stati è quindi di per sé evidente, e lo sforzo di pervenirvi attraverso la nuova Convenzione, in questo senso, è certamente apprezzabile. E naturalmente troppo presto per formulare ragionevoli previsioni in merito alla possibilità, o alla probabilità, che la Convenzione entri in vigore tra un numero sufficientemente ampio di Stati, così da potere, da una parte, svolgere un ruolo significativo nell'ambito dell'ordinamento internazionale, e dall'altro, fornire la base per l'affermazione delle regole che essa enuncia come norme di diritto internazionale generale⁴. In questa sede, ci si limiterà a svolgere alcune considerazioni generali intese a collocare l'insieme della disciplina contenuta nella Convenzione nel quadro relativo all'esercizio della giurisdizione sugli Stati stranieri quale si ricava, da un lato, dallo stato del diritto internazionale generale esistente, e dall'altro, dall'esistenza di normative nazionali, siano esse di natura legislativa o giurisprudenziale. A questi fini, è anzitutto opportuno individuare sinteticamente i più significativi contenuti della nuova Convenzione.

2. Panorama dei principali contenuti della Convenzione

La Convenzione comprende in primo luogo una parte introduttiva, gli articoli da 1 a 4, contenenti alcune disposizioni generali relative all'ambito di applicazione della normativa – le immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni –, alle definizioni dei termini usati – si veda in specie la definizione di "Stato", che include non solo lo Stato in senso proprio ed i suoi organi od enti territoriali e non, ma anche i rappresentanti dello Stato che agiscono in tale qualità –⁵, all'esclusio-

³ Per lo stato delle principali legislazioni interne in materia si veda H. FOX, *The Law of State Immunity*, cit., p. 124 ss., ove si trova un analitico esame dell'applicazione delle leggi inglese e statunitense.

⁴ Una decisa affermazione dell'utilità della Convenzione, e dell'opportunità che il Regno Unito ne divenga parte, si trova in H. FOX, *In Defence of State Immunity: Why the UN Convention on State Immunity Is Important*, in *Int. Comp. L. Quart.*, 2006, p. 399 ss.

⁵ La Convenzione si applica pertanto a materie diverse da quella della giurisdizione sugli Stati stranieri in senso stretto. Le considerazioni del testo non riguardano peraltro gli aspetti relativi alle c.d. immunità funzionali.

ne di certe materie quali le immunità diplomatiche e consolari o quelle delle missioni speciali e dei Capi di Stato, alla non retroattività della Convenzione (art. 4 in base al quale essa non si applica nei procedimenti iniziati prima della sua entrata in vigore per gli Stati interessati).

Le norme della Parte II (articoli 5-9) sono intitolate ai “Principi generali”. Aderendo ad una prospettiva propria di Paesi favorevoli all’idea dell’immunità assoluta, l’art. 5 enuncia quale regola generale quella per cui uno Stato gode di immunità dalla giurisdizione dei giudici di un altro Stato per quanto riguarda la sua persona e i suoi beni “subject to the provisions of the present Convention”; e la Parte III elenca, negli articoli da 10 a 17, una serie nutrita di ipotesi nelle quali l’immunità non può essere invocata. Le norme della Parte II comprendono poi la determinazione delle modalità per assicurare l’immunità allo Stato straniero da parte di uno Stato contraente (art. 6), le ipotesi di rinuncia espressa all’immunità (art. 7), le conseguenze della partecipazione dello Stato ad un procedimento avanti ai giudici di un altro Stato (art. 8), e le ipotesi di domande riconvenzionali (art. 9). Queste ultime non sono precluse dall’immunità, se proposte in procedimenti promossi dallo Stato o nei quali questo sia intervenuto; e impediscono che lo Stato faccia valere l’immunità cui avrebbe diritto, se da esso proposte in un procedimento instaurato nei suoi confronti⁶.

La Parte III, come si è detto, comprende l’elenco dei casi in cui l’immunità non può essere invocata. Si tratta di numerose ed ampie serie di ipotesi, in buona parte riprese dall’esperienza di note ed importanti legislazioni nazionali e della Convenzione di Basilea del 1972 sull’immunità degli Stati: e l’ampiezza del catalogo è tale, da impedire di poter realmente considerare il principio immunitario come principio generale, come vorrebbe l’art. 5.

La prima ipotesi considerata riguarda le operazioni commerciali (art. 10), riguardo alle quali l’immunità non può essere invocata in procedimenti relativi alle operazioni stesse quando per tali procedimenti sussista la giurisdizione del giudice di un altro Stato in base alle norme di diritto internazionale privato applicabili (salva l’ipotesi di operazione tra Stati o di accordo espresso in contrario)⁷. La definizione di operazione commerciale è fornita dall’art. 2.1 lett. c) della Convenzione: si intendono per tali i contratti o le operazioni commerciali per la vendita di beni o la fornitura di servizi; i contratti di mutuo od altre operazioni di carattere

⁶Un esame analitico del Progetto del 1991, dal quale la Convenzione trae origine, e delle sue modifiche sino al 2004 si trova in H. FOX, *The Law of State Immunity*, cit., p. 216 ss. Cfr. anche D.P. STEWART, *The UN Convention*, cit., p. 196 ss.

⁷Nonostante qualche tentativo in contrario, la Convenzione non include dunque norme intese a disciplinare in modo uniforme l’esigenza di contatti giurisdizionali con lo Stato del foro, ma rimette la questione al diritto di quest’ultimo: tale questione riveste pertanto carattere preliminare. La soluzione così adottata ha incontrato forti critiche soprattutto perché l’introduzione nella convenzione di norme uniformi relativamente all’estensione della giurisdizione nei confronti degli Stati stranieri veniva vista nella prospettiva di azioni tendenti alla condanna per violazione di diritti fondamentali della persona umana (a proposito delle quali si veda però la successiva nota 10).

finanziario, comprese le obbligazioni di carattere fidejussorio o indennitario relative a tali mutui o a tali operazioni; e qualsiasi altro contratto od operazione di carattere commerciale, finanziario o professionale, esclusi i contratti di lavoro subordinato. Assai importante è la disposizione contenuta nell'art. 2.2, relativa alla determinazione del carattere commerciale dell'operazione secondo la lettera c) dell'art. 2.1: si stabilisce qui che ai fini di tale determinazione si deve far riferimento in via primaria (*primarily*) alla *natura* del contratto e dell'operazione, ma che si debba prendere in considerazione anche lo *scopo*, se le parti abbiano così convenuto o se, nella pratica dello Stato del foro, lo scopo è rilevante al fine di stabilire il carattere non commerciale del contratto o dell'operazione⁸.

La seconda ipotesi considerata nella Parte III (art. 11) riguarda i contratti di lavoro. Qui, la regola adottata è che l'immunità non può venire invocata dallo Stato in relazione ad un procedimento concernente un contratto di lavoro tra lo Stato e un individuo se il lavoro è svolto, in tutto o in parte, nel territorio dello Stato ove il procedimento è instaurato. Il par. 2 dell'art. 11 prevede però una serie di eccezioni al principio così enunciato. Anzitutto, per i casi di rapporto avente ad oggetto lo svolgimento di funzioni particolari comportanti l'esercizio di attività di governo o di dipendente che rivesta la qualità di agente diplomatico o consolare o di membro di missioni speciali o presso organizzazioni internazionali, o altro soggetto che goda di immunità diplomatica. Altre eccezioni riguardano l'oggetto del procedimento: la giurisdizione viene esclusa se si tratta di azione relativa all'assunzione, al rinnovo del rapporto od alla reintegrazione del lavoratore, oppure se l'oggetto è il licenziamento o la risoluzione del rapporto di lavoro di una persona fisica e se, a giudizio del Capo dello Stato e del governo o del Ministro degli esteri dello Stato parte, il procedimento interferirebbe con gli interessi della sicurezza dello Stato. L'immunità può, ancora, essere invocata se il dipendente ha la cittadinanza dello Stato che lo ha assunto al momento dell'instaurazione del procedimento (a meno che egli non abbia la residenza stabile nello Stato del foro), e se vi è accordo scritto in questo senso tra dipendente e Stato (salva l'ipotesi che esistano considerazioni di ordine pubblico tali da attribuire giurisdizione esclusiva ai giudici dello Stato del foro in dipendenza dell'oggetto del procedimento)⁹.

Secondo l'art. 12, l'immunità non può essere invocata in procedimenti relativi ad azioni di risarcimento danni da illeciti imputabili allo Stato ove l'azione o l'omissione abbiano avuto luogo nel territorio dello Stato in cui il procedimento si

⁸ La disposizione è frutto di un evidente compromesso, lasciando irrisolto quello che rappresenta uno dei più frequenti motivi di controversia nella determinazione del carattere di una determinata operazione, e vede affermate nella prassi soluzioni contraddittorie. Per un esempio v. *infra*, par. 4; e per un giudizio critico, H. FOX, *The Law of State Immunity*, cit., p. xi s.

⁹ Si veda la regolamentazione, parzialmente divergente, contenuta nell'art. 5 della Convenzione di Basilea del 1972 (in vigore tra soli otto Stati, tra i quali non figura l'Italia: ma che spesso la Casazione italiana considera "riproduttiva" di orientamenti seguiti a livello internazionale). E si paragoni la soluzione della Convenzione del 2004 con quella affermata dalla giurisprudenza italiana più recente, a proposito della quale cfr. le considerazioni di cui al par. 6.

svolge e l'autore fosse presente in tale territorio al momento del fatto. Nessuna ulteriore specificazione è contenuta nella norma, né per quanto riguarda l'eventuale scissione tra luogo del fatto produttivo del danno e luogo dell'evento, né per quanto attiene al tipo di attività produttiva del danno stesso. In particolare, non viene chiarito se l'ipotesi prevista dall'art. 12 ricomprenda anche quelle in cui il danno consegua ad un illecito che si concreti in un atto posto in essere da uno Stato nell'esercizio dei suoi poteri sovrani: se, in altri termini, la tradizionale distinzione fra atti *jure imperii* e atti *jure gestionis* conservi significato anche all'interno dell'ipotesi in questione¹⁰.

Altre ipotesi in cui l'immunità non può essere invocata secondo la Convenzione riguardano la proprietà e il possesso di beni immobili situati nello Stato del foro, i diritti su beni acquistati dallo Stato per successione o donazione e a titolo di occupazione di beni vacanti, o quelli su beni oggetto di amministrazione (a titolo di trust, concorso, o liquidazione) (art. 13); i diritti di proprietà intellettuale ed industriale (art. 14); la partecipazione in società o altri enti collettivi (art. 15); l'utilizzazione di navi per fini diversi da quelli pubblici non commerciali e il trasporto di carico a mezzo delle stesse (art. 16); i procedimenti giudiziari relativi ad arbitrati rispetto ai quali lo Stato sia vincolato nei confronti di stranieri da clausole arbitrali (art. 17)¹¹.

La Parte IV contiene alcuni articoli (da 18 a 21) relativi alle misure cautelari ed esecutive nei confronti di beni di proprietà statale, distinguendo fra misure di carattere coercitivo anteriori alla sentenza e misure successive. Salvi i casi in cui lo Stato abbia specificamente consentito all'adozione dei provvedimenti in questione nei modi indicati, l'immunità è esclusa soltanto per le seconde nell'ipotesi in cui si tratti di beni specificamente destinati a fini non di carattere pubblico non commerciale, siano nel territorio dello Stato del foro ed abbiano un collegamento con il soggetto nei cui confronti il procedimento era diretto (art. 19 lett. c)¹².

La parte V enuncia una serie di regole relative a problemi di significativo rile-

¹⁰ In relazione alla giurisprudenza su controversie concernenti atti illeciti compiuti da Stati stranieri si è posta la questione dell'applicabilità dell'art. 12 in situazioni nelle quali venga imputata ad uno Stato la violazione di diritti fondamentali della persona umana, in particolare nel corso di conflitti armati. Al riguardo è da rilevare che l'opinione prevalente, avvalorata dalla dichiarazione del Presidente del Comitato *ad hoc* Gerhard Hafner, è nel senso che la Convenzione non sia applicabile ad attività di carattere militare; d'altro canto, il par. 2 della risoluzione dell'Assemblea generale che adotta la Convenzione del 2004 accetta "the general understanding of the ad hoc Committee that the convention does not cover criminal proceedings" (Ris. UNGA 59/38).

¹¹ La Convenzione segue qui, con diverse modifiche, l'elencazione dei casi nei quali la giurisdizione è ammessa così come formulata negli articoli da 6 a 13 della Convenzione europea di Basilea del 1972 sull'immunità degli Stati.

¹² La disciplina della Convenzione è dunque sul punto più favorevole alla controparte dello Stato rispetto a quella della Convenzione europea ricordata alla nota precedente, la quale all'art. 23 prevede quale sola ipotesi di esercizio della giurisdizione esecutiva e cautelare quella in cui esista uno specifico consenso scritto dello Stato. Sul tema in generale si veda H. FOX, *The Law of State Immunity*, cit., p. 368 ss.

vo pratico, quali il procedimento di notifica allo Stato dell'atto introduttivo del procedimento (art. 22), le condizioni per la pronuncia di sentenze contumaciali, la loro notifica e i termini per l'impugnazione (art. 23), e gli ulteriori privilegi ed immunità spettanti allo Stato nel corso del procedimento, quale l'esclusione di multe od ammende, così come di depositi e cauzioni di qualsiasi genere (art. 24).

L'ultima Parte della Convenzione contiene le clausole finali, fra le quali va ricordato in particolare l'art. 25 che menziona un Allegato alla Convenzione dichiarandolo parte integrale della medesima. Tale Allegato consiste in una serie di intese raggiunte dalle Parti contraenti in sede di negoziato in relazione alla portata di alcuni articoli del testo, e riprodotte nell'Allegato stesso come elementi rilevanti ai fini dell'interpretazione della Convenzione insieme ad altri dati quali i Rapporti elaborati nell'ambito della Commissione del diritto internazionale, quelli del Comitato *ad hoc* e le dichiarazioni del suo Presidente nonché la risoluzione dell'Assemblea generale che ha adottato la Convenzione¹³.

3. *La Convenzione e il diritto internazionale generale*

La disciplina normativa che si è rapidamente sintetizzata sin qui si inserisce in un quadro assai variegato, composto sia da regole appartenenti al diritto internazionale generale (e in parte anche pattizio), sia da norme poste in essere dai legislatori nazionali o elaborate in via giurisprudenziale. E dunque opportuno tentarne una valutazione da questo punto di vista.

Il primo, e forse più rilevante, aspetto a venire in considerazione è il rapporto tra le regole enunciate dalla nuova convenzione e quelle del diritto internazionale generale. Se ne occupa, ancorché con indicazioni scarsamente conclusive, il Preambolo della stessa Convenzione: da un lato, affermando in via generale che “le immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni sono generalmente accettate come principio di diritto internazionale”, dall'altro dichiarando che una convenzione su tale materia “contribuirebbe alla codificazione e allo sviluppo del diritto internazionale e all'armonizzazione della prassi in tale settore”, e ancora dichiarando di prendere in considerazione “gli sviluppi della prassi degli Stati” in materia. Codificazione e sviluppo progressivo del diritto internazionale sono naturalmente, tra le finalità assegnate dall'art. 13 dello Statuto alla stessa Assemblea generale delle Nazioni Unite, e sono in diversa misura presenti in tutte le convenzioni elaborate nell'ambito della Commissione del diritto internazionale. Per quanto riguarda la Convenzione qui considerata, però, il primo elemento – quello

¹³ Tra le “Intese” va ricordata quella relativa all'art. 17, che chiarisce come fra le “operazioni commerciali” rispetto alle quali può essere intervenuta una clausola arbitrale debbano essere comprese operazioni di investimento. Tutti gli elementi indicati nel testo sono rilevanti ai fini dell'interpretazione della Convenzione, in base rispettivamente agli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

della vera e propria codificazione – appare nettamente secondario rispetto agli sviluppi del diritto esistente, ai quali essa intende contribuire.

Non è infatti possibile rinvenire nella Convenzione norme che presentino davvero la caratteristica di riflettere esattamente lo stato del diritto consuetudinario esistente, se non a un livello alquanto elevato di astrazione. Certo non possono essere considerate riproduttive dello stato in questione le regole che la Convenzione contiene nella sua Parte V, che riguardano specifici aspetti di carattere procedurale, né quelle in materia di procedimenti cautelari ed esecutivi di cui alla Parte IV, che si occupano di aspetti oggetto delle più vive incertezze nella pratica degli Stati. Ma anche per ciò che concerne le regole contenute nelle Parti II e III della Convenzione, relative al principio stesso dell'immunità degli Stati ed ai casi in cui tale principio non può essere invocato, non si può ritenere di essere di fronte a norme riproduttive del diritto internazionale generale quale è oggi vigente.

Un solo punto può oggi essere considerato certo e incontestabile: non esiste attualmente nell'ambito della Comunità internazionale una situazione che consenta di individuare, sotto il profilo della pratica degli Stati e della loro *opinio juris*, una norma consuetudinaria che obblighi ciascuno di essi a non sottoporre alla propria giurisdizione un altro Stato in via generale ed assoluta. Il principio della c.d. immunità assoluta non è più, da tempo, parte del diritto internazionale generale¹⁴. Una tale constatazione di carattere negativo non consente però, di per sé, di concludere che esiste una norma consuetudinaria ispirata ad un diverso principio. Essa si limita in realtà a registrare il fatto, in sé indiscutibile, che è venuta meno, ormai da lungo tempo, la norma sull'immunità anticamente esistente. Contrariamente a quanto spesso si ritiene, questa conclusione non permette di affermare la positiva esistenza di una norma generale ispirata al c.d. principio dell'immunità ristretta. L'alternativa fra immunità assoluta e immunità ristretta vale a contrapporre due situazioni in cui uno Stato si trova nei confronti dell'esercizio della giurisdizione degli altri: ma non significa affatto che, sul piano del diritto internazionale generale, il venir meno della prima, come conseguenza di un fenomeno di desuetudine, comporti senz'altro il formarsi di una norma generale ispirata all'opposto principio dell'immunità ristretta.

Per poter affermare l'esistenza di norme di questo tipo, occorrerebbe che la prassi internazionale individuasse, con la necessaria nettezza e con i requisiti richiesti per la formazione di norme generali, i precisi contorni della distinzione fra

¹⁴ La conclusione è pressoché unanimamente condivisa, ed è, in particolare, presente in tutte le opere più recenti ed approfondite specificamente dedicate alla materia: per tutti cfr. H. FOX, *The Law of State Immunity*, cit., p. 67 ss. Ne sono del resto chiara testimonianza le legislazioni interne ispirate al principio dell'immunità ristretta emanate in Stati, quali la Gran Bretagna e gli Stati Uniti, già assertori del principio dell'immunità assoluta. Alla stessa conclusione la dottrina e la prassi pervenivano d'altronde da lungo tempo in molti altri Paesi: per tutte, si ricorda in Italia l'opera di R. QUADRI, *La giurisdizione sugli Stati stranieri*, Milano, 1941, ora in *Scritti giuridici, I, Diritto internazionale pubblico*, Milano, 1988, p. 241 ss. Si veda anche G. MORELLI, *Il diritto processuale civile internazionale*, Padova, 1938, p. 149 ss.

atti per i quali la giurisdizione altrui non può esercitarsi – i c.d. atti *jure imperii* – e atti che rimangono soggetti a tale giurisdizione – i c.d. atti *jure gestionis* –; dovrebbero essere inoltre individuate con precisione le varie specie di atti rientranti nella seconda categoria. Soltanto sulla base di un'individuazione siffatta sarebbe possibile configurare l'esistenza di norme internazionali generali che affermino il principio dell'immunità ristretta. In mancanza di questa precisa distinzione, viene meno ogni possibilità di individuare lo specifico contenuto della presunta norma, e dunque di affermarne l'esistenza come regola internazionalmente vincolante che stabilisca il principio dell'immunità ristretta.

L'esame della prassi internazionale degli ultimi decenni evidenzia la presenza di indirizzi sostanzialmente uniformi per quanto riguarda l'astensione degli Stati dall'esercizio della giurisdizione in relazione alla prima categoria di atti menzionata, i c.d. atti *jure imperii*, essenzialmente identificabili in quelli nei quali si esprime, nelle sue varie forme e manifestazioni, l'esercizio del potere sovrano dello Stato (legislativo, amministrativo, giurisdizionale). Riguardo a tali atti, è indubbiamente possibile individuare una norma di carattere generale che vieta a tutti gli altri Stati di interferire attraverso l'esercizio della propria giurisdizione nell'esercizio del potere sovrano che in tali atti si attua e concreta¹⁵. Si tratterà peraltro di stabilire se il contenuto di tale norma possa venire adeguatamente descritto in termini di immunità¹⁶.

Con riferimento invece ai c.d. atti *jure gestionis*, la prassi attuale degli Stati, pur concorde nell'escludere una immunità assoluta dalla giurisdizione, non permette l'indicazione di criteri precisi ed uniformi capaci di offrire un catalogo internazionalmente obbligatorio di attività in relazione alle quali l'esercizio della giurisdizione è ammesso. Questa mancanza impedisce di affermare l'esistenza di una norma generale che affermi il principio dell'immunità ristretta, la quale presupporrebbe invece la presenza di criteri di identificazione degli atti e delle attività soggetti alla giurisdizione. L'impossibilità di identificare con la dovuta precisione il secondo elemento della distinzione – i c.d. atti *jure gestionis* – impedisce dunque di configurare norme generali capaci di delineare sistema e principi dell'immunità ristretta.

L'incertezza che nella prassi internazionale contraddistingue la materia relativa all'esercizio della giurisdizione rispetto agli atti menzionati risulta con assoluta evidenza se si considera quello che è forse il più rilevante esempio di atti *jure gestionis*: quelli che la Convenzione del 2004 riunisce nella categoria delle operazioni commerciali (art. 2.1 lett. c) e 10 Conv.). L'identificazione degli atti rientranti in tale categoria dipende essenzialmente dal criterio in prevalenza utilizzato a tal

¹⁵ Sull'individuazione della sfera coperta dalla norma internazionale sulla c.d. immunità, si veda R. QUADRI, *La giurisdizione*, cit., p. 241 ss.; M. PANEBIANCO, *Giurisdizione interna e immunità degli Stati stranieri*, Napoli, 1967, p. 150 ss.; ed il mio lavoro *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano, 1972, spec. p. 179 ss.

¹⁶ Si veda oltre, par. 5 del testo.

fine, che varia nei diversi sistemi da quello della *natura* a quello dello *scopo* dell'atto o dell'attività posta in essere dallo Stato. Sul ricorso all'uno o all'altro criterio, o alla combinazione di entrambi, i vari sistemi si presentano irrimediabilmente divisi, e la stessa Convenzione del 2004, come si è visto, non è stata in grado di sciogliere il nodo e di andare oltre una formula di evidente compromesso quale si ritrova nel suo art. 2.2¹⁷.

4. *Le incertezze della prassi: il caso dell'Argentina*

Un'illustrazione particolarmente chiara dei problemi provocati dalla indicata diversità di criteri è offerta dalla vicenda che in anni recenti ha opposto lo Stato argentino ad una serie di suoi creditori obbligazionari, rimasti insoddisfatti nei loro diritti a seguito dei provvedimenti di moratoria del debito estero emanati da quello Stato per far fronte alla crisi economica e finanziaria del Paese. Di fronte alla sospensione del pagamento di capitale e interessi relativi al debito scaduto, conseguente ai suddetti provvedimenti, molti creditori instaurarono azioni intese al recupero di quanto ad essi dovuto avanti a giurisdizioni statunitensi, tedesche ed italiane. La prima difesa fatta valere dallo Stato argentino in tali azioni fu, nella generalità dei casi, l'eccezione tratta dall'affermata immunità giurisdizionale di cui lo Stato avrebbe goduto¹⁸. L'atteggiamento assunto al riguardo dalle giurisdizioni interessate non fu però uniforme. Mentre negli Stati Uniti¹⁹ e in Germania l'immunità venne rifiutata, in Italia – dopo qualche iniziale incertezza – l'eccezione venne accolta, con la definitiva negazione della giurisdizione italiana in relazione alle azioni proposte dai creditori da parte della Corte di Cassazione²⁰.

¹⁷Nonostante le lunghe discussioni sul punto, i redattori della Convenzione non sono riusciti a raggiungere l'accordo su di una definizione uniforme dei criteri utilizzabili per determinare il carattere privatistico e commerciale di una determinata operazione, e neppure di raggiungere un'intesa relativamente all'interpretazione della norma rilevante della Convenzione. Il Gruppo di lavoro afferma nella sua relazione del 1999 che "in view of the different facts of each case as well as the different legal traditions, the members of the Group... felt that the distinction between the so-called nature and purpose tests might be less significant in practice than the long debate about it might imply" (A/CN.4/L/576, par. 60): ma l'affermazione sembra alquanto ottimistica, e riconduce comunque ad una considerazione casistica che è scarsamente compatibile con l'accertamento di una regola internazionalmente vincolante.

¹⁸Per un panorama della vicenda si veda M. BORDONI, *Bonds argentini, immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione e stato di necessità: orientamenti giurisprudenziali a confronto*, in questo stesso volume, p. 139 ss.

¹⁹Già nel 1992, in occasione di una precedente crisi finanziaria, la Corte Suprema degli Stati Uniti negò all'Argentina l'immunità dalla giurisdizione facendo leva sul carattere commerciale delle operazioni di finanziamento in base alla legislazione interna, e precisamente alla Sect. 1605 del *Foreign Sovereign Immunities Act*: sentenza del 12 giugno 1992, *Republic of Argentina v. Weltover Inc.*, 504 US 607 (1992), in *Int. L. Rep.*, 1995, vol. 100, p. 509 ss.

²⁰Con l'ordinanza resa a sezioni unite in data 27 maggio 2005 n. 11225, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 1091 ss. Per alcune altre decisioni dei giudici di merito, che si espressero nella gran-

Senza voler ripercorrere qui le vicende che caratterizzano le diverse controversie, va sottolineato che la diversità delle posizioni assunte dai giudici dei tre Paesi ricordati in merito ad una situazione sostanzialmente coincidente²¹ deriva proprio dal diverso punto di vista adottato quanto alla caratterizzazione degli atti posti in essere dallo Stato argentino. Negli Stati Uniti, dove veniva anzitutto in considerazione una norma interna, la Sect. 1605 (a) (2) del *Foreign Sovereign Immunities Act* del 1976, si è affermata la sindacabilità da parte del giudice locale di tutti gli atti dello Stato argentino, in quanto connessi ad attività di natura commerciale da esso svolta in sede di raccolta di fondi attraverso l'emissione dei prestiti obbligazionari. In Germania, in assenza di disposizioni legislative interne, si è considerata egualmente determinante la natura privatistica degli atti in cui si erano concretate le operazioni di finanziamento, e si sono presi in considerazione i provvedimenti di moratoria unicamente sotto il profilo dell'eventuale causa di giustificazione del mancato pagamento del debito²². In Italia invece la giurisdizione italiana sulle azioni proposte dai creditori è stata negata sulla base del carattere pubblicistico e sovrano degli atti con i quali lo Stato argentino aveva vietato ogni trasferimento di capitali inteso al rimborso del debito pubblico. Pur affermando il carattere privatistico degli atti in cui si era concretata l'emissione del prestito, qualificati come atti *jure gestionis*, i giudici italiani, ed in particolare la Cassazione, valorizzano il carattere pubblicistico e sovrano degli atti con i quali era stata disposta la moratoria del pagamento, che considerano come l'oggetto principale della valutazione anziché riassorbirli nell'ambito del carattere privatistico proprio delle operazioni di finanziamento nel loro insieme²³.

La soluzione così affermata può essere, ed è stata, criticata, non per la qualifica attribuita agli atti di moratoria come tali, ma per il carattere decisivo conferito a quella qualifica ai fini del giudizio complessivo in ordine alla giurisdizione. Se dal punto di vista della natura di tali atti in sé stessi il carattere sovrano non può essere posto in discussione, rimane da spiegare perché le "essenziali finalità di tutela dell'economia nazionale" che li ha determinati possa assumere rilievo preminente cancellando la natura privatistica e commerciale dell'intera operazione, sul-

de maggioranza a favore dell'immunità, cfr. M. BORDONI, *Bonds argentini*, cit. *supra*, nota 18, p. 139 ss., e precedentemente S. DORIGO, *Il debito pubblico argentino di fronte ai giudici italiani*, in *Riv. dir. int.*, 2002, p. 958 ss.

²¹ Peraltro con una differenza, consistente nel fatto che a favore dei giudici statunitensi e tedeschi esisteva nei contratti di finanziamento una clausola di proroga della giurisdizione, assente per quanto riguarda i titoli collocati in Italia: e da ciò qualche giudice fece derivare l'esistenza di una rinuncia all'immunità da parte dell'Argentina.

²² Si vedano le vicende e le decisioni menzionate nello scritto di M. BORDONI (*supra*, nota 18).

²³ L'eventualità che atti di carattere pubblicistico sovrano vengano a sovrapporsi nel corso del tempo ad originari atti di mero carattere privatistico si è verificata anche in altri casi noti alla prassi internazionale, ricevendo soluzioni non uniformi anche in relazione alle differenze delle singole specie: cfr. H. Fox, *The Law of State Immunity*, cit., pp. 158 ss. Si veda anche J. CRAWFORD, *International Law and Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions*, in *British Year Book Int. L.*, 1983, p. 75 ss., p. 94 ss.

l'esecuzione della quale andava ad incidere. E ciò tanto più, in quanto la giurisprudenza italiana ha sempre affermato la necessità di far riferimento, ai fini del giudizio in ordine alla sottoposizione di uno Stato straniero alla giurisdizione, al criterio della natura dell'attività posta in essere, e non a quello della sua finalità²⁴. Le ragioni che la giurisprudenza, in particolare quella della Cassazione, richiama, che attengono all'impossibilità di svolgere "apprezzamenti ed indagini sull'esercizio dei poteri pubblicistici dello Stato straniero" disapplicandone gli atti²⁵ e che sono considerate decisive al fine di escludere la giurisdizione italiana, sembrano piuttosto rilevanti per affermare, sul piano del merito, l'esigenza di tener conto delle norme straniere nel giudizio sulla fondatezza delle pretese fatte valere dai creditori.

A prescindere dalla correttezza delle soluzioni raggiunte nei singoli casi, la vicenda ora ricordata dimostra come gli orientamenti dei vari Stati siano tra loro discordanti per quanto riguarda la determinazione degli atti e dei comportamenti statali in relazione ai quali la giurisdizione straniera si può esercitare.

5. Immunità dalla giurisdizione e diritto internazionale generale

La diversità di atteggiamenti rilevata sin qui, particolarmente chiara nel caso argentino, impedisce di considerare oggi esistente una norma internazionale generale, di origine consuetudinaria, che disciplini la sottoposizione degli Stati stranieri alla giurisdizione in termini di immunità c.d. ristretta. In realtà, la regola generale individuabile è una soltanto: quella che obbliga tutti gli Stati a non interferire, attraverso l'esercizio della propria giurisdizione, nel diritto esclusivo di ogni Stato di esercitare in via esclusiva la propria potestà di governo (o, se si vuole, la propria *jurisdiction* nel senso anglosassone del termine). In altre parole, la norma vieta a tutti gli Stati di esercitare la propria giurisdizione per sottoporre a sindacato atti pubblicistici e sovrani stranieri impedendone gli effetti che sono loro propri nei rispettivi sistemi di appartenenza²⁶.

La norma di cui si tratta non è una norma specifica relativa all'immunità giurisdizionale degli Stati. Essa non è altro che la norma che tutela la sovranità confe-

²⁴ Si vedano le critiche di A. CIAMPI, *Bonds argentini e immunità degli Stati stranieri*, in *Int'l Lis*, 2005, p. 148 ss.

²⁵ Di "disapplicazione degli atti" emanati dallo Stato straniero fanno menzione diversi provvedimenti di giudici di merito, affermandone l'inammissibilità e pertanto rifiutando di assumere giurisdizione sulle domande dei creditori, l'accoglimento delle quali avrebbe comportato appunto la disapplicazione degli atti sovrani argentini: cfr. ad esempio Trib. Roma, 16 luglio 2003, e 8 novembre 2004; Trib. Milano, 11 marzo 2003; Trib. Vicenza, 11 dicembre 2003, tutte in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 1102 ss.

²⁶ Per la dimostrazione dell'esistenza di una norma internazionale generale avente la portata indicata, mi permetto di rinviare al mio lavoro *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, citato sopra alla nota 15, pp. 143 ss., 246 ss.

rendo a ciascuno Stato il diritto esclusivo all'indisturbato svolgimento della sua complessiva attività di governo, al riparo da interferenze altrui. Nel particolare profilo che qui interessa, la norma garantisce l'esercizio indisturbato di tale attività, nei suoi aspetti diversi da quelli meramente materiali e territoriali, libero da ogni interferenza che altri Stati possano attuare attraverso l'attività dei propri organi giurisdizionali.

Ne consegue che non è possibile parlare, propriamente, di una norma internazionale generale sull'immunità giurisdizionale degli Stati, ma solo di una norma – di carattere generale e fondamentale – che tutela la sovranità dello Stato nei suoi vari aspetti e direzioni. D'altro lato, la tutela che questa norma assicura non riguarda soltanto la posizione dello Stato quale convenuto in procedimenti avanti ai giudici di altri Stati, ma opera assicurando gli effetti degli atti statali al riparo da interferenze giurisdizionali altrui anche quando lo Stato non assuma la veste di convenuto in giudizio²⁷. Per quanto la questione non venga generalmente presa in considerazione sotto il profilo dell'immunità, sembra indubbio che il principio generale così individuato sia destinato a trovare applicazione anche in casi di questo genere, spiegando il fondamento ultimo di soluzioni che vengono spesso ricondotte a principi diversi, frequentemente di mero diritto interno²⁸.

6. *Diritto internazionale e diritto interno in materia di giurisdizione su Stati stranieri*

Fin qui il diritto internazionale generale.

La Convenzione di New York del 2004, partendo dal nucleo fondamentale della norma generale individuata, ne opera una traduzione in termini di immunità, enunciando il principio generale che si legge nel suo art. 5. Per le ragioni indicate in precedenza, la regola così enunciata non può essere considerata l'espressione del diritto internazionale vigente, ma deve essere letta in collegamento con tutte le altre norme della Convenzione che determinano i casi in cui la giurisdizione può essere esercitata. Così intese, le norme convenzionali nel loro complesso rappresentano il tentativo di dar vita ad una normativa internazionalmente obbligatoria in materia di giurisdizione sugli Stati stranieri. Se la Convenzione entrerà in vigore, questa normativa vincolerà gli Stati contraenti, costituendo forse la spinta ver-

²⁷ Per un cenno a questo specifico profilo si veda R. QUADRI, *L'immunità di giurisdizione degli Stati stranieri*, in *Annali dir. int.*, 1965, ed ora in *Scritti giuridici*, cit., I, p. 765 ss., a p. 776.

²⁸ E il caso del principio della non sindacabilità da parte del giudice di atti di Stato stranieri, noto alla prassi anglosassone come *Act of State theory*: sulle differenze che distinguono tale dottrina dalla regola immunitaria nel diritto inglese ed americano si veda H. FOX, *The Law of State Immunity*, cit., p. 477 s. In altri sistemi giuridici, come quello italiano, le esigenze che stanno alla base della regola internazionale trovano a volte soddisfacimento attraverso principi di diritto internazionale privato, come ad esempio il riconoscimento di situazioni giuridiche realizzate all'estero secondo il diritto applicabile a prescindere da qualsiasi considerazione attinente all'ordine pubblico.

so una più larga accettazione dei suoi contenuti nella prassi degli Stati. Qualora invece essa non riesca ad entrare in vigore, non è escluso che la prassi finisca per orientarsi egualmente verso le soluzioni in essa fissate, contribuendo così ad un'affermazione di quei contenuti a livello di norme generali.

In ogni caso, lo studio della materia considerata impone di tenere ben distinte le regole di condotta che, a livelli diversi, possono esplicare effetti sulla disciplina della giurisdizione sugli Stati stranieri.

Ad un primo e più generale livello, si collocano i principi appartenenti al diritto internazionale generale, oggi ancora limitati al nucleo fondamentale di tutela sopra indicato.

Ad un secondo livello, si riscontrano nuclei di regolamentazione internazionale pattizia, oggi ancora limitati sotto il profilo dell'ambito oggettivo o soggettivo di applicazione. Si pensi alla Convenzione di Bruxelles del 1926 sull'unificazione di alcune regole concernenti le immunità delle navi di Stato, o a quella di Basilea del 1972 sull'immunità degli Stati, in vigore tra otto soli Stati. A questo stesso livello verrà a collocarsi, qualora entri in vigore, la Convenzione di New York del 2004.

Ad un terzo livello, infine, si trovano le norme e i principi, di carattere legislativo o giurisprudenziale, che intervengono all'interno dei vari ordinamenti a regolare la materia. Trattandosi di rapporti che, per definizione, sono oggetto di considerazione a livello di giurisdizioni nazionali, è naturale che la prima fonte rilevante sia proprio quella che appartiene all'ordinamento interno. L'esperienza degli ultimi decenni offre numerosi ed importanti ipotesi di legislazioni interne²⁹, che hanno rappresentato un esempio largamente seguito anche nei lavori della Commissione del diritto internazionale. Non meno rilevanti sono peraltro i risultati dell'elaborazione giurisprudenziale sviluppata in diversi Paesi, fra cui anche l'Italia.

Le fonti interne presentano peraltro una particolarità, che ne rende spesso difficile la valutazione, contribuendo alla complessità dello studio della materia considerata. Leggi, atti amministrativi e decisioni giurisprudenziali relativi alla giurisdizione sugli Stati stranieri costituiscono comportamenti di Stati, che possono venire in considerazione a duplice titolo: da un lato, come attuazione interna di principi e norme internazionali, e pertanto da valutare sotto il profilo della corretta applicazione di questi ultimi; e dall'altro, come elementi di una prassi ancora in via di formazione, ossia come atti intesi a promuovere la creazione di regole nuove.

Nella prassi italiana, le decisioni giurisprudenziali rilevanti sono numerose, e nel corso degli anni hanno recato un notevole contributo alla formazione di regole interne a proposito di diversi aspetti della materia. A prescindere dalla prassi meno recente, che viene riconosciuta da tutti gli esperti della materia come quella

²⁹ Prime fra tutte, naturalmente, quelle degli Stati Uniti (*Foreign Sovereign Immunities Act*, 1976) e del Regno Unito (*State Immunity Act*, 1978).

che, insieme alla giurisprudenza belga, ha maggiormente contribuito all'affermazione del principio dell'immunità ristretta³⁰, vanno menzionati qui tre aspetti, per i quali l'esperienza italiana appare particolarmente significativa.

Anzitutto, si può ricordare l'ormai consolidata distinzione fra atti *jure imperii* e atti *jure gestionis* affermata e ribadita in una lunga serie di casi. Per quanto riguarda la prima categoria, la giurisprudenza italiana attua e conferma la regola internazionale relativa alla protezione della potestà di governo degli altri Stati; con riferimento alla seconda, essa riafferma il principio dell'immunità ristretta, che – come si è ricordato – aveva contribuito a far prevalere sul piano internazionale, e al tempo stesso ribadisce il criterio della natura dell'atto e dell'attività statale e non della sua finalità, come decisivo al fine della appartenenza alla categoria. Le regole giurisprudenziali affermatesi a questo proposito, pur spesso presentate dai giudici come attuazione di principi internazionali, rappresentano in realtà sviluppi originali propri dell'ordinamento giuridico italiano, e come tali devono essere anzitutto apprezzati³¹.

Non diversamente è a dire a proposito di una seconda importante ipotesi, che riguarda l'esercizio della giurisdizione su rapporti di lavoro con Stati o enti pubblici stranieri. Nel corso degli anni più recenti si è affermata e consolidata, ad opera soprattutto della Corte di cassazione, una giurisprudenza innovativa che, superando dubbi e incertezze in precedenza frequenti, determina l'ammissibilità dell'intervento giurisdizionale facendo ricorso al criterio dell'oggetto dell'azione proposta dal dipendente. La giurisdizione viene affermata, com'è noto, quando la domanda riguarda aspetti meramente patrimoniali del rapporto controverso, ed esclusa quando comporti indagini o sindacato su attività interne e sovrane dello Stato estero, e pertanto l'idoneità della decisione ad interferire nelle funzioni proprie dell'ente. Anche queste regole giurisprudenziali da un lato danno corretta esecuzione al principio ricavabile dalla norma internazionale generale, ma dal-

³⁰ Per un inquadramento della prassi italiana meno recente si veda il mio studio *Stati stranieri*, cit., p. 275 ss.

³¹ Tra le decisioni meno remote nel tempo si possono ricordare Cass. sez. un. 13 marzo 1926 n. 728, in *Riv. dir. int.*, 1926, p. 252 ss.; Cass. sez. un. 21 settembre 1948 n. 1631, in *Foro it.*, 1949, I, 460, nota Bartolomei, e *Giur. it.*, 1950, I, 1, 183, nota R. De Nova; Cass. sez. un. 14 agosto 1953, in *Giur. it.*, 1954, I, 1, 446, nota A. Marazzi; Cass. sez. un., 24 maggio 1956 n. 1757, in *Riv. dir. int.*, 1956, p. 190 ss.; Cass. sez. un. 17 ottobre 1956 n. 3679, in *Riv. dir. int.*, 1957, p. 248 ss., nota L.M. Bentivoglio; Cass. sez. un. 8 giugno 1957 n. 2444, in *Riv. dir. int.*, 1958, p. 123 ss., nota G. Morelli; *Riv. dir. proc.*, 1958, p. 437 ss., nota F. Carnelutti; Cass. sez. un. 8 maggio 1959 n. 1349, in *Giur. it.*, 1959, I, 1, 1333; Cass. sez. un. 14 luglio 1960 n. 1919, in *Giust. civ.* 1960, I, p. 1568; Cass. sez. un. 13 maggio 1963 n. 1138, in *Riv. dir. int.*, 1964, p. 484 ss.; Cass. sez. un. 5 dicembre 1966 n. 2830, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1967, p. 602 ss.; Cass. sez. un. 14 novembre 1972 n. 3368, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1974, p. 101 ss.; Cass. sez. un. 26 maggio 1979, n. 3062, in *Riv. dir. int.*, 1981, p. 169 ss.; Cass. sez. un. 18 ottobre 1993 n. 10294, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 620 ss.; Cass. sez. un. 2 aprile 1993 n. 3966, in *Riv. dir. int.*, 1993, p. 454 ss.; Cass. sez. un. 12 giugno 1999 n. 328, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 727 ss.; Cass. sez. un. 3 agosto 2000 n. 530, in *Riv. dir. int.*, 2000, p. 1155 ss.

l'altro elaborano in via autonoma una serie di criteri di giudizio utilizzabili nei singoli casi concreti, che non trovano preciso riscontro nella disciplina internazionale³².

Un ultimo aspetto riguarda l'affermazione della giurisdizione italiana nei confronti di uno Stato straniero in relazione alla commissione da parte di rappresentanti di questo di atti illeciti qualificabili come crimini di guerra. Secondo la Corte di cassazione, nonostante l'appartenenza della relativa attività alla sfera delle funzioni pubbliche e sovrane, l'immunità non può essere riconosciuta allo Stato responsabile, in quanto la tutela dei diritti fondamentali della persona umana, assicurata da norme internazionali di carattere cogente, prevale sulla norma relativa all'immunità, impedendone l'applicazione³³. Nonostante l'ampia disamina condotta dalla Corte degli elementi rilevanti a livello di prassi internazionale, appare assai dubbio che il limite all'immunità in tal modo rilevato corrisponda realmente ad una regola già affermatasi nella realtà giuridica internazionale. La regola giurisprudenziale affermata si presta piuttosto ad essere considerata quale espressione di un comportamento statale tendente all'affermazione di una norma nuova a livello internazionale.

³² Per il criterio di distinzione indicato nel testo, elaborato al fine di superare le difficoltà attinenti all'applicazione del criterio generale alla materia lavoristica, si vedano: Cass. sez. un. 15 maggio 1989 n. 2329, in *Riv. dir. int.*, 1989, p. 687 ss.; Cass. sez. un. 16 gennaio 1990 n. 145, in *Riv. dir. int.*, 1990, p. 402 ss.; Cass. sez. un. 28 novembre 1991 n. 12771, in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 993 ss.; Cass. sez. un. 18 novembre 1992 n. 12315, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 340 ss.; Cass. sez. un. 24 settembre 1993 n. 9675, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 648 ss.; Cass. sez. un. 20 ottobre 1995 n. 10932, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1996, p. 807 ss.; Cass. sez. un. 15 luglio 1999 n. 395, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 757 ss.; Cass. sez. un. 22 luglio 2004 n. 13711, in *Foro it.*, 2005, I, 428 ss.; Cass. sez. un. 13 settembre 2005 n. 18122, in *Giur. it.*, 2006, 779 ss.

³³ Cass. sez. un. 11 marzo 2004 n. 5044, in *Giur. it.*, 2005, 250 note P. De Sena e F. De Vittor; *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 407 ss.; *Riv. dir. int.*, 2004, p. 539 ss. Sul problema, oggetto attualmente di vivace dibattito e di contrastanti prese di posizione anche in giurisprudenza, si veda in generale L.M. CAPLAN, *State Immunity, Human Rights and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory*, in *Am. J. Int. L.*, 2003, p. 741 ss.; e, con specifico riferimento alla giurisprudenza della Cassazione italiana, A. GIANELLI, *Crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini*, in *Riv. dir. int.*, 2004, p. 643 ss.

Il diritto internazionale generale e le sue fonti*

SOMMARIO: 1.1. Il diritto internazionale nel quadro della società universale del genere umano. – 1.2. Diritto internazionale generale e diritto internazionale particolare. – 2.1. Caratteri essenziali del diritto internazionale generale. – 3.1. La consuetudine internazionale ed i suoi vari elementi ed aspetti. – 3.2. L'accertamento giudiziale delle norme consuetudinarie. – 3.3. Elemento oggettivo ed elemento soggettivo della consuetudine nella pratica giurisprudenziale. – 3.4. I fatti rilevanti al fine della formazione delle norme consuetudinarie: la prassi diplomatica e gli altri atti e comportamenti degli Stati. – 3.5. (segue): la giurisprudenza internazionale. – 3.6. (segue): i trattati internazionali. – 3.7. Il significato attuale del fenomeno consuetudinario. – 3.8. Le contestazioni delle norme consuetudinarie ed il loro rilievo. – 4.1. La codificazione delle norme consuetudinarie. – 4.2. L'opera delle Nazioni Unite per la codificazione. – 4.3. Il significato e la portata degli accordi di codificazione. – 5.1. Le Dichiarazioni di principi dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite. – 6.1. Le moderne trasformazioni nel processo di formazione delle norme consuetudinarie. – 7.1. Le consuetudini regionali e locali. – 8.1. I principi generali di diritto. – 8.2. I principi generali dell'ordinamento internazionale. – 8.3. I principi generali degli ordinamenti giuridici interni e il loro rilievo a livello internazionale. – 8.4. (segue): la funzione integrativa dei principi generali di diritto interno. – 8.5. Determinazione dei principi generali e loro condizioni di utilizzabilità. – 8.6. Ipotesi di utilizzazione dei principi generali. – 9.1. Significato e contenuto del diritto internazionale generale. – 10.1. *Lo jus cogens* internazionale. – 11.1. Le obbligazioni *erga omnes*. – 12.1. Altre fonti di norme internazionali. – 13.1. Le fonti previste da trattati. – 14.1. La c.d. *soft law* in diritto internazionale.

1.1. *Il diritto internazionale nel quadro della società universale del genere umano*

Nell'ambito della società universale del genere umano si è storicamente venuto a sviluppare un nucleo, piuttosto ristretto, di principi e di norme di carattere non scritto, dotati di alcune specifiche e peculiari caratteristiche. Prima tra queste è il fatto che il complesso di principi e norme di cui si parla non ha la funzione di regolare nel suo insieme il comportamento dei soggetti che compongono la società universale nei rapporti che si instaurano tra di loro, o nei rapporti di tali soggetti con i vari centri di potere che si affermano storicamente come in grado di esercitare poteri di governo sulle varie comunità politiche separatamente organizzate.

* Pubblicato in *Istituzioni di diritto internazionale* (a cura di S.M. Carbone, R. Luzzatto, A. Santa Maria), 6^a ed., Torino, 2021, pp. 45-86.

La loro funzione è, invece, quella di regolare giuridicamente i rapporti che si instaurano tra questi centri di potere, ossia – nella realtà storica affermata negli ultimi secoli – fra i vari Stati quali enti indipendenti e sovrani. Come risulta dall'esame dei soggetti e degli attori di quella che si è usi definire la Comunità internazionale, è soltanto come conseguenza della creazione di una disciplina giuridica dei rapporti tra gli Stati, e dell'emergere di talune specifiche esigenze della convivenza tra questi, che l'ambito di applicazione di una serie di norme internazionali è venuto progressivamente ad estendersi sino a prendere in considerazione comportamenti e situazioni facenti capo a soggetti diversi dagli Stati sovrani. In questa prospettiva, appare giustificato dire – come comunemente si fa – che il diritto internazionale pubblico è il diritto della Comunità degli Stati, o della Comunità internazionale. Tuttavia, è opportuno tenere presente che, così facendo, non si deve necessariamente presupporre la configurazione di tale comunità come una società a sé stante avente quali soggetti i soli Stati (e pochi altri enti), priva di qualsiasi collegamento con la società universale del genere umano. È certo possibile che, in determinate epoche storiche, l'atteggiamento concretamente tenuto dagli Stati nelle loro relazioni internazionali sia stato tale da suggerire e giustificare un'impostazione di questo genere. Ma sia sul piano teorico, sia su quello dell'attuale realtà internazionale, una completa e netta separazione dell'ambiente sociale costituito dalla sfera di convivenza degli Stati, quale si esplica nelle loro relazioni internazionali, nei confronti della più ampia realtà rappresentata dalla società universale, non appare più giustificata. La Comunità internazionale deve, pertanto, essere individuata in una specifica sfera di relazioni sociali, quelle appunto che si instaurano attraverso i rapporti internazionali fra gli enti sovrani, ma sempre nell'ambito della società universale del genere umano. La possibilità che quest'ultima esprima un proprio diritto, anche al di là della forma storicamente determinata assunta dall'attuale diritto internazionale, non può essere negata in via di principio: così come non può venire esclusa, in ragione di una presunta assoluta separazione tra i due ambienti sociali, la possibilità di comunicazione e scambio dei valori che vengono ad essere condivisi a livello di società universale, e la loro diretta influenza sul piano delle relazioni internazionali e della loro regolamentazione (si pensi, a questo riguardo, all'attività delle organizzazioni non governative ed all'influenza che esse possono esplicare sul piano del diritto internazionale attraverso la loro presenza all'interno dell'Organizzazione delle Nazioni Unite).

1.2. Diritto internazionale generale e diritto internazionale particolare

Un'altra fondamentale caratteristica del diritto internazionale, inteso come diritto della Comunità internazionale nel senso ora precisato, sta nel carattere "autonomo" di tale diritto. Proprio perché risultante da regole poste in essere per disciplinare relazioni che si instaurano fra enti sovrani, esso non può non essere riconducibile in un modo o nell'altro, ed in forma più o meno diretta, agli atteggiamenti

giamenti, alla condotta od alla vera e propria volontà di tali enti. Si ha dunque, in linea di principio, come comunemente rilevato, coincidenza fra creatori e destinatari delle norme, e non esiste al di sopra degli Stati (e degli altri soggetti *pleno jure* dell'ordinamento) alcun ente idoneo a svolgere la funzione, che negli ordinamenti interni degli Stati è propria del legislatore. La stessa idea si può esprimere, come spesso si fa, dicendo che le funzioni fondamentali dell'ordinamento sono svolte, nel sistema internazionale, in forma "decentrata", in contrasto con l'accenramento che è invece la regola nel diritto dello Stato.

Al dato appena rilevato si ricollega, poi, un'ulteriore importantissima conseguenza che va subito messa in rilievo. A seconda del differente tipo di fatti ai quali la formazione della norma internazionale è riconducibile, può variare la sfera dei destinatari della norma stessa, e quindi il suo ambito di efficacia.

Così, le norme internazionali che vengono poste in essere attraverso uno specifico atto di volontà di due o più Stati inteso alla loro creazione, non possono, in via di principio, che obbligare coloro ai quali tale volontà sia riconducibile: altrimenti, ci si troverebbe di fronte ad un vero e proprio fenomeno di "legislazione internazionale", che lo stato attuale del sistema internazionale esclude. Si tratta del fenomeno pattizio, dominato dal principio della relatività degli effetti dei trattati internazionali (v. *infra*, Cap. III), che dà luogo al c.d. diritto internazionale particolare.

2.1. *Caratteri essenziali del diritto internazionale generale*

Diversamente accade a proposito delle norme internazionali appartenenti al c.d. diritto internazionale generale, o comune. Esse non sono il prodotto di atti di volontà dei soggetti intesi a porle in essere, ma si formano nell'ambiente sociale di convivenza degli Stati quale conseguenza dell'operare di fatti diversi. I fatti che ne determinano il sorgere operano, peraltro, su di un piano pregiuridico, in quanto fattori che orientano in un certo modo l'atteggiamento ed il comportamento degli Stati: ma non sono valutati dal diritto internazionale come di per sé idonei a provocare la nascita della norma generale. Questa viene ad esistenza se ed in quanto esprime una regola di condotta spontaneamente seguita dalla Comunità internazionale nel suo insieme. Le norme generali trovano perciò il loro fondamento ultimo in un fatto sociale, ossia nel riconoscimento spontaneo come diritto da parte dei soggetti delle regole di condotta che esse enunciano.

Non occorre diffondersi qui in un esame dei lunghi dibattiti dottrinali svoltisi, soprattutto in epoca meno recente, circa il fondamento dell'obbligatorietà del diritto internazionale in genere. Ai fini della presente esposizione, è sufficiente rilevare che la discussione si collegava soprattutto ad alcuni presupposti di carattere teorico, legati all'accettazione di postulati propri delle dottrine del positivismo giuridico statualistico nelle loro espressioni più estreme. Una volta affermato, come quelle dottrine facevano, che il fondamento ultimo del diritto non può che

essere individuato nella volontà di un ente capace di imporne l'osservanza – lo Stato –, ne seguiva l'impossibilità di giustificare il diritto internazionale come fenomeno giuridico, se non riconducendolo anch'esso alla volontà statale. Ciò poneva in crisi l'intero edificio del diritto internazionale pubblico, che – a meno di non volerlo senz'altro negare come fenomeno giuridico positivo – si cercava di spiegare riconducendolo, ora all'idea dell'"autolimitazione" da parte degli Stati, ora alla "volontà collettiva" di questi stessi; comunque, ad un fondamento volontaristico. Si tratta, peraltro, di dibattiti teorici ormai nettamente superati, e di posizioni ormai generalmente abbandonate.

Connotato essenziale del diritto internazionale generale è il suo carattere di diritto non scritto. Manca un procedimento di creazione e di formazione delle sue norme, che sia contemplato e regolato dal diritto. Si può dire perciò che, in esso, il momento della creazione è tutt'uno con quello dell'attuazione. La traduzione delle norme in forma scritta – ovviamente possibile, e certo desiderabile dal punto di vista della chiarezza della regolamentazione e della certezza del diritto – è rimessa a chi fa opera di interpretazione, e non si può mai inserire nel processo creativo della norma. Anche quando la redazione per iscritto avviene ai fini della codificazione del diritto, la traduzione in formule scritte, anche dove sia effettuata con la massima fedeltà possibile al reale contenuto della norma non scritta, è, e rimane, fenomeno distinto da quest'ultima, e viene ad accompagnarla, ma non a sovrapporvisi, sostituendola (v. *infra*, par. 4.3).

Le forme nelle quali si manifesta nella realtà contemporanea il diritto internazionale generale sono essenzialmente due: la consuetudine e i principi generali di diritto.

3.1. *La consuetudine internazionale ed i suoi vari elementi ed aspetti*

La consuetudine internazionale viene considerata dalle opinioni più largamente rappresentate, tanto nella pratica giurisprudenziale quanto nell'elaborazione dottrinale, in modo analogo a quello tenuto comunemente presente nell'ambito degli ordinamenti interni. Le norme consuetudinarie internazionali sono così viste come la risultante di due distinti elementi: uno di carattere oggettivo (o materiale), l'altro di carattere soggettivo (o psicologico). Il primo consiste nella ripetizione costante e conforme di un determinato comportamento, considerato – a seconda dei casi – come doveroso, permesso o vietato dalla norma (*usus*). Il secondo consiste invece nell'opinione, o nella convinzione, che il comportamento stesso corrisponda a quanto previsto dalla norma (si parla, utilizzando un'espressione di origine incerta, di *opinio juris et necessitatis*).

Se questa è l'impostazione più largamente presente, va sottolineato che l'ampio dibattito teorico svoltosi da tempo a proposito della nozione di diritto consuetudinario, sia in relazione al diritto interno, sia a quello internazionale, ha dato luogo a posizioni notevolmente divergenti fra loro. Non mancano così coloro che riducono la nozione di consuetudine al solo elemento materiale consistente nel-

l'uso, né – all'opposto – coloro che considerano determinante ai fini del sorgere di una norma giuridica consuetudinaria il solo elemento psicologico, ossia la convinzione che osservando un determinato comportamento si realizzi quanto previsto o richiesto da una norma giuridica. E ciò anche a voler prescindere da impostazioni più datate – o comunque, rispondenti a postulati teorici o ad istanze politiche sostanzialmente superati nella realtà contemporanea – che tendono a ridurre a livello internazionale il fenomeno consuetudinario a fenomeno volontaristico, configurando la consuetudine quale “patto tacito” (ma inevitabilmente deformandone così i caratteri reali).

La svalutazione dell'elemento soggettivo della consuetudine risponde all'idea che esso non può essere rilevante, perché non corrispondente alla realtà, sino al momento in cui la norma non sia venuta ad esistenza in virtù della costante ripetizione della condotta: ma, a quel punto, esso nulla aggiungerebbe al fenomeno già compiuto. La svalutazione dell'elemento oggettivo, al contrario, mentre nega che possa essere determinante ai fini della formazione della norma un elemento non determinato con esattezza nella sua consistenza ed estensione, ne afferma il rilievo quale mera descrizione sociologica di uno dei possibili processi di formazione della norma consuetudinaria, ma individua nella sola *opinio juris* l'elemento capace di spiegare l'affermazione dell'obbligatorietà delle regole di condotta attraverso il riconoscimento da parte dei soggetti. Tra l'altro, soltanto la svalutazione dell'elemento costituito dall'*usus* consentirebbe di aprire la strada ad una più rapida formazione delle norme consuetudinarie ed al loro ricambio in corrispondenza delle mutate necessità sociali, rispondendo in tal modo a precise esigenze della Comunità internazionale contemporanea e ad alcune tendenze presenti nella prassi dell'Organizzazione delle Nazioni Unite.

Guardando al fenomeno consuetudinario da un punto di vista puramente teorico, si può convenire che l'elemento specifico che ne giustifica, dal punto di vista giuridico, la capacità di creare regole di condotta vincolanti per i soggetti internazionali va rinvenuto in un fattore soggettivo, ossia nel riconoscimento della giuridicità della regola. Tuttavia, va tenuta presente la considerazione – già ricordata – che nel diritto non scritto il momento della creazione coincide con quello dell'attuazione della regola di condotta. Se si guarda alla realtà delle relazioni internazionali, ciò contribuisce a spiegare come la concreta realizzazione della condotta e l'intento psicologico che la guida siano tra loro strettamente connessi, e ben difficilmente distinguibili nella pratica con assoluta nettezza.

La distinzione fra i due elementi acquista rilevanza, se si prescinde dall'aspetto puramente teorico, nel momento dell'accertamento giudiziale della norma consuetudinaria.

3.2. *L'accertamento giudiziale delle norme consuetudinarie*

In questa prospettiva, va tenuto presente anzitutto il celebre art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia (mutuato dal precedente dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale), a norma del quale

«1. La Corte, la cui funzione è di decidere in base al diritto internazionale le controversie che le sono sottoposte, applica:

a) le convenzioni internazionali, sia generali che particolari, che stabiliscono norme espressamente riconosciute dagli Stati in lite;

b) la consuetudine internazionale, come prova di una pratica generale accettata come diritto;

c) i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili;

d) con riserva delle disposizioni dell'articolo 59, le decisioni giudiziarie e la dottrina degli autori più qualificati delle varie nazioni come mezzi sussidiari per la determinazione delle norme giuridiche.

2. Questa disposizione non pregiudica il potere della Corte di decidere una controversia *ex aequo et bono* qualora le parti siano d'accordo».

Pur trattandosi di norme che hanno la funzione primaria di indicare le regole sulle quali la Corte deve fondare la propria decisione (ed in questo senso si è parlato in dottrina di “fonti di cognizione” e non di “produzione”), la loro importanza ai fini della ricostruzione complessiva del sistema non può essere misconosciuta, se si tiene presente, fra l'altro, che lo stesso art. 38 indica chiaramente che le fonti che esso elenca devono essere tenute presenti al fine di decidere le controversie sottoposte alla Corte “in base al diritto internazionale”. Ora, la descrizione della consuetudine internazionale che si legge nel testo dell'art. 38 risulta chiaramente ispirata all'idea della presenza di entrambi gli elementi tradizionali della consuetudine: tanto quello oggettivo – la “pratica generale” – quanto quello soggettivo – “accettata come diritto”: dove il termine “accettata”, conformemente al significato che gli è proprio in altre lingue come l'inglese, non va inteso tanto in senso strettamente volontaristico, quanto piuttosto nel senso di “riconosciuta” (come del resto conferma anche la versione francese, che menziona una “*pratique générale acceptée comme étant le droit*”).

A tale descrizione la giurisprudenza internazionale – e, in specie, quella della Corte internazionale di giustizia – si è sempre mantenuta fedele quando si è trovata a dover accertare l'esistenza ed il contenuto di una data regola di diritto internazionale consuetudinario. Nel procedere all'accertamento, la Corte si è anzitutto dedicata all'esame della prassi degli Stati, sotto il profilo dell'esistenza di un comportamento sufficientemente generalizzato e costante nel senso dell'asserita regola, e quindi sotto il profilo del c.d. elemento oggettivo o materiale della consuetudine (*diuturnitas* o *usus*). Ma ha poi avuto cura di precisare che la presenza di una pratica diffusa non è di per sé sufficiente per affermare l'esistenza della norma consuetudinaria, se non è accompagnata dalla convinzione della giuridica obbligatorietà del comportamento (*opinio juris et necessitatis*). Così è avvenuto nel caso della *Delimitazione della piattaforma continentale del Mare del Nord* (Danimarca – Paesi Bassi – Repubblica federale tedesca) sul quale la Corte si è pronunciata con la sentenza del 20 febbraio 1969, che può considerarsi un vero e proprio *grand arrêt* in materia di formazione di norme consuetudinarie internazionali. Dovendo accertare se il principio c.d. dell'equidistanza (dai punti più vi-

cini delle linee di base del mare territoriale o delle coste degli Stati fra i quali il problema della delimitazione si pone), stabilito dall'art. 6 della Convenzione di Ginevra del 1958 sulla piattaforma continentale, fosse divenuto parte del diritto internazionale consuetudinario, la Corte – con riferimento all'atteggiamento degli Stati in materia di delimitazione delle rispettive piattaforme continentali – afferma che:

«il punto essenziale a questo riguardo – e sembra necessario sottolinearlo – è che, anche se i casi di azione da parte degli Stati non parti della Convenzione fossero molto più numerosi di quanto di fatto non siano, essi, anche considerati nel loro insieme, non sarebbero in sé stessi sufficienti a costituire l'*opinio juris*; perché, al fine di arrivare a tale risultato, devono essere soddisfatte due condizioni. Non soltanto gli atti in questione devono rappresentare una prassi consolidata, ma essi devono anche essere tali, od essere posti in essere in modo tale da essere prova di un convincimento che questa pratica è resa obbligatoria dall'esistenza di una regola di diritto che lo richiede. La necessità di un tale convincimento, ossia l'esistenza di un elemento soggettivo, è implicita nella stessa nozione dell'*opinio juris sive necessitatis*. Gli Stati interessati devono pertanto avvertire che si stanno conformando a ciò che costituisce un obbligo giuridico. La frequenza, od anche il carattere abituale degli atti non è sufficiente. Esistono molti atti internazionali, ad esempio nel settore del cerimoniale e del protocollo, che vengono compiuti quasi invariabilmente, ma sono motivati soltanto da considerazioni di cortesia, di opportunità e di tradizione, e non da un qualsiasi senso di dovere giuridico».

A questo riguardo la Corte segue la posizione assunta dalla Corte permanente di giustizia internazionale nel caso *Lotus*, quale enunciata nel passaggio che segue, il cui principio è applicabile per analogia, quasi parola per parola, *mutatis mutandis*, al caso attuale (in *C.P.J.I.*, Série A, n. 10, 1927, 28):

«Anche se la rarità delle decisioni giudiziali reperibili ... fosse sufficiente a dimostrare ... la circostanza allegata ..., ciò mostrerebbe soltanto che gli Stati si sono spesso astenuti, in fatto, dall'esercitare azioni penali, e non che si sono riconosciuti obbligati a farlo; poiché soltanto se l'astensione fosse fondata sulla loro consapevolezza di avere un obbligo di astensione sarebbe possibile parlare di una consuetudine internazionale. Il fatto allegato non consente di inferire che gli Stati siano stati consapevoli di avere un obbligo del genere; d'altra parte, ... vi sono altre circostanze idonee a mostrare che è vero il contrario». Applicando queste affermazioni al caso attuale, la posizione è semplicemente che in certi casi – non molto numerosi – gli Stati interessati hanno convenuto di tracciare, o hanno tracciato, i confini in questione in base al principio di equidistanza. Non vi è prova che essi abbiano agito in questo modo perché si sentivano giuridicamente tenuti a tracciarli in questo modo a causa di una regola di diritto consuetudinario che li obbligava a fare così, specialmente se si considera che essi avrebbero potuto essere motivati da altri ovvi fattori» (CIG, 20 febbraio 1969, *Delimitazione della piattaforma continentale del Mare del Nord*, Repubblica federale tedesca c. Danimarca, Repubblica federale tedesca c. Paesi Bassi, parr. 77-78).

La Corte internazionale di giustizia ha ribadito lo stesso principio nel, più recente, parere consultivo dell'8 luglio 1996, quando si è trovata a dover prendere posizione in merito all'esistenza di una norma consuetudinaria che qualifichi come illeciti la minaccia o l'impiego di armi nucleari. La Corte, premesso che la sostanza del diritto internazionale consuetudinario deve essere ricercata in primo luogo «nella pratica effettiva e *nell'opinio juris* degli Stati», afferma che:

«gli Stati che assumono la posizione che l'uso di armi nucleari è illecito si sono sforzati di dimostrare l'esistenza di una norma consuetudinaria che vieta tale uso. Essi si riferiscono ad una prassi uniforme di non utilizzazione di armi nucleari da parte degli Stati sin dal 1945 e vogliono vedere in tale prassi l'espressione di un'*opinio juris* da parte di coloro che possiedono tali armi.

Alcuni altri Stati, che affermano la liceità della minaccia e dell'uso di armi nucleari in certe circostanze, hanno invocato a sostegno della loro tesi la dottrina e la pratica della dissuasione. Essi ricordano che si sono sempre riservati, di concerto con certi altri Stati, il diritto di usare queste armi nell'esercizio del diritto di autodifesa contro un attacco armato che minacci i loro vitali interessi di sicurezza. Secondo la loro posizione, se non sono state utilizzate armi nucleari dal 1945, ciò non è a causa di una consuetudine esistente o in via di formazione, ma solo perché non si sono fortunatamente verificate circostanze che ne avrebbero potuto giustificare l'impiego.

La Corte non intende pronunciarsi qui sulla pratica nota come “politica di dissuasione”. Essa constata che è un fatto che un certo numero di Stati hanno aderito a tale pratica durante la maggior parte della guerra fredda e continuano ad aderirvi. Inoltre, i Membri della Comunità internazionale sono profondamente divisi sulla questione se la mancanza di ricorso alle armi nucleari nel corso degli ultimi cinquant'anni costituisca l'espressione di un'*opinio juris*. In queste condizioni la Corte non ritiene di poter riscontrare l'esistenza di una tale *opinio juris*» (CIG, 8 luglio 1996, *Parere sulla liceità della minaccia o dell'uso di armi nucleari*, par. 65-67).

Tale approccio è stato recentemente confermato nella sentenza del 3 febbraio 2012 nel caso delle *Immunità giurisdizionali dello Stato* (Repubblica federale tedesca c. Italia), in cui la Corte ha ribadito che

«l'esistenza di una norma di diritto internazionale consuetudinario richiede che vi sia una “pratica effettiva” accompagnata da un'*opinio iuris*» (par. 55). Cfr. inoltre il parere consultivo del 25 febbraio 2019 relativo agli *Effetti giuridici della separazione dell'arcipelago di Chagos da Mauritius* nel 1965, par. 149.

Alla luce dei principi come sopra enunciati dalla giurisprudenza, la determinazione e l'accertamento di una regola di diritto internazionale consuetudinario dovrebbero aver luogo sulla base e quale risultato di un riscontro positivo dell'esistenza di uno o più dei fattori (quali elencati *infra*, par. 3.4) idonei a realizzare la formazione della norma che si tratta di identificare. L'esame della giurisprudenza, in particolare della Corte internazionale di giustizia, evidenzia peraltro la non infrequente presenza di situazioni nelle quali l'esistenza della regola consuetudina-

ria in concreto applicata non risulta tanto accertata sulla base di una valutazione accurata e precisa degli elementi rilevanti a questo fine, quanto piuttosto individuata con procedimenti di carattere deduttivo attinenti alla ricostruzione del contenuto e della portata della norma applicata alla luce della sua collocazione nell'ambito del sistema giuridico internazionale, dei rapporti della stessa con altre norme appartenenti allo stesso sistema o della possibilità di estenderne la fattispecie sino a rendere la regola idonea a corrispondere a nuove esigenze corrispondenti a valori riconosciuti dalla Comunità internazionale. Il ricorso a procedimenti di questo genere ai fini della ricostruzione delle norme consuetudinarie internazionali contribuisce ad assicurare l'unitarietà e la coerenza sistematica dell'ordinamento, superando l'idea del diritto internazionale generale come risultante dalla mera sommatoria di nuclei ristretti di norme consuetudinarie incapaci di dar vita ad un insieme normativo dotato di un grado elevato di sistematicità.

3.3. *Elemento oggettivo ed elemento soggettivo della consuetudine nella pratica giurisprudenziale*

Se la sola constatazione di una pratica, pure diffusa e uniforme, non è stata ritenuta sufficiente a dimostrare l'esistenza di una norma consuetudinaria in mancanza dell'elemento soggettivo, neppure la mera affermazione di un'*opinio juris* può essere considerata idonea a giustificare la presenza di una norma consuetudinaria, se essa non si traduce in una pratica corrispondente. Anche tale esigenza di effettiva aderenza di quanto affermato sul piano astratto a ciò che viene davvero tradotto in pratica nel comportamento concretamente tenuto dai soggetti delle relazioni internazionali ha trovato occasione di essere sottolineata dalla Corte internazionale di giustizia. Nel caso delle *Attività militari e paramilitari in Nicaragua e contro il Nicaragua*, la Corte osserva che:

«vi è in fatto prova ... di un notevole grado di accordo fra le parti quanto al contenuto del diritto internazionale consuetudinario relativo al non impiego della forza e al non-intervento. Tale concorrenza di punti di vista non dispensa tuttavia la Corte dal dovere di accertare essa stessa quali regole di diritto internazionale consuetudinario sono applicabili. Il mero fatto che degli Stati dichiarino di riconoscere certe regole non è sufficiente perché la Corte le consideri come parte del diritto internazionale consuetudinario, e come tali applicabili a quegli Stati. Vincolata come essa è dall'art. 38 del suo Statuto ad applicare, *inter alia*, la consuetudine internazionale "come prova di una pratica generale accettata come diritto", la Corte non può trascurare il ruolo essenziale svolto dalla pratica generale. Ove due Stati convengano di incorporare una particolare regola in un trattato internazionale, il loro accordo è sufficiente a fare di tale regola una regola giuridica, vincolante nei loro confronti; ma nel campo del diritto internazionale generale, l'opinione condivisa dalle Parti quanto al contenuto di quella che essi considerano la regola non è sufficiente. La Corte deve accertare che l'esistenza della regola nell'*opinio juris* degli Stati sia confermata dalla prassi» (CIG, 27 giugno 1986,

Attività militari e paramilitari in Nicaragua e contro il Nicaragua, Nicaragua c. Stati Uniti d'America, par. 184).

In un ordine d'idee non dissimile la stessa Corte parla del diritto consuetudinario come di un diritto che:

«comprende in realtà un insieme ristretto di norme intese ad assicurare la coesistenza e la cooperazione vitale dei membri della Comunità internazionale, insieme al quale si aggiunge una serie di regole consuetudinarie la cui presenza nell'*opinio juris* degli Stati si prova per via di induzione e partendo dall'analisi di una pratica sufficientemente nutrita e convincente e non per via di deduzione partendo da idee precostituite a priori» (CIG, 12 ottobre 1984, caso del *Golfo del Maine*, Canada c. Stati Uniti, par. 111).

Il ruolo dei due elementi che concorrono nel processo di formazione delle norme internazionali consuetudinarie ed il rapporto che li unisce possono essere descritti (in modo adeguato) nei termini che risultano dall'esposizione che precede in tutte le ipotesi in cui si trovi di fronte a regole ormai consolidate, a proposito delle quali l'*opinio juris* degli Stati trova adeguata dimostrazione nella pratica da essi seguita ed al tempo stesso si spiega facilmente per la presenza di una regola già operante. È quanto accade a proposito delle ipotesi più tradizionali di norme consuetudinarie, quali quelle – ormai plurisecolari – che tutelano lo svolgimento delle attività degli Stati nell'ambito della loro cerchia spaziale. La situazione può però assumere aspetti diversi in relazione alle varie ipotesi di regole consuetudinarie, ed in particolare alle circostanze del loro processo formativo ed alla sua rapidità, ed al momento in cui viene in concreto a porsi la questione dell'esistenza di una data regola. La stretta connessione che indubbiamente esiste fra quelli che si è soliti considerare i due elementi propri delle norme consuetudinarie spiega allora come, variando le circostanze che accompagnano la formazione di una norma, possa variare anche il modo di atteggiarsi di ciascuno di essi.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di norme consuetudinarie sorte al fine di disciplinare relazioni fra Stati in materie nuove, in precedenza prive di regolamentazione: quali le norme in materia di attività degli Stati negli spazi extra-atmosferici, o quelle riguardanti l'estensione dei poteri degli Stati nelle zone marittime al di là del mare territoriale o nel sottosuolo marino. Regole del genere hanno la caratteristica comune di essersi sviluppate con notevole rapidità, sulla spinta di alcune specifiche esigenze avvertite come essenziali da parte di alcuni Stati. Ciò ha fatto sì, da una parte, che la pratica dei soggetti si sia manifestata con particolare intensità e frequenza nella fase iniziale portando rapidamente all'affermazione della regola. D'altra parte, a questa maggior concentrazione nella manifestazione degli elementi della prassi fa riscontro un particolare atteggiarsi dell'elemento soggettivo: in questa fase iniziale, infatti, più che la consapevolezza di tenere un comportamento previsto o richiesto da una norma, esso si traduce in una precisa direzione della volontà e dell'azione di certi soggetti, intese a far sì che la regola

voluta trovi le condizioni necessarie per la sua affermazione. Anche la pratica giurisprudenziale dà atto della possibilità che una norma consuetudinaria venga a formarsi in un lasso di tempo relativamente breve: si veda la già citata sentenza della Corte internazionale di giustizia, nel caso della *Delimitazione della Piattaforma continentale del Mare del Nord*, in cui la Corte afferma che:

«sebbene il passaggio soltanto di un breve periodo di tempo non costituisca necessariamente, o di per sé, un impedimento alla formazione di una nuova norma di diritto internazionale consuetudinario sulla base di quella che era originariamente una norma puramente convenzionale, un requisito indispensabile è che nel periodo in questione, per quanto breve possa essere stato, la pratica degli Stati, compresa quella degli Stati particolarmente interessati, sia stata estesa e virtualmente uniforme nel senso della disposizione invocata e si sia manifestata in modo da stabilire un riconoscimento generale del fatto che una regola di diritto o un obbligo giuridico è in giuoco» (par. 74).

Importante appare qui la precisazione che, quando la norma venga a formarsi in un breve periodo di tempo, deve concorrere l'atteggiamento di tutti gli Stati i cui interessi siano specificamente posti in giuoco. È inoltre opportuno considerare come, nella fase della formazione della regola consuetudinaria, l'elemento soggettivo venga a configurarsi, per certi versi, più in senso volontaristico che puramente psicologico: i soggetti che assumono un ruolo particolarmente attivo nell'attuare i comportamenti considerati lo fanno indubbiamente con il preciso intento di promuovere la modificazione del diritto vigente nel senso voluto, mentre coloro che prestano acquiescenza o comunque si allineano possono essere mossi, più che dalla convinzione che si tratti di un comportamento previsto da una norma, dalla semplice persuasione di essere di fronte a qualcosa che risponde ad esigenze della convivenza sociale (c.d. *opinio necessitatis*).

La stretta interdipendenza fra elemento materiale ed elemento psicologico della consuetudine che si traduce nei diversi aspetti esaminati sinora, può assumere rilievo in una direzione ancora diversa, anche questa puntualmente colta dalla giurisprudenza internazionale. Si tratta qui di considerare le caratteristiche che la pratica degli Stati deve presentare per dare origine ad una regola consuetudinaria. Si parla normalmente a questo riguardo di pratica ripetuta, costante ed uniforme, intendendosi per tale quella che risulta da comportamenti fra loro simili e coerenti, sia con riferimento a ciascuno Stato, sia riguardo al loro insieme. Questo requisito, però, va preso in considerazione e determinato in vista della valutazione della pratica in correlazione con l'elemento soggettivo, e non semplicemente ricercando una meccanica corrispondenza di comportamenti ripetuti, che può benissimo mancare.

Prendendo in considerazione le norme consuetudinarie concernenti il divieto di uso della forza ed il principio di non intervento, la Corte internazionale di giustizia si esprime nei termini seguenti:

«Non ci si deve aspettare che nella prassi degli Stati l'applicazione delle norme in questione sia stata perfetta, nel senso che gli Stati si siano astenuti, in completa coerenza, dall'uso della forza o dall'intervento ciascuno negli affari interni degli altri. La Corte non considera che, perché una norma sia stabilita come consuetudinaria, la prassi corrispondente debba essere in conformità assolutamente rigorosa rispetto alla regola. Al fine di dedurre l'esistenza di norme consuetudinarie, la Corte ritiene sufficiente che la condotta degli Stati sia, in generale, coerente con tali regole, e che i casi di condotte statali non coerenti con una data regola siano stati trattati in generale come violazioni di essa, non come indicazioni del riconoscimento di una nuova norma. Se uno Stato agisce in maniera a prima vista incompatibile con una regola riconosciuta, ma difende la propria condotta invocando eccezioni o giustificazioni contemplate nella stessa norma, il significato di tale atteggiamento è di confermare piuttosto che di indebolire la norma, indipendentemente dal fatto che la condotta dello Stato sia in fatto giustificabile su quella base» (CIG, 27 giugno 1986, *Attività militari e paramilitari in Nicaragua e contro il Nicaragua*, cit., par. 186).

3.4. *I fatti rilevanti al fine della formazione delle norme consuetudinarie: la prassi diplomatica e gli altri atti e comportamenti degli Stati*

Venendo ora ad esaminare più da vicino in che cosa gli elementi rilevanti ai fini della formazione delle norme consuetudinarie internazionali possono essere individuati, va in primo luogo sottolineato che la relativa rilevazione non può obbedire ad alcun criterio di natura formale, proprio perché si tratta di accertare un fatto sociale e non di determinare se è stato posto in essere un procedimento regolato dal diritto. Quanto osservato sin qui rende, poi, evidente che i fatti idonei a determinare la formazione della norma internazionale consuetudinaria vanno ricercati e individuati unitariamente, senza poter tracciare una distinzione netta fra quelli attinenti all'elemento materiale e quelli relativi all'elemento soggettivo della consuetudine; come si è visto, si tratta di due profili, in pratica, strettamente connessi tra loro. L'interprete è dunque costretto a rivolgere la propria attenzione a tutta una varia molteplicità di manifestazioni riconducibili agli Stati (e, nella misura in cui possano essere significative, agli altri soggetti internazionali), nell'ambito delle quali soltanto per comodità possono essere distinte diverse categorie di fatti. Un tentativo di elencazione degli elementi rilevanti ai fini dell'identificazione delle norme consuetudinarie è stato recentemente intrapreso dalla Commissione di diritto internazionale (su cui cfr. *infra*, par. 4.2), che nel 2012 ha nominato a tal fine il relatore speciale Michael Wood. Sulla base di cinque rapporti presentati dal relatore speciale tra il 2013 e il 2018, la Commissione ha approvato, nel 2018, un insieme di conclusioni corredate da un commentario.

Vengono, così, in considerazione anzitutto tutti i fatti che costituiscono nel loro insieme la c.d. prassi diplomatica degli Stati: ossia tutte quelle espressioni di punti di vista, intenzioni, richieste, pretese che vengono a trovare posto nella corrispondenza diplomatica dei vari Stati, e la cui documentazione è, per alcuni di essi, ordinata in apposite raccolte. Si tratta qui delle svariate forme nelle quali gli

organi delle relazioni internazionali degli Stati provvedono a manifestare il proprio atteggiamento sulle più varie questioni che sorgono nel concreto sviluppo delle relazioni internazionali. Come tali, queste manifestazioni rappresentano l'espressione più immediata della posizione degli Stati su tali questioni, ed in quanto reagiscono a posizioni assunte da altri Stati contribuiscono in modo particolarmente efficace ad illuminare i vari aspetti delle situazioni oggetto di discussione.

Oltre ad esprimere le proprie posizioni attraverso la corrispondenza diplomatica, gli Stati possono naturalmente prendere posizione su questioni che implicano l'esistenza e l'applicazione di norme internazionali generali attraverso l'adozione di specifici atti, od il compimento di specifiche attività. Anche qui, il catalogo delle possibili forme è aperto, e non suscettibile di limitazioni formali: potranno venire in considerazione atti legislativi, amministrativi, giurisdizionali, quale che sia la posizione gerarchica e la specifica funzione dell'organo statale che agisce nel quadro dell'ordinamento interno dello Stato, sempreché l'azione sia riferibile a quest'ultimo. In particolare, per quanto riguarda gli atti giurisdizionali, si può ricordare l'ipotesi dell'applicazione da parte dei giudici nazionali delle norme consuetudinarie relative alla immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione interna (su cui cfr. *infra*, Cap. V), su cui ha avuto modo di pronunciarsi la Corte internazionale di giustizia nella sopra citata sentenza del 3 febbraio 2012 nel caso delle *Immunità giurisdizionali dello Stato* (Repubblica federale tedesca c. Italia), par. 55. Naturalmente, 120

lo specifico significato di tali atti dovrà essere vagliato alla luce e nel contesto di tutte le circostanze rilevanti: non essendo, ad esempio, sufficiente un mero parallelismo di atti riferibili a Stati diversi, se non se ne può dimostrare l'effettiva rispondenza alla convinzione della giuridica obbligatorietà del comportamento che tali atti esprimono (v. *supra*, par. 3.2, quanto affermato già dalla Corte permanente di giustizia internazionale nel caso *Lotus*). Con riferimento alle norme consuetudinarie sulla immunità dalla giurisdizione, ad esempio, sempre nella citata sentenza del 2012, la Corte ha precisato che,

«se è vero che gli Stati decidono talvolta di concedere un'immunità più estesa di quella imposta dal diritto internazionale, resta il fatto che, ai fini della presente decisione, il riconoscimento dell'immunità in tal caso non è accompagnata dall'*opinio juris* richiesta e, pertanto, non fa luce sulla questione sottoposta alla Corte» (par. 55).

Particolarmente significativa anche ai fini della rilevazione della prassi internazionale è stata negli ultimi decenni la c.d. diplomazia multilaterale, il cui rilievo è venuto ad accrescersi notevolmente con il moltiplicarsi delle Organizzazioni internazionali contemporanee, a cominciare da quella delle Nazioni Unite. Le periodiche occasioni di riunione e di dibattito, che le sessioni degli organi plenari delle Organizzazioni offrono, provocano la trasformazione della tradizionale diplomazia da bilaterale a multilaterale, permettendo di rilevare contestualmente gli atteggiamenti di una pluralità di soggetti ed i loro punti di vista. In questo modo, viene evitata la necessità di ricostruire la prassi sulla sola base degli scambi e con-

tatti bilaterali delle varie coppie di Stati, ed allo stesso tempo viene enormemente accelerato il processo formativo dei vari elementi della consuetudine, in precedenza destinato a trovare svolgimento nell'arco di decenni.

3.5. (*segue*): *la giurisprudenza internazionale*

Accanto alla prassi dei soggetti, ed in ispecie degli Stati, una posizione di assoluto rilievo va naturalmente riconosciuta, ai fini della rilevazione delle norme consuetudinarie, alla giurisprudenza internazionale, così come alla stessa dottrina. Non si tratta di riconoscere a queste la qualità di fonti di diritto: come si è visto, l'art. 38 dello Statuto della Corte ne fa menzione, al par. 1, lett. *d*, precisando peraltro che si tratta di «mezzi sussidiari per la determinazione delle norme giuridiche» e facendo comunque riserva della disposizione dell'art. 59 dello stesso Statuto, secondo il quale

«la decisione della Corte non ha valore obbligatorio che fra le parti in lite e riguardo alla controversia decisa».

Sebbene non esista, dunque, nel sistema internazionale alcun vincolo di carattere formale ai precedenti giurisprudenziali, il rilievo di tali precedenti ai fini della ricostruzione complessiva del diritto internazionale è di tutta evidenza, tanto più se si pensa ai caratteri tipici di questo diritto ed in particolare alla mancanza di accentramento delle funzioni, cui si è già accennato. Per le stesse ragioni si spiega il rilievo dato dall'art. 38 alla dottrina «degli autori più qualificati delle varie nazioni».

3.6. (*segue*): *i trattati internazionali*

Infine, possono venire in rilievo ai fini della rilevazione del diritto consuetudinario anche i trattati internazionali, sotto due diversi profili. In primo luogo, i trattati rappresentano ovviamente elementi, assai importanti, della prassi degli Stati (e degli altri soggetti), oltre che atti specificamente intesi alla posizione di norme giuridiche. In quanto elementi della prassi, il fatto che determinate regole di condotta si trovino frequentemente, o magari costantemente, ripetute nella prassi convenzionale di più Stati può costituire la prova che tali regole valgono anche come norme consuetudinarie – con efficacia, quindi, generale –, e che i trattati ne rappresentano soltanto la riaffermazione. La mera ripetizione di determinate clausole non è, però, di per sé sufficiente a giustificare questa conclusione. Occorre in più anche la dimostrazione che ciò corrisponda alla convinzione che si tratta di comportamenti obbligatori: e una tale dimostrazione potrà essere ricavata da tutti gli elementi rilevanti desumibili dall'atteggiamento dei vari Stati, esterni dunque rispetto al trattato.

Il fenomeno è ben noto alla prassi internazionale. Ne dà atto, ad esempio il *Re-*

statement of the Foreign Relations Law of the United States, Third (1987), par. 102(1) (3), affermando che gli accordi internazionali «possono condurre alla creazione di diritto internazionale consuetudinario quando essi sono destinati all'adesione da parte degli Stati in generale e sono in fatto largamente accettati». Dal canto suo, la giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia ha ritenuto desumibile una regola generale in materia di diritti degli Stati costieri, fra l'altro, dalla ripetizione di essa in una serie di trattati nella sentenza del 25 luglio 1974 relativa al caso della *Competenza in materia di pescherie*, Regno Unito c. Islanda, par. 58; e ha ritenuto che la Convenzione del 1948 sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio sancisca principi facenti parte anche del diritto internazionale consuetudinario (sentenza del 3 febbraio 2001 nel caso dell'*Applicazione della Convenzione per la prevenzione e repressione del crimine di Genocidio*, Croazia c. Serbia, par. 87); mentre ha negato la possibilità di considerare dimostrata l'esistenza di una regola consuetudinaria in materia di superamento della personalità giuridica delle società di capitali sulla base degli accordi di indennizzo stipulati in caso di nazionalizzazione di beni stranieri (sentenza 5 febbraio 1970 nel caso *Barcelona Traction, Light and Power Company*, Belgio c. Spagna, seconda fase, par. 61).

Sotto un secondo profilo, una regola stabilita da trattati – in particolare multilaterali – può essere inizialmente posta in essere a fini di modifica del diritto preesistente, ma venire a generalizzarsi in un momento successivo, in quanto punto di riferimento della pratica degli Stati dopo la stipulazione del trattato. La situazione è particolarmente suscettibile di verificarsi a proposito degli accordi conclusi a fini di codificazione, e verrà esaminata a questo riguardo (v. *infra*, par. 4.3).

3.7. Il significato attuale del fenomeno consuetudinario

Le considerazioni sin qui svolte a proposito del fenomeno consuetudinario internazionale dimostrano come esso presupponga, per poter adeguatamente svolgere la propria funzione nell'ambito delle relazioni internazionali, adattandosi ove necessario all'evoluzione della società degli Stati, un notevole grado di omogeneità della base sociale che lo esprime. Come sempre accade anche nell'ambito delle società statali, il venir meno di tale omogeneità provoca una crisi delle regole consuetudinarie, che può essere superata soltanto attraverso l'intervento di qualche potere capace di imporre autoritativamente una nuova regolamentazione giuridica che prenda il posto di quella ormai priva del necessario consenso sociale.

Una crisi di questo tipo è stata subita anche dal diritto consuetudinario internazionale nel corso del ventesimo secolo, in conseguenza della frantumazione della precedente omogeneità della base sociale provocata da imponenti fenomeni quale la rivoluzione sovietica, le guerre mondiali, la divisione del mondo postbellico in due blocchi contrapposti e l'accesso all'indipendenza di una molteplicità di nuovi soggetti, che nel volgere di pochi decenni ha fatto quadruplicare il numero degli Stati esistenti. Un tale insieme di fenomeni ha prodotto un movimento di conte-

stazione di buona parte del diritto consuetudinario esistente, visto di volta in volta da alcuni gruppi di Stati – in specie, quelli appartenenti al blocco socialista – come prodotto della civiltà e degli interessi degli Stati “capitalisti”, e da altri – i c.d. Stati in via di sviluppo, di recente indipendenza – come insieme di regole ispirate da interessi e valori nei quali essi non volevano riconoscersi, e che pertanto rifiutavano. Di qui la tendenza, assai viva in certi momenti degli ultimi decenni, verso la sostituzione di gran parte delle regole consuetudinarie vigenti con norme nuove, alla cui elaborazione potessero prendere parte anche Stati nuovi, e comunque diversi da quelli che in passato avevano portato alla creazione delle antiche regole. Questa tendenza è venuta ad essere canalizzata attraverso i meccanismi previsti dal sistema delle Nazioni Unite, e si è tradotta soprattutto in due fenomeni: quello della codificazione e quello dell’emanazione da parte dell’Assemblea generale dell’Organizzazione delle c.d. Dichiarazioni di principi (v. *infra*, parr. 4.2 e 5.1).

Oggi la frattura si è in buona parte ricomposta, specie a seguito degli eventi successivi al crollo del muro di Berlino, del crollo dell’Unione Sovietica e della scomparsa di un blocco di Stati a regime socialista (dando luogo a nuove e diverse contrapposizioni, le cui conseguenze sul piano giuridico non sono ancora del tutto chiare). Si può dire che, nel suo complesso, il fenomeno consuetudinario ha retto alla prova ed ha confermato la propria capacità di adeguarsi alle nuove situazioni, sempreché non venga a mancare il presupposto di un sufficiente consenso sociale sui nodi fondamentali da sciogliere. Ma ciò è potuto accadere anche perché la sintesi fra principi e valori tradizionalmente alla base delle regole consuetudinarie internazionali ed istanze nuove ha avuto luogo anche con il concorso del processo di codificazione e dalle dichiarazioni di principi effettuate dall’Assemblea generale. Tutti questi fenomeni hanno contribuito, ciascuno per la propria parte, ad orientare il comportamento dei soggetti della Comunità internazionale ricreando basi sufficienti di consenso sociale su valori e posizioni parzialmente rinnovati. Il diritto internazionale consuetudinario ha potuto così mantenere sostanzialmente invariata la sua tradizionale configurazione come diritto “di autonomia”, espressione immediata della base sociale, utilizzando però ai propri fini il sostegno istituzionale che gli è venuto dall’Organizzazione universale e traendone ulteriori elementi di adesione da parte dei soggetti che ne sono destinatari.

3.8. *Le contestazioni delle norme consuetudinarie ed il loro rilievo*

Rimane comunque vero che la mancanza di omogeneità e la frammentazione della base sociale internazionale in una pluralità di gruppi eterogenei, ispirati ciascuno a valori, interessi e principi fra loro contrapposti, oltre a porre in crisi il fenomeno consuetudinario, può provocare il venir meno, per desuetudine, di determinate norme non più rispondenti all’*opinio* degli appartenenti a uno di quei gruppi, o ad una parte consistente di essi. Un fenomeno del genere si è, verosimilmente, manifestato a partire dagli anni cinquanta del secolo ventesimo, portando alla scomparsa di regole in precedenza vigenti (ad esempio, in materia di tutela

degli interessi economici dei cittadini stranieri e di liceità di nazionalizzazioni).

Al di fuori di ipotesi di contestazione “collettiva” del tipo menzionato, si deve negare che la contestazione di una determinata regola consuetudinaria proveniente da un solo soggetto (o da un numero limitato di essi) valga di per sé a renderla inopponibile a chi tale contestazione muove, consentendogli di sottrarsi all’osservanza della regola. Un comportamento di tal genere non può che costituire violazione della norma, sino a che questa debba considerarsi esistente: e la contestazione potrà, al più, dove sia sorretta da un consenso sufficientemente esteso (anche se non tale da provocarne di per sé il venir meno), rappresentare l’inizio di un processo destinato a risultare in un fenomeno di desuetudine.

Va in particolare negato – contrariamente a posizioni abbastanza diffuse nella dottrina di alcuni paesi – che uno Stato possa sottrarsi all’applicazione di una norma consuetudinaria, quando abbia inequivocabilmente manifestato il proprio atteggiamento contrario sin dall’inizio della sua fase di formazione (c.d. obietto persistente). Una tesi di questo genere non appare giustificata alla luce della giurisprudenza internazionale sulla quale la si vorrebbe fondare: ed è coerente soltanto con una concezione rigidamente volontaristica del diritto internazionale generale, la cui fondatezza è già stata qui esclusa (v. *supra*, par. 1.1). In realtà il solo precedente giurisprudenziale su cui la tesi è stata fondata è rappresentato da una sentenza della Corte internazionale di giustizia del 1951, nella quale si discuteva dell’esistenza di una regola consuetudinaria per la quale le baie con apertura superiore alle dieci miglia non avrebbero potuto essere incluse nelle c.d. acque interne dello Stato rivierasco. La Corte, pur avendo escluso che una norma avente tale contenuto dovesse considerarsi esistente, aggiunse che:

«in ogni caso la regola delle dieci miglia apparirebbe inapplicabile alla Norvegia, in quanto quest’ultima si è sempre opposta a qualsiasi tentativo di applicarla alla costa norvegese» (CIG, 18 dicembre 1951, caso delle *Pescherie*, Regno Unito c. Norvegia, in *C.I.J., Recueil*, 1951, 116).

Non si è trattato, dunque, di considerazione decisiva ai fini del decidere, ma di un semplice *obiter dictum*. Accanto alla decisione citata, viene a volte invocata dai sostenitori della tesi anche la precedente decisione della stessa Corte nel caso del *Diritto di Asilo* (20 novembre 1950, Colombia c. Perù, in *C.I.J., Recueil*, 1950, 266) – non richiamata da quella citata del 1951 –, in cui la Corte, dopo avere escluso l’esistenza di una certa consuetudine fra gli Stati latino-americani, aggiunse che comunque una tale consuetudine non avrebbe potuto essere invocata contro il Perù, che l’aveva respinta evitando di ratificare certe convenzioni internazionali concernenti la materia dell’asilo diplomatico. La mancanza di valore di precedente di questa decisione risulta evidente dal fatto che l’asserita norma consuetudinaria avrebbe avuto carattere locale (v. *infra*, par. 7.1). Quanto alla pratica degli Stati, nonostante la presenza di qualche elemento a favore della tesi, non sembra che la qualità di “obietto persistente” sia stata univocamente considerata

dalla prassi come tale da legittimare lo Stato che la assume a sottrarsi all'applicazione della norma. L'esistenza di un'eccezione al generale principio del carattere vincolante della norma consuetudinaria internazionale per tutti i soggetti dell'ordinamento deve, dunque, essere negata.

Verosimilmente, le situazioni in cui la qualità di "obiettore persistente" è stata invocata ai fini indicati si possono spiegare diversamente. Si può trattare, piuttosto, di situazioni nelle quali può essere prospettata la presenza di un accordo derogatorio rispetto ad un regime generale a favore di un dato soggetto, oppure di un regime speciale formatosi per acquiescenza; oppure ancora, in altri casi, di situazioni in cui lo Stato che obietta rimane, insieme ad altri, estraneo ad un regime consuetudinario che viene invece a crearsi per una cerchia di altri soggetti. Situazioni, insomma, di contrapposti atteggiamenti di raggruppamenti di Stati, che impediscono la formazione di norme generali, ma non escludono la formazione di regole, locali o convenzionali, ad efficacia soggettiva limitata. Ma appare da escludere l'esistenza di un'eccezione consuetudinariamente stabilita, in quanto riconosciuta dalla prassi e dall'*opinio* degli Stati, al carattere vincolante generale di una norma consuetudinaria che sia di per sé accertabile.

Va peraltro segnalato che la dottrina dell'obiettore persistente ha trovato accoglimento nelle conclusioni approvate nel 2018 dalla Commissione di diritto internazionale in materia di identificazione delle norme di diritto internazionale consuetudinario (cfr. *supra*, par. 3.4, conclusione n. 15).

4.1. *La codificazione delle norme consuetudinarie*

Tenuto conto dei caratteri tipici delle norme consuetudinarie ed in particolare del loro carattere di norme non scritte, si può facilmente comprendere come sia stata a più riprese avvertita la necessità, od almeno l'opportunità, di provvedere ad una traduzione del loro contenuto in forma scritta. E ciò al fine di contribuire alla chiarezza ed alla certezza delle norme di cui si tratta. Si parla, al riguardo, di codificazione del diritto internazionale consuetudinario.

Nonostante l'evidente esigenza che ne sta alla base, la codificazione si è però sempre scontrata con difficoltà assai rilevanti, proprio in considerazione di quelle stesse caratteristiche di fondo del diritto internazionale, che ne fanno avvertire la necessità. Quest'ultima sorge infatti dal fatto che il diritto internazionale generale nasce e vive in forma non scritta ad opera degli stessi soggetti che ne sono i destinatari. Ma ciò avviene perché le stesse regole di struttura della società internazionale escludono il riconoscimento di un accentramento di poteri normativi capaci di vincolare tutti i soggetti in capo ad un ente sovraordinato. Dunque, una vera e propria opera di codificazione è resa impossibile dalla mancanza di un ente fornito dal potere giuridico necessario.

Quando si parla di codificazione del diritto internazionale generale, ci si riferisce quindi – e non ci si può che riferire – al ricorso all'unico strumento che lo

stesso diritto generale conosce e regola come idoneo a porre in essere norme giuridiche espresse in forma scritta: il trattato internazionale. Ma anche questo strumento è riferibile a quegli stessi soggetti che risulteranno destinatari dei relativi obblighi, e non ad un ente superiore: e la sua efficacia soggettiva è intrinsecamente limitata a coloro che ne divengano parti (v. *infra*, Cap. III). L'opera di codificazione può dunque tradursi soltanto nella conclusione di trattati internazionali che riproducano il contenuto delle norme consuetudinarie, operando però soltanto nei confronti dei soggetti che intendano divenirne parti.

Pur con i limiti intrinseci che derivano da quanto appena osservato, l'importanza della codificazione risulta anche da un'altra considerazione. Si è visto come la consuetudine possa esplicare in modo adeguato la propria funzione in ambienti sociali sufficientemente stabili, ma sia destinata ad entrare in crisi in periodi di tensioni ed instabilità. In situazioni del genere, soltanto l'intervento di una nuova disciplina capace di adattare il diritto non scritto in modo da consentirgli di riflettere i nuovi equilibri può evitare fratture troppo profonde dell'ordine preesistente. Emerge qui un secondo importante profilo dell'opera di codificazione: quello dell'adeguamento del diritto generale alle nuove esigenze. Questo profilo, teoricamente distinto da quello che consiste nella mera "verbalizzazione" delle norme consuetudinarie in formule scritte, si dimostra nella realtà ben difficilmente separabile da quest'ultimo.

4.2. *L'opera delle Nazioni Unite per la codificazione*

Venendo ora ad esaminare i procedimenti concretamente utilizzabili ai fini della codificazione, e i loro più importanti risultati (e lasciando da parte i fenomeni di codificazione meramente privata, ad esempio ad opera di istituzioni scientifiche quale l'*Institut de droit international*), l'attenzione deve rivolgersi in particolare all'attività dell'Organizzazione delle Nazioni Unite in questo settore. Non mancano peraltro esempi più antichi di codificazione del diritto internazionale in determinate materie, quali il diritto bellico (Convenzioni dell'Aja del 1899 e 1907) e il diritto internazionale umanitario (Convenzioni di Ginevra del 1949 e Protocolli del 1977).

L'art. 13 dello Statuto delle N.U. prevede una competenza dell'Assemblea generale a intraprendere studi e fare raccomandazioni allo scopo di

«a. promuovere la cooperazione internazionale nel campo politico ed incoraggiare lo sviluppo progressivo del diritto internazionale e la sua codificazione».

Con apposita Risoluzione (174 (III) del 21 novembre 1947), l'Assemblea istituì un apposito organo, la Commissione del diritto internazionale, il cui statuto, all'art. 15, indica anch'esso nella "codificazione e sviluppo progressivo" del diritto internazionale la funzione specifica della Commissione. All'attività di questo organo composto da esperti che ne fanno parte a titolo individuale, e non quali

rappresentanti degli Stati, è dovuta buona parte dell'opera di codificazione sino ad oggi concretamente svolta. Non si tratta però del solo procedimento utilizzabile, in quanto altre volte l'Assemblea può incaricare altri organi, anche composti di rappresentanti di Stati, di predisporre studi e progetti intesi alla redazione di testi da sottoporre agli Stati per l'approvazione. Sia nell'uno, sia nell'altro caso, il procedimento si snoda poi attraverso la predisposizione di studi e rapporti, questionari da inviare agli Stati, progetti di testi, che, ove incontrino l'approvazione degli organi incaricati e successivamente degli Stati, potranno finalmente dar luogo all'adozione di un testo definitivo, da parte dell'Assemblea generale o di un'apposita conferenza diplomatica, che verrà sottoposto alla ratifica e all'adesione degli Stati. Procedimento, quindi, non formalmente regolato nei suoi vari passaggi, ma certo complesso e suscettibile di prolungarsi anche per svariati anni.

Quanto alle principali realizzazioni nell'ambito della Commissione di diritto internazionale, si ricorderanno le quattro Convenzioni di Ginevra del 1958 in materia di diritto del mare, poi sostituite dalla Convenzione di Montego Bay del 1982 (elaborata questa indipendentemente dalla Commissione); quelle sulle relazioni diplomatiche del 1961 e sulle relazioni consolari del 1963; quella sulle missioni speciali del 1969; quella, importantissima, sul diritto dei trattati del 1969, poi completata da quella del 1986 sul diritto dei trattati tra Stati e organizzazioni internazionali, o tra organizzazioni internazionali; quella, infine, sulla successione tra Stati in materia di trattati del 1978. Vanno poi ricordati i due progetti di articoli in materia di responsabilità degli Stati e, rispettivamente, delle organizzazioni internazionali, per fatti internazionalmente illeciti, approvati in seconda lettura dalla Commissione nel 2001 e nel 2011 (v. *infra*, Cap. VII).

4.3. *Il significato e la portata degli accordi di codificazione*

Quando un accordo inteso alla codificazione del diritto internazionale generale – nel senso sopra indicato – venga stipulato, si tratta di determinarne gli effetti ed i rapporti con il diritto generale preesistente. Da un punto di vista formale, non vi è dubbio che l'accordo è capace di produrre tutti, ma soltanto, gli effetti che gli competono in quanto trattato internazionale: ed il solo fatto che esso intenda “codificare” il diritto generale non può attribuirgli alcun effetto diverso od ulteriore. L'accordo non vincola, quindi, se non i soggetti che ne siano divenuti parti. Il diritto generale, per parte sua, continua ad esistere e ad essere applicabile nei rapporti fra Stati non contraenti, e fra questi e gli Stati contraenti. La Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati presuppone chiaramente tale principio disponendo, ad esempio, all'art. 43, che il venir meno degli effetti di un trattato non incide «sul dovere di uno Stato di adempiere ad ogni obbligo enunciato nel trattato al quale esso sia sottoposto in virtù del diritto internazionale indipendentemente dal trattato in questione».

Ma quale può essere, più precisamente, il rapporto fra l'accordo di codificazione e il diritto internazionale generale? La giurisprudenza della Corte interna-

zionale di giustizia ha distinto, a questo proposito, tre diverse ipotesi. a) Vi è anzitutto la possibilità che un determinato accordo di codificazione si limiti a tradurre in forma scritta il contenuto di una norma generale già esistente (a “codificarla” nel senso più stretto del termine): la norma continuerà in questo caso a valere e ad applicarsi nel suo significato e portata originari, sia pure resi più certi dall’intervenuta “trascrizione”, e l’effetto proprio dell’accordo avrà carattere meramente dichiarativo. b) Una seconda ipotesi è che l’accordo intervenga a completare un processo di formazione di una norma consuetudinaria già in corso, costituendone così il momento di “cristallizzazione”. In questo modo, il processo di definizione e consolidamento della norma generale viene perfezionato e concluso proprio dall’adozione dell’accordo. c) Infine, un’ultima ipotesi è rappresentata da un accordo di codificazione che contenga una o più norme, in sé nuove rispetto al diritto preesistente, che costituiscono il punto di partenza di un processo destinato, attraverso il concorso degli atteggiamenti favorevoli degli Stati, a tradursi nella creazione di una nuova norma generale, a questo punto vincolante nei confronti di tutti i soggetti. Le tre ipotesi ricordate sono state esposte e illustrate nella sentenza della Corte internazionale di giustizia del 20 febbraio 1969 nel caso della *Delimitazione della piattaforma continentale del Mare del Nord*, già ricordata in precedenza. In altri casi, la stessa Corte ha fatto applicazione dei principi esposti affermando la corrispondenza di certe norme contenute in un accordo al diritto internazionale consuetudinario. Ad esempio, i in materia di diritto dei trattati, la Corte ha affermato che essa

«... ha a diverse riprese già avuto occasione di dire che alcune delle regole enunciate (nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati) possono essere considerate come una codificazione del diritto consuetudinario esistente. La Corte ritiene che per molti aspetti questo è il caso delle regole della Convenzione di Vienna riguardanti l’estinzione o la sospensione dell’applicazione dei trattati, enunciate ai suoi articoli da 60 a 62» (CIG, 25 settembre 1997, caso del *Progetto Gabčíkovo-Nagymaros*, Ungheria c. Slovacchia, par. 46).

Analogo atteggiamento si può riscontrare a proposito di norme della Convenzione di Vienna del 1961 sulle relazioni diplomatiche (cfr. la sentenza del 24 maggio 1980 nel caso del *Personale diplomatico e consolare degli Stati Uniti a Teheran*, Stati Uniti d’America c. Iran, par. 62) e della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (cfr. la sentenza del 19 novembre 2012 nel caso della *Controversia territoriale e marittima*, Nicaragua c. Colombia, parr. 114, 118, 138-39, 177).

Due aspetti vanno ancora ricordati. In primo luogo le tre ipotesi che si sono descritte possono verificarsi anche separatamente l’una dall’altra, con riferimento a norme diverse contenute in uno stesso accordo di codificazione. In secondo luogo, il problema del rapporto con la norma generale esistente e dell’influenza sull’eventuale formazione di una norma nuova può porsi, non soltanto con riferimento ad un risultato del processo di codificazione già compiuto, ma anche riguardo

ad un progetto non ancora tradotto in accordo. È il caso del ricordato progetto di articoli in materia di responsabilità internazionale, che è già stato preso in considerazione in alcune occasioni dalla Corte internazionale di giustizia e tenuto presente, per certe sue norme, come espressione del diritto generale: si veda al riguardo, da ultimo, la sentenza del 26 febbraio 2007 nel caso dell'*Applicazione della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio*, Bosnia-Erzegovina c. Serbia e Montenegro (parr. 385 e 398).

5.1. *Le Dichiarazioni di principi dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite*

Un altro fenomeno capace di influire sul processo formativo di norme internazionali consuetudinarie, con aspetti e conseguenze paragonabili a quelli esaminati a proposito degli accordi di codificazione, è rappresentato dalle c.d. Dichiarazioni di principi dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite.

Si tratta, dal punto di vista formale, di risoluzioni dell'Assemblea generale, adottate da questa secondo le sue ordinarie regole di funzionamento, che hanno valore di semplici raccomandazioni e sono prive di efficacia obbligatoria per gli Stati membri. Per tale carattere, esse non si distinguono in nulla dalla generalità delle risoluzioni dell'Assemblea, atti che – com'è ben noto – sono suscettibili di acquistare effetti vincolanti soltanto in ipotesi specialissime. Il carattere proprio delle Dichiarazioni in questione sta, invece, nella generalità e rilevanza dei principi proclamati e nella particolare solennità della loro enunciazione.

Il ricorso a Dichiarazioni di questo tipo divenne molto frequente a partire dai primi anni '60 del Novecento, anche se una tra le prime, e forse la più famosa, di esse è la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, che è del 10 dicembre 1948. L'impulso all'adozione veniva dal gruppo degli Stati di recente indipendenza che, sostenuto dai Paesi del blocco socialista, vi vedeva uno strumento capace di provocare un superamento del diritto internazionale classico e la sua sostituzione con regole ispirate a nuovi principi, più favorevoli alla tutela dei loro interessi. Negli anni più recenti, questo impulso si è in gran parte esaurito, lasciando tuttavia sussistere una certa tendenza a considerare almeno alcune tra le Dichiarazioni di principi come capaci di assumere il ruolo ed il significato di vere e proprie nuove fonti di diritto generale. Si può pensare alle dichiarazioni sull'indipendenza dei popoli coloniali (1960, n. 1514 – XV), sull'uso dello spazio extra-atmosferico (1963, n. 1962 – XVII), sull'eliminazione delle discriminazioni razziali (1963, n. 1904 – XVIII), sulle relazioni amichevoli e la collaborazione fra gli Stati (1970, n. 2625 – XXV), sulla Carta dei diritti e doveri economici degli Stati (1974, n. 3281 – XXIX), e via dicendo.

Se, come si è visto, dal punto di vista formale le Dichiarazioni sono prive di valore obbligatorio in base alle norme che le regolano (che sono quelle dello Sta-

tuto dell'Organizzazione delle Nazioni Unite), non può nemmeno ritenersi che un'efficacia vincolante possa essere loro riconosciuta in base ad altri principi: ad esempio, come risultato di una regola consuetudinaria formatasi in questo senso nell'ambito della Comunità internazionale. Per una conclusione del genere mancano, infatti, tutti i necessari presupposti, non potendo essere riscontrata l'esistenza di una pratica costante e conforme, né tantomeno il convincimento dell'obbligatorietà delle Dichiarazioni, con la necessaria diffusione da parte degli Stati. La prassi è nettamente orientata in senso contrario, come dimostra, fra l'altro, il fatto che spesso l'adozione di una data Dichiarazione è stata seguita dalla stipulazione di uno specifico accordo inteso a tradurre il contenuto della prima in una serie di norme specifiche e vincolanti. Del resto, è sufficiente considerare che il riconoscimento del carattere obbligatorio alle Dichiarazioni significherebbe l'attribuzione di veri e propri poteri di legislatore internazionale all'Assemblea generale. Ad una prospettiva del genere, una consistente parte degli Stati membri dell'Organizzazione si è sempre indubbiamente opposta con decisione.

Tutto ciò non significa peraltro che alle Dichiarazioni di principi non debba essere attribuito notevole rilievo ai fini della rilevazione del diritto internazionale generale o nella prospettiva della sua evoluzione. Come chiarito da tempo dalla Corte internazionale di giustizia,

«le risoluzioni dell'Assemblea Generale, anche se non sono vincolanti, possono in alcuni casi avere un valore normativo. In determinate circostanze, esse possono fornire un'importante prova al fine di stabilire l'esistenza di una norma o l'emersione di una *opinio iuris*. Al fine di stabilire se ciò sia vero con riferimento a una specifica risoluzione dell'Assemblea Generale, è necessario esaminarne il contenuto e le condizioni in cui è stata adottata; è inoltre necessario verificare se esista una *opinio iuris* quanto al suo carattere normativo. Peraltro, risoluzioni successive possono evidenziare l'evoluzione progressiva dell'*opinio iuris* necessaria per l'accertamento di una nuova norma» (Corte internazionale di giustizia, parere consultivo dell'8 luglio 1996 relativo alla *Licetività della minaccia dell'uso di armi nucleari*, in *C.I.J.*, *Recueil*, 1996, par. 70; da ultimo cfr. il parere consultivo del 25 febbraio 2019 relativo agli *Effetti giuridici della separazione dell'arcipelago di Chagos da Mauritius nel 1965*, par. 151).

Possono ripetersi, a questo riguardo, le considerazioni che la Corte internazionale di giustizia ha svolto, in specie nella sua sentenza nel caso della *Delimitazione della piattaforma continentale del Mare del Nord*, e che si sono ricordate in precedenza. Anche per quanto riguarda le Dichiarazioni, infatti, è possibile che il loro contenuto rifletta lo stato del diritto generale esistente, oppure che il fatto della loro approvazione cristallizzi norme in via di formazione, concludendo il relativo processo, o invece rappresenti una fase, magari iniziale, di tale processo. L'analogia che esiste in questo senso tra il fenomeno della codificazione e quello delle Dichiarazioni è pressoché completa. In entrambi i casi, comunque, ciò che occorre ribadire è che si tratta di fenomeni che non possono assumere, in sé e per sé, il carattere di fonti di diritto generale: la "fonte", in quanto norme di diritto

generale si possano riconoscere esistenti, non può che essere la consuetudine (o, come si vedrà oltre, i principi generali di diritto). Come ha avuto occasione di chiarire la Corte costituzionale italiana a proposito della Risoluzione dell'Assemblea generale del 29 novembre 1985 (n. 40/34) contenente la Dichiarazione dei principi fondamentali di giustizia relativi alle vittime della criminalità e degli abusi di potere, tra le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, menzionate nell'art. 10 della Costituzione,

«non rientrano le statuizioni contenute nelle risoluzioni dell'O.N.U. in materia di dichiarazioni di principio alle quali, secondo la prassi internazionale, è negato carattere cogente. Esse, infatti, non costituiscono fonti di diritto, pur potendo avere influenza nella formazione di consuetudini e di accordi conformi al loro contenuto» (Corte cost., sentenza n. 18/1989).

6.1. *Le moderne trasformazioni nel processo di formazione delle norme consuetudinarie*

Tanto gli accordi di codificazione, quanto le Dichiarazioni di principi dell'Assemblea generale, si inseriscono nel quadro della prassi internazionale degli Stati (e degli altri soggetti): i primi, in quanto risultato del negoziato e della stipulazione di accordi; le seconde, in quanto esito di attività poste in essere nel quadro della c.d. diplomazia multilaterale. Rispetto alle manifestazioni più tradizionali della prassi, i due fenomeni si distinguono però per il fatto di essere specificamente intesi alla rilevazione e all'enunciazione di norme e di principi aventi carattere ed efficacia generale.

Ne conseguono significative differenze per quanto riguarda la fisionomia del processo di formazione delle norme generali. A parte l'ipotesi che l'accordo di codificazione o la Dichiarazione di principi si limitino a riflettere ed a riprodurre in forma scritta una norma generale già esistente, l'intervento dei due tipi di atti nel processo di formazione della norma, nell'una o nell'altra forma in precedenza delineate, fa sì che, quando la norma generale sarà venuta a formarsi, essa avrà come suo punto di riferimento una regola scritta: quella enunciata nell'accordo o nella Dichiarazione. Certamente, la norma consuetudinaria come tale sarà anche in questi casi il risultato degli elementi tradizionali, *diuturnitas* ed *opinio*. Ma non vi è dubbio che tali elementi si saranno sviluppati, non solo e non tanto in una serie di comportamenti e di atteggiamenti indifferenziati, dei quali l'interprete deve operare l'interpretazione e la sintesi: quanto, invece, in atti direttamente riferiti a norme già interamente formulate. Queste ultime non rappresentano, di per sé, le norme consuetudinarie, che conservano il proprio carattere fondamentale di norme non scritte. Ma certo ne costituiscono la base. Anche se è sicuramente eccessivo ed inesatto attribuire a tali nuovi processi formativi della consuetudine internazionale carattere di procedimenti "quasi legislativi", come taluni hanno ritenuto

di poter fare, l'elemento di novità che viene così introdotto nel processo normativo e nelle stesse relazioni internazionali non può in alcun modo essere ignorato.

7.1. *Le consuetudini regionali e locali*

Norme consuetudinarie internazionali possono venire a formarsi tra due o più Stati in modi e con presupposti analoghi a quelli che si sono esaminati in precedenza in via generale. Naturalmente, la sfera di efficacia di norme non scritte di questo genere deve ritenersi ristretta agli Stati ai quali i comportamenti sono riferibili. Il tema non attiene perciò al diritto internazionale generale. Basti sottolineare che norme consuetudinarie di questo tipo possono venire a formarsi fra Stati geograficamente confinanti (il problema si è posto ad esempio, a proposito degli Stati latino-americani) oppure fra gruppi di Stati legati tra loro da vincoli pattizi: in questo secondo caso le norme in questione possono avere la conseguenza di introdurre modifiche al regime del trattato, in quanto ciò sia consentito dal medesimo. La giurisprudenza ha inoltre precisato che:

«è difficile vedere perché il numero degli Stati tra i quali si può costituire una consuetudine locale sulla base di una pratica prolungata dovrebbe necessariamente essere superiore a due. La Corte non vede ragioni per le quali una pratica prolungata e continua tra due Stati, accettata da essi come regolante i loro rapporti, non sia alla base di diritti ed obblighi reciproci tra questi due Stati» (CIG, 12 aprile 1960, caso del *Diritto di passaggio sul territorio indiano*, Portogallo c. India, in *C.I.J., Recueil*, 1960, 6, 39). Nello stesso senso CIG, 13 luglio 2009, caso della *Controversia relativa a diritti di navigazione e diritti connessi*, Costa Rica c. Nicaragua (par. 141).

Come è stato posto in rilievo in altri casi giurisprudenziali l'elemento consensuale assume in caso di consuetudine puramente locale un ruolo determinante, in quanto questa non potrebbe essere invocata nei confronti di uno Stato che non vi abbia aderito con il proprio atteggiamento» (cfr. CIG, 20 novembre 1950, relativa al caso del *Diritto di asilo*, cit., parr. 277-278). Più che al fenomeno della consuetudine generale, tale elemento assimila piuttosto la consuetudine locale a quello dell'accordo tacito.

8.1. *I principi generali di diritto*

Fanno parte del diritto internazionale generale anche i principi generali di diritto. A questo proposito va chiarito preliminarmente che questa denominazione ricomprende due fenomeni distinti, che assumono diverso rilievo sul piano dell'ordinamento internazionale. Da una parte, si parla di principi generali di diritto per indicare – così come si fa in qualsiasi ordinamento giuridico interno – caratteri

fondamentali e le regole generali che si ricavano in via induttiva dalle regole espresse del sistema. Dall'altra, si utilizza l'espressione per richiamare quei «principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili» ai quali fa riferimento l'art. 38, n. 1, lett. *c* dello Statuto della Corte internazionale di giustizia.

Le due prospettive vanno tenute nettamente distinte.

Recentemente, i principi generali di diritto sono stati oggetto di studio da parte della Commissione di diritto internazionale (cfr. *supra*, par. 4.2) che, nel 2018, ha nominato relatore speciale Marcelo Vázquez-Bermúdez. Oltre ai due rapporti del relatore speciale finora pubblicati, il programma dei lavori prevede l'approvazione da parte della Commissione di un insieme di conclusioni, corredate da un commentario.

8.2. *I principi generali dell'ordinamento internazionale*

Esistono, nell'ambito del diritto internazionale generale, alcuni principi generali che esprimono immediatamente certe specifiche caratteristiche della struttura del sistema giuridico nel quale la società internazionale è organizzata. Tali principi possono anche essere considerati, se si vuole, come ricavati in via induttiva da varie regole consuetudinarie, e partecipano dei caratteri propri di queste quanto ai loro elementi costitutivi ed al loro valore formale: non esiste, dunque, alcuna differenza di posizione gerarchica delle due categorie di regole. Tuttavia, appare opportuno attribuire ai principi di cui si parla una posizione a sé stante, per sottolinearne l'inerenza diretta alla struttura di fondo del sistema e il carattere generalissimo delle regole che essi consacrano, insieme al rilievo che queste assumono nel complesso dell'ordinamento. Per queste ragioni, alcuni parlano a proposito dei principi considerati di "principi costituzionali" dell'ordinamento internazionale. Rimane comunque ben fermo che non si tratta altro che di una particolare categoria di norme consuetudinarie.

Nell'ambito dei principi generali, si può introdurre una distinzione tra quelli che attengono alla disciplina degli aspetti formali fondamentali dell'ordinamento, come quelli che attengono ai soggetti ed alle fonti, e quelli che hanno carattere materiale, in quanto direttamente riguardano la regolamentazione delle relazioni internazionali. Tra i primi, va sottolineato il ruolo del principio che si suole esprimere con la formula *pacta sunt servanda*, ossia il principio che attribuisce all'accordo dei soggetti l'idoneità a porre in essere norme giuridiche internazionali. Per quanto riguarda i secondi, è opportuno richiamare l'enunciazione che ne è stata fatta dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1970 con la Dichiarazione relativa ai principi di diritto internazionale concernenti le relazioni amichevoli e la cooperazione fra gli Stati, in conformità della Carta delle Nazioni Unite. In tale dichiarazione vengono solennemente proclamati sette principi, sintetizzabili come segue:

– il principio dell'*eguaglianza sovrana degli Stati*, che comprende secondo la Dichiarazione una serie di elementi, fra i quali il diritto di scegliere e di sviluppa-

re liberamente il proprio sistema politico, sociale, economico e culturale: ciò include, fra l'altro, il diritto di ogni Stato di darsi l'assetto costituzionale che preferisce e di organizzare il proprio ordinamento giuridico determinandone i contenuti;

- il principio dell'autodeterminazione dei popoli;
- il principio del non-intervento negli affari interni o esterni di un altro Stato;
- il principio del divieto della minaccia o dell'uso della forza;
- il principio relativo all'obbligo di soluzione pacifica delle controversie internazionali;
- il principio relativo all'obbligo degli Stati di cooperare reciprocamente, in conformità con la Carta delle Nazioni Unite;
- il principio relativo all'*obbligo di adempiere in buona fede gli obblighi assunti in conformità con la Carta delle Nazioni Unite*, che riguarda tutto l'insieme degli impegni internazionali assunti da uno Stato.

Si tratta di principi in gran parte desumibili già dalla Carta delle Nazioni Unite, alla quale la Dichiarazione fa continui riferimenti, che vengono però, non soltanto solennemente riaffermati, ma anche svolti ciascuno in una serie di elementi costitutivi. La piena appartenenza dei principi così enunciati allo stato attuale del diritto internazionale generale è ormai sicura, ed è stata confermata, per quanto concerne il divieto della minaccia e dell'uso della forza e l'obbligo di soluzione pacifica delle controversie, dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza del 27 giugno 1986, già ricordata. A proposito della Dichiarazione considerata, si osserva che l'*opinio juris* rispetto all'astensione dalla minaccia ed dall'uso della forza

«può fra l'altro dedursi, sebbene con la prudenza necessaria, dall'atteggiamento delle Parti nei confronti di certe risoluzioni dell'Assemblea generale, in particolare la Risoluzione 2625 (XXV) intitolata "Dichiarazione relativa ai principi di diritto internazionale concernente le relazioni amichevoli e la cooperazione fra gli Stati conformemente alla Carta delle Nazioni Unite". L'effetto di un consenso al testo di tali risoluzioni non può essere interpretato come quello di un semplice richiamo o di una semplice specificazione dell'obbligo convenzionale assunto nella Carta. Esso può, al contrario, essere interpretato come un'adesione al valore della regola o della serie di regole dichiarate dalla risoluzione e prese in sé stesse. Il principio del non-uso della forza, ad esempio, può così essere considerato come un principio del diritto internazionale consuetudinario non condizionato dalle disposizioni relative alla sicurezza collettiva o ai mezzi e contingenti da fornire in virtù dell'art. 43 della Carta. La presa di posizione ricordata, in altri termini, può apparire come l'espressione di un'*opinio juris* riguardo alla regola (o alla serie di regole) in questione, considerata indipendentemente ormai dalle disposizioni, in particolare istituzionali, alle quali essa è sottoposta sul piano convenzionale della Carta» (CIG, 27 giugno 1986, *Attività militari e paramilitari in Nicaragua e contro il Nicaragua*, cit., par. 188).

Altre ipotesi di corrispondenza tra obblighi enunciati dalla Dichiarazione e diritto internazionale generale sono state individuate dalla Corte nella sentenza del 19 dicembre 2005 nel caso delle *Attività militari sul territorio del Congo* (Repubblica democratica del Congo c. Uganda, par. 162).

Quanto all'obbligo di soluzione pacifica delle controversie, la Corte dichiara che:

«consacrato dall'art. 33 della Carta delle Nazioni Unite, che indica d'altra parte diversi mezzi pacifici ai quali è possibile fare ricorso, tale principio ha egualmente carattere di regola di diritto internazionale consuetudinario» (*ivi*, par. 290).

Non si trova enunciato nella Dichiarazione (ma soltanto indirettamente richiamato nel suo preambolo) alcun principio specifico riguardante il rispetto dei diritti umani fondamentali. È generalmente ammesso, tuttavia, che un principio che vieta le c.d. *gross violations* dei diritti fondamentali (violazioni gravi e generalizzate, quali genocidio, discriminazione razziale, trattamenti inumani o degradanti) debba essere ormai considerato esistente.

Importante infine tener presente che la Dichiarazione afferma l'idea del collegamento dei vari principi fra di loro nella loro interpretazione ed applicazione, aggiungendo che ciascun principio va interpretato nel contesto degli altri.

Quanto esposto non significa, naturalmente, che i soli principi generali individuabili sul piano dell'ordinamento internazionale siano quelli enunciati dalla Dichiarazione. Al contrario, è facile constatare che la giurisprudenza internazionale si è riferita non di rado ad altri principi, di generalità ed ampiezza variabili a seconda che riguardino l'insieme del sistema giuridico oppure specifici suoi settori. E così, ad esempio:

– «certi principi generali e ben riconosciuti, ossia: considerazioni elementari di umanità, che s'impongono ancor più in pace che in guerra; il principio della libertà di traffico marittimo; e l'obbligo di ogni Stato di non permettere consapevolmente l'uso del proprio territorio per atti contrari al diritto di altri Stati» (CIG, 9 aprile 1949, caso dello *Stretto di Corfù* (merito), Regno Unito c. Albania, in *C.I.J., Recueil*, 1949, 4, 22);

– i principi generali di diritto umanitario, ai quali le Convenzioni di Ginevra del 1949 danno semplicemente espressione specifica (CIG, 27 giugno 1986, *Attività militari e paramilitari in Nicaragua e contro il Nicaragua*, cit., par. 219);

– il principio generale dell'*uti possidetis*, che si afferma collegato logicamente con la forma di decolonizzazione considerata ovunque essa abbia luogo (CIG, 22 dicembre 1986, caso della *Controversia di frontiera*, Burkina Faso c. Mali, par. 23);

– il principio della sovranità permanente sulle risorse naturali quale principio del diritto internazionale consuetudinario (CIG, 19 dicembre 2005, *Attività militari sul territorio del Congo*, Repubblica democratica del Congo c. Uganda, par. 244);

– il principio di prevenzione in materia di ambiente, che «in quanto regola consuetudinaria, ha la propria origine nella due diligence che è richiesta ad uno Stato nel proprio territorio», imponendogli «l'obbligo di utilizzare tutti i mezzi a propria disposizione per evitare che attività che hanno luogo sul proprio territorio o in zone che ricadono sotto la sua giurisdizione causino danni significativi all'ambiente di un altro Stato» (CIG, 20 aprile 2010, caso delle *Fabbriche per la produzione di pasta di legno sul fiume Uruguay*, Argentina c. Uruguay, par. 101).

8.3. *I principi generali degli ordinamenti giuridici interni e il loro rilievo a livello internazionale*

Tutt'altro significato hanno i principi generali sorti ed accettati nell'ambito degli ordinamenti giuridici interni degli Stati, dei quali fa menzione l'art. 38, n. 1, lett. *c* dello Statuto della Corte internazionale di giustizia parlando di principi "riconosciuti dalle Nazioni civili".

Non si tratta qui di principi ricavabili dalle norme dello stesso diritto internazionale, e da questo autonomamente sviluppati, ma di principi validi sul piano del diritto interno degli Stati, ed accolti dalla maggioranza di questi nell'ambito dei propri sistemi giuridici.

Sin dall'inizio dello sviluppo dell'ordinamento giuridico internazionale è stata viva la tendenza di interpreti e giudici ad integrare il contenuto di tale sistema con i principi e valori desunti degli ordinamenti interni. La cosa si può facilmente spiegare da un lato in vista del carattere limitato della disciplina offerta dal diritto internazionale generale e, dall'altro, in considerazione del fatto che i principi generali così individuati tendevano ad essere dedotti da valori assoluti ed universali, ricollegati al diritto naturale. La duplice valenza di tali principi, tanto nei rapporti interindividuali quanto in quelli interstatali, rispondeva così al carattere universalmente valido dei principi stessi, in base a postulati giusnaturalistici. Il tramonto di concezioni legate al giusnaturalismo, e l'affermarsi delle dottrine positivistiche, contribuirono comprensibilmente a rendere più incerta l'utilizzabilità di quei principi nell'ambito delle relazioni fra gli Stati: ma la difficoltà rimase sostanzialmente limitata all'inquadramento teorico del fenomeno, in quanto la prassi internazionale non ha mai cessato di fare ricorso ai principi di diritto interno in questione a fini di integrazione del sistema giuridico internazionale.

Tenendo presente che i principi generali comuni agli ordinamenti statali esprimono valori riconosciuti ed accolti nell'ambito delle società organizzate a Stato, delle quali tali ordinamenti sono espressione, non può certo stupire che tali principi e valori trovino automaticamente riconoscimento anche nelle relazioni interstatali, a livello del sistema giuridico che regola queste ultime. Tale sistema trova infatti il proprio sostegno nella società universale, di cui quelle organizzate a Stato altro non sono che parziali articolazioni: e la mancanza di istituzioni politico-giuridiche comuni a livello interindividuale non esclude che i valori comuni alle società ed agli ordinamenti statali trovino immediato riscontro e riconoscimento a livello internazionale. In questa prospettiva, le norme che richiamano i principi generali di diritto interno – come il più volte citato art. 38 dello Statuto della Corte internazionale, e l'art. 21, n. 1, lett. *c*, dello Statuto della Corte penale internazionale, che fa riferimento ai «principi generali di diritto elaborati dalla Corte in base alla normativa interna dei sistemi giuridici del mondo» – hanno essenzialmente valore ricognitivo di un fenomeno che trova la propria spiegazione nella stessa struttura di fondo del sistema giuridico internazionale.

8.4. (segue): *la funzione integrativa dei principi generali di diritto interno*

In virtù dell'appartenenza ad un comune ambiente di civiltà giuridica, del quale rappresentano l'espressione, i principi generali degli ordinamenti interni operano dunque anche in ambito internazionale applicandosi alla regolamentazione dei rapporti internazionali. Essi operano, in particolare, nel senso di *integrare* tale regolamentazione, attraverso il richiamo a regole generali di logica giuridica e di giustizia sostenute dai valori generalmente accolti dagli ordinamenti interni: sia nel senso di completare il tessuto connettivo rappresentato dalle regole elaborate direttamente in ambito internazionale, sia in quello di meglio specificare e chiarire portata e significato di tali regole là dove questi siano generici o poco determinati, come non di rado può accadere nel campo del diritto non scritto. Ciò spiega come il ricorso ai principi generali di cui si tratta sia destinato a divenire meno frequente, man mano che vengono autonomamente sviluppate sul piano delle relazioni internazionali norme apposite fornite di maggiore completezza di contenuto. Fenomeno, questo, facilmente rilevabile se si esamina la frequenza del ricorso ai principi da parte della giurisprudenza arbitrale internazionale meno recente, da un lato, e da parte di quella della Corte internazionale di giustizia degli ultimi anni, dall'altro.

D'altra parte, il rilievo dei principi generali considerati assume importanza nella prospettiva di un'interpretazione evolutiva delle norme internazionali. Essi possono svolgere un ruolo particolarmente significativo tutte le volte che l'interprete si trovi di fronte al compito di adeguare l'interpretazione delle norme vigenti alle mutate condizioni sociali, o di applicare nuove regole internazionali in settori che siano oggetto di disciplina recente. Si pensi, a questo riguardo, al caso del diritto internazionale penale, che rappresenta un settore soltanto da pochi anni oggetto di regolamentazione specifica. Qui, il richiamo ai principi generali comuni ai sistemi giuridici interni risulta particolarmente utile e frequente nell'esperienza recente del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia (si veda, ad esempio, la sentenza 10 dicembre 1998 nel caso *Furundzija*). Il già citato art. 21, n. 1, lett. c dello Statuto della Corte penale internazionale ne dà, del resto, esplicita conferma.

8.5. *Determinazione dei principi generali e loro condizioni di utilizzabilità*

Perché i principi generali riconosciuti dagli ordinamenti giuridici interni possano essere assunti quali fonti di diritto internazionale generale, è necessario che ricorrano alcune condizioni. Non sarebbe corretto infatti, alla luce della realtà effettiva del diritto internazionale attuale, ritenere che il mero riconoscimento, ancorché generalizzato, di un principio valga a renderlo di per sé operante a livello di relazioni internazionali.

a) In primo luogo deve trattarsi effettivamente di un *principio generale*, ossia di una regola generale che esprime caratteri essenziali di un determinato settore normativo o istituto giuridico, ed è ricavabile in via induttiva dalle regole che di-

sciplinano questi ultimi. Ne rimangono perciò escluse regole che esprimano normative di dettaglio: il richiamo ai principi generali non può essere considerato un mezzo per mutuare dal diritto interno una regolamentazione che la prassi degli Stati non abbia autonomamente sviluppato. Esso ha, come si è detto, funzione di integrazione normativa di realtà già esistenti.

b) In secondo luogo, un principio deve essere generalmente riconosciuto dagli ordinamenti giuridici interni. È vero che i giudici internazionali si astengono di solito da un esame particolareggiato del modo di essere dei sistemi interni, accontentandosi di enunciazioni alquanto aprioristiche. Ma ciò dipende essenzialmente dal fatto che i principi generali in concreto ritenuti esistenti ed applicati appaiono di tale evidenza, da rendere superfluo ogni riscontro specifico. Là dove un principio non risulti accolto da sistemi giuridici rappresentativi delle principali forme di civiltà giuridica, esso non può considerarsi riconosciuto dai soggetti dell'ordinamento internazionale, e non viene a far parte del diritto internazionale generale. A questo proposito, è appena il caso di ricordare che l'espressione che si legge nell'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia (principi "riconosciuti dalle Nazioni civili") va considerato strettamente legato alle condizioni politiche e sociali prevalenti nel momento in cui la norma venne per la prima volta concepita, e deve essere oggi intesa in modo da riferirsi alla generalità dei soggetti, senza discriminazione alcuna. Va tenuto presente che lo stesso Statuto della Corte, all'art. 9, stabilisce un principio di universalità nella composizione della Corte, nel senso che in ogni elezione dei giudici si deve curare che «nel collegio nel suo complesso sia assicurata la rappresentanza delle principali forme di civiltà e dei principali sistemi giuridici del mondo».

c) Non vi è, in via generale, alcuna limitazione quanto alla materia in cui un certo principio può essere richiamato. Tuttavia, un determinato principio generale sviluppato e riconosciuto dai sistemi interni può essere considerato operante nel diritto internazionale soltanto se riguardi settori e materie già oggetto di autonoma regolamentazione sul piano internazionale, e sia compatibile con le specifiche caratteristiche di tale disciplina. Il primo aspetto è connesso alla funzione integrativa propria dei principi (v. lett. a) *supra*). Il secondo riguarda invece le condizioni di "trasponibilità" di un principio dall'ambiente interno a quello internazionale, e riflette un'esigenza essenziale di coerenza. Così, ad esempio, la Corte internazionale di giustizia nel parere consultivo del 28 maggio 1951 relativo al caso delle *Riserve alla Convenzione sul genocidio* (in *C.I.J., Recueil*, 1951, 21) ha escluso l'applicabilità ai trattati internazionali del principio di integrità normalmente applicato al contratto nel diritto interno, in favore dell'opposto principio di "flessibilità".

8.6. *Ipotesi di utilizzazione dei principi generali*

La prassi internazionale mostra ipotesi di utilizzazione dei principi generali di diritto interno in svariati settori. Fra gli altri, ed a titolo puramente esemplificativo:

– in materia *processuale*: il principio per cui nessuno può essere giudice in causa propria (CPGI, parere del 21 novembre 1925, *Interpretazione del Trattato di Losanna*, in *C.P.J.I., Recueil, Série B*, n. 12, 32); il principio relativo all'efficacia di cosa giudicata dalle decisioni rese da organi giurisdizionali (CIG, Parere del 13 luglio 1954 sugli *Effetti delle sentenze di risarcimento rese dal Tribunale amministrativo delle N.U.*, in *C.I.J., Recueil*, 1954, 53, e, da ultimo, sentenza del 2 febbraio 2018 nel caso della *Frontiera terrestre nella parte settentrionale dell'isola di Portillos*, par. 68); il principio dell'*eguaglianza* delle parti nel processo (CIG, parere del 23 ottobre 1956 sulle *Sentenze del Tribunale amministrativo dell'I.L.O.*, in *C.I.J., Recueil*, 1956, 86);

– in materia di *obbligazioni*: il principio per cui il risarcimento del danno deve comprendere sia il danno emergente sia il lucro cessante (sentenza arbitrale del 29 novembre 1902, arbitro Asser, nel caso *Cape Horn Pigeon et al.*, La Pradelle-Politis, in *Recueil arb. int.*, II, Paris, 1957, 285); il principio per cui la violazione di obbligazioni pecuniarie comporta il diritto del creditore al pagamento di interessi di mora (sentenza arbitrale 11 novembre 1912, Russia c. Turchia, in *Riv. dir. int.*, 1913, 49); il principio dell'*integrale* riparazione in caso di violazione di obbligazioni internazionali (CPGI, sentenza 13 settembre 1928 nel caso dell'*Officina di Chórzów (richiesta di indennizzo)*, in *C.P.J.I., Recueil, Série A*, n. 17, 47 e, da ultimo, CIG, sentenza del 17 luglio 2019 nel caso *Jadav*, par. 138);

– in materia di *interpretazione di atti*: il principio dell'*interpretazione contra proferentem* (CPGI, sentenza 12 luglio 1929 nel caso dei *Prestiti brasiliani*, in *C.P.J.I., Recueil, Série A*, nn. 20-21, 114); il principio per cui una norma deve essere interpretata nel quadro complessivo del sistema giuridico quale esistente al momento dell'interpretazione (CIG, parere del 21 giugno 1971 sulle *Conseguenze giuridiche per gli Stati della presenza continuata del Sud Africa in Namibia (Africa del Sud-Ovest)*, par. 53); e molti altri potrebbero aggiungersi, fra i quali il principio della conservazione degli atti (*res magis valeat quam pereat*);

– il principio c.d. dell'*estoppel*, in base al quale – nelle parole della Corte permanente di giustizia internazionale –, ad esempio:

«una parte non può opporre all'altra il fatto che quest'ultima non ha eseguito un'obbligazione, e non si è avvalsa di un mezzo di ricorso, se la prima, con qualche atto contrario al diritto, ha impedito alla seconda di adempiere l'obbligazione in questione, o di ricorrere alla giurisdizione cui avrebbe potuto avere accesso» (CPGI, sentenza del 26 luglio 1927 nel caso dell'*Officina di Chórzów (competenza)*, in *C.P.J.I., Recueil, Série A*, n. 9, 31);

– in materia *penale*, esiste una ricca giurisprudenza del Tribunale internazionale per la ex Jugoslavia. La Corte costituzionale italiana ha dovuto esaminare a più riprese la possibilità di applicare nei rapporti fra le giurisdizioni di vari Stati il principio che vieta un nuovo giudizio a carico dell'imputato per gli stessi fatti (*ne bis in idem*), e l'ha esclusa in considerazione della mancanza di indirizzi uniformi nei diversi Stati (sentenze n. 48/1967 e n. 69/1976, con riferimento all'art. 11 c.p.,

in *Giur. cost.*, 1967, 299 e 1976, I, 432). Nella sentenza 3 marzo 1997, n. 58, peraltro, la Corte ha considerato il principio in questione come

«principio tendenziale cui si ispira oggi l'ordinamento internazionale (che) risponde del resto a evidenti ragioni di garanzia del singolo di fronte alle concorrenti potestà punitive degli Stati».

9.1. *Significato e contenuto del diritto internazionale generale*

Considerando la struttura complessiva dell'ordinamento giuridico internazionale, il diritto generale assume il significato di insieme di principi e regole comuni a tutti gli Stati (ed agli altri soggetti, per la parte in cui ne siano raggiunti), che esprimono i valori condivisi dalla generalità di essi e riconducono ad unità logica e giuridica i vari "sottosistemi" risultanti dalla molteplicità dei complessi normativi di carattere pattizio. Nello stesso tempo, il diritto generale rappresenta, nell'ottica della costruzione dell'ordinamento, il fondamento ultimo della validità di tutte le altre norme che ne fanno parte: appartiene infatti al diritto generale la norma, di carattere consuetudinario, che stabilisce l'obbligatorietà dei trattati (v. *infra*, Cap. III), così come vi appartengono le regole generali relative alle caratteristiche di questa fonte (detta, perciò, fonte di secondo grado).

Guardando al contenuto del diritto internazionale generale, è immediata la constatazione che al suo valore, primario dal punto di vista della costruzione dell'ordinamento, corrisponde una notevole limitazione quanto all'ampiezza dei settori che ne sono oggetto. La cosa si spiega facilmente, se solo si pensa al fatto che il diritto generale rappresenta la sintesi in termini giuridici dei valori condivisi da tutta la Comunità internazionale: il che, specie in tempi di tensioni e contrasti tra le varie componenti di questa, non può che portare ad una restrizione della sfera entro la quale una tale sintesi è possibile. Il nucleo essenziale delle norme che fanno parte del diritto internazionale generale – il primo a formarsi dal punto di vista storico – è ancora oggi costituito dalle regole che tutelano il potere di ogni Stato nei confronti di tutti gli altri, e ne determinano i limiti per quanto riguarda la sua esplicazione nelle varie cerchie spaziali e in relazione alle varie categorie di soggetti. Naturalmente, le modificazioni che le regole in questione hanno subito nel corso del tempo sono assai notevoli: ma l'evoluzione complessiva non ha comportato una rottura radicale rispetto allo schema logico e giuridico che ne costituiva l'ossatura di base.

In questo ambito complessivo, peraltro, sono venuti alla luce nel corso degli ultimi decenni una serie di elementi, che hanno inciso in modo – almeno potenzialmente – assai significativo sul carattere "individualistico" che risulta dall'assetto tradizionale. Qui occorre accennare brevemente a due aspetti che rilevano in questo senso: il fenomeno del c.d. *jus cogens* e quello delle obbligazioni *erga omnes*.

10.1. *Lo jus cogens internazionale*

Nonostante il carattere “primario” che è proprio del diritto generale dal punto di vista della costruzione logica e giuridica dell’ordinamento, tale carattere non si traduce in un valore gerarchicamente superiore delle norme che ne fanno parte rispetto alle altre, in specie a quelle pattizie. Al contrario, le norme generali sono normalmente considerate di carattere flessibile, nel senso che è possibile ai soggetti di derogarvi per mezzo di una regolamentazione pattizia divergente. Per ripetere un esempio frequentemente addotto, non vi è dubbio che uno Stato abbia un diritto esclusivo, garantitogli da una norma del diritto internazionale generale, di svolgere le proprie funzioni nel proprio territorio ad esclusione di ogni altro Stato: ma è certo che attività sovrane di altri Stati possono essere ammesse a svolgersi nel territorio, sulla base di apposite regolamentazioni pattizie (esercizio di attività giurisdizionali, installazione di basi militari, ecc.).

A questo principio non venivano tradizionalmente riconosciute eccezioni, se non nel caso dei trattati c.d. *contra bonos mores*, ossia contrari a principi elementari di carattere etico, relativi al trattamento della persona umana od al riconoscimento dei requisiti minimi di sussistenza per uno Stato. In casi del genere, il trattato si riteneva invalido, con un procedimento logico e giuridico analogo a quello che presiede al rapporto fra norme imperative e regole contrattuali contrastanti nel diritto civile degli Stati. Ora, nel corso degli ultimi decenni, in occasione dei lavori della Commissione del diritto internazionale intesi alla codificazione del diritto dei trattati, si è pervenuti all’individuazione di una serie di principi propri e specifici del diritto internazionale, ai quali si attribuisce un valore fondamentale, capace di tradursi nell’inderogabilità delle relative norme, e quindi di condurre all’invalidità dei trattati che si ponessero in contrasto con essi. Ne è risultata la formulazione di un’apposita norma inserita nella Convenzione di Vienna nel diritto dei trattati, l’art. 53, secondo il quale

«È nullo qualsiasi trattato che, al momento della sua conclusione, è in conflitto con una norma imperativa del diritto internazionale generale. Ai fini della presente Convenzione è norma imperativa del diritto internazionale generale una norma accettata e riconosciuta dalla Comunità internazionale degli Stati nel suo insieme come norma alla quale non è consentita alcuna deroga e che può essere modificata soltanto da una successiva norma del diritto internazionale generale avente lo stesso carattere».

A prescindere dalle critiche rivolte alla formulazione della norma, risulta evidente la mancanza di qualsiasi criterio idoneo a permettere la sicura identificazione delle norme imperative di cui si tratta. In questa sede sarà sufficiente ricordare che gli indirizzi prevalenti nella prassi e nella dottrina indicano quali principi di diritto cogente quelli posti alla base dello Statuto delle Nazioni Unite, e così, essenzialmente, il divieto della minaccia e dell’uso della forza, l’obbligo di soluzione pacifica delle controversie, il rispetto della sovranità e dell’eguaglianza degli Stati, la tutela dei diritti umani fondamentali ed i connessi principi di diritto uma-

nitario (v. *infra*, Cap. VIII), l'autodeterminazione dei popoli (v. *supra*, par. 8.2). In questo senso, viene anche da molti richiamato il disposto dell'art. 103 dello Statuto delle Nazioni Unite, secondo il quale

«in caso di contrasto tra gli obblighi contratti dai Membri delle Nazioni Unite con il presente Statuto e gli obblighi da essi assunti in base a qualsiasi altro accordo internazionale prevarranno gli obblighi derivanti dal presente Statuto».

Non può esservi dubbio che la categoria delle norme imperative appartiene ormai al diritto internazionale generale, ed è riconosciuta dalla prassi internazionale contemporanea, come dimostra la giurisprudenza, interna ed internazionale, che spesso vi fa riferimento. Con il riconoscimento di tale categoria di regole, il diritto internazionale generale va oltre il tradizionale carattere individualistico per dare tutela a valori fondamentali propri dell'intera Comunità internazionale, facendo emergere un nuovo concetto di "ordine pubblico internazionale" che, al di là delle incertezze connesse alla sua concreta applicazione (del resto, comuni a quelle che si incontrano nella classificazione delle norme come imperative nello stesso diritto interno), appare fecondo di sviluppi in senso solidaristico.

Lo *ius cogens* è stato recentemente oggetto di approfondimenti da parte della Commissione di diritto internazionale (cfr. *supra*, par. 4.2) che, nel 2019, sulla base di quattro rapporti predisposti dal relatore speciale Dire Tladi, ha approvato in prima lettura un insieme di conclusioni.

11.1. *Le obbligazioni erga omnes*

Nello stesso filone ideale si inserisce anche la nozione di obbligazioni internazionali *erga omnes*: per questa ragione se ne fa un cenno qui, pur non trattandosi di tematica esclusiva del diritto internazionale generale.

Tradizionalmente, le norme del diritto internazionale (generale o particolare) sono fondate sulla reciprocità nel senso che, tutelando interessi propri dei singoli Stati, esse instaurano rapporti giuridici articolati su diritti ed obblighi spettanti a ciascuno Stato nei confronti di ciascuno degli altri. Ciò tanto nel caso di norme generali, quanto nel caso di trattati bilaterali o multilaterali. Lo schema in questione risulta ancora oggi perfettamente applicabile alla maggioranza delle norme internazionali, che continuano ad essere basate su di un principio di stretta reciprocità.

Negli ultimi decenni è però venuta via via emergendo la diversa nozione di obblighi che si instaurano, non nei confronti di un solo Stato, ma nei confronti della Comunità internazionale nel suo insieme (e, correlativamente, di diritti che possono essere fatti valere nei confronti di uno Stato da qualsiasi altro soggetto). Va ricordato a questo proposito, un celebre passo di una sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso *Barcelona Traction*:

«Una distinzione essenziale deve essere fatta, in particolare, fra le obbligazioni degli Stati nei confronti della Comunità internazionale nel suo insieme e quelle che nascono nei confronti di un altro Stato nel quadro della protezione diplomatica. Per loro stessa natura, le prime riguardano tutti gli Stati. Vista l'importanza dei diritti in giuoco, tutti gli Stati possono essere considerati come aventi un interesse giuridico a che tali diritti siano protetti; le obbligazioni di cui si tratta sono obbligazioni *erga omnes*. Tali obbligazioni derivano ad esempio nel diritto internazionale contemporaneo dalla messa al bando degli atti di aggressione e del genocidio, ma anche dai principi e dalle regole concernenti i diritti fondamentali della persona umana, ivi compresa la protezione contro la pratica della schiavitù e della discriminazione razziale. Alcuni fra i diritti di protezione corrispondenti si sono integrati nel diritto internazionale generale ...; altri sono conferiti da strumenti internazionali di carattere universale o quasi-universale» (CIG, sentenza 5 febbraio 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company*, cit., parr. 33-34).

La categoria di obblighi così individuata appartiene senza dubbio al diritto internazionale contemporaneo, ed è stata utilizzata anche in altre recenti pronunce della stessa Corte: si vedano la sentenza del 30 giugno 1995 nel caso di *Timor orientale*, in cui la Corte avalla l'affermazione fatta in causa dal Portogallo secondo cui

«il diritto dei popoli di disporre di sé stessi ... è un diritto opponibile *erga omnes*» (*Timor orientale*, Portogallo c. Australia, par. 29),

e quella dell'11 luglio 1996 nel caso dell'Applicazione della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio, in cui si dichiara che:

«i diritti e gli obblighi consacrati dalla Convenzione sono diritti ed obblighi *erga omnes*» (Bosnia Erzegovina c. Jugoslavia, par. 31).

Va poi ricordato il parere consultivo della Corte in data 9 luglio 2004, relativo alle *Conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei territori palestinesi occupati*, nel quale viene anzitutto ribadito il carattere *erga omnes* del diritto all'autodeterminazione (par. 156), ed è inoltre affermato lo stesso carattere a proposito di molte norme appartenenti al diritto internazionale umanitario. La Corte si esprime nei termini seguenti:

«Riguardo al diritto internazionale umanitario, la Corte ricorda che nel Parere Consultivo circa la *Legalità della minaccia o dell'uso di armi nucleari*, essa ha dichiarato che “numerossime norme di diritto umanitario applicabili nei conflitti armati sono così fondamentali per il rispetto della persona umana e di considerazioni elementari di umanità ...” da dover essere “osservate da tutti gli Stati abbiano essi ratificato o meno le convenzioni che le contengono, in quanto contengono principi inviolabili di diritto internazionale consuetudinario” (*C.I.J. Recueil*, 1996 (I), 257, par. 79). Secondo la Corte, tali norme stabiliscono obblighi che hanno essenzialmente carattere *erga omnes*» (CIG, 9 luglio 2004, par. 157).

Infine, nel parere consultivo del 25 febbraio 2019 relativo agli *Effetti giuridici della separazione dell'arcipelago di Chagos da Mauritius nel 1965*, la Corte ha ribadito che,

«poiché il rispetto del diritto di autodeterminazione costituisce un obbligo *erga omnes*, tutti gli Stati hanno un interesse giuridico alla protezione di tale diritto» (CIG, 25 febbraio 2019, par. 180).

Lo schema formale delle norme internazionali che stabiliscono obbligazioni *erga omnes* sottolinea il carattere indivisibile degli obblighi e dei beni giuridici tutelati, e si presta bene ad inquadrare le situazioni nascenti dalle norme che appartengono allo *jus cogens*, pur non essendo riferibile esclusivamente a queste ultime. Esso va quindi tenuto presente anche in relazione alle norme imperative ed alle nuove esigenze ed ai nuovi valori che queste intendono tutelare. Collegato immediatamente al tema delle obbligazioni *erga omnes* è quello della legittimazione a far valere le conseguenze della loro violazione, tema che è stato oggetto di numerose incertezze e discussioni nell'ambito dell'opera di codificazione effettuata dalla Commissione del diritto internazionale e culminata nel Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati approvato da questa nel 2001 (v. *infra*, Cap. VII).

12.1. *Altre fonti di norme internazionali*

Pur non venendo esse a far parte, dal punto di vista strettamente tecnico, del diritto internazionale generale, è opportuno fare un cenno in questa sede ad altre fonti di norme internazionali, riconducibili a tale diritto anche se non idonee a dar vita a norme generali.

Direttamente prevista da regole del diritto generale è l'efficacia obbligatoria della promessa unilaterale, che costituisce una dichiarazione di uno Stato (o di più Stati) di adottare un certo comportamento nei confronti di altri soggetti. La conseguenza, prevista dal diritto internazionale generale, della promessa è l'obbligatorietà del comportamento che ne è oggetto indipendentemente da qualsiasi reciprocità. Data la coincidenza fra fonti di obbligazioni e fonti di norme nel diritto internazionale (quale conseguenza della mancanza di ente sovraordinato dotato di potere legislativo nei confronti dei soggetti dell'ordinamento), si può dire che la promessa è fonte di norme giuridiche vincolanti per lo Stato che la fa.

Il carattere vincolante della promessa è stato più volte affermato dalla giurisprudenza internazionale: in particolare, la Corte internazionale di giustizia ha affermato che:

«È riconosciuto che dichiarazioni che rivestono la forma di atti unilaterali e concernono situazioni di diritto o di fatto possono avere come effetto la creazione di obblighi giuridici. Dichiarazioni di questa natura possono avere ed hanno spesso un og-

getto molto preciso. Quando lo Stato autore della dichiarazione intende essere vincolato in conformità con questi termini, tale intenzione conferisce alla sua presa di posizione il carattere di un impegno giuridico, essendo lo Stato interessato ormai tenuto in diritto a seguire una linea di condotta conforme alla sua dichiarazione. Un impegno di tale natura, espresso pubblicamente e con l'intenzione di vincolarsi, anche al di fuori del quadro di negoziati internazionali, ha un effetto obbligatorio. In tali condizioni, non è necessaria alcuna contropartita perché la dichiarazione acquisti effetto, né un'ulteriore accettazione od una replica o reazione da parte di altri Stati, in quanto ciò sarebbe incompatibile con la natura strettamente unilaterale dell'atto giuridico con cui lo Stato si è pronunciato. – Beninteso, non ogni atto unilaterale comporta delle obbligazioni, ma uno Stato può scegliere di adottare una certa posizione su un argomento determinato con l'intenzione di vincolarsi – e ciò dovrà essere determinato interpretando l'atto. Quando gli Stati fanno dichiarazioni che limitano la loro futura libertà di azione un'interpretazione restrittiva s'impone». (CIG, 20 dicembre 1974, caso degli *Esperimenti nucleari*, Austria c. Francia e Nuova Zelanda c. Francia, parr. 43-44 e 46-47).

In altri casi, in applicazione dei principi enunciati, il carattere vincolante della dichiarazione, confermato in via di principio, è stato escluso in concreto in vista delle circostanze del caso: si veda, ad esempio, la sentenza già citata nel caso *Nicaragua c. Stati Uniti* (par. 261) e quella del 22 dicembre 1986 della Camera della Corte internazionale nel caso relativo alla *Controversia di frontiera* (Burkina Faso c. Mali, cit., parr. 39-40).

È opportuno ricordare, per concludere, che la promessa unilaterale viene spesso menzionata nell'ambito della categoria generale degli atti unilaterali, insieme ad altri atti quali la protesta, il riconoscimento, la rinuncia o la notificazione. Solo la promessa può però essere considerata fonte di norme (o di obblighi). Gli altri atti ricordati possono essere soltanto presi in considerazione da altre norme di diritto internazionale generale, che vi ricollegano effetti da esse stesse predeterminati, e dunque non sono essi la fonte di tali effetti.

13.1. *Le fonti previste da trattati*

a) Ancor più indirettamente possono essere ricondotte al diritto internazionale generale le fonti costituite da certi atti emanati da determinate organizzazioni internazionali in base ai propri statuti.

Si tratta qui di atti previsti come obbligatori dalle norme di tali statuti, che trovano perciò il loro fondamento in tali norme, aventi carattere pattizio. Per tale ragione, si parla comunemente in dottrina di fonti "di terzo grado" nella prospettiva della costruzione gerarchica dell'ordinamento, e dunque considerando di primo grado le norme generali e di secondo grado quelle pattizie. Questa prospettiva non è peraltro del tutto appropriata, se si pensa alla normale flessibilità delle norme internazionali generali: vero è, comunque, che il fondamento dell'accordo va rinvenuto, come si è detto, in una norma del diritto generale.

I casi in cui il potere di emanare atti vincolanti è attribuito a determinati organi di organizzazioni internazionali non sono molto frequenti nella realtà contemporanea, ma rivestono notevole significato. Basterà ricordare qui le decisioni vincolanti che il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite può emanare in base all'art. 41 dello Statuto nei casi previsti dal Capitolo VII (azioni rispetto alle minacce alla pace, alla violazione della pace ed agli atti di aggressione: v. *infra*, Cap. VIII). Anche nell'ambito di altre organizzazioni, quale l'ICAO (*International Civil Aviation Organisation*), è previsto un potere normativo di taluni organi (per l'ICAO, del suo Consiglio).

L'ipotesi più importante e significativa è peraltro quella delle Comunità e dell'Unione europea, in considerazione dell'ampiezza dei poteri dei quali le relative istituzioni sono fornite e dell'incidenza che gli atti in cui tali poteri si manifestano sono in grado di esplicitare anche all'interno degli ordinamenti degli Stati membri. Si ricorderanno qui soltanto i regolamenti, le direttive e le decisioni del Consiglio e della Commissione, nell'ambito della Comunità europea, e le azioni e posizioni comuni, le decisioni quadro e le decisioni nell'ambito del sistema dell'Unione europea.

b) Un cenno infine va riservato all'ipotesi, in qualche modo affine, della sentenza pronunciata *ex aequo et bono* da giudici internazionali, come fra l'altro la Corte internazionale di giustizia in base all'art. 38, n. 2 del suo Statuto, sempre che le parti attribuiscono loro il potere di farlo. In casi del genere, la sentenza fondata sull'equità, in quanto prescinde dal diritto vigente, acquista significato e valore di fonte di nuove norme vincolanti per le parti in causa.

14.1. *La c.d. soft law in diritto internazionale*

Non appartiene, a rigore, alla tematica delle fonti la materia della c.d. *soft law*. Data tuttavia la sempre maggiore frequenza dei riferimenti a questa nozione in rapporto alle vere e proprie fonti del diritto internazionale, è opportuno dedicarvi qui qualche cenno.

La categoria della c.d. *soft law* comprende una molteplicità di atti e di manifestazioni della prassi, i quali hanno in comune un elemento di carattere negativo, che consiste nell'assenza di effetti giuridici vincolanti. Non si tratta dunque di fatti inquadrabili in una precisa categoria tecnico-giuridica, quanto, piuttosto, di proposizioni (definite da taluni semi-normative) aventi la stessa struttura logica delle vere e proprie norme giuridiche vincolanti: un dato comportamento viene infatti indicato come doveroso al verificarsi di determinati presupposti. Peraltro, tale doverosità si colloca ad un livello diverso da quello proprio dell'obbligo giuridico: o perché il soggetto dal quale la proposizione proviene è privo del potere di emanare regole di condotta vincolanti, o perché la valutazione viene espressamente compiuta in termini diversi da quelli strettamente giuridici, risolvendosi nell'indicazione di comportamenti meramente "raccomandati", oppure definiti come doverosi dal punto di vista morale, sociale o politico.

Per varie ragioni, strettamente connesse alle caratteristiche di struttura dell'attuale Comunità internazionale, il fenomeno della *soft law* ha avuto una diffusione notevole a livello internazionale nel corso degli ultimi decenni: ed il suo ruolo può essere apprezzabile, tutte le volte che, in determinate materie, l'enunciazione di regole di condotta non giuridicamente vincolanti rappresenta in concreto l'unica possibilità di definire standard di comportamento, come ad esempio in materia ambientale.

Nell'ambito della categoria cui si riferisce la denominazione esaminata rientrano le più varie manifestazioni della prassi. Si può trattare di accordi di natura politica, nei quali è assente la volontà degli Stati di obbligarsi giuridicamente: uno degli esempi più noti è rappresentato dall'Atto finale della Conferenza sulla sicurezza e la cooperazione in Europa (c.d. Accordi di Helsinki) del 1975. Oppure, si può trattare di risoluzioni, di per sé prive di effetti vincolanti, dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite (v. *supra*, par. 6.1). Ancora, proposizioni semi-normative appartenenti alla categoria della *soft law* possono assumere la forma di codici di condotta o di *guidelines* (si pensi alla disciplina delle imprese multinazionali nell'ambito dell'OCSE), o di *core principles* (come quelli del Comitato di Basilea per le regolamentazioni bancarie e le pratiche di vigilanza), o di analoghe dichiarazioni variamente denominate.

Date le specifiche caratteristiche proprie della c.d. *soft law*, nulla esclude che, pur non trattandosi per definizione di norme ed atti aventi valore vincolante, le regole di comportamento che ne fanno parte siano dotate di una certa idoneità ad acquisire, direttamente od indirettamente, una vera e propria efficacia normativa. È possibile, infatti, che determinati aspetti o parti di testi di *soft law* si evolvano, nel corso del tempo, divenendo elementi di norme consuetudinarie o di accordi internazionali, oppure che vengano conclusi accordi aventi per contenuto quello di testi originariamente non vincolanti. Altra possibilità è che la *soft law* divenga la base di comportamenti di istituzioni internazionali dotate del potere di condizionare l'applicazione di determinate norme agli Stati al rispetto dei principi di *soft law* da parte di questi. Si pensi, al riguardo, ai c.d. criteri di condizionalità al rispetto dei quali è subordinata l'ammissione degli Stati al godimento dei finanziamenti previsti dagli *arrangements* del Fondo monetario internazionale. Infine, le regole di *soft law* possono divenire, in determinati casi, vincolanti a seguito della loro applicazione da parte delle autorità competenti all'interno dell'ordinamento statale. Si pensi, al proposito, al rilievo dei principi enunciati dal Comitato di Basilea per le regolamentazioni bancarie e le pratiche di vigilanza, in quanto posti a base dell'azione svolta dall'autorità di vigilanza nei singoli Paesi aderenti.

2. Diritto internazionale privato

Anstalt – Impresa fiduciaria *

SOMMARIO: 1. *Anstalten e Treuunternehmen* nell'ordinamento giuridico del Liechtenstein. – 2. La valutazione degli istituti dal punto di vista del diritto italiano: riconoscimento e trattamento. – 3. Riconoscimento o non riconoscimento in Italia? – 4. L'esercizio di attività di impresa in Italia da parte di *Anstalten e Treuunternehmen*. – 5. Coordinamento fra principio di riconoscimento e applicazione necessaria delle norme sull'attività di impresa: la responsabilità illimitata di chi agisce per l'ente straniero.

1. *Anstalten e Treuunternehmen nell'ordinamento giuridico del Liechtenstein*

L'*Anstalt* e la *Treuunternehmen*, o impresa fiduciaria, sono figure caratteristiche di enti collettivi personificati, previsti e disciplinati dal diritto del Principato del Liechtenstein. Ad onta delle assai modeste dimensioni politico-territoriali di questo Stato, il suo diritto nella materia delle persone giuridiche contiene un insieme di disposizioni normative che ne fanno un complesso fra i più ricchi ed articolati del mondo giuridico moderno. Basti ricordare che il *Personen- und Gesellschaftsrecht* (PGR) del 20 gennaio 1926 – *corpus* normativo composto da molte centinaia di articoli – disciplina, accanto alle due figure qui considerate, la *Stiftung* o fondazione, la *Verein* o associazione, la *eingetragene Genossenschaft* o società cooperativa registrata, oltre naturalmente alle più consuete forme della società per azioni ed a responsabilità limitata, alla società in accomandita per azioni e ad altre forme di enti con o senza personalità giuridica. Tra tutte queste figure giuridiche esiste una notevole intercambiabilità, potendo ad esempio le *Anstalten* e le *Treuunternehmen* trasformarsi in qualsiasi forma di *Verbandsperson*, ed alcuni tipi di società trasformarsi in *Anstalten* o *Treuunternehmen*. Le figure di cui si tratta sono poi caratterizzate da una notevole carica di astrattezza, e possono essere tutte utilizzate per gli stessi scopi e funzioni, così come la stessa figura può essere usata per scopi tutt'affatto diversi.

Tanto le *Anstalten*, quanto le *Treuunternehmen*, come in genere le società sopra indicate, sono provviste di personalità giuridica, che viene acquistata (art. 106

* Pubblicato in *Dizionario del diritto privato. Diritto commerciale e industriale* (a cura di U. Carnevali), Milano, 1981, pp. 79-102.

PGR) attraverso l'iscrizione nel pubblico registro (*Oeffentlichkeitsregister*), salvo il caso che si tratti di enti non destinati allo svolgimento di attività commerciale.

Quanto alla struttura, è della massima importanza ai fini del discorso svolto qui di seguito l'osservazione che tanto le *Anstalten*, quanto le *Treuunternehmen*, quanto infine le società personificate, possono essere costituite, sia da una pluralità di soggetti, sia da un soggetto unico. Quest'ultima è anzi la regola per quanto riguarda le prime due figure: per le società, pur essendo la norma quella della pluralità dei fondatori, è espressamente disposto dall'art. 637 PGR che le società personificate possono essere costituite anche da un solo soggetto, oltre che continuare ad esistere anche se i soci si riducono ad uno solo. D'altro lato, è possibile il passaggio da una struttura unipersonale ad una struttura di tipo corporativo, e viceversa. La scelta dell'una o dell'altra non ha alcuna influenza sugli scopi per i quali uno di tali enti può essere costituito, che possono essere i più vari ma non sono comunque in correlazione con la struttura.

Più in particolare, l'*Anstalt* – disciplinata dagli artt. 534 ss. PGR – è dunque una *Verbandsperson* o persona giuridica, che può essere costituita da uno o più fondatori per gli scopi più vari (*dauernden wirtschaftlichen oder anderen Zwecken*). Le partecipazioni possono essere trasferibili e rappresentate anche da certificati azionari, se lo statuto lo prevede. L'*Anstalt* è dotata di un proprio patrimonio, nei limiti del quale risponde delle obbligazioni assunte.

Da queste caratteristiche emerge evidente la possibilità che l'*Anstalt* venga a costituire un esempio di impresa individuale personificata, nel senso che il patrimonio separato, destinato dal fondatore (*Gründer*) ad un determinato scopo, può servire all'esercizio di un'impresa, con limitazione della responsabilità al patrimonio stesso. Nell'ambito di questo schema, il fondatore può assommare in sé tutti i poteri inerenti all'esercizio dell'impresa, pur restando la sua responsabilità limitata ai beni destinati a tale esercizio. Infatti, l'esistenza di organi assembleari e di controllo è soltanto eventuale, mentre l'amministrazione è solitamente esercitata da professionisti locali (O.C. MEIER, p. 77 ss.).

Si aggiunga che il fondatore gode di un totale anonimato, e spesso è in pratica anch'esso un professionista, od una banca locale, che opera in virtù di rapporto fiduciario con il reale interessato, potendo ben essere anche un'altra persona giuridica (e quindi anche un'altra *Anstalt*). Dopo la fondazione dell'ente, il *Gründer* può quindi scomparire dalla scena, trasferendo al reale titolare del patrimonio, o *dominus*, o fondatore occulto, tutti i diritti di gestione dell'impresa.

Non dissimili, nella sostanza, sono le caratteristiche della impresa fiduciaria o *Treuunternehmen*, quali risultano dalla disciplina aggiunta al PGR dalla legge del 10 aprile 1928: quest'ultima consta di ben 170 articoli, inseriti nell'art. 932 *a* del PGR. Il testo del 1926 già prevedeva la figura del *trust* o *Treuhandchaft* (artt. 897-932), ma si trattava della disciplina generale dell'istituto come negozio giuridico, e non della particolare sottospecie dell'impresa fiduciaria.

Con la legge del 1928 è stata introdotta la figura dell'impresa fiduciaria, che presenta un legame di derivazione più diretto con il *business trust* dello Stato nor-

damericano del Massachusetts (*Massachusetts trust*: HENN, p. 70 ss.; SERICK, p. 635; SCHÖNLE, p. 115). In sintesi, tale istituto giuridico prevede la presenza di un fiduciante (*Treugeber, settlor*), che affida un patrimonio ad un fiduciario (*Treuhänder, trustee*) perché venga amministrato da quest'ultimo in favore di determinati beneficiari (*Begünstigte, beneficiaries*). La *Treuunternehmen* viene definita nell'art. 932 a, par. 1, come impresa giuridicamente autonoma e organizzata, dotata di un proprio patrimonio e destinata al perseguimento di scopi economici o non (purché ragionevoli e non illeciti od immorali), la quale risponde nei confronti dei terzi solo nei limiti del fondo o del patrimonio dell'ente. L'impresa fiduciaria viene in essere in virtù dell'atto di uno (come solitamente accade) o di più fiducianti, e normalmente fra fiduciante, fiduciario e beneficiario vi è coincidenza, potendo essi identificarsi nella medesima persona (STRAUB, p. 50 ss.). Altri organi dell'impresa (come ad es. l'assemblea) sono puramente eventuali, come nell'*Anstalt*.

L'impresa fiduciaria si costituisce con la semplice redazione di atto costitutivo o *Treusatzung*, e può essere o non dotata di personalità giuridica. Tuttavia, le imprese destinate all'esercizio di attività commerciale richiedono l'iscrizione nel registro pubblico, che tale personalità fa acquistare. Tale personalità non implica peraltro alcun controllo di ordine sostanziale, neppure per ciò che riguarda il fondo di dotazione. Anche per l'impresa fiduciaria valgono la regola dell'anonimato del fiduciante-fondatore, la possibilità di trasferire ad altri i pieni poteri di gestione della impresa, quella di variare e ridurre il fondo, nonché la possibilità di emettere titoli rappresentativi analoghi alle azioni in relazione alle prestazioni a vantaggio dei beneficiari.

Come per le *Anstalten*, anche per le imprese fiduciarie può dunque dirsi che si tratta di strumenti estremamente flessibili idonei a svolgere attività di qualsiasi tipo. Nella pratica, tuttavia, esse possono venire assai di frequente utilizzate per l'esercizio di imprese individuali in regime di responsabilità limitata, o comunque per lo svolgimento di attività di gestione di partecipazione in altre società ed enti (holdings), in particolare quando l'attività od i beni siano localizzati all'estero (*Sitzunternehmen*: cfr. SCHNEIDER, p. 4 ss.), per ragioni soprattutto di carattere fiscale, in vista delle agevolazioni riservate a questo tipo di imprese dalla legge del Liechtenstein.

I dati da ultimo ricordati valgono a spiegare il rilievo dei problemi che si pongono dal punto di vista del diritto italiano. Questi risultano ancor più evidenti se si pensa all'elevatissimo numero di *Anstalten* e di imprese fiduciarie che risultano costituite negli anni recenti nel piccolo Principato, in misura certamente superiore al rilievo economico del medesimo. La frequente loro destinazione all'esercizio di attività economiche all'estero, ed in particolare alla gestione di beni e partecipazioni al di fuori dello Stato di origine, non poteva infatti non proporre problemi di disciplina giuridica agli interpreti collocati nell'ambito del sistema giuridico di Stati diversi. È opportuno avvertire che, sebbene tali problemi investano in particolare aspetti di rilievo fiscale e valutario, le considerazioni contenute nel presen-

te scritto sono limitate alla valutazione strettamente internazionalprivatistica del problema, ed alla determinazione della condizione giuridica degli enti nell'ambito del sistema italiano (per altri aspetti, cfr. ad esempio SPANO, p. 853 ss.).

2. *La valutazione degli istituti dal punto di vista del diritto italiano: riconoscimento e trattamento*

I problemi sollevati dalla presenza di *Anstalten* e imprese fiduciarie al di fuori del sistema giuridico di origine riguardano, anzitutto – come accade a proposito di qualsiasi persona giuridica venuta in essere secondo il diritto di uno Stato straniero la possibilità di riconoscerne nell'ambito di un sistema giuridico diverso la qualità di persone giuridiche, ossia la soggettività, nonché la regolamentazione dei rapporti interni quali vengono creati in base al diritto straniero che le disciplina.

Successivamente, e segnatamente nel caso che la risposta al quesito relativo al riconoscimento sia, come sarà, positiva, si pone il problema del *trattamento* degli enti, ossia della disciplina giuridica che è loro applicabile nell'ambito di un sistema diverso da quello nazionale, in quanto stranieri, ed in quanto dotati di speciali caratteristiche (per le due ipotesi, in via del tutto generale a proposito di enti stranieri, v. CAPOTORTI, *Lezioni*, p. 21 ss.). Questo secondo aspetto assume un rilievo del tutto particolare a proposito delle figure giuridiche in questione, in vista degli specialissimi caratteri che esse presentano in relazione alle figure di persone giuridiche note al diritto positivo italiano, ed alla conseguente necessità di vagliarne la compatibilità con i principi applicabili secondo le norme italiane che disciplinano lo svolgimento di attività d'impresa in Italia (cfr. *infra*, paragrafi 4 e 5).

La soluzione del primo problema ricordato presuppone l'individuazione dei principi di diritto internazionale privato applicabili.

In assenza di norme specifiche riguardanti le persone giuridiche in genere nell'ambito del sistema italiano di diritto internazionale privato, l'opinione preferibile appare quella secondo la quale il principio normativo idoneo a conferire efficacia nel diritto italiano alle situazioni giuridiche relative alla condizione dei soggetti-persone giuridiche straniere (soggettività e organizzazione interna) è contenuto nell'art. 17, primo comma, disp. prel. (CAPOTORTI, *Lezioni*, p. 53 ss.; VITTA, vol. II, p. 61 ss.; BALLADORE PALLIERI, p. 139 ss.). Tradizionalmente, infatti, è il generale principio che regola lo «statuto personale» – incorporato, appunto, nella norma sopra indicata – ad essere utilizzato al fine di disciplinare tutto quanto attiene allo «stato e capacità» delle persone giuridiche: al di fuori, secondo alcuni, dell'ipotesi delle società, per le quali la disciplina contenuta negli artt. 2505-2509 cod. civ. costituirebbe un insieme normativo autonomo ed a sé stante, dal quale sarebbero desumibili apposite norme di diritto internazionale privato (SANTA MARIA, p. 89 ss.; PICONE, p. 88 ss., peraltro in senso parzialmente diverso).

È stato recentemente sostenuto che le norme appena ricordate non riguarde-

rebbero soltanto gli enti qualificabili in senso stretto come «società», ma sarebbero applicabili in via diretta a tutti gli enti personificati stranieri destinati a svolgere una attività imprenditoriale (PICONE, p. 132 ss.): a tali enti non dovrebbe venir quindi applicato il normale principio desumibile dall'art. 17 disp. prel. E ciò soprattutto in base alla considerazione che, avendo tali norme la funzione di garantire l'applicazione della legge italiana nei casi di esercizio dell'attività d'impresa in Italia, da parte di enti diversi dalle persone fisiche, in vista di esigenze di tutela dei terzi, e di garanzia della sicurezza della circolazione giuridica, non vi sarebbe alcun motivo di sottrarre alla loro sfera di applicazione enti che svolgano attività del tipo suddetto (per conclusioni sostanzialmente analoghe, BIGNAMI, pp. 121 ss.).

Tali considerazioni, tuttavia, non sembrano conciliabili con alcune indicazioni legislative indubbiamente presenti nel sistema, delle quali non si può mancare di tenere in debito conto. Anzitutto, ciò va detto per la generale portata dell'art. 17 disp. prel., e per la chiarissima indicazione che limita l'applicabilità degli artt. 2505 ss. ai soli enti qualificabili come società. Senza dire che appare difficile ricostruire sulla sola base dell'art. 2509 cod. civ. un meccanismo di riconoscimento di enti stranieri fondato sul criterio dell'incorporazione, una volta che di tale principio si sia negata la validità generale, presupposta anche da altre norme del sistema (fra cui l'art. 2505). Inoltre, l'affermata applicabilità dei criteri di cui all'art. 2505 ss. al caso di enti destinati a svolgere attività imprenditoriale rende molto dubbia la possibilità di attribuire al criterio dell'incorporazione un valore tanto generale da estendersi a tutte le ipotesi di enti personificati all'estero, che non siano specificamente destinati a svolgere attività di tal genere.

In ogni caso, va osservato che i risultati cui in concreto si perviene sul punto generale in discussione sulla base della tesi ora indicata, non si discostano granché da quelli raggiunti dalla tesi fondata sull'applicazione dell'art. 17 disp. prel., una volta che il criterio della «nazionalità» utilizzato da questa norma sia inteso nel senso che ora verrà indicato (l'unica differenza di rilievo si riferisce, in sostanza, all'ipotesi di dissociazione territoriale fra sede effettiva della società e luogo di costituzione). In secondo luogo, che le esigenze di tutela dei terzi e di certezza della circolazione giuridica, che sono invocate a sostegno della applicabilità diretta degli artt. 2505 ss., possono venire egualmente soddisfatte per altra via, affermando l'applicabilità dei principi generali relativi all'esercizio di attività d'impresa in Italia (v. paragrafi 4 e 5).

L'affermata competenza dell'art. 17, primo comma, disp. prel. a disciplinare quanto attiene allo «stato e capacità» delle persone giuridiche straniere, importa dunque che tali materie siano sottoposte alla relativa legge nazionale. Ma che cosa si intende con tale espressione? Parte della dottrina (CAPOTORTI, *La nazionalità*, p. 134 ss.; *Lezioni*, p. 59 ss.; *Considerazioni*, p. 623 ss.) ritiene che la determinazione dei criteri di nazionalità italiana delle società vada ricercata negli artt. 2505 ss. cod. civ., mentre sarebbero ovviamente i sistemi giuridici stranieri a determinare i criteri di nazionalità per essi rilevanti: dal punto di vista del sistema italia-

no, rilevarebbe soltanto il *risultato* di tale determinazione, riassunto nella nozione di nazionalità.

Peraltro, non sembra che nell'ambito del sistema giuridico italiano esista una specifica determinazione di criteri di nazionalità degli enti collettivi, desumibile con sufficiente chiarezza dalle norme positive (BALLADORE PALLIERI, p. 145 ss.), né che tale nozione abbia un qualsiasi contenuto che vada al di là della espressione della *mera sottoposizione* ad una determinata legge.

Di conseguenza, rendere competente a disciplinare stato e capacità della persona giuridica la relativa legge nazionale – così come fa, secondo l'interpretazione qui condivisa, l'art. 17 – significa semplicemente sottoporre dette materie alla legge che regola la persona giuridica, per essere quest'ultima venuta ad esistenza in base alla prima.

Intesa in questo senso, la legge nazionale è dunque competente a regolare stato e capacità delle persone giuridiche in base all'art. 17 (o, se si preferisce, in base ad un principio generale, implicito nel sistema, e presupposto dagli artt. 16 e 17 disp. prel.: cfr., per qualche spunto in tal senso, Cass. 14 aprile 1980, n. 2414, in *Foro it.*, 1980, I, 1303). Non sembra invece accoglibile la tesi che vorrebbe applicare in materia l'art. 16, secondo comma, disp. prel. (così MORELLI, p. 88, e sull'autorità dello scrittore anche parte della giurisprudenza, citata più oltre). In base a tale norma, che espressamente fa menzione delle persone giuridiche straniere, il diritto italiano attribuirebbe direttamente la personalità agli enti stranieri – a condizione di reciprocità – sul presupposto di analogo conferimento avvenuto all'estero. Pur se le differenze concrete fra le due tesi sono in definitiva molto modeste, l'art. 16 sembra assai difficilmente utilizzabile allo scopo indicato. A tacer d'altro, non è infatti possibile ricomprendere la soggettività fra i «diritti civili» di cui parla la norma, posto che oltre tutto del godimento di tali diritti la personalità è chiaramente un presupposto (CARUSO, p. 135 ss.; SANTA MARIA, p. 6 ss.; LEANZA, p. 699 ss.; GIARDINA, p. 25 ss.; ed ora Cass. 14 aprile 1980, n. 2414, appena citata).

Dall'inapplicabilità dell'art. 16 discende anche l'inesistenza di qualsiasi limite derivante dalla reciprocità al riconoscimento della personalità giuridica conferita da norme appartenenti ad ordinamenti stranieri, e l'irrelevanza – ai fini del problema di riconoscimento trattato nel successivo paragrafo – del Trattato di commercio italo-svizzero del 27 gennaio 1923 (art. 22), esteso al Liechtenstein l'anno successivo e reso esecutivo con legge 24 dicembre 1928 (per altri motivi di dubbio circa l'utilizzazione del Trattato, PICONE, p. 126 ss. anche in nota).

3. Riconoscimento o non riconoscimento in Italia?

Sulla base dei principi generali ora ricordati, è agevole risolvere il problema, ampiamente dibattuto nella dottrina e giurisprudenza italiane degli ultimi anni, relativo alla riconoscibilità di *Anstalten* e *Treuunternehmen* nell'ambito del sistema giuridico italiano.

In linea di principio, e fatte salve ipotesi specifiche nelle quali il riconoscimento di un *particolare* ente possa risultare escluso per contrarietà all'ordine pubblico internazionale di sue caratteristiche concrete (oggetto, scopo, ecc.), non vi è motivo di dubitare che il riconoscimento in Italia della soggettività degli enti di cui si tratta, in quanto conferita dalla legge del Liechtenstein in qualità di legge nazionale, sia pienamente operato in virtù del principio di cui all'art. 17. A tale legge, in base a quella norma, è riconosciuta la competenza a disciplinare tutto ciò che attiene all'organizzazione del soggetto ed in genere tutto ciò che può essere definito come «stato e capacità» della persona giuridica.

A questa conclusione di principio non può ostare il fatto che gli enti considerati costituiscono degli istituti giuridici sconosciuti al diritto italiano. Se questa circostanza è in sé indiscutibile, essa è però anche irrilevante. E ciò, sia perché è ormai acquisizione sicura della dottrina internazionalprivatistica, e la sola conforme alle esigenze della vita di relazione internazionale (così PICONE, p. 112 ss.) che la possibilità di riconoscimento di un ente deve discendere solo dall'applicazione dei principi generali con riguardo alle caratteristiche concrete delle fattispecie esaminate, sia perché sul piano teorico generale la categoria «stato e capacità» delle persone giuridiche è idonea a ricomprendere tutti quegli enti, anche di tipo sconosciuto al nostro sistema, che presentano le caratteristiche essenziali della personalità giuridica secondo i lineamenti propri di tale categoria in base al diritto interno.

Nel senso favorevole al riconoscimento di *Anstalten* e imprese fiduciarie è ormai orientata la giurisprudenza italiana, sulla scia di tre sentenze della Corte di cassazione che pure lasciano perplessi (specie le prime due) per alcuni aspetti della motivazione, come si vedrà oltre (Cass. 28 luglio 1977, n. 3352, in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 49 ss., nota BORGIOLO; 10 aprile 1978, n. 1659, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 1625; 14 aprile 1980, n. 2414, in *Foro it.*, 1980, I, 1303; Trib. Roma, 6 novembre 1979, in *Foro it.*, 1980, I, 492). Tale orientamento riprende quello accolto da alcune pronunzie meno recenti (Trib. Roma, 16 dicembre 1966, in *Dir. fall.*, 1968, II, p. 589, nota TAGLIAFERRI; 19 giugno 1968 (decreto), in *Giur. merito*, 1969, I, p. 573 ss., nota SANTONASTASO), poi contrastate da una nutrita serie di decisioni di giudici di merito, ricordate qui di seguito. Nello stesso senso appare orientata, sia pure con notevoli diversità di motivazione, la dottrina (in particolare e da ultimo, anche per tutti i riferimenti opportuni, si veda BORGIOLO, *Treuunternehmen*, p. 1156 ss.; *Le Treuunternehmen nell'ordinamento*, p. 49 ss.) nonché la giurisprudenza di altri Paesi, come il Belgio, in cui si è posto l'analogo problema (Cass. Belgio, 13 gennaio 1978, in *Journal trib.*, 1978, p. 544 ss.; *Foro it.*, 1979, IV, 378; *Giur. comm.*, 1980, II, 385, nota BORGIOLO).

Del resto, un rapido esame degli argomenti addotti a sostegno della presunta mancanza od impossibilità di riconoscimento di *Anstalten* e *Treuunternehmen*, specie in vista dell'assoluta estraneità delle loro caratteristiche specifiche delle figure di enti personificati note al diritto positivo italiano, convince dell'infondatezza di tale punto di vista.

Anzitutto, non è possibile argomentare sulla base dell'articolo 16, secondo comma, disp. prel., nel senso che il principio della reciprocità impedirebbe di riconoscere in Italia enti stranieri che non potrebbero essere costituiti in base alla legge italiana (così FERRARA, p. 1169 ss.; App. Venezia, ord. 23 maggio 1975, in *Giur. comm.*, 1976, II, p. 58 ss., nota LUZZATTO; Trib. Milano, decr. 15 gennaio 1976, in *Giur. comm.*, 1976, II, p. 659 ss.). A parte la considerazione, già ricordata, che all'articolo 16 è estraneo il problema dell'attribuzione della personalità giuridica, riferendosi esso soltanto ai diritti civili, e a parte l'impiego affatto insolito della nozione di reciprocità, la tesi trova una smentita positiva nell'art. 2507 cod. civ. Poiché in base a tale norma si presuppone l'esistenza ed il riconoscimento di società straniere di *tipo diverso* da quelle contemplate dalla legge italiana, ne risulta confermata l'inesistenza di qualsiasi limitazione alle figure di persone giuridiche note al diritto italiano ai fini del riconoscimento di enti creati da sistemi giuridici stranieri.

Equalmente infondato appare altro argomento, recato insieme al precedente dalle tesi negatrici del riconoscimento della personalità degli enti in questione. Esso consiste nel sostenere che la questione del riconoscimento di una persona giuridica straniera neppure potrebbe essere posta, quando quest'ultima debba svolgere la propria attività in Italia (FERRARA, p. 1173 ss.). Ma è chiaro, al contrario, che di una siffatta «competenza esclusiva» dell'ordinamento italiano in materia di personificazione non esiste alcuna traccia positiva.

Altre opinioni tendono ad escludere il riconoscimento degli enti in questione facendo leva su un asserito loro contrasto con l'ordine pubblico internazionale del foro.

Secondo tali opinioni, il contrasto suddetto esisterebbe *in assoluto* in vista delle caratteristiche presentate dagli istituti di cui si tratta alla luce della legge del Liechtenstein: in particolare, per il fatto che essi consentono l'esercizio di un'impresa individuale in regime di responsabilità limitata (si vedano, in giurisprudenza, Trib. Trieste, 27 febbraio 1974, in *Giur. merito*, 1975, I, p. 119, nota V. GRECO; Trib. Como, 9 febbraio 1976, in *Foro pad.*, 1976, I, 35; App. Milano, 18 gennaio 1977, in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 122, nota LUZZATTO; Trib. Milano, 31 marzo 1977 e 18 luglio 1977, *ivi*; Trib. Milano, 22 settembre 1977, in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 561, nota C. BISCARETTI DI RUFFIA, nonché la massima elaborata dall'8^a sezione del Tribunale di Milano, in *Giur. comm.*, 1976, I, p. 597, e l'*obiter dictum* in Trib. Milano, 11 gennaio 1979, in *Giur. comm.*, 1979, II, p. 837, nota BORGIOI. In dottrina, si vedano SANTONASTASO, *Limitazione*, p. 367 ss.; DI AMATO, p. 542 ss.; ALBAMONTE, p. 882 ss.; e per soluzioni più sfumate, SIMONETTO, p. 506, e Trib. Padova, 7 febbraio 1974, in *Giur. comm.*, 1976, II, p. 58 ss.). Come tali, simili tesi vanno ovviamente considerate indipendentemente da quella, di per sé fondata, per la quale la normale clausola dell'ordine pubblico opera anche nei confronti dell'*Anstalt* e della *Treuunternehmen* ma non con riferimento alle caratteristiche generali ed astratte del *tipo*, bensì con riguardo al modo concreto di operare di ognuna. L'eventuale contrarietà potrà così sussistere ad

esempio in vista del loro oggetto o della loro attività, ma non per il fatto di appartenere a quel determinato tipo giuridico.

La contrarietà sussisterebbe in via di principio in vista della possibile unicità del fondatore, in base al disposto dell'art. 2332, comma primo, n. 8 cod. civ., oppure al principio dell'illimitatezza della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 cod. civ. Ma è stato in contrario esattamente osservato, quanto al primo argomento, che si tratta soltanto di contrasto con norma inderogabile, ossia appartenente al c.d. ordine pubblico interno (Cass. 28 luglio 1977 n. 3552, in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 49, nota BORGIOLO; C. STOLFI, p. 267 ss.; BORGIOLO, *Treuunternehmen*, p. 1156 ss. ed ivi ulteriori riferimenti; si veda anche Cass. Belgio, 13 gennaio 1978, già citata, in *Foro it.*, 1979, IV, 328, che fa riferimento anche all'art. 9 della Convenzione di Bruxelles del 29 febbraio 1968 sul reciproco riconoscimento di società e persone giuridiche, peraltro non ancora entrata in vigore); e quanto al secondo, che la pretesa natura di principio di ordine pubblico internazionale dell'art. 2740 cod. civ. è smentita dal suo stesso tenore letterale, che prevede che altre disposizioni di legge possano consentire (come in realtà consentono) limitazioni alla responsabilità patrimoniale del singolo (BORGIOLO, *Treuunternehmen*, p. 845; C. STOLFI, p. 270; Cass. 14 aprile 1980, n. 2414, in *Foro it.*, 1980, I, 1303). Neppure altri possibili profili di contrasto con l'ordine pubblico internazionale, come ad esempio con il principio della tutela del capitale sociale, sembra possano essere ritenuti decisivi al fine di escludere a priori la riconoscibilità di *Anstalten* e *Treuunternehmen* (per questo specifico profilo, BORGIOLO, *Le Treuunternehmen*, pp. 56 ss., 67).

Sotto un profilo ancor più generale, e ferma restando la validità dei rilievi ora ricordati, va ribadito che un giudizio di contrarietà all'ordine pubblico internazionale *in via generale ed astratta* è anche metodologicamente scorretto, in vista del fatto che la clausola di ordine pubblico va utilizzata allo scopo di escludere il richiamo di valori giuridici stranieri che producano effetti contrastanti con i principi fondamentali tutelati nel foro in considerazione del modo di essere specifico delle situazioni che si presentano all'interprete (PICONE, p. 123 ss. ed ivi ulteriori riferimenti). Si aggiunga che tutto quanto attiene ai profili di responsabilità limitata, con la quale un imprenditore potrebbe operare in base al riconoscimento degli enti in parola, è estraneo all'operare del principio di riconoscimento contenuto, secondo la tesi qui difesa, nell'art. 17 disp. prel. In base a tale norma, infatti, trova applicazione in Italia il regime di capacità e di organizzazione interna dell'ente straniero secondo la sua legge di origine. Altre e diverse conseguenze dell'attribuzione della personalità giuridica, normalmente presenti secondo il diritto italiano – ed in primo luogo, quelle attinenti al regime della responsabilità –, vanno invece valutate alla luce della complessiva disciplina applicabile. Come si vedrà nei paragrafi successivi, questa non si esaurisce affatto nelle norme attinenti allo stato ed alla capacità della persona giuridica, richiamate *ex art. 17 disp. prel.*

Su di un piano diverso, alla conseguenza dell'impossibilità di riconoscimento di *Anstalten* e *Treuunternehmen* si porrebbe – limitatamente all'ipotesi in cui

esse abbiano in territorio italiano la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale della impresa – anche in base alla tesi, già menzionata, che vuole sottoporre anche le persone giuridiche diverse dalle società, purché esercitino attività d'impresa, alla disciplina (intesa come disciplina di conflitto) contenuta negli artt. 2505 ss. cod. civ. (PICONE, p. 86 ss.).

In questa prospettiva, infatti, un'*Anstalt* o una *Treuunternehmen* costituita nel Liechtenstein, che avesse sin dall'inizio o dovesse successivamente presentare i suddetti contatti con l'ordinamento giuridico italiano, dovrebbe in pratica costituirsi *ex novo* in una delle forme societarie previste dal sistema giuridico interno al fine di adempiere al disposto dell'art. 2505 cod. civ. E con ciò, naturalmente, rimarrebbe preclusa ogni possibilità di attribuire effetti alle valutazioni giuridiche del diritto di origine, se non nei limiti dell'ammissione della «continuità» fra soggetto giuridico regolato da quest'ultimo e società costituita in base al diritto italiano. Il non riconoscimento sarebbe dunque, in questa prospettiva, conseguenza della necessità, imposta dall'art. 2505, che l'ente straniero si adegui a quanto prescritto dalla legge italiana in vista della presenza in territorio italiano della sede dell'amministrazione o dell'oggetto principale dell'impresa (in senso non dissimile si è espressa a volte la giurisprudenza tedesca: si veda la decisione del *Bundesgerichtshof* del 30 gennaio 1970, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1970, 998, note LANGEN e LIPPS, ed ulteriori riferimenti in PICONE, p. 114 ss.).

La tesi, complessa ed articolata, meriterebbe un esame assai più analitico ed approfondito dei pochi cenni consentiti in questa sede. Si può peraltro osservare che gli indubbi pregi di semplificazione e linearità, che potrebbero derivare dalla costruzione ricordata, sembrano appartenere più alla prospettiva dello *ius condendum*, che a quella del diritto positivo. E ciò essenzialmente per i motivi già in precedenza sottolineati (par. 2, in fine): da un lato, la difficoltà di superare la precisa indicazione legislativa del riferimento alle sole società dell'art. 2505, dall'altro i dubbi suscitati dalla tesi in esame in ordine all'utilizzabilità del criterio dell'incorporazione sulla sola base dell'art. 2509, e la difficoltà di coordinare il criterio stesso – anche a volerlo supporre applicabile – con la perdurante applicabilità dell'art. 17 disp. prel. e del principio generale da esso sancito, che a quanto pare rimarrebbe presupposta.

4. *L'esercizio di attività di impresa in Italia da parte di Anstalten e Treuunternehmen*

Il riconoscimento in Italia degli enti qui considerati, in quanto operato dall'art. 17 disp. prel., importa dunque applicabilità delle norme del diritto del Liechtenstein che vi attribuiscono capacità giuridica, e ne disciplinano l'interna organizzazione. Esso però deve essere coordinato con le disposizioni vigenti in Italia relativamente all'esercizio di attività imprenditoriale, tutte le volte che un'attività di tal genere risulti concretamente svolta nel nostro territorio.

Soltanto nell'ipotesi in cui la relazione fra gli enti in parola e il sistema giuridico italiano sia del tutto occasionale (come, ad esempio, nel caso che si tratti di valutare attività di qualsiasi natura svolte all'estero, o le conseguenze di rapporti giuridici occasionalmente collegati con l'ordinamento italiano), e non implichi alcun esercizio di attività d'impresa in Italia, il riconoscimento *ex art. 17* avrà effetto pieno e totale, legittimando – salvo sempre l'intervento in eventuali *ipotesi concrete* dell'ordine pubblico internazionale – tutte le conseguenze che sono ricollegabili alla struttura organizzativa esistente secondo il diritto di origine.

Se invece si è di fronte ad un ente che di fatto eserciti attività imprenditoriale in Italia, tale elemento sarà sufficiente ad imporre l'applicazione di tutte quelle norme del sistema italiano che disciplinano imperativamente lo svolgimento nel territorio di una attività siffatta. Si pensi a tutte le norme che impongono obblighi e responsabilità a chi assuma la qualifica di imprenditore in base agli artt. 2082 ss. cod. civ., stabilendo obblighi di pubblicità e di registrazione (art. 2188 ss.), di tenuta di libri e scritture, o la soggezione alle procedure concorsuali (art. 2203 ss.). Si tratta di disposizioni che indubbiamente non possono essere in linea di principio sostituite da regimi diversi, desunti da norme straniere a qualsiasi titolo applicabili al soggetto interessato, o al rapporto da lui posto in essere. Esse assumono pertanto il carattere di norme c.d. di applicazione necessaria, condizionate solo allo svolgimento di attività di impresa nel territorio.

Nel caso di impresa esercitata in forma collettiva, la disciplina contenuta negli artt. 2505-2509 cod. civ. provvede a graduare la portata dei suddetti obblighi a seconda dell'intensità del collegamento dell'ente societario con il territorio ed il sistema giuridico italiano. Nel caso di massima intensità (sede amministrativa o oggetto principale dell'impresa in Italia) la portata degli obblighi è massima, e coincide con il regime applicabile all'ente italiano. Nel caso di contatti meno penetranti (sede secondaria, art. 2506) l'intensità degli obblighi è minore, investendo solo – per ciò che riguarda l'ente straniero – le misure di pubblicità, e rimanendo per il resto ristretta alla sola sede secondaria.

Per quanto concerne l'aspetto centrale del tema, nella prospettiva che qui interessa, e cioè la responsabilità dell'imprenditore, un principio emerge con sufficiente chiarezza dal sistema del diritto positivo italiano. E cioè, che una limitazione di responsabilità per esercizio di attività d'impresa può operare soltanto in presenza di una *struttura organizzativa* di tipo corporativo, quale quella propria di certi tipi di società disciplinate dal diritto italiano, che sia debitamente portata a conoscenza dei terzi (GALGANO, p. 48 ss.). Tale principio ha certamente valore di ordine pubblico internazionale, nel senso che deve necessariamente trovare applicazione a tutela dei terzi in ogni ipotesi di attività d'impresa esercitata in Italia: e quindi, a qualsiasi ente che la eserciti, senza riguardo all'atteggiamento fatto proprio dall'eventuale diritto straniero che lo regoli.

Che tale principio abbia il valore generale ora indicato, risulta con sufficiente chiarezza dal complesso del sistema, ed in particolare dalle norme specificamente dettate per le società straniere dagli artt. 2505 e 2508. Esse rendono infatti palese, da

un lato, l'importanza essenziale che riveste la pubblicità degli atti sociali anche per tali società, e dall'altro, che il rispetto della relativa esigenza è condizione necessaria perché il beneficio della limitazione di responsabilità possa operare anche nei loro confronti (art. 2508). Con quest'ultima regola, la condizione delle società straniere viene espressamente equiparata a quella delle società sottoposte alla legge nazionale, quale risulta dagli artt. 2331, secondo comma, e 2475, ultimo comma, cod. civ.

I principi concernenti l'esercizio di attività d'impresa ora menzionati sono dunque applicabili in tutte le ipotesi in cui siffatta attività sia esercitata in Italia, e da chiunque lo sia. I relativi adattamenti sono legislativamente espressi in forma precisa soltanto a proposito degli enti stranieri qualificabili come società, ed a tanto provvedono i più volte ricordati artt. 2505-2508 cod. civ. Per tutte le ipotesi di attività esercitata da enti stranieri diversi, il coordinamento è interamente rimesso all'opera dell'interprete.

5. *Coordinamento fra principio di riconoscimento e applicazione necessaria delle norme sull'attività di impresa: la responsabilità illimitata di chi agisce per l'ente straniero*

L'applicazione dei principi ricordati al precedente paragrafo all'ipotesi di attività di impresa esercitata in Italia da *Anstalten* e *Treuunternehmen* conduce ai seguenti risultati.

Il riconoscimento di principio della personalità giuridica degli enti menzionati importa la rilevanza della loro struttura organizzativa interna e del rapporto organico fra chi ha agito per loro conto e gli enti stessi, ma si arresta a questo punto. In particolare, esso non può attribuire rilievo alcuno alla limitazione di responsabilità che deriverebbe a favore del *dominus* degli enti secondo il loro diritto di origine. Sotto questo profilo, devono infatti essere applicati, come già sottolineato, i principi di rilievo esclusivo che attengono all'esercizio dell'attività di impresa.

Tra i principi indicati, va sottolineato quello in base al quale il beneficio della limitazione di responsabilità presuppone necessariamente l'esistenza di una struttura corporativa portata a conoscenza dei terzi nelle forme di legge. Essa deve identificarsi, in vista di quanto stabilito dall'art. 2507 cod. civ., con una di quelle previste dal diritto sostanziale italiano. L'*Anstalt* o la *Treuunternehmen* che in ipotesi voglia esercitare in Italia attività di impresa godendo (o continuando a godere, in caso che tale attività nel territorio non fosse stata in precedenza compiuta) del beneficio della limitazione, non può pertanto che creare una struttura siffatta, trasformandosi in ente di tipo societario all'estero (per, questa possibilità, v. Trib. Milano, 11 gennaio 1979, in *Giur. comm.*, 1979, II, p. 837 ss., nota BORGIOI, il quale mette in luce come l'ammissione di questa possibilità da parte del Tribunale milanese costituisca un'evoluzione rispetto all'indirizzo precedentemente da esso seguito), oppure costituendo in Italia *ex novo* una società (od una fondazione d'impresa, se tale figura si ritenga ammissibile nel sistema giuridico italiano: CO-

STI, p. 1 ss.; SANTA MARIA, p. 127 ss.; CASSONI, *L'Anstalt*, p. 211 ss.; Cass. 14 aprile 1980, n. 2414, più volte citata) dei tipi previsti (per un'analitica descrizione di varie ipotesi, PICONE, p. 137 ss., in un'ottica peraltro diversa da quella indicata nel presente paragrafo).

In mancanza di una simile organizzazione, all'esistenza dell'ente straniero – pur riconosciuto *ex art. 17* nel senso precisato – non potrà essere ricollegata la conseguenza (normale secondo il diritto del Liechtenstein) che la garanzia dei terzi sia limitata al patrimonio dell'ente stesso. Su tale principio di massima vi è una larga concordanza di opinioni, ma essa vien meno quando si tratta di stabilire quale sia precisamente la situazione giuridica.

Secondo l'indirizzo accolto dalla Corte di cassazione (Cass. 28 luglio 1977 n. 3352, già citata; v. anche C. STOLFI, p. 272), che peraltro dedica al tema soltanto una rapida affermazione che non fa parte della *ratio decidendi*, sarebbe applicabile, in caso di *Anstalt e Treuunternehmen* con unicità di fondatore, l'articolo 2362 cod. civ., con la conseguenza della responsabilità illimitata del *dominus* per le obbligazioni sorte nel periodo in cui manca la pluralità dei soci, in caso di insolvenza dell'ente.

La tesi non sembra però accoglibile, anzitutto perché l'applicabilità dell'art. 2362 è estremamente dubbia. Essa postula infatti la qualificazione dell'ente come società; d'altro lato, si tratta palesemente di un rapporto interno all'ente, come tale soggetto alla relativa legge nazionale *ex art. 17*. Se l'ente è riconosciuto in Italia, sia pure con le limitazioni sopra indicate, sembra contraddittorio sottrarre questa materia alla legge dello Stato di origine (su tali perplessità, particolarmente BORGIOLO, *Treuunternehmen*, p. 1160 ss., e SANTONASTASO, *Anstalt*, p. 33 ss., sia pure in una prospettiva diversa). Inoltre, da un punto di vista pratico, si è fatto correttamente rilevare come il fondatore ed il vero *dominus* dell'affare restino normalmente sconosciuti, onde anche l'efficacia pratica della soluzione rimarrebbe del tutto illusoria (BORGIOLO, *Treuunternehmen*, p. 1162 s.).

Un'altra soluzione vorrebbe tenere illimitatamente e solidalmente responsabili per le obbligazioni contratte in nome dell'ente coloro che per esso abbiano agito, considerandoli come mandatari privi di rappresentanza (App. Venezia, 23 maggio 1975, citata; SANTONASTASO, *Anstalt*, p. 48 ss. ed ivi ulteriori riferimenti). Tale impostazione è però chiaramente influenzata dalla asserita mancanza di riconoscimento dell'ente, e non può che cadere con il cadere di questo presupposto (BORGIOLO, *Treuunternehmen*, p. 1160 ss. ed ivi ulteriore riferimento).

Se si tiene presente quanto affermato in precedenza circa i principi fondamentali che ispirano la disciplina positiva in materia di responsabilità per attività di impresa, e di beneficio della relativa limitazione, la soluzione preferibile in ordine al regime di atti di impresa compiuti in Italia per conto degli enti in questione risulta la seguente.

In mancanza di un'organizzazione corporativa di tipo noto al diritto italiano, e debitamente portata a conoscenza dei terzi, deve essere applicato il principio generalissimo in virtù del quale sussiste la responsabilità illimitata e solidale di tutti coloro che abbiano agito in Italia per l'ente straniero. Tale principio trova infatti

espressione, per quanto concerne le società straniere, nell'art. 2508 cod. civ.: esso è però applicabile agli enti stranieri di cui si parla, non in virtù di applicazione diretta od analogica di tale norma, ma a titolo di principio, assai più generale, risultante fra l'altro dagli artt. 2331, secondo comma, 2475, ultimo comma, e 2508 cod. civ. alle *Anstalten* ed alle *Treuunternehmen* esso trova applicazione quale principio di ordine pubblico internazionale che si impone in ogni caso di attività di impresa svolta in Italia.

La responsabilità illimitata e solidale ora menzionata si *aggiunge* a quella propria dell'ente straniero, senza escluderla, secondo una soluzione affermata a proposito dell'art. 2508 da autorevole dottrina (SIMONETTO, p. 430 ss.), come sembra ribadire l'esplicita qualificazione come «sociali» delle obbligazioni cui l'art. 2508 fa riferimento.

Lo stesso principio, in quanto applicato da altre norme positive del sistema italiano (artt. 2297 e 2317 cod. civ.) nel senso di far rispondere solidalmente e illimitatamente delle obbligazioni sociali «tutti i soci» di società non personificate, che abbiano agito o non per la società, fino all'iscrizione della stessa nel registro, mentre ne conferma la portata generale, consente di affermare l'eguale responsabilità di tutti i fondatori degli enti stranieri in discorso, nel caso ne esista una base pluripersonale (PICONE, p. 149 ss.: l'articolata costruzione di questo autore utilizza, come già ricordato, gli artt. 2505 ss. giungendo a conclusioni in parte coincidenti con quanto qui sinteticamente osservato).

L'affermazione di responsabilità illimitata e solidale a carico di chi abbia agito per l'ente straniero che eserciti attività di impresa in Italia (responsabilità-garanzia, secondo l'espressione di SIMONETTO), sembra contemperare in modo soddisfacente il principio del riconoscimento degli enti, contenuto in via generale ed astratta nell'art. 17 disp. prel., con l'esigenza di garanzia dei creditori di questi ultimi, che si traduce nell'applicazione necessaria dei principi del diritto italiano in tema di disciplina della attività imprenditoriale.

Indubbiamente, tale contemperamento importa di necessità una limitazione delle conseguenze del riconoscimento degli enti, che pur sussiste in via di principio, rispetto alla totalità delle conseguenze che discendono dal conferimento della personalità secondo la legge di origine. Ma ciò è conseguenza inevitabile del modo in cui si atteggiavano i principi del diritto positivo, che non sembrano modificabili senza apposito intervento del legislatore. Non sembra, peraltro, che da tale limitazione possano trarsi argomenti decisivi contro la tesi qui sostenuta, né che questa possa considerarsi in sé contraddittoria (così invece PICONE, p. 131). Né essa conduce agli stessi risultati cui pervengono i sostenitori di tesi contrarie al riconoscimento di *Anstalten* ed imprese fiduciarie. Simili tesi conducono, infatti, a qualificare chi ha agito per gli enti stranieri in Italia come mandatari senza rappresentanza, mentre l'impostazione qui difesa addossa a costoro, pur nel rispetto della loro qualifica «organica», una responsabilità garanzia (SIMONETTO, p. 430) a tutela dei terzi, con i quali l'ente sia, loro tramite, entrato in contatto nell'esercizio della sua attività.

L'interpretazione della Convenzione e il problema della competenza della Corte di Giustizia delle Comunità*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Interpretazione della Convenzione e competenza della Corte comunitaria. – 3. Il carattere particolare della Convenzione di Roma rispetto alle altre convenzioni «comunitarie». – 4. L'attribuzione della competenza interpretativa della Convenzione alla Corte comunitaria come scelta dell'inserimento a pieno titolo della Convenzione nel sistema giuridico comunitario.

1. Premessa

Com'è ben noto, il testo della Convenzione di Roma non contiene, nella sua definitiva versione sottoscritta il 19 giugno 1980¹, alcuna disposizione specificamente intesa ad attribuire alla Corte comunitaria una qualsiasi competenza interpretativa delle norme in essa contenute: sí che il «problema» evocato dal titolo di queste brevi note potrebbe perfino apparire «inesistente» al pari del cavaliere di Calvino. Tuttavia, alcune circostanze concorrono a dissipare una siffatta impressione. Anzitutto, il fatto che alla Convenzione sia stato allegato, all'ultima ora, il testo di una Dichiarazione comune, con la quale gli Stati contraenti affermano la propria disponibilità ad esaminare la possibilità di attribuire talune competenze alla Corte di giustizia, e, all'occorrenza, a negoziare a tale scopo un accordo. Inoltre, la considerazione che tale dichiarazione è stata predisposta a seguito di una dura presa di posizione da parte della Commissione comunitaria, la quale – in un parere rivolto agli Stati membri e pubblicato sulla Gazzetta ufficiale delle Comunità – considerava come una lacuna del tutto inaccettabile la mancanza di disposizioni atte a garantire l'applicazione uniforme delle norme convenzionali, e venti-

* Pubblicato in *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti* (a cura di T. Treves), Padova, 1983, pp. 57-66.

¹ Per il testo della Convenzione, si veda *G.U.C.E.* n. L 266 del 9 ottobre 1980. La *Relazione* dei professori Giuliano e Lagarde, di importanza fondamentale per la valutazione delle scelte compiute dai redattori, si legge in *G.U.C.E.* n. C 282, del 31 ottobre 1980, p. 1 ss. Per alcune considerazioni specifiche sulla mancanza di disposizioni intese ad attribuire competenza interpretativa alla Corte di giustizia delle Comunità, cfr. GIARDINA, *La Convenzione comunitaria sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e il diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. int.*, 1981, p. 795 ss., a p. 815 ss.

lava la possibilità di provvedere a proporre essa stessa al Consiglio l'adozione degli atti normativi opportuni al fine di eliminare la lacuna. Infine, la circostanza che esiste nel testo della Convenzione un'apposita norma dedicata all'interpretazione, quella contenuta nell'art. 18, la quale sembra costituire un elemento di segno almeno parzialmente opposto rispetto all'indirizzo inteso all'attribuzione di competenze alla Corte di giustizia². Tutto ciò contribuisce a dare un quadro d'insieme alquanto confuso per ciò che attiene ai problemi interpretativi della Convenzione, e richiede qualche riflessione.

2. Interpretazione della Convenzione e competenza della Corte comunitaria

Che la Convenzione di Roma, in quanto convenzione di diritto uniforme, debba essere oggetto di interpretazione idonea a garantirne l'origine internazionale, e quindi il carattere autonomo e speciale rispetto al diritto interno dei singoli Stati membri, è cosa che non abbisogna di speciale dimostrazione. Se non si trattasse di risultato ormai acquisito alla riflessione scientifica e, almeno in parte, alla prassi giurisprudenziale, basterebbe a convincerne il tenore del già citato art. 18 della Convenzione, per il quale nell'interpretazione e applicazione delle norme uniformi contenute nel testo convenzionale si terrà conto del loro carattere internazionale e dell'opportunità che siano interpretate ed applicate in modo uniforme. Sebbene la formula usata si distingua per la sua particolare cautela, anche nei confronti di quelle analoghe sulla falsariga delle quali è stata coniata (si pensi alla Convenzione di Vienna del 1980 sui contratti di vendita internazionale di merci, ed in genere a quelle elaborate nell'ambito dell'UNCITRAL)³, non si può dubitare che la norma sia sufficientemente univoca nel senso di garantire l'autonomia interpretativa delle norme convenzionali, intesa quale conseguenza della specialità che loro deriva dall'origine internazionale, nonché la possibilità di tener conto, dal punto di vista dei singoli Stati che sono parti della Convenzione, di quanto avviene in sede di applicazione nell'ambito di tutti gli altri⁴.

Tuttavia, è certamente lecito chiedersi se l'affermazione di tali principi, anche a livello di diritto positivo, sia di per sé sufficiente a garantire il raggiungimento del traguardo dell'uniformità di interpretazione da parte dei giudici degli Stati contraenti. Qui, il dubbio può sorgere, non solo e non tanto in vista di una ipoteti-

² Sul punto, cfr. GIARDINA, *La Convenzione comunitaria*, cit., pp. 815 e 817.

³ Sulla Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980, si veda CARBONE, *L'ambito di applicazione ed i criteri interpretativi della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1980, p. 513 ss.; e per il richiamo alla formula usata in ambito UNCITRAL, la Relazione Giuliano-Lagarde, cit., p. 38.

⁴ In generale, sul punto menzionato, si vedano le considerazioni di GIARDINA, *Le convenzioni internazionali di diritto uniforme nell'ordinamento interno*, in *Riv. dir. int.*, 1973, p. 218 ss.

ca mancanza di sensibilità da parte della giurisprudenza per le esigenze interpretative dei testi uniformi (che, per la verità, non sembra trovare riscontro *nel complesso* dell'esperienza contemporanea), quanto piuttosto per la particolarità della materia della quale la Convenzione si occupa. In altri termini, proprio perché si tratta di norme uniformi di conflitto e non di norme sostanziali, le prime presuppongono – come sempre – necessariamente l'esistenza delle seconde: e poiché queste ultime sono e rimangono nazionali, e non unificate, può apparire inevitabile che nell'interpretazione delle norme convenzionali vengano fatti prevalere principi e nozioni derivati, anche inconsciamente, dalla radicata esperienza dell'interprete collocato nel proprio ambito nazionale. Con il che, naturalmente, l'applicazione uniforme della Convenzione potrebbe rimanere un miraggio, in quanto ad esempio le divergenze si potrebbero verificare già al momento dell'*individuazione* della norma di conflitto applicabile, secondo una fenomenologia troppo nota ai cultori della materia perché valga la pena di diffondersi sul punto.

Sotto questo profilo, non vi è dubbio che l'accentramento di una competenza interpretativa in capo alla Corte di giustizia comunitaria costituirebbe una rilevante garanzia del raggiungimento finale degli obiettivi propri dell'interpretazione e dell'applicazione uniforme, così come accade in base al meccanismo di cui all'art. 177 del Trattato CEE e del Protocollo del 3 giugno 1971 per l'interpretazione da parte della Corte della Convenzione di Bruxelles del 1968. Ed anzi, tale accentramento potrebbe apparire l'unico strumento idoneo a fornire ragionevole, anche se non assoluta, certezza che non venga disfatta a Londra od a Copenaghen quella tela che con tanta fatica si è cercato di tessere a Bruxelles.

Peraltro, è necessario sottolineare che la valutazione dell'opportunità di addvenire ad un accentramento siffatto non può esaurirsi in una serie di considerazioni a carattere puramente tecnico. Sotto questo profilo, infatti, non si saprebbero vedere argomenti di sorta che possano condurre al rifiuto dell'attribuzione di competenza alla Corte, essendone invece sin troppo evidenti i vantaggi in termini di uniformità⁵: e l'esperienza maturata sino ad oggi in tema di interpretazione da

⁵ L'esperienza maturata sulla base del Protocollo del 3 giugno 1971, che attribuisce competenze interpretative pregiudiziali alla Corte, è assai indicativa in proposito. Contro l'utilità di un'attribuzione siffatta alla Corte si è da parte di alcuni fatto valere, in relazione alla Convenzione di Roma del 1980, che ciò non sarebbe sufficiente a garantire un'adeguata uniformità di applicazione, potendo in ogni caso residuare un notevole spazio di apprezzamento divergente da parte dei giudici dei diversi Stati membri in conseguenza del carattere delle valutazioni ad essi richieste: non si tratterebbe, infatti, di chiarire tanto la portata di nozioni giuridiche utilizzate dalla Convenzione, quanto piuttosto di riscontrare in concreto la ricorrenza di determinate circostanze (si pensi, ad esempio, all'individuazione del «collegamento più stretto» di cui all'art. 4.1). Ma tale argomento non sembra tale da sminuire in modo rilevante la portata di un'eventuale competenza pregiudiziale attribuita alla Corte. Qualsiasi accertamento in fatto – certamente sempre rimesso al giudice nazionale, secondo la tradizionale dicotomia fra fase dell'interpretazione e fase dell'applicazione che sta alla base stessa del meccanismo pregiudiziale di cui all'art. 177 del Trattato CEE – deve necessariamente passare attraverso una serie di valutazioni giuridiche, che determinano la direzione stessa dell'indagine e ne condizionano il risultato. Per quanto concerne in particolare il principio del «collegamento più stret-

parte della Corte della Convenzione di Bruxelles del 1968 non può che suonare conferma di quanto ora detto. A meno, naturalmente, di non voler supporre ciò che non si può comunque presumere: e cioè, che la conclusione della Convenzione abbia avuto luogo, da parte di qualche Stato contraente, con l'intenzione gattopardesca di cambiar tutto affinché nulla in realtà abbia a cambiare.

Si tratterebbe, al più, di esaminare attentamente vantaggi e svantaggi delle varie soluzioni dei singoli problemi (quali la determinazione degli organi giurisdizionali legittimati a deferire le questioni interpretative alla Corte, il carattere obbligatorio o facoltativo del rinvio, ecc.), ma tutto ciò non scalfirebbe certamente la validità del principio⁶.

In realtà, la questione in gioco è diversa, ed il punto da esplorare, anche al fine di valutare adeguatamente le resistenze sino ad ora fraposte all'adozione di un meccanismo del tipo di quello previsto dal Protocollo del Lussemburgo del 1971, riguarda una serie di conseguenze dell'attribuzione di competenza alla Corte, che vanno assai al di là dei meri effetti sull'interpretazione della Convenzione di Roma.

3. *Il carattere particolare della Convenzione di Roma rispetto alle altre convenzioni «comunitarie»*

Conviene prendere a questo punto le mosse dalla considerazione della particolare posizione che è propria alle convenzioni concluse fra gli Stati membri delle Comunità, e che è invalso l'uso di chiamare «comunitarie». Si tratta, com'è noto, di convenzioni relative a materie non *direttamente* considerate dalla disciplina dei Trattati, siano poi esse espressamente previste da norme comprese in questi ultimi (come quelle di cui all'art. 220 Trattato CEE) oppure no (quale la convenzione sul brevetto comunitario, o il progetto in tema di fallimento): per tutte, poi, esiste un collegamento fra le finalità perseguite e i generali principi cui si informa la disciplina, funzionale alla più piena e completa realizzazione dell'integrazione nel settore giuridico, quale necessaria premessa della completa integrazione economica⁷.

to», la sua determinazione in concreto deve avvenire sulla base delle presunzioni e dei criteri individuati dagli artt. 4.2, 4.3 e 4.4; ed anche nell'ipotesi che la prestazione caratteristica non possa essere determinata, o risulti che esiste un collegamento più stretto con altri paesi (art. 4.5), è evidente che sarà sempre un'interpretazione di nozioni giuridiche preliminari a dire *quando* (per quali tipi di contratti, in presenza di quali circostanze ...) ciò accada. La valutazione pregiudiziale della Corte manterrebbe qui tutto il suo rilievo. In questo senso è del resto estremamente significativa tutta l'esperienza in tema di interpretazione pregiudiziale della Convenzione di Bruxelles del 1968.

⁶ Per l'incisiva indicazione di problemi e soluzioni, cfr. CAPOTORTI, *Sulla interpretazione uniforme dei Trattati europei*, in *Riv. dir. int.*, 1960, p. 3 ss.

⁷ Sulle convenzioni comunitarie in generale, si veda HAUSCHILD, *L'importance des Conventions communautaires pour la création d'un droit communautaire*, in *Rev. trim. droit eur.*, 1975, p. 4 ss.;

Questi evidenti legami fra convenzioni «comunitarie» e trattati, e fra le relative finalità non sarebbero, probabilmente, di per sé sufficienti ad affermarne l'appartenenza al sistema giuridico comunitario come tale. Ove però la Convenzione sia completata dall'attribuzione di competenze alla Corte di giustizia (e non rileva se sotto la forma di un mero rinvio al meccanismo dell'art. 177, o in quella dell'atto *ad hoc* come il Protocollo del 1971), allora sembra che qualsiasi riserva nei confronti di una simile conclusione debba cadere. L'intervento della Corte in sede di esercizio della sua competenza interpretativa consente, infatti, di ritenere realizzata e realizzabile la condizione essenziale consistente nell'affidamento dello sviluppo e della garanzia del sistema all'identico organo giurisdizionale, il quale con le sue decisioni contribuisce a rafforzare i legami che uniscono le varie categorie di norme ed a farne quell'insieme organico e coerente la cui esistenza è condizione per l'esistenza di un sistema giuridico unitario degno di questa qualifica. Ed è superfluo ricordare, al proposito, che l'opera interpretativa non ha mai per oggetto il testo di una qualsiasi disposizione, avulsa del suo contesto, ma il sistema nel suo insieme⁸.

Si può dire, allora, che la Convenzione comunitaria entri a far parte di pieno diritto del sistema giuridico comunitario, quale sotto-sistema presente nell'ambito di esso. Da ciò discendono naturalmente conseguenze di notevole rilevanza, non soltanto sotto il profilo teorico per ciò che attiene alla costruzione del modo in cui il relativo sistema si coordina con quelli degli Stati membri, ma anche – e forse, soprattutto – per le conseguenze pratiche che sono suscettibili di derivarne per quanto riguarda l'estensione al sotto-sistema dei principi fondamentali del sistema comunitario generale (si pensi, ad esempio, alle libertà c.d. fondamentali ed al principio di non discriminazione in ragione della nazionalità, e così via), ai quali non sarà possibile presumere deroga alcuna se non nei limiti in cui i principi del primo espressamente se ne distacchino. Al tempo stesso, queste conseguenze assumono il rilievo particolare che deriva loro dal fatto di potersi imporre ai giudici e ad ogni altra autorità nazionale in virtù della particolare efficacia di cui le decisioni a titolo pregiudiziale della Corte di giustizia sono indubbiamente fornite, quale che sia poi la costruzione che del fenomeno si voglia dare dal punto di vista teorico. Anche nell'ipotesi qui esaminata, dunque, la funzione della Corte si rivela essenziale ed imprescindibile ai fini della caratterizzazione del fenomeno giuridico, come lo è per l'apprezzamento dei caratteri del fenomeno comunitario nel suo complesso.

e con particolare riferimento a quella di Bruxelles del 1968 sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze, VASSALLI DI DACHENHAUSEN, *La Corte comunitaria e la convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, in *Foro italiano*, 1977, V, 306. Cfr. anche MIGLIAZZA, *La funzione del diritto internazionale privato nella convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, in *Comunicazioni e studi*, XV (1978), p. 51 ss.

⁸ CAPOTORTI, *Sulla interpretazione uniforme*, cit., p. 10 ss.

4. *L'attribuzione della competenza interpretativa della Convenzione alla Corte comunitaria come scelta dell'inserimento a pieno titolo della Convenzione nel sistema giuridico comunitario*

Tornando, ora, alla Convenzione di Roma, è facile rilevare che essa, se presenta legami con l'attività ed il sistema della Comunità nel suo complesso, si caratterizza altresì per alcuni aspetti per una più marcata aderenza alla fisionomia delle convenzioni internazionali di tipo classico.

Sotto il primo profilo, è ovvio ricordare l'origine stessa dell'iniziativa e la sorta di patrocinio ad essa accordata dalla Commissione, così come la conclusione nel quadro di una riunione del Consiglio dei ministri comunitari e lo stesso parere – già ricordato – espresso prima di tale momento dalla Commissione. Quest'ultimo ha perfino prospettato l'eventualità di proporre l'adozione di un atto giuridico basato sul Trattato CEE, «volto a realizzare l'auspicata unificazione del diritto internazionale privato».

Sotto il secondo profilo, non si possono peraltro trascurare alcuni dati contrastanti con quanto sin qui sottolineato: in primo luogo, la previsione della possibilità di denuncia della Convenzione dopo dieci anni, la possibilità che essa entri in vigore soltanto per una parte degli Stati contraenti, e non per tutti, e la già menzionata disposizione contenuta nell'art. 18, che riecheggia testi ispirati a carattere di maggiore universalità – e perciò stesso, di minore incisività – rispetto a quelli tipici delle convenzioni «comunitarie»⁹.

La Commissione, nel suo parere del 17 marzo 1980, non ha esitato a rilevare e a porre in risalto gli elementi ora menzionati, ed ha ritenuto di poter superare le perplessità da essi provocate soltanto a condizione che gli Stati membri manifestassero, a mezzo di una dichiarazione comune al momento della firma della Convenzione, la propria disponibilità a negoziare senza indugio un protocollo che attribuisca alla Corte di giustizia competenze atte a garantire l'interpretazione e l'applicazione uniformi della Convenzione in tutti gli Stati membri. A giudizio della Commissione, tale idoneità sussisterebbe soltanto ove il protocollo prevedesse un vero e proprio obbligo, e non un mero potere discrezionale, di deferimento alla Corte da parte dei giudici di ultima istanza, ed ove l'interpretazione fornita dalla Corte fosse dotata dell'idoneità ad esercitare effetti sulla decisione delle liti da cui il deferimento origina, dunque non nell'ipotesi di mera interpretazione «nell'interesse della legge»¹⁰.

La disponibilità manifestata dagli Stati membri all'atto della sottoscrizione, a mezzo della Dichiarazione comune annessa alla Convenzione, è indicata in termini alquanto più blandi di quelli contenuti nel parere della Commissione: gli Stati,

⁹ Si vedano, sul punto, GIARDINA, *La Convenzione comunitaria*, cit., p. 815 ss., e SACERDOTI, *I rapporti con le altre convenzioni e con le norme di diritto comunitario* (relazione al Convegno), p. 10 ss. del testo litografato.

¹⁰ Il parere della Commissione si legge in *G.U.C.E.*, n. L 94/39 dell'11 aprile 1980.

infatti, esprimono una mera disponibilità ad esaminare la possibilità di attribuire talune competenze alla Corte, e a negoziare, all'occorrenza, un accordo a tale scopo. Tuttavia, la considerazione che il testo utilizzato corrisponde perfettamente a quello della Dichiarazione comune allegata alla Convenzione di Bruxelles del 1968 – cui fece seguito, come si sa, la stipulazione del Protocollo del 1971 – induce a non attribuire particolare significato a tale divergenza. Rimane peraltro il fatto, in sé incontestabile, che gli elementi già ricordati lasciano trasparire una evidente ostilità da parte di alcuni Stati membri nei confronti dell'ipotesi di completa equiparazione della Convenzione di Roma alle altre convenzioni comunitarie sotto il profilo dell'attribuzione di competenza alla Corte di giustizia.

Quale tendenza sia destinata a prevalere, non è allo stato possibile indovinare. È però necessario non cercare di nascondere la vera sostanza di un problema, magari con l'intento di favorire una soluzione di compromesso che, probabilmente, sarebbe un rimedio peggiore del male, almeno sotto il profilo della certezza giuridica. Ciò che si tratta di decidere non è se l'intervento della Corte comunitaria possa giovare all'uniformità dell'interpretazione delle norme convenzionali, ma se queste debbano essere inserite a pieno titolo nel sistema giuridico comunitario con tutte le conseguenze che ne possono derivare. Se a tanto non si potrà, o non si vorrà arrivare, è probabilmente vano tentare di escogitare soluzioni intermedie, che prevedano ad esempio la presenza di competenze «dimezzate» in capo alla Corte. Qui, naturalmente, la fantasia dei giuristi sarebbe libera di esercitarsi, configurando forme e modi diversi di intervento dell'organo giurisdizionale comunitario con effetti attenuati rispetto a quelli propri della competenza *ex art. 177* del Trattato CEE. Ma in nessun modo è possibile eludere l'alternativa che, al fondo di qualsiasi schema si voglia prescegliere, finisce inevitabilmente per ripresentarsi: quella cioè fra valore vincolante e non della decisione della Corte. Soltanto con il riconoscimento del primo, la Convenzione di Roma verrebbe equiparata alle altre convenzioni comunitarie, prima fra tutte quella sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni (della quale – per riconoscimento unanime – costituisce in qualche modo il completamento), e verrebbe fornita dello stesso meccanismo di garanzia di uniformità nell'interpretazione. Senza tale riconoscimento, si lascerebbero prevalere gli elementi di difformità rispetto alle altre convenzioni comunitarie. E d'altronde, l'emanazione da parte della Corte di un mero atto privo di valore vincolante sarebbe ben scarsamente significativa, e lascerebbe sussistere tutti quei dubbi e quelle perplessità – sia dal punto di vista teorico, sia da quello pratico – che sono stati in passato largamente espressi a proposito di tentativi di conferire analoghe competenze in tema di interpretazione uniforme dei trattati europei da parte di speciali organi internazionali¹¹.

La vera alternativa non è dunque fra l'uno o l'altro modo di assicurare un'in-

¹¹ Sul punto rimane classica la trattazione di CAPOTORTI, *Sulla interpretazione uniforme*, cit., p. 9 ss., a proposito di un progetto elaborato nel 1959-60 nell'ambito del Consiglio d'Europa, ma che contiene peraltro considerazioni e conclusioni di valore del tutto generale.

interpretazione quanto più possibile uniforme delle norme convenzionali: è, invece, fra l'opzione dell'inserimento e quella del non inserimento della Convenzione di Roma nel sistema comunitario, tra l'inclusione e la non inclusione della materia del diritto internazionale privato entro tale sistema, nella prospettiva di un ampliamento delle competenze delle istituzioni anche a tale specifico settore. È insomma, ancora una volta, l'alternativa fra scelta sopranazionale e scelta nazionale.

Persona giuridica (diritto internazionale privato) *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le «persone giuridiche» come categoria utilizzata dalle norme di conflitto. – 3. Persone giuridiche e diritto internazionale privato. – 4. La norma generale di diritto internazionale privato relativa alle persone giuridiche. Competenza del diritto straniero. – 5. Competenza del diritto nazionale.

1. Premessa

Nonostante l'evidente rilievo teorico e pratico dei problemi attinenti al trattamento internazionalprivatistico dei diversi enti riconducibili alla nozione di persona giuridica (prime fra tutti, naturalmente, le società), chiunque si accosti allo studio del tema non può fare a meno di avvertire, ancor oggi, di muoversi su di un terreno nel quale le conclusioni sicure sono assai scarse. Se ciò non impedisce, nel complesso, una soluzione adeguata dei problemi più elementari che la presenza e l'attività di enti stranieri (nelle forme sempre più sofisticate proprie della vita economica contemporanea) comporta, la ragione è da ricercare più nella semplicità della forma in cui tali problemi si presentano all'interprete, e nella conseguente istintiva adozione da parte degli operatori di soluzioni uniformi, che non nell'esistenza di un consenso sufficientemente esteso intorno ai principi generali della materia, ed alle conseguenti soluzioni particolari. Tanto è vero che, non appena dal dato contingente si tenti di risalire ai principi, ogni base sicura sembra venir meno: e la stessa soluzione dei problemi particolari, pur nel complesso adeguata, si rivela fondata su premesse notevolmente diverse e fra loro discordanti. E non appena si presenti all'esperienza giuridica una situazione diversa da quelle più consuete – si pensi alla vicenda relativa alle *Anstalten* ed alle imprese fiduciarie (*Treuunternehmen*) del diritto del Liechtenstein, che è stata oggetto di vivace dibattito in Italia negli ultimi anni¹ –, la contraddittorietà delle soluzioni rende evi-

* Pubblicato in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIII, 1983, pp. 276-294.

¹ Per i riferimenti essenziali ai dati della vicenda, ed alle tesi seguite in dottrina ed in giurisprudenza, cfr. LUZZATTO, *L'Anstalt e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. comm.*, 1976, II, 58 ss.; ID., *Anstalt – Impresa fiduciaria*, in *Dizionari del diritto privato* a cura di N. IRTI, t. 3. *Diritto commerciale e industriale* coordinato da U. CARNEVALI, Milano, 1981, 79 ss.; PICONE, *Diritto internazionale privato delle società e riconoscimento di «Anstalten» e «Treuunternehmen»* nell'ordinamento italiano, in *Comunicazioni e studi*, 1978, XV, 85 ss.

dente la sostanziale incertezza delle premesse generali che dovrebbero costituire il fondamento della materia.

I motivi di questo stato di cose non sono difficili da individuare. Anzitutto, è da ricordare l'assenza di una norma espressa di diritto internazionale privato relativa alle persone giuridiche. In un sistema codificato da norme di conflitto come quello italiano, in cui ogni categoria di rapporti è tendenzialmente destinata a trovare la propria collocazione nell'alveo tranquillante di una regola scritta, l'impossibilità di applicare lo schema consueto ha subito provato il dubbio circa l'impostazione stessa della ricerca. Se poi si aggiunge che per la categoria più praticamente rilevante di «persone giuridiche» – le società – esistono nel codice civile alcune norme espresse, non a caso definite come alcune tra le più infelici dell'intero codice², che sembrano prescindere dal ricorso alla tecnica abituale del diritto internazionale privato, senza peraltro lasciar trasparire alcun disegno complessivo dotato di chiarezza e precisione, il quadro, e la confusione che esso rivela, risultano completi: e ne sono significativo indizio la molteplicità e la diversità delle opinioni sostenute al riguardo dalla dottrina, anche in anni recenti. Vi è solo da aggiungere che in epoca recente è stata la stessa nozione di persona giuridica ad essere oggetto di osservazione sempre più critica da parte di un gruppo sempre più numeroso di giuristi, che ne hanno operato una revisione tanto profonda da giungere talvolta a privarla sostanzialmente di qualsiasi significato³. Anche questo, pur in via indiretta, ha contribuito allo stato di crisi della materia: potrebbe infatti sembrare venir meno in questo modo la stessa possibilità di ricostruire una norma di diritto internazionale privato relativa alle persone giuridiche, per l'indefinibilità di quelli che ne dovrebbero costituire gli elementi essenziali, non più dubbi soltanto nella loro individuazione concreta, ma posti ormai in discussione sotto il profilo stesso della loro configurabilità.

La materia va perciò riconsiderata sin dalle sue premesse. Si tratta anzitutto di stabilire se la tecnica abituale del diritto internazionale privato sia utilizzabile anche a proposito della disciplina di quegli enti che è abituale definire come persone giuridiche: e nel caso affermativo, quale norma possa essere ricostruita al riguardo. Quest'ultima dovrà poi essere delineata nei suoi elementi essenziali, e coordinata opportunamente con tutti gli altri principi che sono idonei ad influire sulla disciplina della materia, determinandone l'ambito di applicazione.

² Ci si vuol riferire, naturalmente, agli art. 2505-2510 c.c.: per la qualifica di cui nel testo, cfr. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato italiano*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU e F. MESSINEO, XLV, Milano, 1974, 147.

³ L'opera di revisione critica è stata effettuata da un gruppo numeroso di giuristi, tra i quali ci si limita qui ad indicare GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 553 ss.; ID., *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, *Libro primo. Delle persone e della famiglia*, Bologna-Roma, 1969, 3 ss., specialmente 16 ss. Per ulteriori indicazioni bibliografiche e per una rapida sintesi delle più recenti costruzioni dottrinali, cfr. SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, 1970, 118 ss. (testo e note).

2. Le «persone giuridiche» come categoria utilizzata dalle norme di conflitto

È noto che una larga corrente della dottrina giuridica contemporanea, nell'esaminare a fondo il significato e la portata della nozione tradizionale di persona giuridica, è pervenuta a considerazioni del tutto negative circa l'esistenza di un effettivo contenuto normativo insito in quest'ultima. Pur con le differenze, anche assai rilevanti, che caratterizzano le posizioni dei vari scrittori, vi è al fondo di tali dottrine una nota comune. Essa consiste nel negare che l'espressione «persona giuridica» svolga, nel linguaggio giuridico, la funzione di connotare una speciale categoria di soggetti, diversi dalle persone fisiche. Negazione che si accompagna, poi, all'energica affermazione che, con la nozione di cui si tratta, si fa sempre, e comunque, riferimento ad un «modo di esprimere una disciplina normativa» la quale peraltro non può mai metter capo alla tutela di interessi non risolubili in interessi di individui⁴. Il fenomeno della persona giuridica non va dunque, secondo tali impostazioni, collocato nell'ambito della teoria dei soggetti di diritto⁵, ma in sede di teoria dei rapporti giuridici, ed altro non fa se non esprimere una disciplina speciale cui i componenti di un determinato gruppo sono assoggettati dal legislatore, in deroga al diritto comune. In altri termini, non si tratta di una creazione legislativa, ossia di una realtà del mondo giuridico, come era divenuto consueto ritenere da Savigny in poi⁶; ma di un mero strumento concettuale, utile al fine di riassumere una complessa disciplina normativa, ma inidoneo a fintanto versi da quello della semplificazione del linguaggio giuridico⁷.

L'importanza della revisione critica ora menzionata, anzitutto sul piano del metodo, non può essere posta in dubbio, in quanto essa impone di compiere in ogni ipotesi concreta un accurato vaglio della possibilità di ricollegare al gruppo un determinato rapporto, anziché obbligarne ad effettuarvene l'imputazione sulla sola base della premessa della generale capacità, o soggettività, di determinati enti (cosiddetti personificati)⁸. Ai fini che qui interessano, peraltro, non è rilevante un

⁴ Cfr. in questo senso ASCARELLI, *Personalità giuridica e problemi della società*, in *Riv. soc.*, 1957, 981 ss. e ID., *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, 236 ss. L'opera di questo autore svolge e completa motivi e spunti che proseguono una revisione critica già iniziata dal KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., Milano, 1952, 93 ss., 101 ss., e proseguita da SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Torino, 1959, 109 ss.; dal D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio* (1963), in *Studi in memoria di T. Ascarelli*, I, Milano, 1969, 241 ss.; e dal ROSSI G., *Persona giuridica, proprietà e rischio di impresa*, Milano, 1967, 41 ss.; nonché da GALGANO, specialmente nelle opere citate *supra*, nt. 3.

⁵ GALGANO, *Struttura logica*, cit., 560 ss.

⁶ SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it., I, Torino, 1886, 240; per la portata del pensiero di questo autore, v. ancora GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., 4 ss.

⁷ GALGANO, *Struttura logica*, cit., 562; ID., *Delle persone giuridiche*, cit., 3 ss., 92 ss.

⁸ Cfr. ancora GALGANO, *Struttura logica*, cit., 566 ss. e ivi ulteriori riferimenti. V. altresì ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, I, Torino, 1968, specialmente 71 ss.

esame più accurato delle critiche che sono state rivolte anche alle conclusioni raggiunte dall'opera di revisione ora ricordata. Tali critiche non sono in realtà mancate, soprattutto sotto il profilo della possibilità di effettuare la «riduzione» dei rapporti e delle situazioni facenti capo all'ente «personificato» in rapporti e situazioni imputati ai singoli componenti del gruppo: possibilità, questa, negata con vigore, sotto diversi aspetti, da una consistente parte della dottrina⁹. Ma nella prospettiva qui tenuta presente, che è quella della disciplina di conflitto, una diversa considerazione è sufficiente a persuadere della legittimità del ricorso alla nozione di persona giuridica. Occorre infatti attribuire il dovuto rilievo alla circostanza che nel diritto italiano vigente vengono connotate con tale espressione tutta una serie di entità e formazioni sociali, a carattere pubblico (Stato, enti pubblici) o privato (associazioni, fondazioni, società), aventi in comune la caratteristica di ricevere dal diritto una disciplina che, in vista degli interessi collettivi di cui esse si fanno portatrici, si avvicina per molti aspetti a quella della persona fisica¹⁰. Dal punto di vista della disciplina di conflitto, dunque, l'esistenza nell'ambito del diritto interno di una serie di istituzioni quali quelle indicate permette di configurare quale categoria utilizzata da una norma di conflitto («qualificazione») quella comprendente gli istituti ricordati¹¹. La nozione di persona giuridica appare così, in questa prospettiva, quale formula abbreviata per indicare una serie di gruppi sociali sottoposti dal diritto ad una disciplina particolare, proprio facendo leva su tale particolarità.

Che poi, oltre che legittima, la ricostruzione di un'apposita norma di conflitto riguardante le persone giuridiche sia anche necessaria, è dimostrato dalla semplice osservazione della realtà. Non vi è, infatti, dubbio che nell'esperienza giuridica di tutti i giorni venga fatta larga applicazione di valori giuridici stranieri relativi alla disciplina dei gruppi, e che tale applicazione non possa essere spiegata, in via generale, sulla base dei soli criteri che giustificano l'applicazione del diritto straniero ai vari rapporti dei quali i gruppi stessi appaiono come parti. In altri termini, il

⁹ In questo senso, cfr. ARANGIO-RUIZ G., *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1951, 91 ss.; PELLIZZI, *Il realismo e l'inquietudine del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 559 ss.; SCALFI, *L'idea di persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti di diritto privato*, Milano, 1968, 48 ss. Come è noto, uno degli aspetti particolarmente oggetto di critica delle dottrine ricordate concerne il collegamento implicito con la costruzione individualistica delle formazioni sociali in genere (per la quale cfr. VON GIERKE, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, trad. it. ed. 1913, Torino, 1943, 94 ss., 163 ss.).

¹⁰ Cfr. gli art. 11-13 c.c. Circa la portata effettiva della generica rubrica del tit. II, lb. I c.c. e le ragioni storiche che ne stanno alla base, cfr. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., 1 ss.

¹¹ È noto che, qualunque sia la soluzione accolta in generale circa il cosiddetto problema della qualificazione, si concorda nel ritenere che la nozione giuridica di base che determina l'ambito di applicazione delle norme di conflitto non possa che essere ricavato da quelle note al diritto interno. V., per la tesi che si ritiene preferibile, ZICCARDI, *Introduzione critica al diritto internazionale*, I. *Diritto internazionale privato*, Milano, 1956, 47 ss., e SPERDUTI, *Le qualificazioni in diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. intern.*, 1965, 393 ss.; nonché BARILE G., *Diritto internazionale privato*, in questa *Enciclopedia*, XII, 1035 ss. specialmente 1057 ss.

diritto straniero viene applicato sulla base di circostanze che attengono al gruppo come tale, e non ai singoli rapporti giuridici posti in essere dai suoi componenti. Siano tali circostanze la cosiddetta nazionalità dell'ente, il luogo di costituzione, la sede reale o quella statutaria, o qualsiasi altro criterio considerato rilevante, non vi può essere comunque dubbio che ciò che consente di individuare un dato diritto straniero, e ne costituisce il titolo giuridico per l'applicazione nel sistema italiano, è un particolare attributo proprio del gruppo: ossia qualcosa che viene valutato ed analizzato dal lato del soggetto di un rapporto, e non in sede di esame delle caratteristiche di quest'ultimo. Considerazione, questa, che non vale soltanto per l'ordinamento italiano, ma risponde ad una esperienza giuridica assai più diffusa sul piano della disciplina di conflitto, essendo comune a tutti i sistemi giuridici contemporanei di maggior rilievo¹². Essa appare del resto così compenetrata alla disciplina stessa della materia, da essere posta alla base dei più significativi sforzi di codificazione internazionale di questa: si pensi alla Convenzione dell'Aia del 1° giugno 1956 sul riconoscimento delle persone giuridiche e a quella di Bruxelles del 29 febbraio 1968 sul reciproco riconoscimento delle società e persone giuridiche, conclusa in ambito CEE¹³.

L'espressione «persone giuridiche» consente dunque di pervenire all'individuazione di una categoria idonea ad essere assunta quale elemento della fattispecie astratta di una norma di conflitto. E ciò in modo coerente con la prospettiva nella quale si colloca, in via del tutto abituale, l'esperienza giuridica universale quando si tratta di attribuire rilievo a situazioni giuridiche attinenti ai gruppi, sorte nell'ambito di sistemi giuridici stranieri. Prima di delineare più da vicino la fisionomia della regola di conflitto esistente al riguardo nel sistema italiano, occorre ora porsi l'interrogativo attinente ai confini della categoria sopra individuata. Occorre, cioè, stabilire se essa riconduca necessariamente alle figure note al diritto sostanziale interno come «persone giuridiche» e riguardi pertanto solo gli istituti giuridici stranieri aventi analoghe caratteristiche, oppure se essa esprima un profilo più ampio, svincolato dalle particolarità della disciplina delle norme sostanziali.

La soluzione da accogliere è senz'altro nel secondo senso. Essa è anzitutto conforme ai principi ed alle tendenze più accreditate in materia di diritto internazionale privato, che valorizzano la funzione «internazionale» in senso proprio delle sue norme e consentono di ricomprendere nel suo ambito istituti giuridici stranieri diversi e non risolvibili in quelli regolati dal diritto interno: e come tale, è largamente condivisa in via del tutto generale dalla dottrina¹⁴. Ma essa è poi par-

¹² Cfr., ad esempio, BEITZKE, *Juristische Personen im Internationalprivatrecht und Fremdenrecht*, München und Berlin, 1938, 35 ss.; GROSSFELD, *Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit juristischer Personen*, in *Zeitschrift für ausländisches internationales Privatrecht*, 1967, 1 ss.; e per i sistemi anglosassoni, DICEY-MORRIS, *The Conflict of Laws*⁹, London, 1973, 700 ss.

¹³ In generale, per le convenzioni citate e tutte le altre vincolanti l'Italia, cfr. MENEGAZZI MUNARI, *Gli enti collettivi negli accordi stipulati dall'Italia*, Padova, 1978, 48 ss., e specificamente, per quella di Bruxelles, 55 ss.; SANTA MARIA, *Le società*, cit., 197 ss.

¹⁴ Si tratta di un principio particolarmente valorizzato sin da molti decenni or sono da RABEL,

ticolarmente necessaria per quanto attiene alla materia specifica delle persone giuridiche. Se questa è infatti, come si è visto, una nozione della quale è assai dubbia la rispondenza ad un reale contenuto specifico normativo, ed altro non fa che esprimere in via abbreviata il carattere della disciplina cui i membri del gruppo, in quanto tali, sono sottoposti, è evidente che sarà proprio e soltanto il carattere particolare di tale disciplina a divenire la nota caratterizzante ed a dare la misura della categoria. Non è dunque la qualifica formale ed espressa di un gruppo come persona giuridica, che ne consente la riconduzione a quest'ultima, ma la presenza di una disciplina propria del gruppo che – in misura maggiore o minore – ne connota il modo di essere rispetto alla disciplina generale dei rapporti e situazioni in quanto considerati in via generale e non riferiti a componenti del gruppo.

In concreto, pertanto, la norma di diritto internazionale privato relativa alle «persone giuridiche» va considerata come intesa ad aprire l'ordinamento italiano alla disciplina dei gruppi propria dei sistemi giuridici stranieri, in quanto questa sia stata posta in vista delle esigenze del gruppo in modo da discostarsi da quella comune. È indifferente, ai fini di questa norma, che tale disciplina conduca a risultati analoghi a quelli cui perviene la regolamentazione delle figure di persone giuridiche in senso stretto secondo il diritto sostanziale italiano. E tale risultato, oltre che coerente rispetto ai generali principi interpretativi propri del sistema di conflitto, appare del tutto aderente alle tendenze più diffuse sul piano del diritto sostanziale interno, che manifestano una netta insoddisfazione verso la sopravvalutazione del rilievo della personalità giuridica come carattere proprio di alcuni gruppi: in materia di società ed associazioni, è notoriamente assai viva la tendenza a negare sostanziale rilevanza, a molteplici fini, alla distinzione fra società ed associazioni personificate e non, sostituendovi la nota comune a tutte della soggettività¹⁵.

In base a tutte le considerazioni che precedono, si rivela dunque legittima sotto tutti i profili la configurazione di una norma di conflitto in materia di persone giuridiche, che provveda a conferire rilevanza all'interno del sistema giuridico italiano alla disciplina dei gruppi organizzati in base ai sistemi giuridici stranieri. Limite alla sfera di applicazione della norma non è la «personificazione» dell'ente in senso stretto, secondo le nozioni ricavabili dal diritto sostanziale italiano, ma la

Das Problem der Qualifikation, in *Zeitschrift für ausländisches internationales Privatrecht*, 1931, 241 ss. (ed anche in *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, I, Chicago, 1958, 52 ss.), e ormai largamente accolto in dottrina: v., oltre agli autori ricordati *supra*, nt. 11, QUADRI, *Analyse critique du problème des qualifications*, in *Al Qanoun Wal Iqtisad*, 1953, I ss.; BARILE, *op. cit.*, 1054 ss.; ID., *Lezioni di diritto internazionale privato*², Padova, 1980, 83 ss.

¹⁵ V. in tal senso, ma con varie differenze fra loro, POGGESCHI, *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, Milano, 1951, 83 ss.; MESSINEO, *Per l'individuazione del «soggetto collettivo» non personificato*, in *Arch. giur.*, 1952, 3 ss.; RESCIGNO P., *Capacità giuridica (Diritto civile)*, in *Nss. D.I.*, II, 1958, 874; ID., *La persona giuridica e la capacità di ricevere per testamento*, in *Persona e comunità*, Bologna, 1966, 275 ss. Sul tema v. anche, nell'ambito della tesi in precedenza ricordata nel testo, GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Commentario del codice civile*, cit., 1967, specialmente 113 ss.

mera sussistenza di una disciplina giuridica straniera del gruppo che si caratterizzi per il suo speciale modo di essere nei confronti della disciplina generale dei singoli rapporti in quanto non facenti capo al gruppo¹⁶. È insomma, in termini più tradizionali, la mera possibilità di fare del gruppo un centro di imputazione di rapporti giuridici, in qualche misura distinto e separato rispetto ai singoli componenti. Della norma ora menzionata – e sin qui, soltanto ipotizzata nei suoi lineamenti generali – devono essere ora oggetto di indagine più puntuale la precisa fisionomia, sia nella sua struttura generale, sia nei diversi elementi nei quali si articola (qualificazione, criterio di collegamento) nonché i relativi limiti di applicazione.

3. *Persone giuridiche e diritto internazionale privato*

Anzitutto, va sottolineato che non è pacificamente ammessa nella dottrina italiana la possibilità di utilizzare, in materia di persone giuridiche, la stessa tecnica di collegamento a valori giuridici stranieri cui fanno ricorso, in via generale, le norme codificate di diritto internazionale privato.

Una posizione dottrinale assai autorevole fonda infatti l'attribuzione di personalità ad enti stranieri su di un procedimento del tutto diverso dal punto di vista teorico (anche se, poi, largamente coincidente nell'attuazione pratica), e ne individua il fondamento normativo nell'art. 16 comma 2 disp. prel. Precisamente, il diritto italiano provvederebbe a conferire 'direttamente' attraverso le proprie norme sostanziali la personalità giuridica a tutti gli enti personificati secondo un diritto straniero, sul presupposto che la personalità sia stata da quest'ultimo attribuita¹⁷. Eliminato il riferimento all'attribuzione direttamente effettuata dalle norme

¹⁶ Il termine «speciale» è usato nel testo in senso generico senza alcuna contrapposizione rispetto alla disciplina di diritto «comune» e vuol soltanto indicare il particolare carattere della disciplina del gruppo in quanto tale. Sul piano del diritto sostanziale italiano, GALGANO (*loc. ult. cit.*) afferma l'esistenza di una distinzione «qualitativa» fra la nozione di soggettività e quella di personalità giuridica, come riflesso del carattere di diritto comune, o invece speciale, delle norme che ne compongono la disciplina: nel diritto delle associazioni, a differenza di quello delle società, la nozione di persona giuridica conserverebbe un proprio contenuto normativo specifico, essendo riferibile soltanto alle associazioni riconosciute, e non a quelle prive di riconoscimento. Ai fini della disciplina di conflitto, la distinzione e la differenza non appaiono rilevanti, se si assume la nozione di persona giuridica come intesa a connotare una disciplina dei gruppi, coincidente in sostanza con la nozione di ente fornito di soggettività.

¹⁷ In questo senso, MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*¹¹, Napoli, 1982, 92 (va però notato che in tale ultima edizione dell'opera l'assolutezza dell'affermazione è alquanto temperata rispetto alle precedenti: vi si dice, infatti, che l'attribuzione della personalità da parte dell'ordinamento italiano «risulta implicitamente» dall'art. 16 comma 2 disp. prel.); la tesi è affermata sin dalle *Lezioni di diritto internazionale privato*², Padova, 1943. Cfr. anche MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio (Diritto internazionale privato)*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. VASSALLI, I, t. 4, Torino, 1964, 121 ss.; BISCOTTINI, *Diritto amministrativo internazionale, I La rilevanza degli atti amministrativi stranieri*, Padova, 1964, 349 ss., 361; BARILE G., *Collegamen-*

sostanziali italiane, la tesi è stata di recente ripresa, con una più decisa accentuazione dell'applicabilità dell'art. 16 comma 2, che costituirebbe il principio normativo operante il riconoscimento delle persone giuridiche straniere¹⁸. Altre volte, si è pervenuti a rifiutare il ricorso al normale procedimento di diritto internazionale privato sulla base di considerazioni diverse, attinenti più in particolare alla disciplina delle società straniere, quale risulta dagli art. 2505-2510 c.c. Viste queste norme come idonee ad effettuare la sola delimitazione della sfera di applicazione del diritto materiale italiano, si è affermato in via generale che il riconoscimento di società straniere avviene, non già in virtù di un collegamento fra società e ordinamento straniero individuato dall'ordinamento italiano, ma in base al cosiddetto autocollegamento attuato dal primo e considerato come rilevante anche dal secondo¹⁹; oppure, si è pervenuti all'esclusione dell'esistenza, in materia di società straniere, di qualsiasi principio idoneo a provvedere al riconoscimento sulla base di un richiamo al diritto straniero, sostenendosi che l'abituale meccanismo del richiamo verrebbe qui sostituito da una serie di riferimenti di altra natura ai valori giuridici esteri o da norme cosiddette materiali di diritto internazionale privato²⁰.

Gli argomenti addotti dai sostenitori delle tesi ricordate non appaiono, però, tali da indurre a rifiutare il ricorso alla normale tecnica del diritto internazionale privato nella materia di cui si tratta. Non si può dire, innanzitutto, che la situazione giuridica considerata si discosti da quelle oggetto delle norme di conflitto codificate in modo così profondo e radicale da imporre di per sé una deviazione rispetto alla tecnica del collegamento quale abitualmente seguita: ciò che si usa definire come «riconoscimento» di persone giuridiche straniere altro non è, in definitiva, se non attribuzione di rilevanza interna a valori giuridici stranieri, ossia fenomeno del tutto normale in ogni ipotesi di richiamo di norme appartenenti a sistemi stranieri²¹. Che, poi, l'operatività dell'ipotetica norma di diritto internazio-

to (criteri di), in questa *Enciclopedia*, VII, 365 ss. (ma v. ora ID., *Considerazioni sul concorso fra cittadinanza italiana ed una o più cittadinanze straniere in tema di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1974, 393 ss., 418 ss.). Per la giurisprudenza cfr. NASCIBENE, *Cittadinanza, apolidia e condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza italiana*, in *Comunicazioni e studi*, 1980, XVI, 754 ss., 848 ss.

¹⁸ COSCIA, *Il riconoscimento delle società straniere*, Alessandria, 1981, specialmente 76 ss., per il quale il riconoscimento costituirebbe uno strumento a sé stante di riferimento ai valori giuridici stranieri, non assimilabile al comune rinvio di diritto internazionale privato.

¹⁹ Cfr. LEANZA, *Società straniere*, in *Nss. D.I.*, XVII, 1970, 693 ss.; CARUSO, *Le società nella Comunità economica europea. Contributo alla teoria della nazionalità delle società*, Napoli, 1969.

²⁰ Così ANGELICI, *Appunti sul «riconoscimento» di società costituite all'estero*, Milano, 1982, specialmente 43 ss.

²¹ Per la più chiara affermazione del punto, cfr. i vari lavori in argomento di CAPOTORTI, *La nazionalità delle società*, Napoli, 1953, 105 ss.; ID., *Considerazioni sui conflitti di leggi in materia di società*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1965, 623 ss.; ID., *Lezioni di diritto internazionale privato*, pt. s., *La capacità*, Bari, 1966, 53 ss. Cfr. anche DE NOVA, *Esistenza e capacità del soggetto in diritto internazionale privato italiano*, in *Scritti di diritto internazionale in onore di T. Perassi*, I, Milano, 1957, 379 ss.

nale privato in materia di persone giuridiche si limiti a quest'aspetto, e non investe l'applicazione nel foro di norme straniere al fine della creazione dell'ente regolato dal diritto straniero, dipende – ancora una volta – da un fenomeno del tutto comune, ossia dall'interrelazione esistente fra norme sostanziali relative al rapporto fra privati e norme che disciplinano l'attività pubblica necessaria perché l'ente collettivo venga ad esistenza nella sua realtà giuridica, che importa l'applicazione esclusiva del diritto nazionale. Si tratta, insomma, di una situazione non certo infrequente nei casi di intervento necessario di un'autorità pubblica nel perfezionamento di un atto²². E ciò, naturalmente, vale a dare agevole e piana giustificazione anche del fatto che le norme relative ai limiti di applicabilità del diritto materiale italiano in materia di società appaiono ispirate a principi propri, svincolate da criteri stabiliti in via generale da norme di conflitto. Posto che l'autorità pubblica non può applicare in materia che il proprio diritto sostanziale, i limiti a tale applicazione discenderanno, in sede di costituzione, dalla determinazione della competenza dell'autorità medesima.

A parte queste osservazioni, altre speciali caratteristiche inerenti alle persone giuridiche, che ne possano imporre o giustificare sul piano delle norme di conflitto una così radicale deviazione dalle tecniche abitualmente seguite, non è dato di vedere. Cosicché, in realtà, il fondamento di alcune delle tesi sopra menzionate, più che sul terreno specifico del regime delle persone giuridiche, andrebbe valutato sul piano teorico generale, con riferimento anche alla costruzione che quelle tesi adottino riguardo al funzionamento ed agli effetti delle norme comuni di diritto internazionale privato²³. Va ribadito, in conclusione, che il problema interna-

²² CAPORTORTI, *La nazionalità*, cit., 115; ID., *Lezioni*, cit., 24 ss. e 67 ss. È irrilevante che tale intervento abbia luogo attraverso l'emanazione di uno specifico atto, o che esso risulti invece attraverso l'applicazione di una previsione generale che ricollega la soggettività di un ente al verificarsi di certi presupposti: cfr. sul punto SANTA MARIA, *Le società*, cit., 130 ss. Non sempre, naturalmente, l'intervento dell'autorità comporta applicazione esclusiva della sua *lex fori quoad substantiam*, ma ove ciò accada non può in alcun modo dirsi di essere per ciò solo al di fuori del normale meccanismo del diritto internazionale privato.

²³ Ciò vale, in specie, per la limitazione della funzione della norma di diritto internazionale privato alla sola determinazione dell'ambito di applicabilità del diritto sostanziale nazionale, secondo la nota tesi sostenuta in via generale da QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*³, Napoli, 1961, specialmente 177 ss. Ma analoghe considerazioni possono essere effettuate a proposito della tesi sostenuta da ANGELICI, *loc. cit.*: affermare infatti che la normale tecnica del diritto internazionale privato non viene adottata in materia di società straniere dal sistema giuridico italiano, pur inevitabilmente ammettendo – e non potrebbe essere diversamente – che in tutta una serie di ipotesi si abbiano riferimenti al diritto straniero cui la società è sottoposta, sembra tesi strettamente collegata a determinate premesse (peraltro, non specificamente chiarite) in ordine alle caratteristiche del funzionamento delle regole ordinarie di conflitto, che si vorrebbero inapplicabili alla materia delle società. In realtà, nell'ambito del sistema italiano, l'utilizzabilità di schemi quale quello del riferimento a norme straniere come *local data* (per il quale cfr., ad esempio, EHRENZWEIG, *Private International Law*, I, Leiden, 1967, 83 ss.) è assai dubbia, come è dubbio che dal solo modo in cui determinate questioni si presentano nel giudizio possano trarsi conseguenze quanto al meccanismo che provvede a conferire rilevanza alle norme straniere utilizzabili nel risolverle. Più in generale, poi, non sembra che in concreto l'utilizzazione di schemi del genere conduca l'autore, in sede applicativa, a risultati

zionalprivatistico delle persone giuridiche non differisce, nella sua essenza, da quello del trattamento di diritto internazionale privato di qualsiasi altra situazione giuridica che sia di per sé idonea ad essere presa in considerazione da norme di conflitto. In questo, come in ogni altro caso, tali norme provvedono infatti a conferire rilevanza, rendendole applicabili nel sistema giuridico del foro, a norme e valori giuridici stranieri concretamente esistenti all'estero, senza effettuarne alcuna «trasformazione» interna e senza sovrapporvi quindi una propria ed autonoma valutazione sostanziale nazionale, sia pure modellata sul materiale normativo straniero. Fenomeno questo che risulta, in fondo, significativamente colto dalla tesi già menzionata che configura un'attribuzione diretta di personalità a tutti gli enti stranieri, sul presupposto della loro personificazione estera²⁴, una volta che la tesi stessa venga depurata dall'elemento consistente nella sovrapposizione del conferimento di personalità ad opera della norma interna. Nei confronti del generale procedimento di nazionalizzazione e rielaborazione interna dei materiali normativi stranieri, ridotti a mero contenuto di un diritto speciale interno, che si afferma sul piano teorico generale, il riconoscimento degli enti collettivi stranieri sul solo presupposto della loro esistenza all'estero è un risultato che felicemente assicura la più ampia apertura del sistema verso i valori giuridici stranieri, invece di attribuir loro la personalità – come accadrebbe estendendo al caso i principi generali accolti – soltanto ad opera del diritto interno ed in presenza dei presupposti cui questo ne subordina il sorgere.

Per quanto concerne l'individuazione della norma applicabile, tra quelle poste dal sistema italiano di conflitto od eventualmente al di fuori di esse, si deve in primo luogo esaminare se possa farsi ricorso al già ricordato art. 16 comma 2 disp. prel., in base al quale alle persone giuridiche straniere viene riconosciuto il godimento dei diritti civili, a condizione di reciprocità²⁵. Come si è detto, questa norma non può essere considerata strumento idoneo ad operare il riconoscimento di enti stranieri attraverso un meccanismo diverso da quello consueto, mancando qualsiasi presupposto che possa giustificare una conclusione del genere. Neppure essa è utilizzabile come strumento per attribuire direttamente rilievo al diritto straniero in materia di persone giuridiche. Ostanto infatti a ciò diverse considera-

radicalmente diversi rispetto a quelli conseguiti accettando il ricorso ai metodi tradizionali: e ciò anche in quanto lo strumento costituito dalla norma di diritto internazionale privato, secondo le sue più moderne costruzioni, si presta perfettamente ad essere utilizzato in modo da raggiungere i risultati di tutela dei valori e degli interessi fondamentali perseguiti dalle norme materiali interne, che secondo l'autore in questione potrebbero solo essere ottenuti con strumenti diversi (cioè, a quanto pare, sulla base dell'idea che le norme di conflitto funzionino nel senso di localizzare il singolo rapporto giuridico, ricercandone la sede all'interno dell'uno o dell'altro ordinamento: cfr. p. 26).

²⁴ Cfr. autori ed opere citati *supra*, nt. 17.

²⁵ Circa il limite della reciprocità, ed il suo valore attuale in genere anche alla luce dei principi costituzionali, cfr. CASSESE, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, *sub* art. 10, 512 ss.

zioni, fra cui l'impossibilità di configurare la personalità giuridica come uno dei «diritti civili» menzionati dallo stesso art. 16, ed il totale parallelismo esistente fra i due commi di tale articolo, con la conseguente evidente identità di funzione: ed è pacifico che, per quanto concerne le persone fisiche, i problemi di capacità non trovano certo la loro soluzione nell'ambito dell'art. 16 comma 1²⁶. L'art. 16 comma 2 disp. prel. non può dunque di per sé produrre direttamente l'effetto di attribuire rilievo al diritto straniero in materia di persone giuridiche: esso presenta, tuttavia, un rilievo 'indiretto' per la soluzione del problema, come si vedrà più oltre.

Buona parte della dottrina e della giurisprudenza fanno ricorso, in materia di trattamento internazionalprivatistico delle persone giuridiche, all'art. 17 disp. prel., come già, nel sistema del codice previgente, all'art. 6 disp. prel.: e ciò, in sostanza, sulla base di un asserito carattere generale della portata di tale norma, che ne giustificherebbe l'applicazione a tutti i soggetti dell'ordinamento²⁷.

La tesi non risulta peraltro del tutto convincente, se si considera un duplice ordine di fattori. Anzitutto, il riferimento dell'art. 17 disp. prel. ai rapporti di famiglia, ovviamente immaginabili soltanto in relazione a persone fisiche: considerazione, questa, cui si può aggiungere che appare indiscutibile che l'attuale norma (così come i suoi antecedenti storici) è stata posta senza riguardo alcuno agli enti collettivi. Inoltre, ed è considerazione ancora più rilevante, l'art. 17 risulta assai difficilmente applicabile in materia di persone giuridiche in vista della scarsa adattabilità a queste del criterio di collegamento da esso adottato, ossia della nazionalità.

Di questa nozione, com'è ben noto, è stata persino posta in dubbio in epoca meno recente la riferibilità agli enti collettivi²⁸. Ma anche a non voler soffermarsi su questo punto, non vi è dubbio che essa – in quanto applicata a soggetti di diritto diversi dalle persone fisiche – finisce per perdere la precisione dei suoi contorni, ed a risolversi, sostanzialmente, nell'idea di sottoposizione ad un sistema giuridico dato. Essa viene così ad esprimere il 'risultato' del collegamento, non già il 'fondamento' di questo. E ciò perché, mentre la cittadinanza delle persone fisiche può essere descritta sulla base del suo contenuto, che la configura come un vero e proprio *status* pubblicistico, la nazionalità degli enti collettivi non può esserlo. Né d'altronde appare possibile individuare, nell'ambito del sistema italiano, una specifica determinazione di criteri sulla base dei quali debba essere effettuata l'attribuzione della «nazionalità» alle persone giuridiche²⁹. Ancora, non vi può essere

²⁶ BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, cit., 139 ss.; GIARDINA, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del codice civile*, cit., *Disposizioni sulla legge in generale*, 1978, 25 ss.

²⁷ In questo senso, CAPOTORTI, nelle opere citate *supra*, nt. 20; BALLADORE PALLIERI, *loc. ult. cit.*; VITTA, *Diritto internazionale privato*, II, Torino, 1973, 61 ss.

²⁸ V. il famoso scritto di NIBOYET, *Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés?*, in *Revue critique de droit international privé*, 1927, 402 ss.

²⁹ Cfr. BISCOTTINI, *Cittadinanza*, in questa *Enciclopedia*, VII, 140 ss.; e per l'impossibilità di ricavare una specifica determinazione dalla legge del foro, BALLADORE PALLIERI, *op. cit.*, 145 ss.

dubbio – e su ciò concorda anche la dottrina favorevole in via di principio a far ricorso al criterio della nazionalità *ex art. 17* – che tale criterio non può esser risolto nell'indicazione diretta di una circostanza che ricollegli ogni soggetto ad un ordinamento giuridico dato³⁰. Una simile circostanza non è infatti individuabile, ed è del resto tipico della nozione di cittadinanza (e del suo parallelo riferito agli enti collettivi) il riferimento al diritto «nazionale» per la concreta determinazione dei criteri sulla cui base la cittadinanza stessa deve essere riconosciuta³¹.

Stando così le cose, appare bensì possibile utilizzare la nozione di nazionalità delle persone giuridiche per lo meno in via di analogia al fine di applicare altre norme appartenenti al sistema, anche nel settore del diritto internazionale privato: si pensi agli art. 25 e 26 disp. prel., che impongono all'interprete di tener conto ai loro fini della legge «nazionale» delle parti di certi rapporti, e che certo dovranno venire applicati considerando come legge nazionale dell'ente collettivo quella dello Stato che lo ha creato, sottoponendolo a quella disciplina particolare che giustifica il ricorso all'espressione «persona giuridica» (o, comunque, che si parli dell'ente come di qualcosa di distinto rispetto alla pluralità dei membri del gruppo). Sembra invece assai più difficile, da un punto di vista strettamente tecnico, utilizzare il criterio della nazionalità nell'ambito dell'art. 17 disp. prel. al fine di individuare il sistema giuridico straniero riconosciuto come competente per quanto concerne il cosiddetto statuto personale dell'ente.

D'altro lato, i risultati dell'esperienza applicativa, giurisprudenziale e non, sviluppatasi sotto l'impero delle preleggi del 1865 e del 1940, sono univoci nell'indicare che agli enti collettivi stranieri viene dato riconoscimento in Italia ammettendo la piena competenza al riguardo del diritto straniero in base al quale l'ente stesso è stato creato, sia ciò avvenuto con apposito atto amministrativo, oppure – come accade generalmente oggi per le società commerciali – attraverso la mera applicazione di una previsione a carattere generale che ricollegli la creazione dell'ente al semplice verificarsi di determinati presupposti³².

Tenuto conto di tutti i dati menzionati sin qui, la soluzione preferibile appare dunque quella di ammettere l'esistenza di un principio generale di diritto internazionale privato, che provvede ad assicurare il riconoscimento degli enti collettivi creati all'estero attribuendo efficacia nell'ambito del foro al diritto dello Stato che vi ha dato vita, ossia in base al quale l'ente è concretamente venuto ad esistenza (a nulla rilevando poi, come si è già detto, che ad esso sia attribuita o non una vera e propria personalità giuridica in senso stretto)³³.

³⁰ Per tutti cfr. BEITZKE, *Juristische Personen*, cit., 28 (la nazionalità costituisce «*ein unnütziges Bindeglied*»); CAPOTORTI, *Considerazioni*, cit., 631; BALLADORE PALLIERI, *op. cit.*, 141 s.

³¹ Cfr. MORELLI, *Elementi*, cit., 46, che configura l'ipotesi come eccezione rispetto alla regola generale della competenza della *lex fori*.

³² Per un esame generale della giurisprudenza italiana in materia, cfr. VITTA, *op. cit.*, 61 ss.; e per qualche lontano e sporadico precedente storico, BEITZKE, *op. cit.*, 22 ss.

³³ La tesi accolta nel testo – già sostanzialmente esposta nel suo contenuto essenziale in LUZ-

La norma così individuata sottopone dunque il cosiddetto statuto personale dell'ente (pubblico o privato, società, associazione, fondazione, ecc.) alla legge in base alla quale l'ente stesso è stato costituito. Si tratta di una norma che opera, dal punto di vista tecnico, in perfetto parallelismo con le altre norme di conflitto, secondo la costruzione che del modo di funzionare di esse appare qui preferibile³⁴, e non vi è dunque alcuna necessità di ipotizzare a proposito di persone giuridiche e società la presenza di istituti particolari. Si tratta inoltre di norma che, pur non avendo il carattere di norma scritta, risulta però chiaramente presupposta da altre regole espresse appartenenti al sistema. Così l'art. 16 comma 2 disp. prel., del quale si è negata in precedenza la diretta rilevanza, assume un chiaro significato di conferma indiretta dell'esistenza della norma qui ricostruita: infatti, menzionando le persone giuridiche straniere quali soggetti che godono dei diritti civili (sia pure a condizione di reciprocità), esso indica implicitamente l'ordinamento di origine come quello cui occorre riferirsi (sia per l'accertamento della reciprocità richiesta dalla norma, sia più in generale per valutare la fisionomia dell'ente). Così pure l'art. 17, del quale sembra più corretto negare la diretta applicazione alla materia che interessa, appare comunque lo schema generale secondo il quale la norma *ad hoc* relativa alle persone giuridiche è venuta sviluppandosi, con le particolarità che le sono proprie, in vista dei peculiari aspetti segnalati³⁵.

Il risultato dell'operare della norma individuata può essere correttamente espresso con la nozione tradizionale di «riconoscimento» dell'ente straniero, intendendosi con ciò l'attribuzione all'interno del sistema giuridico italiano della qualifica di soggetto, e comunque l'attribuzione di rilevanza giuridica alla speciale disciplina del gruppo presente nel diritto di origine, sia nei rapporti attinenti all'organizzazione interna, sia negli aspetti relativi alla sua proiezione esterna (potere di agire in capo all'ente, rappresentanza, responsabilità dell'ente e dei singoli componenti, ecc.). Il termine «riconoscimento» è particolarmente adeguato al caso in vista del fatto che di riconoscimento si parla tradizionalmente anche a proposito di enti personificati in base al diritto interno (cfr., ad esempio, gli art. 11, 12 e 36 c.c. in materia di persone giuridiche in generale e di associazioni non riconosciute)³⁶: ma è opportuno sottolineare ancora una volta che il fenomeno evocato con quel termine sul piano del diritto internazionale privato non è in nulla diverso da quanto si verifica in ogni altra ipotesi di attribuzione di rilevanza al diritto straniero per la disciplina di specifiche situazioni giuridiche, trattandosi puramente e

ZATTO, *Anstalt – Impresa fiduciaria*, cit., pur nel riferimento formale all'art. 17 disp. prel. –, è ora sostenuta da BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982, 601 s.

³⁴ E per la quale si rinvia a ZICCARDI, *Introduzione critica*, cit., specialmente 85 ss.

³⁵ Il punto menzionato nel testo appare felicemente colto dalla Cass. 14 aprile 1980, n. 241, in *Foro it.*, 1980, I, 1303, che evita un riferimento netto alle norme degli art. 16 e 17 disp. prel.

³⁶ Nell'ambito di altri sistemi si distinguono invece a volte i due fenomeni anche dal punto di vista terminologico: cfr. BEITZKE, *op. cit.*, 45 ss., che parla di «*Anerkennung*» nel caso di riconoscimento di soggettività attribuita da ordinamenti stranieri, e di «*Verleihung*» nel caso di attribuzione diretta di soggettività.

semplicemente del riconoscimento nell'ambito del diritto italiano della realtà giuridica venuta in essere per il gruppo nel sistema giuridico straniero.

L'elemento rilevante ai fini del collegamento con l'ordinamento straniero instaurato dalla norma consiste, in sostanza, nell'appartenenza di un determinato ente ad uno Stato – meglio, ad un sistema giuridico straniero – in virtù dell'assunzione da parte di questo della disciplina giuridica del gruppo. In questa attribuzione di rilievo all'appartenenza ad un determinato sistema straniero in base ai criteri propri di quest'ultimo, e quindi all'atteggiamento di esso, anziché ad una mera situazione di fatto, emerge evidentemente un elemento in qualche modo anomalo rispetto alla configurazione più tradizionale dei cosiddetti criteri di collegamento. Si tratta, però, di un dato in armonia con la revisione critica condotta da parte della dottrina in epoca recente, che tende ad allargare progressivamente gli spazi riservati alla valutazione giuridica rimessa all'ordinamento straniero anche in sede di funzionamento del meccanismo di richiamo delle norme di questo³⁷. In questa prospettiva, non sembra arbitrario parlare dell'appartenenza dell'ente ad uno Stato straniero come di nazionalità del medesimo nel senso del diritto internazionale privato: di un legame, quindi, che esprime in sé un collegamento rilevante dal punto di vista del diritto straniero richiamato, ancorché non risolvibile nell'indicazione di un contenuto caratterizzante sul piano della disciplina sostanziale.

In considerazione delle caratteristiche della norma in discussione, risulta evidente che essa potrà provvedere ad operare il riconoscimento degli enti collettivi stranieri come tali soltanto nell'ambito in cui a questi non venga estesa l'applicazione della legge sostanziale italiana, in base ai principi che essa stessa pone. È chiaro infatti che, ove un determinato ente collettivo sia da considerare costituito in base al diritto italiano, non vi è spazio per alcun rinvio a sistemi stranieri, e quindi per alcun riconoscimento di questi, neppure se per avventura essi considerassero lo stesso ente venuto ad esistenza in base al proprio diritto³⁸. La costituzione all'estero rimane in questo caso un fatto irrilevante ai fini della disciplina di conflitto, in quanto la norma sul riconoscimento non ha modo di operare per la mancanza del suo stesso presupposto: ossia, per la mancanza di un ente che possa dirsi venuto ad esistenza secondo le norme di un sistema giuridico straniero.

L'ipotesi non è ovviamente facile a verificarsi in concreto, ma la sua configurabilità in astratto dipende dalla circostanza che – come si è visto – la norma di diritto internazionale privato non assume come circostanza rilevante ai fini del collegamento un elemento che determina il legame fra ente ed ordinamento straniero ma il risultato di questo. Di conseguenza, ciascun ordinamento rimane libero di adottare discrezionalmente i criteri da esso ritenuti più idonei al fine di con-

³⁷ V., in particolare, BARILE, *Collegamento*, cit., 351 ss.

³⁸ Cfr. Cass., sez. un., 26 maggio 1969, n. 1857, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1970, 359, che afferma in sostanza la natura straniera di tutte le società che non debbano considerarsi sottoposte al diritto italiano in base agli art. 2505 ss. c.c. Sull'interpretazione di queste ultime norme, la sentenza non appare peraltro del tutto corretta in vista di quanto osservato *infra* nel testo.

sentire la costituzione dell'ente in base alla propria legge. Criterio di scelta fra l'uno e l'altro sistema viene così ad essere, in un certo senso, la stessa volontà delle parti che intendono dar vita all'ente: ma ciò, naturalmente, in senso puramente fattuale, poiché tale volontà non può in alcun caso assumere il significato di vero e proprio elemento di collegamento, ma soltanto creare i presupposti di fatto per l'assunzione del regolamento da parte dei vari sistemi. Questi, poi, possono procedere alla determinazione dei criteri rilevanti nei modi più vari – ad esempio, delimitando le proprie regole di competenza amministrativa³⁹, o i criteri di applicazione delle proprie norme –, senza peraltro che tale determinazione possa divenire comunque rilevante per altri Stati: tale rilevanza presupporrebbe infatti un coordinamento a livello internazionale che potrebbe essere attuato soltanto attraverso l'adozione di apposite norme convenzionali, che allo stato mancano del tutto.

4. *La norma generale di diritto internazionale privato relativa alle persone giuridiche. Competenza del diritto straniero*

a) È necessario precisare ulteriormente l'ambito di applicazione della norma individuata. In primo luogo, va sottolineato che essa si riferisce, in via di principio, a 'tutti' gli enti collettivi disciplinati da ordinamenti stranieri, tanto di diritto pubblico quanto di diritto privato, e fra questi ultimi, sia esercenti attività economiche a scopo di lucro, sia aventi scopi e finalità del tutto diversi. In particolare, la norma è applicabile in via di principio anche in materia di società commerciali. Il punto è oggetto di molti dubbi nella dottrina italiana, specialmente in vista dell'esistenza delle norme contenute negli art. 2505-2510 c.c., alle quali viene a volte assegnato il compito di porre una disciplina autonoma di diritto internazionale privato per quanto riguarda tutta la materia societaria. Secondo l'elaborazione più compiuta e persuasiva di tale punto di vista, dall'insieme delle norme ricordate si dovrebbe trarre una regola di conflitto che sottopone lo «statuto personale» delle società alla legge del luogo di costituzione (cfr. art. 2509 c.c.): all'applicabilità di tale legge farebbe eccezione, in determinati casi, la norma contenuta nell'art. 2505, che provvede a rendere applicabile la legge sostanziale italiana anche a società costituite all'estero in casi di collegamento particolarmente intenso con il territorio italiano e la vita economica nazionale⁴⁰.

³⁹ Per l'interpretazione del problema in termini di competenza amministrativa a conferire la personalità giuridica, cfr. BISCOTTINI, *Diritto amministrativo internazionale*, cit., I, 357 ss., che peraltro esclude la sussistenza di norme idonee a provvedere ad una coordinazione delle competenze dei vari Stati al riguardo (per una errata utilizzazione di tale impostazione v., in giurisprudenza, App. Venezia ordinanza 23 maggio 1975, in *Giur. comm.*, 1975, II, 58 ss., con nota di LUZZATTO, *L'Anstalt e l'ordinamento giuridico italiano*, cit.).

⁴⁰ SANTA MARIA, *Le società*, cit., 90 ss.

Tuttavia, una volta ricostruita la norma generale relativa al trattamento di diritto internazionale privato degli enti collettivi stranieri nei termini che si è visto, le norme di cui agli art. 2505-2509 c.c. appaiono suscettibili di interpretazione diversa, pur in larga parte coincidente per quanto riguarda i risultati concreti. Sul presupposto del riconoscimento attuato in via generale in base alla legge secondo la quale l'ente è stato costituito, quelle norme provvedono ad assicurare in tutto (art. 2505) od in parte (art. 2506-2508) l'applicazione della legge italiana anche di fronte ad enti soggetti *ab origine* al diritto straniero, oppure ad escludere la rilevanza di eventuali contatti con l'estero diversi dalla costituzione in base ad una legge straniera (art. 2509). L'evidente finalità di tale modo di procedere è di assicurare l'osservanza dei requisiti e delle garanzie richiesti dalla legge italiana anche in presenza di società riconosciute come straniere che operino nell'ambito dell'ordinamento italiano, entrando in rapporto con altri soggetti. Non ne deriva, però, una «nazionalizzazione» delle società, che giunga sino al punto di cancellare l'origine straniera delle medesime. Al contrario, esse continuano ad essere riconosciute nella loro veste straniera, ed in base a questa dovranno essere valutate per tutto ciò che sia avvenuto eventualmente prima dell'instaurazione dei contatti con l'Italia resi rilevanti dall'art. 2505 c.c. Una volta sopravvenuti tali contatti, la rilevanza della costituzione iniziale all'estero verrà meno per quanto concerne la disciplina della società, ma continuerà a sussistere per quanto riguarda la valutazione della sua esistenza e della sua attività per il periodo anteriore⁴¹.

Le norme in questione introducono quindi limitazioni assai notevoli all'applicazione della regola generale, ma non la contraddicono; anzi, si inseriscono coerentemente nell'indirizzo normativo generale da essa segnato.

b) Sempre in merito all'ambito di applicazione della norma generale sugli enti collettivi, sono necessarie, in secondo luogo, ulteriori precisazioni circa l'estensione della categoria delle persone giuridiche (intese, come chiarito in precedenza, come enti collettivi anche non «personificati» in senso strettamente tecnico).

Gli enti stranieri riconosciuti in Italia in base alla norma generale in questione sono 'tutti' quelli che si caratterizzano per una disciplina particolare posta per le relazioni facenti capo ai membri del gruppo in quanto tali. Non può sussistere invece alcuna limitazione a quegli enti che avrebbero potuto caratterizzarsi in tal modo, qualora fossero stati sottoposti in sede di costituzione al diritto italiano. In altri termini, il riconoscimento non può essere limitato agli enti che avrebbero potuto essere «personificati» (o comunque «soggettivati») o ricevere un trattamento diverso da quello generale) in base all'applicazione del diritto materiale italiano.

Questa conclusione, coerente con il modo generale di intendere struttura e funzione delle norme di diritto internazionale privato secondo la dottrina che appare preferibile, acquista un rilievo del tutto particolare nella materia in esame. Data infatti la varietà delle figure di enti personificati e non conosciuti dai vari ordina-

⁴¹ In questo senso, cfr. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, cit., 151 ss., e Trib. Milano 14 settembre 1978, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1979, 125 ss.

menti stranieri, non è infrequente che si ponga anche in Italia la questione del riconoscimento di un soggetto dalle caratteristiche prive di equivalenti nel diritto sostanziale nazionale. Ora, non vi può essere dubbio che anche enti di tal genere possono venire riconosciuti in base alla norma generale qui individuata, purché essi risultino forniti dal sistema di origine di quelle essenziali caratteristiche che consentano di ricondurli alla categoria astratta utilizzata dalla norma medesima. Come si è detto, tale categoria contempla tutti i gruppi per i quali il diritto dello Stato di origine fornisce una disciplina speciale (non necessariamente in senso tecnico) rispetto a quella in esso contenuta in via generale per i rapporti che fanno capo ai componenti dei gruppi stessi, senza che sia necessario poter configurare una vera e propria «personificazione» nel senso in cui di persona giuridica si parla nel diritto sostanziale italiano (ed a prescindere, naturalmente, dai dubbi sulla portata della relativa nozione: v. *supra*, § 2). È noto, infatti, che il significato di base delle categorie giuridiche utilizzate dalle norme di diritto internazionale privato per indicare il proprio ambito di applicazione deve essere determinato in relazione al contenuto del diritto materiale interno. Ma tale insegnamento tradizionale, per cui la cosiddetta qualificazione deve essere intesa *lege fori*, deve essere interpretato nel senso che al diritto interno va richiesta la nozione di base, ossia il profilo generale ricavabile dalle varie figure previste dalle norme nazionali sullo sfondo delle quali la categoria viene costruita, fermo restando peraltro che alla nozione stessa possono essere ricondotte anche figure diverse, contemplate da altri sistemi giuridici, ove ne siano comuni i lineamenti generali ed essenziali che ne permettono, l'ascrizione alla medesima categoria. In altre parole: la norma di conflitto relativa al riconoscimento degli enti collettivi stranieri non può costituire un mero meccanismo di individuazione di una disciplina sostanziale diversa per le stesse fattispecie tipiche già previste dal diritto sostanziale interno, ma deve essere vista – al pari di tutte le altre – come vero e proprio strumento di apertura del sistema giuridico verso l'esterno⁴².

Va infine aggiunto che la tesi qui accolta, oltre ad essere coerente con i postulati fondamentali del sistema di conflitto, è anche confermata sul piano positivo dall'esistenza di una specifica norma posta dal legislatore italiano in materia di società straniere. Si tratta dell'art. 2507 c.c., il quale, sottoponendo alla disciplina italiana delle società per azioni «per ciò che riguarda gli obblighi relativi all'iscrizione degli atti sociali nel registro delle imprese e la responsabilità degli amministratori» le società costituite all'estero che siano di tipo diverso da quelli regolati nel codice, implicitamente ne presuppone il riconoscimento nella loro realtà risultante dall'applicazione avvenuta all'estero delle norme straniere nelle loro conseguenze tipiche e difformi da quelle note alle norme sostanziali italiane⁴³.

⁴² Cfr. LUZZATTO, *op. ult. cit.*, 64 ed ivi ulteriori riferimenti; ID., *Una giurisprudenza milanese in tema di Anstalt*, in *Giur. comm.*, 1978, II, 123 ss.

⁴³ Su questa norma, SIMONETTO, *Delle società. Trasformazione e fusione. Società costituite all'estero o operanti all'estero*, in *Commentario del codice civile*, cit., *Libro quinto. Del lavoro*, 2^a ed., 1976; SANTA MARIA, *op. cit.*, 192 ss.

Il problema del riconoscimento degli enti stranieri di tipo sconosciuto al diritto nazionale si è posto in forma particolarmente acuta alla giurisprudenza italiana (ed anche di altri Paesi)⁴⁴ negli ultimi anni a proposito di alcune figure di enti – in particolare, l'*Anstalt* e l'impresa fiduciaria (*Treuunternehmen*) costituite secondo il diritto del Liechtenstein – che concretano, in sostanza, figure di persone giuridiche create anche su base unipersonale, e quindi idonee a formare esempi di imprese individuali personificate. Infatti, il fondatore (*Gründer*) o il fiduciante (*Treugeber*) possono, a norma del diritto del Liechtenstein e nell'ambito del relativo schema, destinare un patrimonio all'esercizio di un'attività d'impresa, con limitazione della propria responsabilità al patrimonio stesso⁴⁵. Il riconoscimento di tali enti è stato a lungo dibattuto, da parte degli oppositori facendosi leva, fra l'altro, sulla presunta impossibilità di riconoscere in Italia enti di tipo assolutamente sconosciuto al diritto sostanziale italiano⁴⁶: ma un siffatto ordine di argomenti, in vista di quanto osservato, non può essere condiviso, ed è stato del resto respinto da alcune decisioni della Corte di cassazione, con le quali la questione sembra esser stata definitivamente risolta, almeno per quanto concerne il punto che ora interessa⁴⁷. Altro profilo di presunta incompatibilità di *Anstalt* e *Treuunternehmen* riguardava poi alcune loro specifiche caratteristiche giuridiche viste sullo sfondo di alcuni principi fondamentali del sistema italiano, con i quali sarebbero state in contrasto in modo da provocare la contrarietà all'ordine pubblico del foro⁴⁸: ed è anzi questo lo strumento tecnico attraverso il quale il riconoscimento è stato più di frequente rifiutato. Ma su questo profilo si tornerà più avanti (v. *infra*, § 5).

c) Il riconoscimento degli enti collettivi stranieri, entro l'ambito sin qui esaminato, viene attuato dalla norma di diritto internazionale privato rendendo applicabile in Italia il diritto di origine dell'ente (nel senso precisato) anzitutto per quanto attiene all'esistenza di questo: in altre parole, per quanto riguarda la disciplina, contenuta nel diritto straniero, del modo in cui i rapporti facenti capo ai componenti del gruppo in quanto tali si atteggiavano. Facendo ricorso ad espressioni tradizionali, che proprio sul

⁴⁴ Come, ad esempio, la Germania ed il Belgio; cfr. per la prima, BGH 30 gennaio 1970, in *NJW*, 1970, 998, con note di LANGEN e LIPPS, *Entwicklungstendenzen der Betrachtung der Steuerroasen*, *ivi*, 1487 ss.; e per il secondo, Cass. 13 gennaio 1978, in *Giur. comm.*, 1980, II, 385, con nota di BORGIOI, *Le Anstalten in Belgio*. Per la giurisprudenza italiana cfr. altri riferimenti in LUZZATTO, *Anstalt - Impresa fiduciaria*, cit.

⁴⁵ Per una sommaria descrizione degli istituti, cfr. LUZZATTO, *op. ult. cit.*, 79 ss., anche per riferimenti.

⁴⁶ Cfr., soprattutto, FERRARA F. jr., *L'impiego dell'Anstalt in Italia per occultare i beni*, in *Riv. soc.*, 1972, 1161 ss.

⁴⁷ Cfr. Cass. 28 luglio 1977, n. 3352, in *Giur. comm.*, 1978, II, 49, con nota di BORGIOI, *Le Treuunternehmen nell'ordinamento italiano*; Cass. 10 aprile 1978, n. 1659, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 1625; Cass. 14 aprile 1980, n. 2414, in *Foro it.*, 1980, I, 1303.

⁴⁸ Su questi argomenti, BORGIOI, *Treuunternehmen, Anstalten e la Cassazione*, in *Riv. soc.*, 1977, 1156 ss.; ID., *Le Treuunternehmen*, cit. In particolare, la contrarietà è stata ravvisata nella possibile unicità del fondatore (cfr. art. 2332 comma 1 n. 8 c.c.) e nella limitazione della responsabilità patrimoniale dello stesso (art. 2740 c.c.): cfr. *infra*, § 5.

piano del linguaggio rivelano i propri vantaggi in termini di semplificazione della terminologia giuridica corrente, si può dire che il riconoscimento si attua conferendo rilievo alle norme straniere in materia di esistenza e di capacità del soggetto, o della persona giuridica: in concreto, conferendo all'ente, con effetto anche per l'ordinamento giuridico italiano, la qualità di soggetto di diritti e di obblighi⁴⁹.

Non è questo, tuttavia, l'unico ambito contemplato dalla norma di conflitto che qui si considera. Non meno rilevante è infatti tutto il settore attinente alla cosiddetta organizzazione interna dell'ente, per il quale viene egualmente conferita competenza al diritto dello Stato di origine. Anche in tale ambito, il rilievo attribuito alle prescrizioni straniere si traduce in applicabilità delle norme che regolano rapporti fra soci ed associati, competenze e poteri degli organi dell'ente, modo di funzionamento degli stessi, validità ed impugnazione degli atti da essi compiuti, e che in generale costituiscono il parametro della validità degli atti privati di organizzazione degli enti e delle clausole in essi contenute⁵⁰. Con riferimento a quest'insieme di problemi, uniti a quello già menzionato relativo all'esistenza e capacità del soggetto, si parla frequentemente di «statuto personale» dell'ente medesimo, parallelamente all'espressione divenuta consueta sul piano del diritto internazionale privato per indicare sin da epoca remota l'insieme delle materie di competenza della legge della persona, in contrapposizione al cosiddetto statuto reale⁵¹. Nello stesso ambito rientra ancora tutto quanto attiene allo scioglimento ed alla liquidazione dell'ente, materie queste particolarmente discusse – anche sotto il profilo dell'incidenza dell'eventuale limite di ordine pubblico, o comunque dell'interferenza delle norme locali di applicazione necessaria – nelle ipotesi in cui lo scioglimento sia conseguenza di un intervento dell'autorità pubblica, come ad esempio nell'ipotesi di atti di nazionalizzazione, in tutte le varie forme che essi possono assumere: in casi siffatti, si tratta infatti di conciliare l'applicazione delle regole contenute nella legge «nazionale» per ciò che concerne l'esistenza e la capacità dell'ente con quelle della legge locale, nell'ambito spaziale di efficacia della quale sono situati normalmente, almeno in parte, i beni o i diritti dei quali era titolare il soggetto straniero⁵².

⁴⁹ DE NOVA, *Esistenza e capacità del soggetto*, cit., 379 ss.

⁵⁰ In materia di impugnazione di delibere degli organi sociali, v., ad esempio, il celebre caso della Banque Ottomane deciso da Cour d'Appel Paris 19 marzo 1965, in *Revue critique de droit international privé*, 1967, 85, con nota di Lagarde, e in *J. dr. intern.*, 1966, 132 ss., con nota di Goldman.

⁵¹ Cfr., ad esempio, BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., 588 ss.

⁵² Cfr. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, cit., 153 ss.; e TREVES, *Il caso Zeiss*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1967, 437 ss., anche per considerazioni generali sul tema. La questione è stata oggetto di particolare dibattito nei Paesi anglosassoni: cfr. DICEY-MORRIS, *The Conflict of Laws*, cit., 700 ss.; CHESHIRE-NORTH, *Private International Law*¹⁰, London, 1979, 620 ss., ed i casi *Metliss v. National Bank of Greece and Athens SA*, (1958) A.C. 509, (1957) 3 All E.R. 608, e *Adams v. National Bank of Greece and Athens SA*, (1960) 1 QB 64; (1969) 2 All E.R. 362. Cfr. anche SEIDL-HOHENVELDERN, *Internationales Konfiskations- und Enteignungsrecht*, Berlin-Tübingen, 1952; BATTAGLINI, *Nazionalizzazione (Diritto internazionale privato)*, in *Nss. D.I.*, XI, 1968, 171 ss.

Nell'ambito delle materie menzionate, la competenza del diritto dello Stato di origine non incontra limiti, se non in quanto l'ente eserciti un'attività d'impresa nel territorio italiano (v. *infra*, § 5). In particolare, l'estensione della capacità del soggetto è quella che risulta dal diritto straniero: così, le società costituite in base al diritto inglese sono sottoposte al tradizionale principio dell'*ultra vires*, in base al quale una società ha la capacità di compiere soltanto quegli atti che i suoi atti costitutivi espressamente le attribuiscono il potere di compiere, o sono ad essi connessi o da essi dipendenti, sicché gli atti eventualmente conosciuti al di là di tale ambito sono invalidi e non possono esserle opposti⁵³. Non vale, in questa ipotesi, il principio introdotto in via di eccezione alla regola dell'applicazione della legge nazionale, ex art. 17 disp. prel., dal comma 2 di tale norma, che è dettato soltanto con riguardo alle persone fisiche e non appare suscettibile di applicazione analogica⁵⁴. Anche a prescindere dal principio dell'*ultra vires*, molte altre limitazioni alla capacità dell'ente sono immaginabili, ad esempio per ciò che concerne l'acquisto da parte di una società di azioni o quote di altre società: si possono tener presenti a questo riguardo, a titolo di esempio, le disposizioni italiane contenute negli art. 2359 *bis*, 2360 e 2361 c.c. Non vi è dubbio che eventuali limitazioni di questo tipo contenute nella legge dello Stato di origine di una società devono trovare applicazione anche in Italia⁵⁵. La stessa conclusione vale, ancora, per quanto concerne l'esistenza di eventuali incapacità di acquisire determinati diritti senza una specifica autorizzazione amministrativa⁵⁶.

Ricade inoltre sotto la competenza del diritto dello Stato di origine il regime di responsabilità dell'ente da un lato, e dei soci ed associati dall'altro, per quanto attiene alle obbligazioni assunte dal primo verso i terzi. Si tratta, evidentemente, di uno dei punti più caratteristici della disciplina che ciascun ordinamento predispone in materia di gruppi, suscettibile di soluzioni variamente graduate che vanno dalla piena responsabilità dei soci ed associati per le obbligazioni assunte in nome del gruppo sino alla totale limitazione di essa. Ed in quest'ultima ipotesi, com'è noto, si è vista la più significativa espressione della «specialità» in senso tecnico della disciplina dettata dal legislatore in materia di persone giuridiche⁵⁷. Nella materia in questione è, peraltro, particolarmente sentita l'esigenza di tutelare in ogni caso determinati principi considerati essenziali dal sistema giuridico del foro, in quanto intesi alla protezione di tutti coloro che entrino in rapporto con il gruppo nell'ambito del territorio. Per questa ragione, l'interferenza del diritto del foro è suscettibile di veri-

⁵³ Per questa definizione, cfr. PENNINGTON, *Company Law* 4, London, 1979, 93.

⁵⁴ Del resto, le esigenze che l'art. 17 comma 2 disp. prel. mira a tutelare sono già il più delle volte soddisfatte attraverso l'applicazione degli art. 2505 ss. Cfr. BALLARINO, *op. cit.*, 612 ss.; per l'applicabilità della norma, v. invece VITTA, *Diritto internazionale Privato*, cit., II, 97.

⁵⁵ BALLARINO, *op. cit.*, 612.

⁵⁶ V. al proposito le considerazioni di CAPOTORTI, *Lezioni*, cit., 138 e 144, anche per la distinzione fra incapacità speciali di diritto e di agire; nonché l'art. 5 della Convenzione dell'Aia del 1° giugno 1956 (peraltro non in vigore).

⁵⁷ Cfr. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., specialmente 37 ss.

ficarsi in grado maggiore di quanto non accada in diversi settori (v. *infra*, § 5).

Come tutto ciò che attiene allo scioglimento ed alla liquidazione dell'ente⁵⁸, rimangono sottoposte al diritto dello Stato di origine tutte le eventuali vicende del medesimo, quali modificazioni e trasformazioni. Un'ipotesi che ha dato luogo a dubbi e difficoltà riguarda quella particolare modifica dell'atto costitutivo che si può avere in seguito al trasferimento di certi punti di contatto dell'ente con un sistema giuridico – in primo luogo, la sede – da uno Stato all'altro. In simili ipotesi, infatti, si è in passato a volte ritenuto che il venir meno del contatto principale dell'ente con un dato sistema dovesse necessariamente importare l'estinzione di esso, con l'eventuale sua successiva ricostituzione nell'ambito ed in base al sistema giuridico dello Stato con il quale si è instaurato il nuovo contatto. E ciò in quanto, essendo l'ente collettivo creazione di un dato sistema giuridico, l'uscita dall'ambito di applicazione di questo avrebbe inevitabilmente causato la fine della personalità giuridica acquisita in virtù di tale sistema⁵⁹. Si tratta, però, di un punto di vista ormai superato ad opera della riflessione giuridica più moderna, essendosi sufficientemente chiarito come nulla si oppone, sul piano teorico e su quello pratico, ad ammettere che, come qualsiasi altra situazione giuridica, così anche la posizione dell'ente collettivo possa mutare legge regolatrice senza perdere per ciò solo la propria identità e continuità⁶⁰. Identità e continuità che devono, quindi, venire riconosciute ad opera della regola di conflitto, sempre che ne esistano i presupposti, che consistono nell'atteggiamento favorevole di tutti i sistemi giuridici con i quali l'ente si è trovato ad essere successivamente collegato. Se il sistema in base al quale l'ente era inizialmente venuto ad esistenza consente il trasferimento del collegamento (sede) all'estero senza farne conseguire il suo scioglimento, e se il nuovo sistema con cui l'ente risulta collegato ne effettua il riconoscimento sin dal momento in cui esso è sorto in base all'altro sistema, senza imporne la ricostituzione *ex novo* in base alle proprie norme, nulla si oppone al riconoscimento dell'identità e continuità dell'ente collettivo nonostante i mutamenti intervenuti⁶¹.

⁵⁸ A parte, naturalmente, ciò che riguarda il procedimento di liquidazione che venisse concretamente attuato *in foro* per i beni quivi esistenti, che non potrebbe che sottostare al diritto locale, ma che comunque verrebbe attuato sul presupposto della messa in liquidazione al verificarsi del fatto che determina lo scioglimento dell'ente in base alla legge straniera.

⁵⁹ Com'è noto, si tratta della tesi sostenuta da FEDOZZI, *Gli enti collettivi nel diritto internazionale privato*, Verona-Padova, 1897, 180 ss.; ANZILOTTI, *Il mutamento di nazionalità delle società commerciali*, in *Riv. dir. intern.*, 1912, 109 ss., ora in *Opere*, III. *Scritti di diritto internazionale privato*, Padova, 1960, 693 ss.; CAVAGLIERI, *Diritto internazionale commerciale*, Padova, 1936, 239.

⁶⁰ Sul punto v., soprattutto, CAPOTORTI, *Sulla continuità delle società di persone che trasferiscono la sede in altro Stato*, in *Riv. dir. intern.*, 1958, 607 ss.; ID., *Lezioni*, cit., 73 ss.; VITTA, *Diritto internazionale privato*, cit., II, 96 ss. In giurisprudenza, Trib. Milano 19 settembre 1968, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1969, 1006.

⁶¹ Per un esempio di norma espressa cfr. l'art. 3 della Convenzione dell'Aia del 1° giugno 1956, cit.; e per la previsione di un impegno convenzionale sul punto, l'art. 220 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea, firmato a Roma il 25 marzo 1957.

5. Competenza del diritto nazionale

a) L'applicazione del diritto dello Stato di origine degli enti collettivi stranieri per tutte le materie suindicate non è però illimitata. Sotto diversi profili, il diritto del foro può infatti interferire con tale applicazione, sovrapponendosi in tutto od in parte al diritto di origine.

Il sistema giuridico italiano non contiene un'espressa e compiuta indicazione delle ipotesi in cui ciò deve avvenire, sicché rimane affidata all'interprete una non sempre facile opera di ricostruzione. Soltanto in materia di società, le norme contenute negli art. 2505-2508 c.c. stabiliscono un insieme di principi sufficientemente compiuto, seppur non di univoca interpretazione: ed è da tali disposizioni che occorre prendere le mosse⁶².

Risulta dalle norme appena menzionate che il principio di riconoscimento contenuto nella norma generale di conflitto qui ricostruita opera in modo totale e completo soltanto per le società che non presentino con la vita reale italiana alcuno dei contatti in esse indicati, né esercitino in Italia attività di impresa. In sostanza, soltanto quando la relazione fra le società (ed in genere, gli enti collettivi) straniere e il sistema giuridico italiano sia del tutto occasionale – ad esempio, ove si tratti di valutare attività da esse svolte all'estero, o conseguenze di rapporti giuridici occasionalmente collegati con l'ordinamento italiano – la norma di diritto internazionale privato renderà applicabili in Italia tutte le conseguenze che sono ricollegabili all'estero all'esistenza dell'ente in base al diritto locale.

Se invece si è di fronte ad un ente che eserciti di fatto attività di impresa in Italia, ciò è sufficiente ad imporre l'applicazione di tutte le norme del sistema italiano che disciplinano imperativamente lo svolgimento di attività del genere. Si pensi a tutte le norme che impongono obblighi e responsabilità a chi assuma la qualifica di imprenditore in Italia in base agli art. 2082 ss. c.c., stabilendo obblighi di pubblicità e di registrazione (art. 2188 ss.), di tenuta di libri e scritture o la soggezione alle procedure concorsuali (art. 2203). Tali norme non possono, evidentemente, essere sostituite da regimi diversi in dipendenza del carattere straniero del soggetto, o della sottoposizione a legge straniera dei rapporti da lui posti in essere. Esse assumono quindi il carattere di valutazioni assolutamente cogenti (cosiddette norme di applicazione necessaria), condizionate solo allo svolgimento di attività di impresa nel territorio (al pari del resto, di tutta una serie di norme tipicamente pubblicistiche, quali quelle tributarie e valutarie)⁶³.

Nel caso di impresa esercitata in forma collettiva, la disciplina contenuta negli

⁶² Per l'estensione dell'applicazione di tali norme ad altre ipotesi in cui vi sia esercizio in Italia di attività imprenditoriali, cfr. VITTA, *op. cit.*, 80; PICONE, *Diritto internazionale privato delle società*, cit., 132 ss.; BIGNAMI, *Riconoscimento e trattamento delle società straniere nell'ordinamento italiano: considerazioni sul significato del termine «società»*, in *Riv. soc.*, 1980, 121 ss.

⁶³ Da ultimo, il rilievo della disciplina sostanziale del foro è stato specialmente accentuato da ANGELICI, *Appunti sul riconoscimento*, cit., specialmente 30 ss., 82 ss.

art. 2505 ss. provvede a graduare l'intensità dell'incidenza della legge italiana a seconda della maggiore o minore intensità del collegamento dell'ente societario con il sistema italiano. Il caso di massima intensità è quello in cui la sede amministrativa o l'oggetto principale dell'impresa si trovano in Italia: in questa ipotesi la società, pur essendo costituita all'estero, è soggetta, «anche per i requisiti di validità dell'atto costitutivo», a tutte le disposizioni della legge italiana (art. 2505 c.c.). Secondo l'interpretazione qui accolta, il diritto italiano si sovrappone in questo caso interamente a quello di origine, senza peraltro fare venir meno l'applicabilità di questo per ciò che attiene alla fase costitutiva della società, e quindi senza trasformarla in società «italiana»: non si tratta, in altri termini, di norma intesa a porre requisiti di nazionalità dell'ente⁶⁴.

Quando il contatto con il sistema italiano è meno stretto, minore risulta anche l'intensità degli obblighi cui l'ente risulta sottoposto: così l'art. 2506 c.c. impone alle società straniere che stabiliscano in Italia sedi secondarie con rappresentanza stabile di osservare le disposizioni della legge italiana riguardanti il deposito e l'iscrizione dell'atto costitutivo nel registro delle imprese e la pubblicità del bilancio, nonché di pubblicare negli stessi modi cognomi e nomi delle persone che la rappresentano stabilmente in Italia e depositare le loro firme autografe. Inoltre, la stessa norma sottopone le sedi secondarie alle disposizioni che regolano l'esercizio dell'impresa o lo subordinano all'osservanza di particolari condizioni (art. 2506 comma 2).

Importante complemento di queste norme è la disposizione contenuta nell'art. 2508, secondo la quale fino all'adempimento delle formalità indicate negli articoli precedenti coloro che agiscono in nome della società rispondono illimitatamente e solidalmente per le obbligazioni sociali.

Sulla base delle norme ricordate è possibile ricavare un principio di fondamentale rilievo per la ricostruzione della disciplina cui devono sottostare enti stranieri esercenti attività in Italia. Precisamente, quelle norme permettono di rilevare che una limitazione di responsabilità per l'esercizio di attività di impresa può aversi soltanto in presenza di una struttura organizzativa di tipo corporativo, quale quella propria di certi tipi di società disciplinati dal diritto sostanziale italiano, che sia debitamente portata a conoscenza dei terzi⁶⁵. Tale principio ha certamente valore fondamentale ed attiene al cosiddetto ordine pubblico internazionale, nel senso che deve necessariamente trovare applicazione a tutela dei terzi in ogni ipotesi di

⁶⁴ In tal senso, invece, VITTA, *loc. cit.*: cfr. anche CAPOTORTI, *Lezioni*, cit., 70 ss. (e in senso parzialmente difforme ID., *La nazionalità*, cit., 190 ss.). È stato anche proposto, sulla base di ampia disamina storica, di distinguere fra l'ipotesi di costituzione di società all'estero con sede od oggetto principale dell'impresa in Italia sin dall'inizio, e l'ipotesi in cui tali contatti con il territorio italiano si concretano in un secondo momento: SANTA MARIA, *Le società*, cit., specialmente 180 ss. Per il carattere «straniero» della società anche nel caso previsto dall'art. 2505, cfr. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, cit., 151; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., 608; ed in giurisprudenza Trib. Milano 14 settembre 1978, citato *supra*, nt. 41.

⁶⁵ GALGANO, *op. ult. cit.*, 48 ss.

attività di impresa esercitata in Italia, e perciò a qualsiasi tipo di ente che la eserciti, senza riguardo all'atteggiamento tenuto a questo proposito dal diritto straniero che lo regoli. Che tale principio abbia il valore generale appena indicato risulta con sufficiente chiarezza dal complesso del sistema, ed in particolare dalle norme contenute negli artt. 2505 e 2508 c.c. Esse rendono infatti palese, da un lato, l'importanza essenziale che riveste la pubblicità degli atti sociali anche per le società straniere, e dall'altro, la circostanza che il rispetto di tale esigenza è condizione necessaria perché il beneficio della limitazione della responsabilità possa operare anche nei loro confronti. Con tale regola, la condizione delle società straniere viene espressamente equiparata a quella delle società italiane, quale risulta dall'art. 2331 comma 2, e dell'art. 2475 comma ult. c.c.⁶⁶.

La conclusione ora indicata è particolarmente rilevante ai fini dell'esatta valutazione del modo in cui l'operare del principio generale di diritto internazionale privato in materia di riconoscimento si coordina con l'applicazione necessaria di alcuni principi del diritto sostanziale nazionale a proposito di enti diversi dalle società. Non sembra accettabile la tesi più radicale che le norme degli artt. 2505 ss. siano di per sé applicabili in tutte le ipotesi di attività di impresa esercitata in Italia, da parte di qualsiasi ente, pur sostenuta di recente con ampiezza di argomenti⁶⁷. È vero, peraltro, che esistono alcuni principi – desumibili ‘anche’ da tali norme – che si impongono in qualsiasi ipotesi di tale esercizio: primo fra tutti, quello già ricordato per cui il beneficio della limitazione della responsabilità presuppone l'esistenza di una struttura corporativa portata a conoscenza dei terzi nelle forme di legge. Tale struttura deve identificarsi con una di quelle note al diritto italiano (arg. *ex art.* 2507 c.c.). Pertanto, gli enti stranieri di tipo sconosciuto al nostro ordinamento giuridico, che non rispondano al requisito suindicato – è il caso, già menzionato, dell'*Anstalt* e dell'impresa fiduciaria del diritto del Liechtenstein – che vogliano esercitare in Italia attività di impresa godendo del beneficio della limitazione, non possono che porre in essere una struttura siffatta, trasformandosi in ente di tipo societario all'estero⁶⁸ oppure costituendo in Italia *ex novo* una società dei tipi noti al diritto italiano⁶⁹.

In mancanza di una tale organizzazione, l'esistenza dell'ente straniero continuerà ad essere riconosciuta in base al generale principio di diritto internazionale privato che governa la materia, ma ad essa non potrà essere ricollegata la conseguenza che sarebbe normale nel diritto di origine: ossia, la limitazione della ga-

⁶⁶ Sulla disciplina degli artt. 2505 ss. cfr. SIMONETTO, *Delle società*, cit., 350 ss.

⁶⁷ PICONE, *loc. ult. cit.*

⁶⁸ Per tale possibilità, cfr. Trib. Milano 11 gennaio 1979, in *Giur. comm.*, 1979, II, 837 ss., con nota di BORGIOI, *Anstalten e «magia delle parole»*.

⁶⁹ Cass. 14 aprile 1980, n. 2414, citata *supra*, nt. 47. In dottrina, per la descrizione di un'ampia gamma di ipotesi, PICONE, *loc. ult. cit.* Si può pensare anche all'ipotesi di fondazione d'impresa, ove la si ritenga ammissibile nel diritto italiano: cfr. sul tema COSTI, *Fondazione e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 1 ss.; SANTA MARIA, *op. cit.*, 127 ss.; CASSONI, *L'Anstalt nel diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1976, 211 ss.

ranza dei terzi al patrimonio dell'ente. Per quanto concerne il regime della responsabilità, infatti, il funzionamento della regola di diritto internazionale privato si trova impedito dal sovrapporsi del principio inderogabile proprio del sistema nazionale, che si è in precedenza individuato.

Quale sia il regime di responsabilità destinato ad applicarsi una volta caduta la limitazione è tuttora assai discusso con riguardo ad *Anstalten e Treunnternehmen* (ma gli argomenti sono estensibili a tutte le ipotesi affini). Secondo un indirizzo accolto dalla Corte di cassazione⁷⁰ sarebbe applicabile, in caso di *Anstalt* con unico fondatore, l'art. 2362 c.c., con conseguente responsabilità illimitata del *dominus* per le obbligazioni sorte nel periodo in cui manca la pluralità dei soci in caso di insolvenza dell'ente. L'applicabilità dell'art. 2362 c.c. è peraltro estremamente dubbia: non solo manca infatti la possibilità di qualificare l'ente come società, come la norma postula, ma appare difficile applicare come principio generale e inderogabile una regola stabilita soltanto con riferimento alle società sottoposte alla legge sostanziale italiana, e quindi destinata ad essere sostituita dalla (eventualmente diversa) disciplina del diritto di origine⁷¹. Secondo altri, dovrebbero considerarsi illimitatamente e solidalmente responsabili per le obbligazioni concluse in nome dell'ente coloro che per esso abbiano agito, in quanto mandatari senza rappresentanza⁷². Ma tale soluzione presuppone la mancanza di riconoscimento dell'ente straniero, e cade con il cadere di questo presupposto.

In realtà, la soluzione del problema deve fondarsi sul generalissimo principio già ricordato, per il quale in mancanza di un'organizzazione corporativa di tipo noto al diritto italiano, debitamente portata a conoscenza dei terzi, sussiste la responsabilità illimitata e solidale di tutti coloro che abbiano agito in Italia per l'ente straniero. Tale principio non va applicato in via analogica sulla base dell'art. 2508 c.c., ma come principio di ordine pubblico internazionale rivelato e presupposto da una serie di norme appartenenti al sistema (artt. 2331 comma 2, 2475 comma ult., 2508 c.c.). Tale responsabilità illimitata e solidale si aggiunge a quella propria dell'ente straniero senza escluderla, come sembra ribadire anche l'esplicita qualificazione come «sociali» delle obbligazioni di cui all'art. 2508 c.c.⁷³.

⁷⁰ Cass. 28 luglio 1977, n. 3352, citata *supra*, nt. 47. Cfr. anche STOLFI C., *Personalità giuridica dell'Anstalt e responsabilità dell'unico azionista*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, I, 257 ss. Il *dictum* non è ripetuto nelle successive pronunce della Cassazione in tema di *Anstalt e Treunnternehmen*.

⁷¹ Sul tema cfr. BORGIOI, *Treunnternehmen*, cit., 1160 ss.; SANTONASTASO, *Anstalt, società unipersonali e vicende giurisprudenziali dell'art. 2362 c.c.*, in *Giur. comm.*, 1978, I, 20 ss.; BALLARINO, *op. cit.*, 616.

⁷² App. Venezia 23 maggio 1975, citata *supra*, nt. 39; SANTONASTASO, *op. cit.*, 48 ss.

⁷³ La tesi di cui nel testo è affermata da autorevole dottrina a proposito dell'art. 2508 c.c.: cfr. SIMONETTO, *op. cit.*, 430 ss. Si tratta di un principio applicato da altre norme positive del sistema italiano, quali gli art. 2297 e 2317 c.c., nel senso di far rispondere solidalmente ed illimitatamente delle obbligazioni sociali tutti i soci di società non personificate che abbiano agito o non per la società, fino all'iscrizione della stessa nel registro delle imprese: ciò ne conferma la portata generale, e consente altresì di affermare l'eguale responsabilità di tutti i fondatori degli enti stranieri in discorso, nel caso ne esista una base pluripersonale.

L'affermazione di tale responsabilità illimitata e solidale di chi abbia agito per l'ente straniero che eserciti attività d'impresa in Italia (responsabilità-garanzia) contempera in modo soddisfacente il principio generale del riconoscimento degli enti stranieri, contenuto nel principio generale di diritto internazionale privato, con l'esigenza di garanzia dei creditori di questi ultimi, che si traduce nell'applicazione necessaria dei principi del diritto italiano in tema di disciplina dell'attività imprenditoriale: chi ha agito per gli enti stranieri risponde infatti nei confronti dei creditori illimitatamente e solidalmente, pur nel rispetto di una sua qualifica «organica», senza essere quindi degradato a mandatario privo di rappresentanza.

b) Ulteriore limite all'applicazione delle norme del diritto straniero competente è naturalmente, come in ogni altra ipotesi di richiamo internazionalprivatistico, il limite generale dell'ordine pubblico internazionale (espressamente previsto, nella materia del riconoscimento degli enti stranieri, anche dagli art. 8 della Convenzione dell'Aia del 10 giugno 1956 e 9 della Convenzione di Bruxelles del 29 febbraio 1968, sul reciproco riconoscimento di società e persone giuridiche). E ciò, ovviamente, al di là delle specifiche ipotesi precedentemente individuate, in cui le esigenze dell'ordine pubblico internazionale venivano specificate e precisate in appositi principi di applicazione necessaria. Va peraltro osservato che tale limite può ben impedire, come in ogni altro caso, l'applicazione nel foro di norme straniere contrarie ai fondamentali principi ispiratori del sistema e della comunità che lo esprime, ma ciò con riferimento al modo concreto di presentarsi e di operare di tali norme in ogni caso concreto (e dunque, con riferimento al singolo ente del cui riconoscimento si discute), ed in vista degli effetti contrastanti con i principi tutelati nel foro in considerazione del modo di essere specifico delle situazioni che si presentano al giudizio dell'interprete. L'eventuale contrarietà all'ordine pubblico potrebbe dunque riscontrarsi in relazione al concreto modo di essere e di operare di un determinato ente, non riguardo alle caratteristiche astratte e generali del tipo giuridico cui l'ente stesso appartiene⁷⁴.

Anche in merito all'incidenza del limite dell'ordine pubblico, l'ipotesi che ha provocato le maggiori discussioni è stata quella del riconoscimento di *Anstalt* e *Treuunternehmen*, in cui la giurisprudenza ha fatto spesso ricorso all'art. 31 disp. prel. al fine di escluderne la possibilità⁷⁵. Già per la ragione indicata sopra, la fondatezza dell'argomento appare da escludere. Ma va considerato, inoltre, che

⁷⁴ V., al riguardo, gli ampi svolgimenti di PICONE, *Diritto internazionale privato delle società*, cit., 123 ss.

⁷⁵ Il contrasto è stato visto in queste ipotesi come esistente in assoluto in considerazione delle caratteristiche presentate dagli istituti di cui si tratta secondo il loro diritto nazionale: cfr. Trib. Trieste 27 febbraio 1974, in *Giur. merito*, 1974, I, 119; Trib. Como 9 febbraio 1976, in *Foro pad.*, 1976, I, 35; App. Milano 18 gennaio 1977, in *Giur. comm.*, 1978, II, 122; Trib. Milano 31 marzo 1977, *ivi*; Trib. Milano 18 luglio 1977, *ivi*; Trib. Milano 22 settembre 1977, *ivi*, 561, con nota di BISCARETTI DI RUFFIA, *L'impresa fiduciaria del Liechtenstein e l'ordinamento italiano*; nonché la massima elaborata dall'VIII sezione del tribunale di Milano, *ivi* 1976, I, 597, e l'*obiter dictum* in Trib. Milano 11 gennaio 1979, cit.

non appaiono neppure sufficienti i singoli profili di contrarietà all'ordine pubblico individuati con riferimento al tipo, e pertanto in via assoluta in vista delle caratteristiche presentate dagli istituti in parola. Non lo è l'argomento tratto dalla (peraltro solo eventuale) unicità del fondatore, che contrasterebbe con l'art. 2332 comma 1 n. 8 c.c.: questa norma, infatti, è certo norma inderogabile, ma non vero e proprio principio di ordine pubblico internazionale⁷⁶. Ma neppure lo è quello fondato sulla considerazione che gli istituti menzionati consentirebbero l'esercizio di una impresa individuale in regime di responsabilità limitata, in contrasto dunque con l'art. 2740 c.c.: è infatti lo stesso tenore letterale di tale norma a prevedere la possibilità che altre norme di legge consentano limitazioni di responsabilità, in tal modo escludendo che essa concreti un vero e proprio principio di ordine pubblico internazionale⁷⁷. Senza dire che, comunque, la stessa premessa del ragionamento non può essere condivisa, in quanto – nell'ipotesi più rilevante in pratica, ossia quella di esercizio di attività di impresa in Italia – non è possibile parlare dell'esercizio di impresa individuale in regime di responsabilità limitata, in vista dell'incidenza che sul riconoscimento del diritto straniero vengono a spiegare i principi inderogabili del sistema.

⁷⁶ Così Cass. 28 luglio 1977, n. 3352, citata *supra* nt. 47; STOLFI, *op. cit.*, 267 ss.; e Cass. Belgio 13 gennaio 1978, in *Foro it.*, 1979, IV, 328, in cui anche il riferimento all'art. 9 della Convenzione di Bruxelles del 29 febbraio 1968, peraltro non ancora in vigore.

⁷⁷ Cass. 14 aprile 1980, n. 2414, citata *supra*, nt. 47; e BORGIOI, *Treuunternehmen*, cit., 845; STOLFI, *op. cit.*, 270.

Persona fisica (diritto internazionale privato)*

SOMMARIO: 1. Persona fisica e diritto internazionale privato. – 2. Lo «stato e capacità» della persona e l'art. 17 disp. prel. – 3. Portata del riferimento a sistemi giuridici stranieri.

1. *Persona fisica e diritto internazionale privato*

In tutti gli attuali sistemi di diritto internazionale privato la persona fisica si trova ad essere titolare di una serie di situazioni giuridiche soggettive di carattere assoluto che godono di riconoscimento extraterritoriale in base a criteri che esprimono un collegamento socio-politico della persona con una determinata comunità. Si possono avere, naturalmente, variazioni anche assai notevoli nell'ampiezza di una tale serie di situazioni (ad esempio, è noto che la capacità non vi è dovunque ricompresa)¹ e nella scelta del criterio cosiddetto di collegamento (è universalmente nota la divisione fra gli Stati fedeli al domicilio e quelli che, dal tempo della codificazione napoleonica in poi, adottano il criterio della cittadinanza): ma il significato e la portata generale del principio sono ovunque identici, ed esprimono l'esigenza universalmente sentita di attribuire efficacia giuridica a determinate situazioni soggettive al di fuori dei confini del territorio statale con il quale la persona si trova ad essere stabilmente collegata in virtù di un determinato vincolo (domicilio, cittadinanza, residenza)².

Nell'universale accoglimento del principio è da vedere la persistenza di una tradizione plurisecolare che riconosceva effetti «extraterritoriali» alle leggi riguardanti la persona come tale (cosiddetti statuti personali), considerate come tali da applicarsi alla persona ovunque questa si trovasse. In epoca contemporanea, la tecnica delle norme di diritto internazionale privato – specie se codificate – tende a porre in primo piano la situazione giuridica (il cosiddetto rapporto giuridico o, secondo altre costruzioni, della vita sociale) piuttosto che la legge dalla quale essa

* Pubblicato in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIII, Milano, 1983, pp. 227-230.

¹ Cfr. RABEL, *The Conflict of Laws. A Comparative Study*², I, Chicago, 1958, 197 ss.

² Sui criteri del domicilio e della nazionalità, BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982, 551 ss.; e, sullo svolgimento storico del principio, NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus*, II. *Die gemeinrechtliche Entwicklung bis zur Mitte des 13. Jahrhunderts*, München-Berlin-Leipzig, 1916, 90 ss.

trae la propria disciplina, con la conseguenza che l'accento si sposta dal carattere «personale» dello «statuto», ossia della legge, al carattere soggettivo di determinate situazioni. Nel sistema italiano vigente, come già del resto in quello delle preleggi al codice civile del 1865, la categoria utilizzata dal legislatore nell'art. 17 comma 1 disp. prel. è quella dello «stato e capacità della persona». Ed è ben noto che questa categoria, a sua volta, deriva immediatamente da quella dell'«*état et capacité des personnes*» di cui all'art. 3 comma 3 *c.c. fr.*: nel quale essa fu introdotta allo scopo di indicare tutte quelle materie che tradizionalmente la dottrina statutaria faceva rientrare nella nozione di statuto personale. La norma contenuta nell'art. 3 comma 3, intende infatti indicare con tecnica unilateralistica la sfera di applicazione della legge francese nelle materie nelle quali la dottrina statutaria riconosceva alla legge l'applicazione extraterritoriale, codificando così sul punto i risultati cui essa dottrina era giunta: e non ebbe, a parte ovviamente la sostituzione della cittadinanza al domicilio, alcun altro effetto innovativo³.

L'espressione «stato e capacità della persona» costituisce dunque, nell'attuale sistema, la categoria utilizzata dalla norma di conflitto per indicare tutte le situazioni giuridiche soggettive considerate come tali sottoposte alla legge personale (che, nel diritto italiano attuale, è quella nazionale della persona). Lo stato personale non va quindi confuso, nella terminologia odierna, con lo statuto personale: espressione, quest'ultima, che viene tuttora a volte usata al fine di indicare la legge personale, o l'insieme delle materie a questa soggette in base alle norme di diritto internazionale privato, con evidente reminiscenza statutaria⁴.

2. Lo «stato e capacità» della persona e l'art. 17 disp. prel.

All'ambito di applicazione dell'art. 17 comma 1 disp. prel., in quanto riferito allo «stato e capacità» della persona, vanno ricondotte, anzitutto, tutte quelle situazioni giuridiche soggettive di questa che non risultano da relazioni con altri soggetti⁵. Si devono così riportare allo stato e capacità, nonostante alcune opinio-

³ V., sul punto, LAINÉ, *La rédaction du Code civil et le sens de ses dispositions en matière de droit international privé*, in *Revue de droit international privé*, 1905, 21 ss.; BATIFFOL, *Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France (thèse)*, Paris, 1929, 70 ss.; FRANCESCAKIS, *Droit naturel et droit international privé*, in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, I, Paris, 1960, 120. Cfr. anche LAINÉ, *Introduction au droit international privé contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil*, I, Paris, 1888; DELAUME, *Les conflits de lois à la veille du Code civil*, Paris, 1947, 204 ss.

⁴ Sulla differenza fra le due espressioni, cfr. TEDESCHI G., «*Personal status*» e «*statuto personale*», in *Riv. dir. intern.*, 1966, 24 ss.

⁵ La dottrina è in questo senso unanime: cfr. VITTA E., *Diritto internazionale privato*, pt. s., II, Torino, 1973, 2 ss.; BALLARINO, *op. cit.*, 635 ss.; DE NOVA, *Esistenza e capacità del soggetto in diritto internazionale privato italiano*, in *Scritti di diritto internazionale in onore di T. Perassi*, I, Milano, 1957, 379 ss.; CAPOTORTI, *La capacité en droit international privé*, in *Recueil de cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1963, III, 158 ss.; QUADRI, *Dell'applicazione della*

ni contrarie, la stessa capacità giuridica generale, o personalità giuridica o soggettività, intesa come condizione generale della persona e punto di riferimento soggettivo di tutte le norme componenti l'ordinamento giuridico, che qualifica la persona come soggetto e la contrassegna nei confronti di tutti i rapporti giuridici nei quali essa entri in qualità di parte⁶. Sicuramente, poi, deve esservi ricondotta la capacità di agire, a proposito della quale le opinioni appaiono unanimi nell'ambito del nostro sistema, a differenza di ciò che accade in quelli anglosassoni⁷. Tali capacità generali vanno poi distinte dalle cosiddette capacità speciali di diritto o di agire, cioè da quelle riferite a determinate categorie di rapporti o di atti: per esse è prevalente l'opinione che sia competente la norma di diritto internazionale privato che regola il rapporto o l'atto cui la capacità si riferisce⁸. Per le capacità generali, la competenza della legge nazionale incontra il solo limite costituito dalla regola posta nel comma 2 dell'art. 17 disp. prel., per la quale la legge italiana si applica in luogo di quella straniera tutte le volte che (salvo che per le materie ivi eccettuate) quest'ultima stabilisca un'incapacità che per la prima non sussiste⁹.

Non sembra da considerarsi riconducibile allo stato e capacità della persona la questione relativa alla cosiddetta commorienza, che, pur avendo rilievo in connessione alla fine della personalità giuridica, appare più utilmente regolata mediante richiamo alla legge che governa il singolo rapporto (generalmente, successorio)¹⁰. Alla legge personale sottostanno invece le questioni attinenti all'assenza ed alla morte presunta¹¹.

Ancora alla legge personale deve essere riportata la valutazione giuridica dei cosiddetti diritti della personalità, peraltro assai controversa anche in sede di teoria generale. In quanto, comunque, determinati attributi fondamentali della personalità siano rilevanti, per la legge personale, sul piano privatistico, e non si riducano al solo profilo della responsabilità in caso di violazione, essi saranno certamente riconosciuti anche in base all'art. 17 disp. prel. Ciò accade, ad esempio, in tema di diritto al nome, ove è necessario far riferimento alla legge personale per tutto ciò che concerne l'attribuzione di un nome determinato e la sussistenza di un

legge in generale (Art. 16-21), in *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, *Disposizioni sulla legge in generale*, Bologna-Roma, 1978, 58 ss.

⁶ Per la nozione generale della categoria, cfr. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939; ID., *Capacità (teoria generale)*, in questa *Enciclopedia*, VI, 8 ss.; e per il diritto internazionale privato, v. da ultimo BALLARINO, *op. cit.*, anche per tutti gli ulteriori riferimenti.

⁷ Per tutti, cfr. CAPOTORTI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, pt. s., *La capacità*, Bari, 1966, 5 ss.

⁸ CAPOTORTI, *op. ult. cit.*, 127 ss.

⁹ Cfr. VITTA, *op. cit.*, 39 ss.

¹⁰ Cfr. DE NOVA, *La commorienza in diritto internazionale privato*, in *Giur. comp. dir. intern. priv.*, 1954, XI, 283 ss.; ed in generale, VITTA, *op. cit.*, 16 ss.; BALLARINO, *op. cit.*, 640 s.

¹¹ CAPOTORTI, *Sull'assenza e la dichiarazione di morte presunta nel diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. inter. priv. proc.*, 1966, 49 ss. e, in generale, i citati manuali del VITTA e del BALLARINO.

vero e proprio diritto ad esso sotto il profilo della tutela che il titolare può ottenere per garantire l'uso del nome e per far cessare eventuali usi illeciti altrui¹².

Si ritiene generalmente che lo stato della persona in quanto tale sia privo di autonomia rilevante nell'ambito dell'art. 17, in quanto – come gli stati familiari – derivi da relazioni con altri soggetti¹³. Sembra però più coerente con il rilievo spettante alla relativa nozione sul piano del diritto sostanziale ritenere che, ferma restando la competenza delle altre norme di conflitto per la disciplina dei singoli rapporti familiari, anche gli stati familiari (di coniuge, di figlio legittimo e non, di figlio adottivo ecc.) possano acquistare autonoma rilevanza sul piano del diritto internazionale privato in base all'art. 17 disp. prel., sempreché presentino secondo la legge personale le caratteristiche essenziali della relativa posizione giuridica secondo le nozioni del foro. E cioè, essenzialmente, sempreché si tratti di situazioni idonee ad essere fatte valere in via assoluta, suscettibili di accertamento in giudizio autonomo e tutelabili a mezzo di apposite azioni, oltre che tali da creare una serie complessa di diritti ed obblighi configurabili come derivazioni di esse: in modo tale che si possa affermare di essere di fronte ad uno *status* inteso quale risultato dell'assunzione nella sfera giuridica di una data qualità socialmente rilevante, in seguito alla quale la serie complessa e variata di posizioni giuridiche singole (diritti, obblighi, poteri, ecc.) si configurano quale conseguenza dello *status* stesso, ossia come riflesso dell'esistenza della relativa qualifica soggettiva¹⁴. Accettando questa tesi, le situazioni definibili quali *status* familiari secondo tali principi verrebbero direttamente rese rilevanti in quanto esistenti secondo la legge personale del soggetto, sulla base dell'art. 17 disp. prel., a prescindere dal richiamo di specifiche norme relativamente ai rapporti dai quali gli *status* medesimi hanno origine¹⁵.

3. Portata del riferimento a sistemi giuridici stranieri

La norma di conflitto relativa a stato e capacità della persona fisica, con l'ambito di applicazione appena indicato, presenta la caratteristica di assumere come rilevanti per il sistema giuridico del foro determinate situazioni, già interamente definite nella loro essenza dallo stesso diritto del foro, sul presupposto che esse sussistano concretamente secondo il sistema giuridico nazionale del soggetto di

¹² VITTA, *op. cit.*, 20 ss. Sul diritto al nome in particolare, cfr. RUINI, *Il diritto al nome nel diritto internazionale privato*, in *Temi*, 1953, 466 ss.; GAJA, *Il diritto al nome nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. intern.*, 1963, 73 ss.

¹³ Per tutti, cfr. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*¹¹, Napoli, 1982, 94; e cfr. QUADRI, *op. cit.*, 74 ss.

¹⁴ Per questa tesi, LUZZATTO, *Stati giuridici e diritti assoluti nel diritto internazionale privato*, Milano, 1965, specialmente 125 ss.

¹⁵ LUZZATTO, *op. cit.*, 215 ss.

cui si tratta. A tale sistema si chiede, in sostanza, se sussistano i presupposti necessari per il venire in essere della situazione giuridica così definita.

È importante rilevare, a questo riguardo, che il riconoscimento delle situazioni giuridiche personali create nell'ambito del sistema nazionale avviene senza riguardo alcuno alla natura del presupposto che vi ha dato vita. In altre parole, la situazione viene riconosciuta non soltanto quando sorga in base all'applicazione delle norme sostanziali generali, ma anche quando comunque essa sussista in quell'ambito come risultato di altri tipi di atti: siano questi atti amministrativi, o sentenze, o atti di volontaria giurisdizione. La norma di diritto internazionale privato in tema di stato e capacità non si limita, insomma, a conferire efficacia nel foro a certe norme materiali che appartengono a sistemi giuridici stranieri, ma riconosce senz'altro la situazione giuridica del tipo descritto in quanto esiste nell'ambito di essi, rendendo rilevante a tal fine tutto ciò che concorre alla creazione della situazione. Tutti gli atti statali stranieri che intervengono nella creazione delle condizioni soggettive definibili come stato e capacità delle persone sono perciò immediatamente efficaci in Italia ad opera della norma di conflitto, purché provengano da organi di Stati il cui sistema giuridico è competente secondo quest'ultima, o vi abbiano comunque efficacia secondo i procedimenti ivi vigenti. Il che naturalmente non significa che sentenze ed atti amministrativi, od atti di volontaria giurisdizione, spieghino in virtù dell'art. 17 disp. prel. effetti diversi da quelli sostanziali appena ricordati (in particolare, effetti di cosa giudicata esecutivi, che potranno discendere soltanto dall'esperienza dei procedimenti previsti a tale scopo)¹⁶.

Le conseguenze ora rilevate sono di estrema rilevanza in tutta una serie di ipotesi: ad esempio, in materia di incapacità sancite da sentenze straniere, anche in materia penale¹⁷, in materia di matrimonio (si pensi all'annullamento od allo scioglimento di matrimoni di stranieri all'estero: art. 116 c.c.)¹⁸, in materia di adozione¹⁹, in materia di protezione degli incapaci²⁰.

¹⁶ Per la dimostrazione di questa tesi, e i riferimenti alle opinioni generalmente accettate al riguardo in dottrina e in giurisprudenza, cfr. ancora LUZZATTO, *op. cit.*, 149 ss.

¹⁷ Sul punto cfr. FERRARI BRAVO, *Gli effetti delle condanne penali nel diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. intern.*, 1960, 26 ss.; CAPOTORTI, *Lezioni*, cit., 96 ss.

¹⁸ LUZZATTO, *op. cit.*, 169 ss. e ivi ulteriori riferimenti.

¹⁹ Cfr. Cass. 30 maggio 1963, n. 1450, in *Foro it.*, 1963, I, 1648; in *Riv. dir. intern.*, 1964, 312 ss.; DAVI, *L'adozione nel diritto internazionale privato italiano*, I. *Conflitti di leggi*, Milano, 1981.

²⁰ CAPOTORTI, *op. ult. cit.*, 103 ss., 120 ss.

Trade in Art and Conflict of Laws: the Position in Italy*

CONTENTS: I. The Basic Rules Relating to the Law Governing International Sales of Art Works in Italy. – II. The Basic Rules Relating to the Law Governing the Transfer of Ownership and the Effects of a Change of Situs. – (i) Contract and Transfer. – (ii) The Effects of a Change in Situs. – III. The Impact of the Application of Mandatory Rules and of Public Policy in the Italian Conflict of Laws. – (i) The Application of Italian Mandatory Rules. – (ii) Public Policy. – (iii) Mandatory Rules of Laws Other than Those Applicable to the Sale or to the Transfer of Property.

I. The Basic Rules Relating to the Law Governing International Sales of Art Works in Italy

In the rules presently applicable under the Italian principles of conflict of laws, no special provision can be found which specifically refers to the case where the object of an international sale is an art work. Therefore, the rules concerning international sales of movables in general are to be applied.

The basic Italian rule in this field is that in determining the law applicable to obligations under a contract the parties enjoy a large freedom to choose the said law themselves. This is a long established principle, which was already laid down in the first Civil Code of the Italian State in 1865 and is now confirmed as a general rule by the provision embodied in Article 25 of the preliminary rules of the Civil Code of 1942.¹ As is well known, this principle is widely, if not universally, recognised in modern legal systems, and confirmed by many international conventions relating to the subject matter. In particular, this is the case as far as international conventions concerning sales of movables are concerned.

As a matter of fact, international sale of movables are presently governed in Italy by conflict and substantial rules contained in international conventions, which supersede the general rules of private international law relating to contractual obligations. Actually, the Hague Convention of June 15, 1955 on the law governing

* Pubblicato in *International Sales of Works of Art* (a cura di P. Lalive), Paris-Genève, 1986, pp. 409-424.

¹ On this point see generally DE NOVA, *Obbligazioni (diritto internazionale privato)*, *Enc. diritto*, vol XXIX, Milano 1979, p. 456 et seq., GIULIANO, *La loi applicable aux contrats: problèmes choisis*, *Recueil des Cours*, vol. 158, p. 195 et seq.

international sales of corporeal movables is applicable in Italy to any and all sales of movables as defined by the Convention, irrespective of whether the law to be applied according to the provisions of the Convention is the law of one of the Contracting States or not.² Moreover, the two Hague Conventions of 1964 relating to a uniform law on international sales of goods are also applicable in Italy, insofar as the law applicable on the basis of the Hague Convention of 1955 is that of a State who is also, like Italy, a party to the 1964 Conventions.³

There are certain difficult technicalities in the coordination of the various international rules mentioned above in each particular case, but what really matters here is that there is no doubt that the parties are fully entitled to agree what is to be the law to be applied to a contract for international sale of movables, and therefore in general of art works having this character. Under the principles generally accepted by Italian Courts, the parties appear to be entirely free in this respect, even if the law they choose has no substantial link with the contract in itself. The only limitation is that their contract is of an "international" character. Although this requirement is not clearly specified in any legal provision or in any Court judgment, it is generally understood to mean that all the relevant factors of the contractual relationship should not point to the same State, but some connection should exist with different legal systems. It is noteworthy, in this connection that the Hague Convention of 1955 specifically provides that the mere declaration of the parties as to the applicable law or as to the jurisdiction of a Court or of an arbitrator is not sufficient to confer to the sale an international character as defined in Article 1 of the Convention.⁴

Under the above provisions, Italian Courts will therefore enforce any choice of law made by the parties to an international sale of art works. It should be noted that it is also generally admitted that the choice may be not only express, but also implied, and the rule is restated by Article 2 of the Hague Convention by stating that in this case the choice must result "beyond any doubt" from the contractual provisions. A mere "presumed" intention will not be recognised.

When no express or implied choice of law by the parties exists, one should turn to other connecting factors in order to establish what the governing law is. With regard to this, there is a considerable difference between the rules applicable

² The Convention is currently indicated therefore in Italy as having effects "erga omnes". See GIARDINA, *Il mutamento della disciplina internazionalprivatistica della vendita*, *Ann. dir. int.*, 1966, p. 229 et seq.

³ Italy has expressed one of the reservations contemplated by the Hague Convention of 1964 on the uniform law on international sale of goods, and namely that of Article IV. 1 of the Convention. On the difficult problems of coordination ensuing therefrom cp. TREVES, *Il labirinto della vendita internazionale*, *Politica del diritto*, 1973, p. 97 et seq.; NADELMANN, *The Uniform Law on the International Sale of Goods: A Conflict of Laws Imbroglia*, *The Yale Law Journal*, vol. 74, 1964-65, p. 456 et seq.

⁴ Generally on this problem see DE NOVA, *Quando un contratto è "internazionale"?*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1978, p. 665 et seq.

to international sale of goods falling within the scope of the Hague Convention of 1955, and those falling under the general rules of Italian private international law. In the latter case, Article 25 of the preliminary rules to the Civil Code of 1942 points to the national law of the parties, if common to them; otherwise, to the law of the place where the contract was made. On the contrary, Article 3 of the Hague Convention of 1955 states that in the absence of any choice of law by the parties, the sale is governed by the law of the place where the seller is habitually resident, with some exceptions.⁵ In the case of sale by auction, the law of the place where the auction is made shall apply.

The rules of the Hague Convention will apply almost invariably to international sales of art works in Italy, as one can hardly see any case where these fall under different principles according to the scope of the Convention. Clearly, however, said rules apply only to the contractual aspects of the sale, including formation and validity, interpretation, performance and non-performance, warranties, etc.,⁶ subject to a number of exceptions as to capacity of the parties (which is governed by the national laws of the same) and to the formal aspects of the contract (which fall under the same law governing the obligations in their substantive aspects as above stated, or under that of the place where the contract was made, or under the national law of the parties, if common to all of them: see Article 26 of the preliminary rules to the Civil Code). Of course, the transfer of property is also excluded from the scope of the law applicable according to the Hague Convention, as well as the effects of the sale as to third parties (Article 5 of the Convention).⁷

Further, and very important restrictions as to the applicability of the law selected according to the above principles may stem from the application of mandatory rules and their effects on the ordinary principles of conflict of laws, as well as from the impact of Italian public policy. Actually, the mandatory rules may override the normal rules of conflict of laws if part of the Italian law, and may have to be taken into account, at least to some extent, if part of a foreign one. Public policy may have an impact on the validity or invalidity of a contract, which ordinarily should be determined in accordance with the governing law. Exchange

⁵ In particular, the law of the place where the buyer has his habitual residence is to be applied, when an order has been received there.

⁶ With regard to performance certain exceptions may be made in favour of the law of the place where performance is to take place: see discussion of this point below in connection with the effect of mandatory rules. Article 4 of the Hague Convention also provides that the law of the place where the examination of the goods supplied must take place applies as to form, time-limits and notices relating to examination, as well as to measures to be taken in case of refusal of the goods.

⁷ For an explanation of these exclusions see the report by Julliot de la Morandière, in *Conférence de La Haye de droit international privé, Documents relatifs à la septième session*, La Haye 1952, p. 5 et seq. Another convention has been concluded at The Hague with regard to the law applicable to the transfer of ownership in case of international sale of movables, on the 15 April 1958, but it has not entered into force.

control rules and export prohibitions are obvious examples. Their impact and implications will be discussed below.

The basic rules relating to the law governing contractual obligations in general are likely to undergo radical changes in the not too distant future, as soon as the EEC Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations will enter into force. Italy has already implemented the said Convention by the Law No. 975 on the 18th December, 1984: however, some more ratifications are required before it becomes applicable.⁸ As a consequence of the applicability of the said Convention, the rules set forth by Article 25 of the preliminary rules of the Civil Code will be replaced by a new system, which makes recourse to the “characteristic obligation” (and to the residence of the party who has to perform the same) as a connecting factor in all cases where no express or implied choice of law can be found.⁹ However, as far as international sale is concerned, no particular impact on the rules presently applicable is to be expected. Firstly, the applicability of the Hague Convention of 1955 should not be prejudiced by virtue of the provision embodied in Article 21 of the EEC Convention;¹⁰ secondly, as has been said, the habitual residence of the seller is already used as a connecting factor by the Hague Convention. No doubt, the “characteristic obligation” in an international sale is that of the party who actually sells the goods, and not that of the buyer.

II. *The Basic Rules Relating to the Law Governing the Transfer of Ownership and the Effects of a Change of Situs*

(i) *Contract and Transfer*

The general principle in Italian conflict of laws is that all proprietary rights are governed by the law of the place where the goods are located (*lex rei sitae*). This rule is established by Article 22 of the preliminary rules of the Civil Code, which states that “possession, ownership and other real rights in movable and immovable things are governed by the law of the place in which the things are located”. As is well known, this rule has superseded since the entry into force of the Civil Code the previous doctrine that movables were subject to the national law of the owner (*mobilia sequuntur personam*).¹¹

⁸ The implementing law is published in *Official Journal*, No. 25 of the 30 January 1985 (Ord. Suppl.). Article 29 of the Convention requires at least seven instruments of ratification, accession or approval.

⁹ See generally on the basic characters of the Convention, in the Italian legal literature, GIARDINA, *Volontà delle parti, prestazione caratteristica e collegamento più significativo*, in *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padua, 1983, p. 3 et seq.

¹⁰ This provision states that the Convention does not prejudice the application of international conventions of which a Contracting State is or shall be a party. See SACERDOTI, *I rapporti con le altre convenzioni e con le norme di diritto comunitario*, *Verso una legge*, cit., p. 67 et seq.

¹¹ Cf. VITTA, *Diritto internazionale privato*, III, Torino 1975, p. 12 et seq.

The existence of two distinct conflict rules as to contract and property creates the problem to determine the scope of their application, and their coordination. There is no doubt, in the Italian practice, that the law of the place where the goods are situated (*lex situs*) governs the right of ownership (and, for that matter, all proprietary rights) in that it decides what things are capable of being acquired, whether they are to be considered as movables or immovables, which are the rights that may exist on them and how these rights may be acquired, enjoyed, exercised, transferred or lost. As a result of this, when ownership is to be acquired by virtue of a contract, the law governing the international sale – according to the principles above-mentioned – applies to the purely contractual aspects, while what is generally indicated as the “proprietary” effects of the sale falls within the scope of the law of the place where the goods are located. It is noteworthy that, according to the prevailing opinion, this is so irrespective of whether under the *lex situs* ownership passes by virtue of the mere agreement or not: the distinction between the two categories of effects of the same contract has therefore a general validity.

The above rules apply, first of all, when the goods are located in Italy. In this case, Italian law will govern beyond any doubt all the aspects of the transfer, supposing that a valid title exists on the basis of the law selected on the basis of the applicable conflict rule, i.e. the law applicable to the contract of sale. But, according to the prevailing view, the same result should be achieved also in cases where the goods are *not* located in Italy, and therefore the *lex situs* is a foreign one. In this case, the two different laws applicable to the contractual and proprietary aspects respectively should be put on equal footing, so to say, and the reconciliation between them should be made on the mere basis of the theoretical definitions of the various aspects of the situation contained in the Italian law.¹²

There do not appear to be any reported cases on this point, since this type of conflict is not very frequent in practice: clearly, the courts of the *situs* are most likely to be called to decide on proprietary cases for obvious reasons and, when it is so, the situation does not arise. However, in the submission of the present writer, in cases of this kind the *lex rei sitae* should prevail, and Italian Courts should not evaluate the contractual aspects of the sale as far as the validity of the assignment is concerned without taking into account the principles that the law of the *situs* applies as to this.¹³

¹² Among the Italian legal writers, see MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato*, 11 ed., Naples 1982, p. 157 et seq.; VENTURINI, *Diritto internazionale privato. Diritti reali e obbligazioni*, Padua 1956, p. 24 et seq.; of the same author see also *Property, International Encyclopedia of Comparative Law*, Chapter 21, vol. III, The Hague-Tübingen 1976; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padua 1982, p. 830 et seq. See also BARSOTTI, *Negozi giuridici e diritti reali nel diritto internazionale privato*, Pisa 1975, p. 155 et seq.; CASSONI, *La compravendita nelle convenzioni e nel diritto internazionale privato italiano*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, p. 429 et seq., at 448 et seq. For a comparative analysis, see LALIVE, *The Transfer of Chattels in the Conflict of Laws*, Oxford 1955, at 130 ff.

¹³ LUZZATTO, *Stati giuridici e diritti assoluti nel diritto internazionale privato*, Milano 1965, p. 298 et seq.

(ii) *The Effects of a Change in Situs*

The fact that movables may be removed from one country to another implies obviously the consequence that the connecting factor may come to point to a different legal system. Therefore, keeping in mind that the new *lex situs* may contain different rules with regard to the acquisition of ownership or with regard to the definition of the rights that may exist in the goods, their extent and enjoyment etc., it is easy to realise that conflicts may arise. This may be so particularly when movables are removed from a country by a non-owner with the intention to assign it in other countries in violation of the owner's rights.

In situations of the type mentioned above the question arises, whether the proprietary rights acquired under the law of the previous *situs* should be recognised even in the case where the new *situs* would rule otherwise and whether – in the converse situation – an invalid transfer under the law of the old location may be sufficient to pass valid title in the new location, where the law of the latter considers it sufficient to this purpose.¹⁴

Problems of this kind have been said to be the *punctum pruriens* of the conflicts law in proprietary matter,¹⁵ but, it is submitted, the general principles indicated above and generally accepted in the Italian practice are sufficient to supply adequate solutions. No doubt, however, this is one of the most important practical problems arising in this area. With regard to international sales of art works, its importance can hardly be overstated, keeping in mind both the international character of the trade and the frequent existence of legal restrictions to the commerce and export of the same.

The principles most commonly adopted in the Italian practice with respect to situations of the type described above are the following. The change of *situs* brings about a change of the applicable law, which results in possible modifications of the extent of the proprietary rights enjoyed by the owner. But it cannot and does not affect the title to the goods, nor can it give rise to a valid title where this is not given by the previous *lex situs*.¹⁶

In other words, the validity of the transfer of title is governed by the law of the place where the goods – the art works, in our case – are situated at the time of the transfer, and the change of *situs* cannot affect it.

The principle that the acquisition of title to the goods is determined by the law of the country where the object was situated at the time when the alleged acquisi-

¹⁴ For a general discussion see LALIVE, *op. cit.*, p. 145 et seq.

¹⁵ VITTA, *op. cit.*, at 14. Of the same writer, see also *La legge regolatrice del bene mobile trasferito*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1974, p. 217 et seq.

¹⁶ See in the Italian case law the judgments of Cassazione, 12 July 1952 No. 2169, *Giur. compl. Cass. civ.*, 1952, 178; see also, the same Court, the judgments of 21 June 1974 No. 1860 and of 1st October 1980 No. 5338, both *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1975, 335 and 1981, 928; and Court of Appeals of Florence, 14 January 1954, *Giur. italiana*, 1954, I, 2, 317. See also Trib. Roma, *Anglo-Iranian Oil Co. v. Supor*, *Riv. dir. int.*, 1955, 97.

tion took place was expressly recognised by a draft provision which was put forward at the time when the preliminary rules of the 1942 Civil Code were discussed in Italy. However, the proposal was later withdrawn, on the ground that it was on the one hand superfluous, and on the other ambiguous.¹⁷

The consequences of the above principle are twofold.

Firstly, the valid transfer of title on the basis of the foreign law of the *situs* while the object was situated abroad shall be recognised by the Italian law once the object has been brought to Italy (apart from the limitations depending upon mandatory rules, which will be discussed below). This rule, which was considered obvious at the time of the codification in 1942, appears to be widely recognised by the Italian case law and by the legal writers.¹⁸

More controversial is the *second* aspect of the question, which refers to the converse case where the law of the previous *situs* does not create a valid title. This may happen, for instance, because the first legal system does not vest the contract with proprietary effects unless there is an additional act of transfer, or because the transfer was done by a party who is not the owner and the law of the former *situs* does not recognise the principle that “possession vaut titre”. If the objects – the art works – are then removed to a country where delivery is not necessary for the passing of title, or where possession in good faith is, at least under certain conditions, able to produce acquisition of ownership, as in France and in Italy, the question arises whether the existence of a valid title should be admitted on the strength of the new law.

The problem is of special practical importance from the Italian point of view, where the rule embodied in Article 1153 of the Civil Code provides that “a person to whom movable property is conveyed by one who is not the owner acquires ownership of it through possession, provided that he be in good faith at the moment of consignment and there be an instrument or transaction capable of transferring ownership”. It has been held by some legal writers and some judgments that the above provisions of the Italian law must apply after the objects have been brought to Italy, irrespective of whether a valid title would have passed under the law of the previous *situs* or not,¹⁹ since the new law would be exclusively applicable. The reason for this conclusion would be that Italian law considers the possession as the only situation capable to vest title to the transferee.

It is submitted, however, that the above conclusion is not correct.

¹⁷ See VITTA, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 8. And see also RONZITTI, *Mutamento della situazione della cosa e legge regolatrice del diritto reale*, *Riv. dir. int.*, 1967, p. 33 et seq., at p. 49 et seq.

¹⁸ Cp. VENTURINI, *Property*, cit., at p. 23 with further references.

¹⁹ See the judgment of the Court of Appeals of Bologna, 11 January 1951 (*Giur. italiana*, 1951, I, 2, 369) reversed by the judgment of the *Cassazione* cited above at footnote 16. Among legal writers see VENTURINI, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 25 et seq.; but see also *Property*, cit., at 20-21. This point of view is frequently affirmed by French writers, on the basis, it is believed, of Article 2279 of the *Code Civil*.

It should be noted, first, that according to general principles already described the acquisition of title must be determined on the basis of the law of the place where the objects were situated at the time when the transfer purportedly took place. Only that law may be applied to sets of facts which took place during the time when the objects were situated in the foreign territory. In case no valid title exists under the law of the previous *situs*, this situation cannot but be recognised also by Italian conflict rules, which give full effect to the law of the *situs* at the time when the facts occurred. Therefore, if an art work acquired abroad under a foreign law which does not admit the principle “possession vaut titre” is imported into Italy, this mere fact does not vest any title with the purchaser, since the old law of the *situs* continues to be applicable to the proprietary effects of the title.²⁰

True, the pertinent rules of the Italian law become applicable from the moment when the objects are brought into Italy. This also implies that *possession* of the objects is also governed by Italian law from then on. However, such a possession is not sufficient in itself to vest valid title under Article 1153 of the Civil Code: as has been seen, consignment and an instrument or transaction is also required (apart from the good faith). Therefore, Italian law cannot be deemed applicable where these facts took place before it became the law of the new *situs* – i.e., when the object was still located abroad.

The conclusion may, of course, be different if a new transaction takes place in Italy after the objects have been brought here, either between the original seller and purchaser, or between the latter and a third party. In case the other requisites are met, no doubt the facts occurred in Italy under the new *lex situs* will be able to vest full and valid title with the new purchaser. Clearly, however, this is no exception to the rule set forth above. It is a mere consequence of the fact that, following the change of the situation of the objects, the new law of the *situs* has become applicable to the situations arisen after the change. The same is true as to the possibility that ownership is acquired under the new law – i.e., the Italian law – on the basis of acquisitive prescription (*usucaption*). With respect to this possibility, it is open to many doubts whether the period of time may taken into account during which the objects were possessed in the place of the previous *situs*. In the absence of any specific rule, however, it appears very difficult to recognise any effect to the possession occurred abroad.²¹

The basic principles indicated above have been recently applied, at least in the essence, in a very interesting case discussed in the Tribunal of Turin and decided with a judgment dated March 25, 1982.²² The Republic of Ecuador was trying to recover here some archaeological objects unlawfully acquired in Ecuador by an Italian citizen and thereafter exported to Italy contrary to Ecuadorian laws. The

²⁰ In this sense, RONZITTI, *op. cit.*, p. 71 et seq.

²¹ VENTURINI, *Property*, cit., p. 21.

²² In *Republic of Ecuador v. Danusso, Matta and others*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, p. 625 et seq.; see also comment of Migliorino at p. 774 et seq.

claim for recovery was upheld by the Tribunal, who considered, first, that the Ecuadorian law was governing under Italian conflicts rules as far as the valid formation of a title was concerned; that, according to said law, title to goods had not been validly acquired by the purchaser in view of certain provisions of Ecuadorian law that reserved the ownership of archaeological objects to the Ecuadorian State and made them inalienable to private parties; and finally, that the provisions contained in the said law were compatible with Italian public policy.

It is submitted that, even if the facts of the case decided by the above judgment reveal certain peculiar features, the grounds adopted by the Court in its reasoning are fully consistent with the general principles indicated here. In particular, the holdings of the Court justify the assumption that possession of art works acquired abroad, in a place where possession alone (or in conjunction with other factors, as provided by Article 1153 of the Italian Civil Code) does not vest the purchaser with a valid title in case of purchase *a non domino*, does not vest the purchaser (even if in good faith) with any valid title where the works are imported in Italy.

Finally, it should be noted that nothing in the current state of the Italian conflicts law justifies any assumption that the principles as indicated hereabove do not apply to *res in transitu*. No possible exception as to this ambiguous and disputed category of things appears to be possible under the prevailing Italian rules of conflict of laws.²³

III. *The Impact of the Application of Mandatory Rules and of Public Policy in the Italian Conflict of Laws*

(i) *The Application of Italian Mandatory Rules*

It is widely admitted that in certain cases mandatory rules will be applied in Italy to the exclusion of the otherwise applicable law. This is likely to be the case also with regard to international trade in art, where mandatory provisions dictated by the desire to protect public interests to the exclusion of ordinary principles are not infrequent. The effect of such provisions is, basically, to exclude the application of the otherwise applicable law, thus obtaining “immediate” application beyond the limits ordinarily imposed to the applicability of the domestic law. The French terminology also adopted in Italy (*règles d’applications immédiate ou nécessaire*) indicates rather clearly this peculiar feature.²⁴

To give but a few examples, some special provisions of the Italian law set forth duties imposed on all those who deal in art in Italy, irrespective of whether they deal with nationals of foreigners and of whether the international sale is gov-

²³ See VENTURINI, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 22 et seq.

²⁴ In the recent Italian literature see on this topic BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 497 et seq. also for further reference.

erned by the Italian or a foreign law (see for instance the provisions of Law No. 1062 of the 20th November, 1971 containing provisions against counterfeiting and alterations of art works).²⁵

More important, certain provisions of the Law No. 1089 of the 1st June, 1939 (concerning the protection of things having artistic or historical interest: see the reservation set forth in Article 839 of the Civil Code, making those things subject to the provisions of "special laws") state that things having an artistic, historical, archaeological or ethnographic interest are inalienable if belonging to the State or other public entities: for those things belonging to private persons, the appropriate authorities have the power to notify to the private owners that certain things are considered of particularly important interest: if this notification takes place, any transfer of title to those things by the private party must be notified in turn to the authorities, and the state has a right of pre-emption upon the exercise of which the private contract is made conditional.²⁶

There is further a general prohibition to export the things contemplated by the above law without appropriate permission, and it is expressly provided (article 61) that any assignment, agreement or act whatsoever against the prohibitions set forth by the law or without the permissions requested by the same is null and void by operation of law.

The mandatory character of provisions of this type results in their being applicable, from the standpoint of the rules of conflict of laws, irrespective of whether the contracts are governed by Italian law, and the things are located in the Italian territory. There is no doubt, therefore, that an Italian Court would consider a contract entered into without the permission required by the law as invalid even if governed by a foreign law according to the ordinary rules of conflict. For the same reasons, it would apply the prohibitions set forth by the law even if the transfer had taken place while the things had been illegally removed from the Italian territory.²⁷ On the other hand, should a foreign Court apply Italian law in order to evaluate the legality of the transfer of title to things falling within the scope of the rules mentioned above, it should no doubt take into account the provisions of Law No. 1089.

²⁵ *Official Journal*, No. 318 of 17 December 1971. Among the duties imposed on art dealers, apart from public law obligations, are those to supply to purchasers certain documents and certifications.

²⁶ *Official Journal*, No. 184 of 8 August 1939. The pertinent articles are art. 1 (definitions), art. 3 (notifications), art. 23 (inalienability), art. 30 (obligation to report), articles 31 e 32 (pre-emptive rights), art. 53 (export prohibition without permission).

²⁷ For a similar position from the standpoint of French law, Tribunal de la Seine, 26 June 1918, *Clunet* 1918, at 1919. See also RABEL, *The Conflict of Laws, A Comparative Study*, IV. Ann Arbor, 1958, p. 71 et seq. See, however, the somewhat different position of RONZITTI, *op. cit.*, p. 75, who considers the rules providing for inalienability of certain things as pertaining to the "condition of the thing" and confers to them strictly territorial effects.

An American case where the Italian law was taken into consideration is *Jeanneret v. Vichey*, 541 F. Sup. 80 (SDNY 1982) and 693 F.2d 259 (2dCir., 1982): see on this case the criticism by NASS, *Jeanneret v. Vichey: Evaporating the Cloud*, *N. Y. Univ. Journ. Int. Law. & Pol.*, 1983, 999.

(ii) *Public Policy*

The general exception of Italian public policy may operate as a bar to the recognition of foreign laws otherwise applicable, or of contracts governed by foreign laws (Article 31 of the preliminary rules of the Civil Code).²⁸

In the area of conflict of laws relating to international sale of art works, however, cases in which public policy may have a role are relatively infrequent.

First of all, it should be made clear that application of foreign laws is not refused in Italy on the simple basis that said laws have a “public” character or are influenced by “political” reasons. The theory that foreign laws should be refused for this very reason has never been widely accepted by Italian Courts or legal writers. On the contrary, it is generally admitted that the public or political character of a foreign rule is no bar to its recognition whenever such rule has given rise to a legal situation of a private law character, such as ownership. In these cases, the fact that the foreign legal situation has been created on the basis of the operation of a rule of public law is wholly irrelevant.²⁹

This happens, for instance, when title to goods located abroad is the consequence of expropriatory measures of any kind. It has been held by Italian Courts that the foreign measures cannot be reviewed by Italian judges, nor can their effects be denied on the ground of public policy, since the expropriatory measure had fully produced its effect in the country where it was enacted and the Italian Court was merely requested to recognise a legal situation – i.e., the right of ownership – existing according to the *lex situs*.³⁰

A similar conclusion has been reached in cases where a foreign State was trying to recover through recourse to Italian Courts art works to which it had title in force of its domestic legislation. The said works were in fact considered the property of the State under the laws of the latter, and any alienation of the same was considered illegal and void. An Italian Court held that public policy cannot operate as a bar to the recognition of the foreign title, since the principles of the foreign law indicate that the legal situation to which the latter has given rise is comparable to the situations defined as proprietary rights under the Italian law, and moreover the said principles are fully compatible with those accepted by the Italian legal system.³¹

²⁸ “Public policy” in this sense is generally indicated as “international public policy”, although the expression may be misleading. In recent Italian literature see on this PALAIA, *L'ordine pubblico “internazionale”*, Padua 1974, and BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 420 et seq.

²⁹ See generally on this question TREVES, *Il controllo dei cambi nel diritto internazionale privato*, Padua 1967, p. 89 et seq.; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 370 et seq. also for further references.

³⁰ See Trib. Venice, 11 March 1953, *Anglo-Iranian Oil Co. v. Supor*, *Int. Law Reports*, 1955, 19; App. Genova, 29 January 1964, *Petrolifera Muntenia v. Child and other*, *Riv. dir. int.*, 1964, 639; Trib. Siracusa, 12 March 1973, *BP Expl. Company (Libia) Ltd. v. Sincat and others*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1973, 667.

³¹ See the decision of the Tribunal of Turin cited at footnote 22 above.

It is interesting to note that the Court, in the case mentioned above, found a further confirmation of the result it reached in the principles contained in the Unesco Convention of 1970 on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property as implemented in Italy by the Law No. 873 of 1975.³² According to the Court, the principles applied in the Convention form a part of the “international” public policy to be applied in Italy and fully justify the recognition of the property rights of a foreign State which have been acquired in accordance with the said principles. The reasoning of the Court in this respect has been, rightly it is believed, made the object of serious criticism for a number of reasons, but it is certain that the principles affirmed by the 1970 Convention have to be taken into account when trying to assess the impact of the public policy on the recognition of foreign “public” titles to art works in general.³³

Based on the above, it seems clear that public policy will operate as a bar to the recognition of foreign titles to art works to a rather limited extent, depending on the specific circumstances of each case. The public law character of the foreign rules justifying the title of the foreign owner (whether State or other public entities) cannot be invoked as such a bar. Thus, the recovery of art works exported against the provisions of foreign laws as to inalienability, export prohibitions or similar measures will not be prevented, in principle, in view of the legal character of the said limitations.

(iii) *Mandatory Rules of Laws Other than Those Applicable to the Sale or to the Transfer of Property*

The application of mandatory rules to the exclusion of the otherwise applicable law has already been considered above, insofar as such rules form a part of Italian law. It should be added that, of course, where rules of that kind form a part of the law to be applied according to ordinary rules of conflict of laws, they will be given full effect by Italian conflict rules. It remains to be seen whether they may also be given effect in case they form a part of a *different* legal system, with which however the situation has a close connection.

Traditionally, the answer was in the negative, with the only exception of the case that said rules formed a part of the law of the place of performance of the contractual obligation (exchange control prohibitions are an interesting example): it should be noted, however, that it remained rather unclear whether the said rules were taken into account as a part of a law applicable in itself, or only insofar as

³² Cp. International Legal Materials, 1971, 289 et seq. The implementation law of the 30th October 1975 is in *Official Journal*, No. 49 of 24 February 1976 (ord. Suppl.).

³³ For a complete analysis of this problem see FRIGO, *L'acquisto dei beni mobili dal titolare apparente nel diritto internazionale privato: il caso del trasferimento illecito di opere d'arte di proprietà dello Stato, Comunicazioni e Studi*, vol. XVIII (1985).

they rendered performance illegal.³⁴ Thus, foreign prohibitions concerning trade in art might be taken into account under these principles, even if imposed by laws different from those applicable under the ordinary rules, provided that they are a part of the law of the place of performance. They might have an influence on the discharge of the contract by the parties and their obligations in this connection.

A recent development may bring about considerable changes with regard to the problem mentioned here. Actually, the EEC Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations provides, in Article 7.1, that "in the application of this Convention, effect may be given to the mandatory rules of the law of any country with which the situation has a significant connection, if and insofar as, under the law of that country, those rules must be applied whatever the law applicable to the contract". As is well known, this rule has given rise to considerable controversy, also in Italy, especially in view of the uncertainty that may arise as a consequence of the power so granted to the Courts.³⁵ With regard to international trade in art, the impact of such a provision might be considerable, in view of the prohibitions and restrictions existing in several countries. It is doubtful, however, whether Article 7.1 is applicable to international sales governed by the Hague Convention of 1955. More in general, it is difficult to foresee whether the Italian Government will express any reservation as to Article 7.1, as it is entitled to do under the Convention, so that any assessment of the actual impact of the provision on the Italian rules of conflict of laws is impossible at present.

³⁴ Cp. the various opinions and decisions in the works of CONFORTI, *L'esecuzione delle obbligazioni nel diritto internazionale privato*, Naples 1962, p. 40 et seq., and TREVES, *op. cit.* p. 108 et seq.

³⁵ See the essay of TREVES, *Norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, Verso una legge*, cit. p. 25 et seq. For the position in England see MANN, *Contracts: Effects of Mandatory Rules, Harmonization of Private International Law by the EEC*, London 1978, p. 31, and COLLINS, *The EEC Preliminary Draft Convention on Private International Law, Int. Comp. Law Quarterly*, 1976, p. 35 et seq., at 49-51.

Proprietà in generale (diritto internazionale privato) *

SOMMARIO: 1. Il principio della competenza della *«lex rei sitae»* ed i suoi limiti. – 2. L'ambito di applicazione della *«lex rei sitae»*: a) la qualificazione del diritto. – 3. *Segue*: b) l'acquisto, il contenuto e le vicende del diritto. – 4. *Lex rei sitae* e legge regolatrice del rapporto da cui la proprietà deriva. – 5. La legge sostanziale italiana come *«lex rei sitae»* e come legge regolatrice del rapporto sottostante. – 6. Il luogo di situazione dei beni: il mutamento di *«situs»* e le *«res in transitu»*. – 7. Proprietà e compravendita internazionale di beni mobili. La riserva della proprietà. – 8. I cosiddetti beni immateriali.

1. *Il principio della competenza della «lex rei sitae» ed i suoi limiti*

La disciplina internazionalprivatistica della proprietà – al pari di quella degli altri diritti facenti parte della categoria dei diritti reali, dei quali la proprietà costituisce l'archetipo – è fondata attualmente, nella generalità dei sistemi giuridici, su di un criterio di tipo territoriale¹.

Viene infatti considerata competente la legge del luogo in cui i beni sono situati: secondo il tenore dell'art. 22 disp. prel., che costituisce l'attuale regola positiva italiana in materia, «Il possesso, la proprietà e gli altri diritti sulle cose mobili e immobili sono regolati dalla legge del luogo nel quale le cose si trovano».

Il criterio territoriale, oggi portato ad applicazione generale in Italia dall'art. 22 disp. prel., costituisce dal punto di vista storico l'estensione a tutte le categorie di beni del principio tradizionalmente applicato al regime degli immobili, che ha portato alla scomparsa del principio dell'applicazione della legge personale del proprietario, in precedenza accolto per quanto riguardava i beni mobili. Si tratta oggi di un criterio che gode di diffusione pressoché universale: a tale larghissima accettazione non corrisponde, peraltro, eguale uniformità per quanto riguarda la

* Pubblicato in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII, Milano, 1988, pp. 297-315.

¹ Per un resoconto dei sistemi vigenti nei principali Stati, cfr. VENTURINI, *Property*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen-The Hague-Paris, 1976, cap. XXI, 3 ss. Gli orientamenti rivelati dall'esame condotto in tale sede non sono mutati neppure nelle più recenti legislazioni di diritto internazionale privato elaborate nel corso del successivo decennio: se ne vedano i testi in *Problemi di riforma del diritto internazionale privato italiano* (Atti del Convegno di studi, Roma, 1°-2 giugno 1984) (Consiglio nazionale del notariato), Milano, 1986, 713 ss. (in particolare ivi le leggi spagnola, iugoslava, turca, ungherese, tedesco-orientale ed il progetto svizzero del 1982).

determinazione della materia regolata. Ed anche dal punto di vista storico, il progressivo ampliamento della sfera di utilizzazione del criterio territoriale ha avuto luogo a scapito dell'ampiezza della sfera di applicazione della legge individuata attraverso tale criterio².

Le ragioni dell'universale favore legislativo per il criterio territoriale sono facili da determinare. Basta infatti riflettere allo stretto ed immediato legame che intercorre fra disciplina della proprietà e sistema economico-sociale dei vari Paesi, per rendersi conto dell'impossibilità di valutare la portata e le vicende della situazione riassunta con la categoria «proprietà» prescindendo dal diritto locale. E basta considerare come la situazione di «proprietà», per sua stessa natura traducendosi in un potere sulle cose esercitabile con effetti nei confronti di tutti i consociati, implica la disciplina di relazioni con la generalità dei terzi, e dunque una disciplina immediatamente rilevante ai molteplici fini della certezza del commercio giuridico: sicché soltanto l'applicazione dei principi della legge locale può garantire la sicurezza di tali rapporti³. Le ragioni ultime dell'applicazione della *lex rei sitae* si rivelano, così, intimamente connesse alla struttura tecnico-giuridica che è propria dei diritti reali. Il carattere di assolutezza che è proprio di tali diritti, in quanto risultante nella pretesa del relativo titolare rivolta verso qualsiasi terzo (con il connesso diritto di seguito, o di sequela, di cui essi beneficiano), ne manifesta l'immediata appartenenza alla vita economico-sociale ed al commercio giuridico locale. Sotto questi profili, non appare ingiustificato il richiamo, effettuato da una parte della dottrina giuridica di vari Paesi⁴, al principio dell'effettività come giustificazione ultima della competenza della *lex rei sitae*: non solo e non tanto perché tale sistema giuridico sia quello dotato del controllo effettivo delle vicende dei diritti sulle cose ad esclusione di ogni altro, quanto perché appare impossibile ignorarne la portata in ragione dell'immediata rilevanza di tali diritti per la generalità dei consociati, secondo il carattere che è loro proprio⁵.

² Sull'evoluzione storica della materia cfr., per tutti, DIENA, *I diritti reali considerati nel diritto internazionale privato*, Torino, 1895, 1 ss.; e sullo specifico punto menzionato nel testo, PACCHIONI, *Diritto internazionale privato*, in *Diritto civile italiano*², II, pt. I, Padova, 1935, 295 ss.

³ Sulle varie giustificazioni avanzate a sostegno del criterio del *situs rei*, cfr. LALIVE P., *The Transfer of Chattels in the Conflict of Laws*, Oxford, 1955, 103 ss. (*ivi*, p. 44 ss., anche considerazioni storiche e comparative sul criterio in questione) e ZAPHIRIOU, *The Transfer of Chattels in Private International Law*, London, 1956, 39 ss.

⁴ Cfr. i riferimenti in LALIVE, *op. cit.*, 105 s.; nonché MORRIS, *The Transfer of Chattels in the Conflict of Laws*, in *Br. intern. Law*, 1945, 232 ss.; BARSOTTI, *Negozi giuridici e diritti reali nel diritto internazionale privato*, Pisa, 1975, 26 ss. (ed *ivi* ulteriori citazioni).

⁵ Ad esigenze non dissimili è ispirata la norma – contenuta nel comma 2 dell'art. 26 disp. prel. – per la quale «Le forme di pubblicità degli atti di costituzione, di trasmissione e di estinzione dei diritti sulle cose sono regolate dalla legge del luogo in cui le cose stesse si trovano». Tali forme, infatti, invece di inerire al perfezionamento della fattispecie negoziale condizionano il verificarsi di un effetto attinente all'opponibilità della situazione assoluta a determinati terzi. Sulla norma in questione cfr. QUADRI R., *Note sulla pubblicità nel diritto internazionale privato italiano*, in *Studi in onore di G. Balladore Pallieri*, II, Milano, 1978, 509 ss. e BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982, 838 s.

D'altra parte, le stesse ragioni che giustificano la competenza della *lex rei sitae* per la disciplina dei diritti sulle cose evidenziano anche i limiti generali della competenza medesima. Se la legge locale è ritenuta competente in vista del rilievo generale che i diritti sulle cose hanno per la collettività, risulta chiara la possibilità che tale competenza venga variamente limitata tutte le volte che quei diritti, ed in particolare la proprietà, non vengano in considerazione nella loro fisionomia di situazione giuridica assoluta, posta in essere nell'ambito del sistema giuridico locale e rilevante ai fini della relativa vita economica. Ciò può accadere, in particolare, nell'ambito di operazioni commerciali internazionali – si pensi alla vendita internazionale – ai fini delle quali acquista rilievo primario il regime legale o contrattualmente pattuito dei rischi, il procedimento di consegna, e così via, rimanendo invece in secondo piano la disciplina della proprietà intesa quale situazione giuridica assoluta⁶. Si profila così una distinzione fra il diritto reale-proprietà come situazione giuridica strettamente inerente all'ordinamento locale, e da questo interamente disciplinata, e i diversi profili nei quali il diritto può essere scomposto e considerato nei rapporti fra le parti di una vicenda contrattuale. Mentre per la prima la competenza della *lex rei sitae* in base al principio pertinente di diritto internazionale privato rimane ferma, i secondi possono sottrarsi in vario modo a tale competenza, e tendono ad essere fatti sempre più oggetto di disciplina internazionalmente uniforme, ispirata dunque anche per il suo metodo caratteristico a principi informativi del tutto diversi da quelli tradizionali delle norme di conflitto⁷. In questo senso, la competenza della *lex rei sitae* in materia di proprietà rappresenta l'affermazione delle ragioni della sovranità statale, attraverso la fissazione dei capisaldi nell'ambito dei quali i molteplici rapporti del commercio internazionale, pur tendenzialmente sottoposti a discipline diverse, non possono fare a meno di muoversi⁸.

⁶ Su tali profili insiste particolarmente ANGELICI, «*Consegna*» e «*proprietà*» nella vendita internazionale, Milano, 1979, 23 ss., specialmente 163 ss.

⁷ Si pensi alle convenzioni internazionali in materia di vendita internazionale (Convenzione dell'Aia del 1° luglio 1964, art. 8, e Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980, art. 4, quest'ultima destinata ad entrare in vigore dal 1° gennaio 1988 e resa esecutiva in Italia con l. 11 dicembre 1985, n. 765, in G.U. 27 dicembre 1985, n. 303, suppl. ordinario n. 106, 307-370): tali convenzioni eccettuano espressamente la disciplina di qualsiasi problema relativo agli effetti del contratto sulla proprietà dei beni compravenduti, limitandosi a regolare i vari aspetti contrattuali senza far ricorso allo strumento concettuale riassunto nella formula della «proprietà» (passaggio dei rischi, consegna, ecc.). Cfr. sul punto le osservazioni e i riferimenti di ANGELICI, *op. cit.*, 30 ss.

⁸ Per un tentativo di individuazione delle conseguenze che, sotto il profilo tecnico, ne possono derivare quanto al sistema di diritto internazionale privato nel suo insieme ed al coordinamento fra le varie norme che ne fanno parte, cfr. LUZZATTO, *Stati giuridici e diritti assoluti nel diritto internazionale privato*, Milano, 1965, 104 ss., 125 ss. e 291 ss.

A principi propri e diversi obbedisce la disciplina di conflitto della proprietà di mezzi di trasporto recanti una bandiera, quale si deduce nel sistema italiano dall'art. 6 c. nav.: «La proprietà, gli altri diritti reali e i diritti di garanzia sulle navi e sugli aeromobili, nonché le forme di pubblicità degli atti di costituzione, trasmissione ed estinzione di tali diritti, sono regolati dalla legge nazionale della nave o dell'aeromobile». Su tale regime cfr. CARBONE, *Navigazione (diritto internazionale privato)*, in questa *Enciclopedia*, XXVII, 695 ss. e 705 ss.

2. L'ambito di applicazione della «lex rei sitae»: a) la qualificazione del diritto

La determinazione delle figure giuridiche create dai vari ordinamenti, che siano riconducibili alla nozione generale di «proprietà» quale utilizzata dalla norma di diritto internazionale privato contenuta nell'art. 22 disp. prel., deve essere effettuata, secondo i principi normalmente applicabili⁹, tenendo presenti contemporaneamente due distinti parametri. Da un lato, deve essere ricostruita una nozione generale di proprietà ai fini della norma di conflitto che, pur ricavata dalle norme materiali italiane, non si limiti ad aderire rigidamente ai lineamenti dell'istituto configurato in base a queste, ma ne esprima i lineamenti generali, determinati in via di astrazione. Dall'altro, a questa nozione generale – appartenente sì alla *lex fori*, ma non puntualmente corrispondente alla figura tipica del diritto di proprietà da questa disciplinato – vanno ricondotte tutte quelle situazioni giuridiche che, in vista del modo in cui sono in concreto regolate dai vari sistemi di origine, ne presentino gli elementi fondamentali. Dovranno quindi essere considerati come diritti di proprietà tutti quei diritti conferiti da sistemi giuridici stranieri che, quale che ne sia la qualifica nell'ambito di questi ultimi, possono essere configurati come tali alla luce della loro concreta regolamentazione all'estero. In pratica, connotati essenziali della figura vanno considerati il potere di godere e di disporre di un bene materiale¹⁰ ad esclusione di altri (e pur con le limitazioni stabilite dall'ordinamento: cfr. in Italia gli art. 42 cost. e 832 c.c.). Va tuttavia rilevato che, data la sottoposizione da parte dell'art. 22 disp. prel. di tutti i diritti reali alla stessa disciplina di conflitto, la nota distintiva essenziale finisce per essere quella attinente al carattere 'reale' o 'assoluto' del diritto, consistente nel diritto di trarre determinate utilità da una cosa e dalla pretesa *erga omnes* del titolare a non essere pregiu-

⁹ Per i presupposti di carattere generale in materia di qualificazione ai fini dell'interpretazione delle norme di diritto internazionale privato, sui quali non è possibile diffondersi qui, ci si limita a rinviare a ZICCARDI P., *Introduzione critica al diritto internazionale*, I. *Diritto internazionale privato*, Milano, 1956, 15 ss. Sul punto specifico della qualificazione, ma sulla base di diversi presupposti generali, cfr. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*², Milano, 1950, 65; ID., *Diritto internazionale privato italiano*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU e F. MESSINEO, XLV, Milano, 1974, 76; QUADRI R., *Analyse critique du problème des qualifications*, in *Al Qanoun Wal Iqtisad*, 1953, 23 ss.; SPERDUTI, *Le qualificazioni in diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. intern.*, 1965, 393 ss.; ID., *Saggi di teoria generale del diritto internazionale privato*, Milano, 1967, 8 ss.; BARILE, *Diritto internazionale privato*, in questa *Enciclopedia*, XII, 1035 ss.; ID., *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 1980, 83 ss.

¹⁰ La necessaria inerenza ad un bene materiale esclude, da un lato, la riferibilità della norma dell'art. 22 disp. prel. ai cosiddetti beni immateriali quali noti al sistema giuridico italiano (cfr. *infra*, § 8) e, dall'altro, la rilevanza, ai fini del nostro sistema di diritto internazionale privato, di alcune peculiari configurazioni proprie di ordinamenti stranieri, quale la nozione di *personal property* del diritto inglese intesa come comprensiva delle cosiddette *choses in action* (quali crediti, diritti su beni non materiali di vario tipo, ecc.): cfr. al riguardo RAFFETY e DICKENS, *Personal Property*, in *HALSBURY'S Laws of England*⁴, XXXV, London, 1981, 605 ss. Per il diritto italiano cfr. PUGLIATTI, *Cosa (teoria generale)*, in questa *Enciclopedia*, XI, 35 ss.

dicato da terzi¹¹. Ciò consente di ricondurre alla norma di conflitto in questione anche talune peculiari figure giuridiche proprie di altri sistemi e sconosciute al diritto italiano, quali il *trust* del diritto anglosassone, nel quale i vari diritti unificati dall'art. 832 c.c. nell'unico diritto di proprietà vengono scissi ed attribuiti a diversi soggetti. Com'è noto, essenziale e tipica di tale figura è l'attribuzione da parte del costituente, o *settlor*, ad un soggetto (*trustee*) della proprietà legale o formale, comprendente il diritto di godere e disporre del bene ma soltanto a favore di un altro soggetto (*beneficiary* o *cestui que trust*)¹². Ora, né la posizione giuridica soggettiva del *trustee*, né quella del *beneficiary* corrispondono interamente alla nozione del diritto di proprietà ricavabile dalle norme positive italiane ed utilizzato dall'art. 22 disp. prel. Non la prima, in quanto la proprietà legale del *trustee* (*legal estate*) comprende sì il potere di disporre, ma non quello di godere direttamente delle utilità dei beni oggetto del *trust*, poiché queste – come del resto lo stesso potere di disporre – devono essere usate a favore del *beneficiary*. Ma neppure la seconda: in quanto la proprietà equitativa (*equitable estate*) di quest'ultimo non comprende il potere di disporre dei beni, ed il *beneficiary* non è titolare di un vero e proprio diritto suscettibile di essere fatto valere *erga omnes*¹³. Non vi è dubbio, peraltro, che la situazione giuridica del *trustee*, in quanto proteggibile *erga omnes*, pur non corrispondendo interamente alla nozione di proprietà ricavabile dal diritto italiano, risponde però alla nozione generale del diritto reale nel senso dell'art. 22 disp. prel., e può quindi esservi ricondotta senza particolari difficoltà¹⁴. Naturalmente altro è a dire per ciò che concerne la posizione del *beneficiary*, i diritti e gli obblighi delle parti e così via, aspetti tutti per i quali il profilo del diritto reale non è utilizzabile e che vanno ricondotti alle norme di conflitto relative ad altre categorie di rapporti, in primo luogo a quelle riguardanti le obbligazioni¹⁵.

¹¹ Sotto questo profilo non appaiono suscettibili di creare difficoltà insuperabili neppure le note differenze esistenti fra il regime della proprietà nei Paesi a regime collettivistico e quello proprio dei Paesi ad economia di mercato. Sulla proprietà cosiddetta sovietica cfr. STOYANOVITCH, *Le régime de la propriété en URSS*, Paris, 1962, specialmente 211 ss.; DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*⁸, Paris, 1982, 300 ss.

¹² Sull'istituto del *trust* in generale cfr. CHESHIRE, *Il concetto del «Trust» secondo la Common Law inglese*, trad. it., Torino, 1933, 5 ss.; FRANCESCHELLI, *Il trust nel diritto inglese*, Padova, 1935, 138 ss.; DIAMOND, *The Trust in English Law*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1981, 289 ss.; DAVID, *op. cit.*, 355 ss. Sotto il profilo del diritto internazionale privato cfr. BERNARDI, *Il trust nel diritto internazionale privato*, in *St. Pavia*, 1957, XXV, 69 ss.; SCHNITZER, *Le trust et la fondation dans les conflits de lois*, in *Rev. crit. dr. intern. priv.*, 1965, 479 ss.

¹³ CHESHIRE, *op. cit.*, 21 ss.; DIAMOND, *op. cit.*, 290.

¹⁴ Sul punto la giurisprudenza si è pronunciata in modo difforme: Trib. Oristano 15 marzo 1956, in *Foro it.*, 1956, I, 1020 ha considerato titolare del diritto di proprietà il *beneficiary* (cfr. la decisione anche in *Intern. Law Quart.*, 1957, 169 ss., con nota di Bresch), mentre Trib. Casale Monferrato, decreto 13 aprile 1984, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, 754 ha riconosciuto il diritto di proprietà al *trustee* (al riguardo cfr. la nota di CASSONI, *Il «trust» anglosassone quale istituzione sconosciuta nel nostro ordinamento*, *ivi*, p. 753 ss.). In questo secondo senso cfr. anche DAVID, *op. cit.*, 356.

¹⁵ La Convenzione dell'Aia del 1° luglio 1985 sulla legge applicabile al *trust* e al suo riconoscimento (non ancora entrata in vigore) prevede che il *trust* – inteso come «*les relations juridiques*

3. (Segue): *b) l'acquisto, il contenuto e le vicende del diritto*

La competenza della *lex rei sitae* comprende in generale tutto ciò che concerne la condizione giuridica del bene, e cioè i presupposti dell'acquisto del diritto (inclusa l'idoneità del bene ad esserne oggetto), la determinazione dei titolari, la definizione del diritto e del suo contenuto, il relativo modo di protezione¹⁶. Possono avere incidenza su questi diversi aspetti anche norme di carattere pubblicistico (ed eventualmente dotate di carattere di norme di applicazione necessaria, ossia di una loro specifica sfera di applicabilità indipendente rispetto ai normali criteri internazionale-privatistici): ad esempio, in materia di commerciabilità di beni, di vincoli su cose di interesse storico od artistico o sulla proprietà fondiaria, e via dicendo. Se tali norme appartengono alla *lex fori*, esse avranno l'effetto di applicarsi con esclusione di qualsiasi altra norma anche a beni situati all'estero, ove la loro sfera di efficacia lo preveda¹⁷. Ove, invece, facciano parte della *lex rei sitae*, risulteranno applicabili in virtù del principio dell'art. 22 disp. prel., che è in quanto tale idoneo ad operare nei confronti delle situazioni straniere qualificabili come diritti di proprietà, o diritti reali in genere, quali che siano le fonti dalle quali tali situazioni hanno avuto origine, e dalle quali i limiti del diritto siano stati imposti¹⁸.

Interessante esempio della prima ipotesi formulata si ha nella legislazione italiana in materia di protezione di beni di interesse storico ed artistico (l. 1° giugno 1939, n. 1089: si veda la riserva stabilita dall'art. 839 c.c.)¹⁹. Secondo la discipli-

*créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque les biens ont été placés sous le contrôle d'un " trustee " dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé» (art. 2) – sia sottoposto alla legge prescelta dal *constituant* (art. 6) per quanto concerne validità, interpretazione, effetti e amministrazione del medesimo (art. 8), ed alla legge con la quale esso presenta i legami più stretti in mancanza di scelta da parte del costituente (art. 7). Secondo l'art. 2 conv., il *trust* presenta le caratteristiche che i beni del *trust* costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del *trustee*; il titolo relativo ai beni del *trust* spetta al *trustee* o ad altra persona per suo conto; il *trustee* ha il potere-dovere di amministrare i beni e di disporne secondo i termini del *trust*. A norma dell'art. 11, un *trust* creato in conformità della legge ad esso applicabile deve essere riconosciuto dagli Stati contraenti in quanto tale. Sulla Convenzione del 1985 (il cui testo si può leggere anche in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1985, 194 ss.) cfr. GAILLARD e TRAUTMAN, *La Convention de la Haye du 1° Juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, in *Rev. crit. dr. intern. priv.*, 1986, 1 ss.; JAUFFRET SPINOSI, *La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1° juillet 1985)*, in *J. dr. intern.*, 1987, 23 ss.*

¹⁶ In generale, per tutti i diritti reali, cfr. VENTURINI, *Diritti reali (diritto internazionale privato)*, in questa *Enciclopedia*, XII, 776 ss.

¹⁷ Da ultimo, sulla categoria delle norme di applicazione necessaria, o autolimitate, o con autonoma delimitazione della sfera di applicazione, cfr. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., 497 ss., ove anche i necessari riferimenti.

¹⁸ Il principio appare ormai indiscusso, essendo superata la contraria concezione dell'assoluta non riconoscibilità del diritto straniero; cfr. VENTURINI, *Property*, cit., 15 ss.; TREVES, *Il controllo dei cambi nel diritto internazionale privato*, Padova, 1967, 89 ss.; BALLARINO, *op. cit.*, 370 ss.

¹⁹ Cfr., da ultimo, FRIGO, *La protezione dei beni culturali nel diritto internazionale*, Milano, 1986, 24 ss.

na contenuta nella legge menzionata, i beni di interesse artistico, storico, archeologico ed etnografico sono inalienabili, se appartenenti allo Stato o ad altri enti pubblici, mentre il potere di disposizione dei beni stessi che si trovino in proprietà di privati si trova ristretto in più direzioni ove essi siano stati fatti oggetto di notifica da parte dell'autorità competente: in tal caso, esistono infatti un obbligo di notificare eventuali alienazioni ed un diritto di prelazione da parte dello Stato, al quale ultimo è condizionato il contratto di vendita da parte del privato²⁰. Esiste, inoltre, un divieto generale di esportare i beni contemplati dalla l. n. 1089, cit. senza autorizzazione, ed è prevista la sanzione di nullità per ogni atto compiuto in violazione dei divieti stabiliti dalla legge o senza le autorizzazioni da essa richieste (art. 61). Si tratta qui di norme di sicura applicazione necessaria, applicabili quindi anche ove i beni fossero stati illecitamente trasferiti all'estero prima della conclusione dell'atto di vendita (e quale che sia la legge regolatrice di quest'ultimo)²¹.

Quale esempio della seconda situazione sopra indicata, si può menzionare il caso – esaminato di recente nella giurisprudenza italiana²² – di rivendica da parte di uno Stato estero di opere d'arte illecitamente trasferite al di fuori del suo territorio in violazione della legislazione interna che ne riservava la proprietà allo Stato e ne vietava l'esportazione, sanzionando di nullità i relativi atti. Il giudice adito non ha avuto difficoltà ad accogliere la domanda dello Stato estero, escludendo che il mero carattere pubblicistico della legislazione straniera sulla proprietà statale²³ e sull'inalienabilità delle opere ne impedisse il riconoscimento ai fini dell'applicazione dell'art. 22 disp. prel. Si aggiunga che alla disciplina proibitiva del diritto straniero competente si dovrebbe dare effetto in base a quest'ultima norma, anche ove tale disciplina fosse da applicare, secondo le previsioni in essa contenute in ordine alla sua sfera di applicazione, a beni illecitamente trasferiti in altro territorio prima dell'atto di alienazione²⁴.

²⁰ Cfr. gli art. 1 (definizioni), 3 (notifiche), 23 (inalienabilità), 30 (obblighi di notifica), 31 e 32 (prelazione) e 53 (divieto di esportazione senza autorizzazione) l. n. 1089, cit.

²¹ Per una soluzione del genere dal punto di vista del diritto francese, cfr. Trib. Seine 26 giugno 1918, in *J. dr. intern.*, 1918, 1249 e NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, IV, Paris, 1947, 415 s. Sul punto cfr. anche RABEL, *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, IV, Chicago, 1958, 71 ss. In senso diverso, RONZITTI, *Mutamento della situazione della cosa e legge regolatrice del diritto reale*, in *Riv. dir. intern.*, 1967, 33 ss., 73 ss. (le norme sull'inalienabilità apparterrebbero alla «condizione della cosa» ed avrebbero carattere strettamente territoriale). Per un'applicazione all'estero della l. italiana n. 1089, cit., cfr. il caso statunitense *Jeanneret v. Vichey*, 541 *Federal Supplement* 80 (SDNY 1982); e 693 *Federal Reporter*, 2^a sr., 259 (528 Circuit 1982), e la critica di NASS, *Jeanneret v. Vichey: Evaporating the Cloud*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 1983, 999 ss.

²² Trib. Torino 25 marzo 1982, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1982, 625 ss., ed *ivi*, p. 774 ss., il commento di MIGLIORINO, *In margine ad una recente sentenza inglese in tema di trasferimento illecito di opere d'arte*.

²³ Il che suona conferma, sotto un profilo più generale, dell'idoneità della qualificazione utilizzata dall'art. 22 disp. prel. a tener conto anche, di figure di proprietà lontane da quelle note al diritto civile interno (cfr. *supra*, nt. 11).

²⁴ Normalmente, peraltro, il trasferimento illecito in altro territorio ha luogo solo in seguito all'atto di alienazione, consentendo così la piena applicazione dei consueti principi in tema di appli-

Cade interamente nell'ambito di competenza della *lex rei sitae* tutto ciò che attiene all'oggetto ed al contenuto del diritto, anche ad esempio sotto il profilo dell'ammissibilità di una proprietà temporanea, fiduciaria, di un fedecommesso, e così via. Naturalmente, in vista della possibilità di notevoli differenze fra i diversi ordinamenti in merito alla determinazione del contenuto del diritto, possono sorgere problemi ove il rapporto dal quale il diritto stesso trae origine sia sottoposto ad una legge diversa da quella del luogo di situazione del bene, o quando questo venga ad essere trasferito dal territorio di uno Stato a quello di un altro, con conseguente mutamento della legge regolatrice (cfr. *infra*, § 4 e 6).

Di competenza della *lex rei sitae* è quanto attiene all'acquisto della proprietà, sotto il profilo della determinazione dei fatti, atti di rapporti giuridici idonei a produrre l'effetto dell'acquisto stesso («modi» dell'acquisto)²⁵. Cadono così sotto la disciplina di tale legge i modi di acquisto cosiddetti originari (occupazione, invenzione, accessione, specificazione, ecc.) e l'acquisto per effetto del possesso, inclusa la determinazione dei requisiti del medesimo, del tempo necessario per l'usucapione, delle eventuali interruzioni e via dicendo, restandone esclusa solo la disciplina del rapporto eventualmente previsto dalla legge locale come necessario per l'acquisto immediato della proprietà²⁶. Anche l'acquisto derivativo è soggetto alla *lex rei sitae*. Peraltro sorge a questo proposito il problema di coordinare la sfera di applicazione di tale sistema giuridico con quella dell'ordinamento eventualmente diverso che sia designato dalle norme di diritto internazionale privato del foro come competente per il rapporto o la situazione giuridica dalla quale l'acquisto della proprietà deriva. È il caso dell'acquisto in virtù di compravendita²⁷ od altro contratto idoneo a trasferire la proprietà, e della donazione²⁸, che nel sistema italiano sono oggetto di norme di conflitto distinte. È egualmente il caso

cazione dell'art. 22 disp. prel., sui quali cfr. *infra*, § 6. In materia cfr., oltre a Trib. Torino 25 marzo 1982, cit., il caso inglese Attorney-General of New Zealand v. Ortiz and others, (1982) 2 *Weekly Law Reports* 10 (e per i successivi gradi di giudizio, ove la decisione dei primi giudici venne riformata, (1982) 3 *Weekly Law Reports* 570; 84 *The Law Reports, Appeal Cases before the House of Lords and the Judicial Committee of the Privy Council* 1). Per alcuni casi statunitensi – US v. Hollinshead, 495 Federal Reporter, 2ª sr., 1154 (1974), e US v. McClain, 545 Federal Reporter, 2ª sr., 988 (1977) –, cfr. FRIGO, *op. cit.*, 340 ss. e ivi ulteriori riferimenti. In altri casi, ormai antichi, è stato invece negato qualsiasi rilievo alle norme di protezione degli Stati stranieri ove i beni originariamente si trovavano (Trib. Seine 17 aprile 1885, in *J. dr. intern.*, 1886, 593 ss.; e la decisione della High Court inglese 31 luglio 1918, nel caso Il Re d'Italia e il Governo italiano c. Marchese Cosimo de' Medici Tornaquinci ed altri, in *Riv. dir. intern.*, 1921-1922, 194 ss.) sulla base di motivazioni diverse.

²⁵ Cfr., in generale, MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*¹², Napoli, 1986, 150 (il quale, peraltro, eccettua l'ipotesi che il fatto dal quale l'acquisto deriva sia un testamento od una successione) e VENTURINI, *op. ult. cit.*, 9.

²⁶ Su tali questioni cfr. VENTURINI, *op. ult. cit.*, 20 ss., e gli autori ivi citati.

²⁷ Cfr. CASSONI, *La compravendita nelle convenzioni internazionali e nel diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1982, 429 ss. e 448 ss.

²⁸ LEONCINI BARTOLI, *Le donazioni nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 1978, specialmente 103 ss.

della successione a causa di morte²⁹. In tali ipotesi, la delimitazione va effettuata secondo i criteri individuati più oltre (cfr. *infra*, § 4 e 5).

Possono, poi, venire in considerazione in base all'art. 22 disp. prel. eventuali trasferimenti della proprietà a seguito di provvedimenti di carattere pubblicistico, siano essi sentenze o atti di nazionalizzazione, espropriazione forzata o per pubblica utilità, confisca, e così via. Provvedimenti di questo genere verranno riconosciuti nei loro effetti privatistici – e quindi, per ciò che riguarda la situazione giuridica di proprietà da essi posta in essere – tutte le volte che siano stati emanati da autorità appartenenti all'ordinamento del luogo di situazione del bene, o comunque siano stati in questo resi efficaci secondo le procedure esistenti a tale scopo nell'ambito di tale sistema³⁰. In questi casi, si può parlare di efficacia automatica del provvedimento in base al funzionamento della norma di conflitto, fermo restando che il fenomeno si traduce nel conferimento di efficacia alla situazione giuridica assoluta che l'atto pubblico straniero ha fatto sorgere nell'ordinamento richiamato e non nell'applicazione diretta dell'atto medesimo nell'ambito del sistema giuridico del foro. Rimane per ciò stesso escluso che provvedimenti stranieri del tipo considerato possano essere comunque resi rilevanti dai meccanismi propri del diritto internazionale privato quando riguardino, o per la parte in cui riguardino, beni situati in Italia³¹.

Problema assai discusso è quello dell'intervento in materia del limite dell'ordine pubblico internazionale. Va anzitutto sottolineato, al riguardo, che il mero carattere pubblicistico o politico della legge o del provvedimento straniero non costituisce motivo di per sé solo sufficiente per rifiutare il riconoscimento della situazione privatistica che ne deriva, ossia – nel caso – del trasferimento della proprietà, rimanendo di per sé irrilevante la natura pubblicistica dell'atto che vi ha dato origine³². Il controllo della compatibilità della situazione giuridica straniera con l'ordine pubblico internazionale deve perciò essere effettuato sulla base di un'analisi condotta caso per caso alla luce delle specifiche caratteristiche delle varie situazioni. E va ricordato, a questo riguardo, il prevalente orientamento della giurisprudenza italiana, consistente nel negare la possibilità di intervento del limite dell'ordine pubblico internazionale tutte le volte che i provvedimenti stranieri

²⁹ In proposito, cfr. MIGLIAZZA, *Successioni (Diritto internazionale privato)*, in *Nss. D.I.*, XVIII, 1971, 862 ss., specialmente 876 e 882 ss.; BALLARINO, *op. cit.*, 784 ss.; ID., *Le successioni nel diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. not.*, 1986, 2 ss. e 30 ss.

³⁰ Il principio appare generalmente riconosciuto, a volte ricollegandolo anche a principi di diritto internazionale pubblico. In generale cfr., al riguardo, BATIFFOL e LAGARDE, *Droit international privé*⁷ II, Paris, 1983, 163 ss.; VENTURINI, *op. ult. cit.*, 15 ss.; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., 830 ss. Sui presupposti di diritto internazionale pubblico la letteratura è vastissima: cfr., recentemente e per tutti, TESAURO, *Nazionalizzazioni e diritto internazionale*, Napoli, 1976. Cfr. anche MENGOZZI, *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, Milano, 1967, 14 ss.; ID., *Diritto internazionale privato italiano*, Torino, 1983, 53 ss.

³¹ Cfr. Cass. 19 febbraio 1960, n. 286, in *Riv. dir. intern.*, 1960, 533 ss.

³² Sul punto cfr. i lavori e la risoluzione, dell'Institut de droit international, sessione di Wiesbaden, 11 agosto 1975, che condanna il principio dell'assoluta non applicabilità del diritto pubblico straniero; cfr. *Anr. inst. dr. intern.*, 1975, LVI, 157 ss., 248 ss. e 550 ss.; v. anche *supra*, nt. 18.

di nazionalizzazione od espropriazione abbiano esaurito i propri effetti nell'ambito del territorio dello Stato espropriante, e non si tratti di farne sortire effetti ulteriori e più ampi mediante il ricorso al giudice italiano³³. Indirizzo, questo, che appare trovar conferma anche dal punto di vista del diritto internazionale generale: essendo da ritenere che costituisca ingerenza illecita nell'ambito dell'altrui sovranità (o *jurisdiction*) la revisione da parte del giudice di uno Stato del contenuto di un atto sovrano che abbia esplicato ed esaurito i propri effetti nell'ambito del territorio dello Stato che l'ha emanato³⁴.

4. *Lex rei sitae e legge regolatrice del rapporto da cui la proprietà deriva*

Come si è detto (cfr. *supra*, § 3), è indiscusso che acquisto e contenuto del diritto di proprietà ricadano sotto la competenza della *lex rei sitae*. Si è visto peraltro che spesso l'acquisto è fondato su atti e rapporti giuridici – ad esempio, un contratto di compravendita – che fungono da meccanismi di circolazione del diritto di proprietà. In tali ipotesi, gli atti ed i rapporti legittimanti si trovano contemporaneamente soggetti ad una duplice, ed eventualmente diversa, valutazione, da parte del sistema al quale è sottoposta la disciplina dell'atto o rapporto in sé stesso, e da parte di quello che assume invece la regolamentazione della proprietà. Nel caso del contratto con effetti reali, questo si trova contemporaneamente sottoposto alla valutazione da parte della legge che lo considera come atto di autoregolamentazione di interessi, ed a quella da parte della legge che ne considera l'idoneità a fungere da fatto di circolazione del diritto di proprietà³⁵. Tale duplicità di valutazione discende dal modo di essere del sistema di conflitto, che contiene norme distinte a proposito della disciplina del rapporto legittimante (obbligazione contrattuale, donazione, successione), da un lato, ed a proposito di quella del diritto di proprietà, dall'altro: e dunque dalla stessa volontà del legislatore³⁶. Si tratta

³³ Cfr., al riguardo, Trib. Venezia, ordinanza 11 marzo 1953, in *Giur. it.*, 1953, I, 2, 307 e in *Riv. dir. intern.*, 1953, 217 ss.; App. Genova 29 gennaio 1964, in *Riv. dir. intern.*, 1964, 639; Trib. Siracusa 12 marzo 1973, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1973, 667. Sulla tematica in questione cfr. FRANCONI, *Petrolio libico, giudice italiano e diritto internazionale*, *ivi*, 1974, 444 ss.; SPERDUTI, *Azioni giudiziarie in uno Stato per nazionalizzazioni e espropriazioni operate in un altro Stato*, in *Riv. dir. intern.*, 1973, 276 ss.

³⁴ Per questo specifico profilo cfr. LUZZATTO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano, 1972, 246 ss. (in senso diverso, GIULIANO, SCOVAZZI e TREVES, *Diritto internazionale*¹, II. *Gli aspetti giuridici della coesistenza degli Stati*, Milano, 1983, 567 ss.). Successivamente, nella giurisprudenza italiana, cfr. anche Cass. 14 novembre 1972, n. 3368, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1974, 101; Cass. 10 novembre 1976, n. 4116, *ivi*, 1978, 98.

³⁵ Per la chiara distinzione fra i due profili cfr. PALERMO G., *Il contratto «ad effetti reali» nell'esperienza del diritto uniforme*, in *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali* (Atti del Convegno di studi, Roma, 21-22 gennaio 1983) (Scuola di Notariato «A. Anselmi» di Roma), Milano, 1983, 219 ss.

³⁶ Ciò è vero per quanto riguarda il sistema italiano, ove la norma contenuta nell'art. 22 disp.

però di vedere come, in concreto, le due norme di conflitto in concorso debbano fra loro coordinarsi.

Il procedimento più frequentemente seguito dalla dottrina italiana consiste nel cercare di distribuire i vari aspetti ed elementi della situazione complessiva fra le due categorie degli effetti obbligatori (o di quelli attinenti alla donazione od alla successione) e degli effetti reali, assegnandoli così alla competenza dell'una o dell'altra delle due leggi in concorso³⁷. Senonché, da un procedimento siffatto sorgono gravi difficoltà ed incertezze, quali che siano gli strumenti concettuali adottati (effetti reali-effetti obbligatori; titolo di acquisto-modo di acquisto del diritto reale)³⁸, a causa dell'evidente impossibilità di ripartire in modo netto e soddisfacente i diversi aspetti di una vicenda giuridica che è, naturalmente, unitaria, e che trova diverse regolamentazioni legislative nei diversi ordinamenti. In altri termini, non soltanto i criteri di distinzione utilizzati appaiono oltremodo incerti (oltre che, a volte, basati su premesse teoriche superate)³⁹, ma essi risultano comunque immediatamente determinati dal modo di essere della realtà normativa dei vari sistemi giuridici, e non possono perciò risolvere in modo adeguato il problema di ripartire da un punto di vista astratto e con pretesa di validità generale fra le varie norme di diritto internazionale privato i vari elementi ed aspetti di realtà giuridiche poste in essere da ordinamenti diversi⁴⁰.

Al fine di superare le difficoltà ed incertezze che caratterizzano i vari tentativi di soluzione del problema appare necessario riconoscere francamente che il pro-

prel. coesiste con quelle relative agli atti e rapporti dai quali la proprietà deriva: ma è egualmente vero per la generalità degli altri sistemi di diritto internazionale privato. Per considerazioni comparatistiche al riguardo cfr. BARSOTTI, *Negozi giuridici*, cit., 155 ss.

³⁷ In generale, cfr. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato italiano*, cit., 246 ss.; BETTI, *Problematica del diritto internazionale*, Milano, 1956, 556 ss.; DESBOIS, *Des conflits de lois en matière de transfert de propriété*, in *J. dr. intern.*, 1931, 281 ss.; LALIVE, *The Transfer of Chattels*, cit., 130 ss.; ZAPHIRIOU, *The Transfer of Chattels*, cit., 4 ss.

³⁸ Oltre alle opere citate *supra*, nt. 37, cfr. MORELLI, *Elementi*, cit., 156 ss. (effetti obbligatori-effetti reali); VENTURINI, *Diritti reali*, cit., 776 e 784; STARACE, *La rappresentanza nel diritto internazionale privato*, Napoli, 1962, 132 ss. (il quale fa leva sul carattere «essenziale e tipico» dell'effetto nei confronti dell'atto o rapporto dal quale esso discende) e, criticamente, BARSOTTI, *op. cit.*, 139 ss. e VITTA, *Diritto internazionale privato*, III, Torino, 1975, 37 ss.

³⁹ Quale è la distinzione fra titolo di acquisto e modo di acquisto, che non trova accoglimento da parte della dottrina civilistica più moderna (cfr., per tutti, RUBINO, *La compravendita*², in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU e F. MESSINEO, cit., XXIII, 1962, 298).

⁴⁰ Tanto è vero che molti elementi negoziali fanno nascere notevoli incertezze quando si debbano riportare a determinate categorie concettuali espresse da specifiche realtà normative ed assunte come dotate di valore logico e normativo generale ai fini delle norme di conflitto (si pensi, ad esempio, alla riserva di proprietà in materia di compravendita). Una riprova se ne ha nella necessità, individuata da una parte della dottrina, di procedere ad adattamenti e modificazioni dell'ambito di applicazione delle diverse leggi contemporaneamente richiamate; cfr., sul tema, CANSACCHI, *Scelta e adattamento delle norme straniere richiamate*, Torino, 1939, 234 ss. e, in via generale, LEWALD, *Règles générales des conflits de lois*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1939, III, 126 ss. e BARSOTTI, *Confronto e collegamento in foro di norme materiali straniere*, Padova, 1974.

blema stesso non è suscettibile di soluzione sulla base dei termini nei quali esso è solitamente impostato. In realtà, le norme di diritto internazionale privato concorrenti nella disciplina di conflitto delle situazioni considerate non pretendono di operare una precisa ripartizione dei diversi elementi dei rapporti fra le rispettive sfere di applicazione. Al contrario, ed in coerenza del resto con il modo di operare di tutte le norme di conflitto, esse forniscono all'interprete degli strumenti al fine di individuare i sistemi giuridici applicabili nel loro complesso alle diverse situazioni, lasciando all'interprete medesimo il compito di coordinarne l'applicazione nei casi concreti. Ma nulla esclude che un'identica situazione, un identico aspetto od elemento di un rapporto possa essere contemporaneamente sottoposto a norme tratte da sistemi giuridici diversi, applicabili a diversi fini⁴¹.

In concreto, occorre partire dalla constatazione che alla proprietà, come a qualsiasi diritto reale, spetta la preminenza rispetto all'atto che la costituisce, trasferisce od estingue. Ciò in quanto, già da un punto di vista logico, il diritto reale quale definito nelle sue componenti essenziali dalla *lex rei sitae* condiziona ogni atto e rapporto che intenda incidervi, poiché questo non può operare che nei confronti di una situazione che trova già definita e che deve pertanto considerare come un *prius*⁴². Ciò significa, in altre parole, che la concreta possibilità dell'atto o rapporto di operare quale meccanismo di circolazione del diritto e di esplicare così i propri effetti nei confronti dei terzi rimane interamente soggetta alla valutazione dell'ordinamento nel cui ambito il bene è situato, e la circolazione assume rilievo sociale⁴³. Alla *lex rei sitae* compete in ultima analisi la prevalenza nella valutazione del diritto di proprietà, in considerazione degli interessi che la sua applicazione pone in risalto. Ne consegue che deve essere la stessa *lex rei sitae*, ed essa soltanto, a valutare l'idoneità dell'atto ad operare la vicenda traslativa del diritto, e ciò anche sotto il profilo della disciplina di conflitto dell'atto medesimo.

Così, ove si tratti di beni situati in Italia, e la legge italiana sia quindi *lex rei sitae*, gli atti e rapporti creativi, modificativi ed estintivi dei diritti sui beni saranno interamente soggetti ai normali principi desumibili dalle norme di conflitto applicabili, di cui si dirà oltre (cfr. *infra*, § 5). Ove invece si tratti di beni situati

⁴¹ Per un esame del problema alla luce di questi principi, cfr. LUZZATTO, *Stati giuridici*, cit., 291 ss. È chiaro che la grande maggioranza delle tesi menzionate nel testo partono invece dal presupposto, implicito od esplicito, che oggetto delle norme di diritto internazionale privato essendo fatti e rapporti della vita sociale, ad ogni situazione debba corrispondere una data disciplina, ed una soltanto.

⁴² Cfr., al riguardo, BARSOTTI, *Negozi giuridici*, cit., 231 ss. secondo il quale «le norme della *lex tituli* si applicano nella misura in cui risultino compatibili con la particolare fisionomia del *jus in re* al quale si riferiscono», in quanto il negozio «non può trasferire, costituire od estinguere se non quel particolare diritto reale che è definito dalla *lex rei sitae*» (p. 239 s.). In questo senso al diritto reale, secondo l'autore, va riconosciuta preminenza rispetto al negozio che lo trasferisce, costituisce od estingue.

⁴³ Nel che si esprime anche l'elemento di effettività che è proprio dell'applicazione della *lex rei sitae*, secondo un motivo ispiratore ricorrente (anche se a volte criticato: cfr. ANGELICI, «*Conse-gna*», cit., 169 nt. 11).

all'estero, sarà la *lex rei sitae* straniera a dire se il diritto di proprietà sia stato validamente costituito, trasferito, modificato od estinto, anche sotto il profilo della validità dei relativi atti e della loro idoneità ad operare l'effetto creativo o modificativo del diritto di cui si tratta. In questo secondo caso, naturalmente, la competenza della *lex rei sitae* nei termini appena indicati andrà riconosciuta tutte le volte che si debba valutare, dal punto di vista del foro, una questione relativa al diritto reale in sé stesso. Ciò non esclude però che rimangano pienamente applicabili nel rispettivo ambito di competenza le altre norme di conflitto che valutano l'atto di acquisto o di trasferimento del diritto (contratto, donazione) e le sue conseguenze diverse da quelle reali, o l'insieme dei rapporti ai quali il diritto consegue (successione). La duplice ed eventualmente diversa valutazione del cosiddetto titolo di acquisto della proprietà è l'inevitabile conseguenza della diversità di prospettiva nella quale il titolo viene in considerazione dal punto di vista delle norme di conflitto del foro. Come si è già detto, ciò non deve stupire. Non si tratta di sottoporre tutto l'atto di acquisto, in sé stesso, alla disciplina della *lex rei sitae*, né di negare alle rispettive leggi regolatrici la sfera di applicabilità che è loro riconosciuta dalle norme di conflitto: ma soltanto di prendere atto dell'impossibilità di ripartire l'intera materia fra le varie norme di diritto internazionale privato sotto il profilo della differenziazione fra i diversi fatti materiali⁴⁴. Una volta riconosciuto che, oltre che impossibile, una tale ripartizione non è necessaria in vista del modo di operare di tali norme, ne consegue pianamente che gli stessi fatti – ad esempio, il contratto – dovranno considerarsi simultaneamente sottoposti a diverse norme di conflitto, ciascuna applicabile per le diverse categorie di effetti che ne conseguono. Nel caso di divergenze di valutazione fra la legge che disciplina, ad esempio, gli effetti obbligatori e quella che regola gli effetti reali, la prevalenza di quest'ultima discende dalle considerazioni in precedenza esposte in merito ai rapporti fra proprietà ed atto di acquisto, ed al rilievo generale e sociale che viene riconosciuto alla *lex rei sitae*⁴⁵.

⁴⁴ Cfr. LUZZATTO, *op. ult. cit.*, 298 ss.

⁴⁵ Non vi è nulla di incongruo nel ritenere che un medesimo atto, quale un contratto, sia ritenuto al tempo stesso – per fare un caso estremo – valido ai fini puramente obbligatori ed invalido ai fini della creazione della situazione assoluta. Apparentemente meno accettabile è l'ipotesi in cui il sorgere del diritto di proprietà sia l'effetto tipico ed esclusivo dell'atto o rapporto 'condizionante' (donazione, successione): ma anche in questo caso, la soluzione indicata nel testo appare imposta dal carattere proprio delle situazioni di cui all'art. 22 disp. prel. nei confronti di quest'ultimo atto o rapporto. Per il particolare problema che sorge in caso di successione, in vista della portata dell'art. 23 disp. prel. e del suo specifico riferimento ai beni ovunque siano situati, cfr. la soluzione proposta in LUZZATTO, *op. ult. cit.*, 316 ss. e, *contra*, MIGLIAZZA, *Successioni*, cit., 870.

5. La legge sostanziale italiana come «lex rei sitae» e come legge regolatrice del rapporto sottostante

In considerazione di quanto precede, non appare possibile procedere in astratto ad una classificazione dei vari elementi del diritto di proprietà e del rapporto che vi dà origine al fine di assegnarli alla sfera di competenza dell'una o dell'altra legge. È invece opportuno esaminare brevemente l'ipotesi che il diritto di proprietà sia sottoposto alla legge sostanziale italiana quale *lex rei sitae*, e quella che vi sia sottoposto invece, in ragione dei diversi collegamenti utilizzati dalle norme di conflitto, il rapporto che ha dato origine al diritto stesso. Del resto, si tratta dei casi di più frequente interesse pratico, essendo naturalmente marginale l'ipotesi che si debba valutare dal punto di vista del sistema italiano di conflitto una situazione in cui i beni si trovino all'estero ed il rapporto dal quale la proprietà è derivata sia sottoposto ad un diritto straniero.

a) Quando il diritto materiale italiano è applicabile in conseguenza della localizzazione dei beni in territorio italiano, l'acquisto del diritto di proprietà su questi deve essere determinato con riferimento ai fatti ed agli atti indicati nell'art. 922 c.c. A prescindere dai modi di acquisto a titolo originario⁴⁶, interessano qui l'acquisto in virtù di successione a causa di morte e quello in virtù di contratto. In entrambi i casi, il rapporto legittimante può essere disciplinato da norme appartenenti ad altri sistemi, designati quali applicabili dalle norme italiane di diritto internazionale privato (art. 23 e 25 comma 1 disp. prel.), o dalle convenzioni internazionali eventualmente applicabili. Possono sorgere al proposito alcuni particolari problemi, che derivano dal modo in cui il diritto sostanziale applicabile al rapporto in questione viene a coordinarsi con il diritto italiano in materia di proprietà. E va ribadito, a questo riguardo, che tale coordinamento non dipende da principi generali relativi all'assegnazione alle varie leggi concorrenti dell'uno o dell'altro elemento dell'istituto giuridico, ma dallo spazio che in concreto il diritto materiale italiano riserva ai diritti stranieri.

Quando l'acquisto della proprietà dipenda da successione a causa di morte, merita particolare attenzione il caso che questa sia sottoposta ad un diritto che – come quelli dei Paesi di tradizione anglosassone, della Svezia, della Danimarca e di altri Stati – non attribuisce direttamente agli eredi la proprietà dei beni caduti in successione, ma li conferisce ad un fiduciario o *personal representative* del *de cuius*, attraverso il quale la trasmissione ha luogo⁴⁷. In queste ipotesi si pone la questione di stabilire se i beni ereditari passino direttamente in proprietà degli

⁴⁶ Per i quali cfr. VENTURINI, *Property*, cit., 20.

⁴⁷ Per i vari sistemi cfr. DROZ, *Saisine héréditaire et administration de la succession en droit international privé comparé*, in *Rev. crit. dr. intern. priv.*, 1970, 183 ss.; FERID, *Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1974, II, 85 ss.; BATIFFOL e LAGARDE, *Droit international privé*, cit., 424 ss.

eredi, secondo quanto previsto dal diritto italiano, o se quest'ultimo riconosca il potere del fiduciario, secondo i principi della *lex successionis*. La seconda soluzione appare da preferire⁴⁸, in vista del fatto che la determinazione degli aventi diritto spetta alla legge che regola la successione e la legge locale non ha ragione di sovrapporre a questa i propri principi in materia di acquisto automatico dell'eredità. Peraltro, il risultato del coordinamento è nel senso che il diritto di proprietà attribuito dalla legge italiana risulta parzialmente limitato in conseguenza del concorso della *lex successionis*, in quanto il fiduciario del *de cuius* ha il potere di disposizione dei beni ereditari che deve però amministrare in vista della distribuzione ai beneficiari⁴⁹.

D'altra parte, la legge italiana rimane competente per tutto ciò che concerne l'effettivo acquisto della proprietà: sicché, ad esempio, l'accettazione da parte dell'erede risulta necessaria anche quando la successione sia retta da un diritto che non la richiederebbe⁵⁰.

A problemi particolari dà luogo, com'è noto, l'istituto del *trust* anglosassone, come tale sconosciuto all'ordinamento italiano. Esso può derivare da testamento, ma anche da contratto o da *settlement* da parte del disponente (chiamato, perciò, *senior*), e si concreta nell'attribuzione al *trustee* del potere di disporre dei beni costituiti in *trust*, ma a vantaggio dei *beneficiaries*⁵¹. Questa caratteristica scissione dei singoli diritti, concentrati nei sistemi di tradizione continentale nell'unitaria nozione di proprietà, fa naturalmente sorgere difficoltà quando i beni costituiti in *trust* siano situati in Stati nei quali l'istituto è sconosciuto, e così in Italia. Fermo restando che, dato il principio del *numerus clausus* dei diritti reali, non è possibile riprodurre interamente la menzionata scissione fra i diversi aspetti del diritto di proprietà, dottrina e giurisprudenza italiane sono incerte quanto alla determinazione dello stesso titolare di tale diritto sui beni di cui si tratta, ritenendosi a volte che titolare ne sia il *trustee*⁵², altre il *beneficiary*⁵³. La soluzione senz'altro preferibile, come già in precedenza accennato, è nel senso che il diritto di proprietà deve essere riconosciuto al *trustee* (con un certo parallelismo rispetto a quanto rite-

⁴⁸ In questo senso BALLARINO, *Le successioni*, cit., 31 ss.

⁴⁹ Quanto affermato nel testo non costituisce contraddizione con quanto precedentemente osservato (*supra*, § 4) a proposito del rapporto fra diritto reale e atto o rapporto dal quale esso diritto dipende: la preminenza della *lex rei sitae* della quale si è allora parlato va intesa in senso conflittuale, ossia come criterio di valutazione del suo rapporto con altri sistemi competenti ad intervenire nella disciplina della situazione nel suo insieme, ma non importa necessariamente che non possa essa stessa provvedere, anche attraverso i suoi principi di diritto internazionale privato, a coordinarsi nel modo ritenuto preferibile con i valori espressi dalla legge che regola il rapporto legittimante.

⁵⁰ BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato italiano*, cit., 271 ss.

⁵¹ Cfr. i riferimenti indicati *supra*, nt. 12.

⁵² Cfr. Trib. Casale Monferrato, decreto 13 aprile 1984, citato *supra*, nt. 14 e il commento di Cassoni al decreto medesimo; nonché DAVID, *Les grands systèmes*, cit., 356.

⁵³ Così invece Trib. Oristano 15 marzo 1956, citata *supra*, nt. 14, approvata da LEONCINI BARTOLI, *Le donazioni*, cit., 126 ss. in nota, e da BARSOTTI, *Negozi giuridici*, cit., 244 s.

nuto per il caso di rappresentante personale del *de cuius* secondo il diritto anglosassone).

Si tratta però, naturalmente, di proprietà fiduciaria, in considerazione dell'obbligazione personale gravante sul *trustee* quanto alla destinazione dei redditi del bene in favore del *beneficiary* secondo la legge che regola il *trust*, la quale sarà presumibilmente competente anche dal punto di vista del diritto italiano in virtù delle norme di conflitto di quest'ultimo⁵⁴. Ciò non impedirà comunque al *trustee* di esercitare i poteri che gli competono in tale sua qualità per l'amministrazione del *trust*, anche se non gli consentirà di disporre di tutti i rimedi previsti dall'ordinamento di origine dell'istituto. Viceversa, diversi altri effetti tipicamente propri del *trust* non potranno prodursi nell'ambito del sistema italiano: si pensi ad esempio alla separazione dei beni costituiti in *trust* dal patrimonio personale del *trustee*, che non appare attuabile come tale⁵⁵.

Quando infine la proprietà debba essere acquistata in conseguenza di un contratto, ad esempio, di compravendita, qualche problema può sorgere qualora il contratto stesso sia sottoposto ad un diritto che non vi ricollega direttamente l'effetto di trasferimento della proprietà, in base ai principi italiani di diritto internazionale privato. Com'è ben noto, numerosi sistemi giuridici subordinano l'effetto traslativo, non al «consenso legittimamente manifestato» menzionato dall'art. 1376 c.c. italiano, ma all'intervento di un autonomo ed ulteriore atto traslativo: sono in questo senso i sistemi anglosassoni, quello tedesco (§ 433 *BGB*), quello svizzero (art. 184 *ZGB*)⁵⁶. In ipotesi di questo genere, il diritto di proprietà si tra-

⁵⁴ Sulla proprietà fiduciaria in genere nell'ambito dell'ordinamento italiano, cfr. il classico studio di GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 548 ss., e per i riferimenti ulteriori, per tutti, CARNEVALI, *Intestazione fiduciaria*, in *Dizionario del diritto privato* a cura di N. IRTI, I. *Diritto civile coordinato* da N. IRTI, Milano, 1980, 455 ss. La competenza della legge sotto la quale il *trust* è stato costituito discenderà, normalmente, dalla nazionalità comune delle parti, o dalla scelta implicita della medesima, ex art. 25 comma 1 disp. prel., oppure dal luogo ove il *settlement* è avvenuto, ex art. 25 comma 2 disp. prel., oppure ancora dalla nazionalità del disponente, ex art. 23 disp. prel., in caso di *trust* testamentario.

⁵⁵ Tali effetti potranno perciò prodursi soltanto ove entri in vigore la Convenzione dell'Aia del 1985 e l'Italia ne divenga parte contraente (v. *supra*, nt. 15). Sui profili menzionati cfr. GAMBARO, *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei trusts nei paesi di civil law*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 93 ss. Per quanto attiene al caso particolare del fallimento del fiduciario, cfr. JAEGER, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968, specialmente 324 ss.

⁵⁶ Art. 1376 c.c.: «Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato». In generale cfr. MERRYMAN, *Toward a Comparative Study of the Sale of Land*, in *Jus privatum gentium: Festschrift für M. Rheinstein*, I, Tübingen, 1969, 748 ss.; GOTTHEINER, *Zum Eigentumsübergang beim Kauf beweglicher Sachen*, in *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1953, 356 ss.; WAELBROECK, *Le transfert de la propriété dans la vente d'objets mobiliers corporels en droit comparé*, Bruxelles, 1961; GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistica*, I. *Lineamenti generali*, Milano, 1955, 504 ss.; SACCO, *Le transfert de la propriété de choses mobilières déterminées par acte entre vifs en droit comparé*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, 442 ss.

sferisce, secondo la *lex rei sitae* italiana, in conseguenza del solo consenso manifestato con la stipulazione del contratto, restando esclusa l'esigenza di qualsiasi atto ulteriore: e ciò in quanto l'effetto traslativo del diritto ricade interamente nell'ambito della *lex rei sitae*. Ne consegue che la legge regolatrice del contratto rimane parzialmente modificata nel suo contenuto dispositivo, in quanto la volontà negoziale delle parti viene portata a conseguenze che di per sé sola non sarebbe stata capace di sortire secondo il diritto che la disciplina.

b) Si consideri ora l'ipotesi opposta nella quale la legge sostanziale italiana assume il ruolo di legge regolatrice del rapporto dal quale l'acquisto della proprietà dipende, e la *lex rei sitae* è invece una legge straniera. In caso di successione per causa di morte, la disciplina posta dal diritto italiano potrà concorrere con un sistema locale ispirato a principi divergenti quanto alla devoluzione dei beni del *de cuius*. È il caso, ad esempio, di beni situati in territori nei quali vige il sistema anglosassone dell'amministrazione dei beni sotto controllo giudiziario in luogo di quello della successione universale⁵⁷. Qui non può essere negata la competenza della *lex rei sitae* per quanto concerne la procedura rilevante, che sostituirà pertanto il passaggio diretto della proprietà all'erede indicato dalla legge successoria⁵⁸: e quest'ultima si troverà compressa nel suo ambito di applicazione dal necessario coordinamento con quanto stabilito dalla legge locale.

Quest'ultima legge avrà poi competenza, in base al principio posto dall'art. 26 comma 2 disp. prel., per tutto quanto riguarda le forme di pubblicità degli atti di costituzione, di trasmissione e di estinzione dei diritti sulle cose⁵⁹.

La stessa *lex rei sitae* potrà condurre ad una limitazione concreta della portata del principio dell'universalità della successione, tutte le volte che la disciplina della proprietà da essa stabilita produca l'impossibilità di fatto di inserire determinati beni situati nel suo ambito territoriale nell'asse ereditario. Tale impossibilità dovrà essere tenuta in conto in sede di distribuzione dell'asse in Italia⁶⁰.

Infine, va considerata l'ipotesi nella quale un contratto sottoposto al diritto sostanziale italiano sia inteso a trasferire la proprietà di beni situati nell'ambito del territorio di Stati stranieri. Qualora la legge locale non accetti il principio consensualistico dell'art. 1376 c.c., la proprietà non potrà essere considerata validamente trasferita se non con l'intervento degli atti ulteriori richiesti dal diritto locale: la portata della *lex contractus* si troverà così ristretta al conferimento del diritto personale di una parte nei confronti dell'altra⁶¹.

⁵⁷ Cfr. *supra*, nt. 47.

⁵⁸ BALLARINO, *Le successioni*, cit., 36 s.

⁵⁹ Cfr. *supra*, nt. 5.

⁶⁰ Cfr. la tesi ricordata *supra*, nt. 45 e BALLARINO, *op. ult. cit.*, 32.

⁶¹ VENTURINI, *Diritti reali*, cit., 784. Naturalmente, in vista dei presupposti generali da cui si è partiti nella presente analisi, le modificazioni ed adattamenti dell'ambito di applicazione delle varie leggi non devono essere intesi come operati dalle stesse norme di diritto internazionale privato rilevanti, attraverso la ripartizione delle diverse situazioni reali fra i vari sistemi, ma come mere conseguenze dell'impossibilità, in cui i vari sistemi si possono trovare, di realizzare integralmente gli effetti previsti dalle proprie norme.

6. *Il luogo di situazione dei beni: il mutamento di «situs» e le «res in transitu»*

Quale criterio di collegamento di tipo territoriale, il luogo di situazione della cosa si presenta solitamente di immediato accertamento, salva qualche ipotesi, di non frequente ricorrenza pratica ma esaminata dalla dottrina, quale quella di immobili situati parzialmente sul territorio di più Stati o di beni situati in territori non soggetti alla sovranità di alcuno Stato⁶². Più complesse ed importanti si presentano le ipotesi di trasferimento del bene, con la connessa esigenza di determinare il momento rilevante per la individuazione del *situs*, e quella di cose cosiddette *in transitu*.

a) Nel caso di trasferimento di beni mobili, possono sorgere conflitti in vista del fatto che la legge del nuovo *situs* può contenere disposizioni diverse quanto all'acquisto della proprietà o la definizione del contenuto o del tipo dei diritti derivanti dalla medesima, e via dicendo. Il problema si manifesta in modo particolarmente acuto quando i beni siano trasferiti da uno Stato all'altro da chi non ne sia proprietario, con l'intento di alienarli nel territorio di quest'ultimo in violazione dei diritti del titolare del diritto di proprietà. In situazioni del tipo descritto si pone il quesito se l'eventuale acquisto della proprietà già avvenuto in base al diritto del primo *situs* debba essere riconosciuto anche nel caso in cui la legge del secondo condurrebbe a diverso risultato, e se – nell'ipotesi opposta – un trasferimento non perfezionato secondo la prima *lex rei sitae* possa essere considerato idoneo a conferire validamente il diritto in base alla seconda, ove questa consideri verificati i presupposti da lei richiesti⁶³.

Problemi di questo tipo sono stati considerati il *punctum pruriens* della disciplina internazionalprivatistica dei diritti reali⁶⁴, e non vi è dubbio che si tratta di questioni di importanza pratica assai rilevante: basti pensare al commercio internazionale di oggetti d'arte ed all'esistenza di restrizioni al commercio ed all'esportazione di tali oggetti in vari Paesi. Al riguardo, si afferma generalmente la necessità di far riferimento ai principi di diritto intertemporale vigenti nella *lex fori (conflict mobile)*⁶⁵. Le regole applicabili in via di principio in Italia si possono sintetizzare come segue. Il trasferimento del bene dal territorio di uno Stato a quello di un altro importa un mutamento della legge applicabile in base all'art. 22 disp. prel., il che può tradursi in determinate modifiche del contenuto e dell'esten-

⁶² Su questa problematica cfr. VENTURINI, *Property*, cit., 10; ID., *Diritti reali*, cit., 778.

⁶³ Basti pensare, oltre all'ipotesi di acquisto a non domino, anche a quella di due diverse leggi del *situs rei* che prevedano diversi sistemi quanto all'acquisto della proprietà in dipendenza di un contratto (cfr. *supra*, § 4 e nt. 56). Per una discussione generale del tema, cfr. LALIVE, *The Transfer of Chattels*, cit., 145 ss.

⁶⁴ VITTA, *Diritto internazionale privato*, cit., 14. Dello stesso autore cfr. anche *La legge regolatrice del bene mobile trasferito*, in *Riv. dir. inter., priv. proc.*, 1974, 217 ss.

⁶⁵ BATIFFOL e LAGARDE, *Droit international privé*, cit., 133 ss.; MORELLI, *Elementi*, cit., 154 s.

sione dei diritti di cui il proprietario gode. Tale mutamento, peraltro, non incide sugli acquisti già compiuti, né può dar luogo ad un valido acquisto in base alla nuova legge ove questo non abbia avuto luogo secondo il diritto precedentemente applicabile⁶⁶. In altri termini, la validità del trasferimento e dell'acquisto è soggetta alla legge del luogo in cui il bene si trova al momento in cui il trasferimento ha luogo⁶⁷. È noto che, in sede di riforma delle disposizioni preliminari al codice civile del 1865, era stata proposta l'aggiunta, al testo dell'attuale comma 1 dell'art. 22, di un capoverso tendente a far salvi, in caso di trasferimento di cose, «l'acquisto fattone [e] i diritti acquisiti su di esse dai terzi conformemente alla legge del luogo in cui le cose si trovavano al momento dell'acquisto». Tale disposizione venne però soppressa dal testo finale perché considerata da un lato superflua, e dall'altro inesatta, se avesse dovuto essere interpretata nel senso che la nuova *lex rei sitae* non potesse in alcun modo incidere sui diritti esistenti⁶⁸.

Dai principi esposti deriva una duplice serie di conseguenze. In primo luogo, l'acquisto validamente compiuto secondo la legge del primo *situs* mentre il bene si trovava nell'ambito territoriale dello Stato straniero (cosiddetta fattispecie conclusa o *abgeschlossener Tatbestand*) è riconosciuto dal diritto italiano, una volta che il bene sia trasferito in Italia. Tale regola, considerata ovvia in sede di lavori preparatori dell'art. 22 disp. prel., appare largamente affermata nella prassi attuale⁶⁹.

Più discusso è il secondo aspetto della questione, relativo al caso opposto in cui la legge del primo *situs* non abbia dato luogo ad un valido acquisto (cosiddetta fattispecie non conclusa o *nicht abgeschlossener Tatbestand*). Ciò può accadere, ad esempio, qualora il diritto vigente nel primo luogo di situazione della cosa non preveda il trasferimento della proprietà come effetto del consenso manifestato con il contratto, ma soltanto come conseguenza di un separato atto di trasferimento⁷⁰. Oppure qualora il trasferimento sia stato posto in essere da soggetto che non era titolare del diritto di proprietà sul bene, e il diritto del primo *situs* non preveda il principio «possessione vale titolo». Ove i beni siano successivamente trasportati in uno Stato la cui legge non preveda la *traditio* come necessaria per il passaggio della proprietà, o consideri il possesso in buona fede quale titolo idoneo, come il

⁶⁶ In questo senso, nella giurisprudenza italiana, cfr. Cass. 12 luglio 1952, n. 2169, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1952, 178 (cfr. anche Cass. 21 giugno 1974, n. 1860, in *Riv. dir. intern., priv. proc.*, 1975, 335 e Cass. 1° ottobre 1980, n. 5338, *ivi*, 1981, 928); App. Firenze 14 gennaio 1954, in *Giur. it.*, 1954, I, 2, 317; Trib. Roma 13 settembre 1954, in *Riv. dir. intern.*, 1955, 97; Trib. Torino 25 marzo 1982, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1982, 625. In senso contrario, App. Bologna 11 gennaio 1951, in *Giur. it.*, 1951, I, 2, 369 (poi annullata da Cass. 12 luglio 1952, n. 2169, *cit.*); App. Milano 6 aprile 1956, in *Foro it.*, 1957, I, 1856.

⁶⁷ In dottrina cfr., oltre alle opere indicate *supra*, nt. 64, specialmente RONZITTI, *Mutamento della situazione*, *cit.*, 33 ss.; BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato italiano*, *cit.*, 246 ss.; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, *cit.*, 824 ss.

⁶⁸ VITTA, *Diritto internazionale privato*, *cit.*, 8; RONZITTI, *op. cit.*, 49 ss.

⁶⁹ Cfr. VENTURINI, *Property*, *cit.*, 23.

⁷⁰ Cfr. *supra*, nt. 56.

diritto italiano, si tratta di stabilire se l'acquisto si possa considerare compiuto in base alla nuova legge.

Il problema è di speciale rilievo pratico in Italia, posto che l'art. 1153 c.c. prevede l'acquisto *a non domino* dei beni mobili purché sussistano la buona fede al momento della consegna e un titolo idoneo al trasferimento della proprietà⁷¹. È stato da alcuni ritenuto che tale norma andrebbe applicata dopo il trasferimento del bene in Italia senza riguardo all'effettivo acquisto del diritto di proprietà in base al diritto precedentemente applicabile, in virtù della semplice applicabilità del diritto italiano come nuova *lex rei sitae*⁷². Ma la soluzione non appare accoglibile. Infatti, i principi generali già indicati in precedenza inducono a ritenere che soltanto il diritto del primo *situs* può valutare, ex art. 22 disp. prel., gli effetti giuridici di fatti compiuti nel periodo in cui i beni si trovavano nel relativo ambito territoriale. Ove non abbia avuto luogo alcun valido acquisto secondo tale diritto, tale valutazione deve essere riconosciuta anche dal diritto internazionale privato italiano⁷³. Certamente le norme materiali italiane divengono applicabili dal momento del trasferimento del bene in Italia, ivi comprese quelle in materia di possesso. Ma tale possesso non è in sé sufficiente – secondo l'art. 1153 c.c. – a dar luogo all'acquisto, occorrendo anche un «titolo idoneo al trasferimento della proprietà».

Naturalmente la conclusione sarà diversa nel caso che un nuovo negozio venga posto in essere in Italia dopo il trasferimento del bene fra i soggetti del rapporto originario, o fra l'acquirente ed un terzo. È chiaro infatti che in tal caso i fatti che avvengono in Italia sono idonei a fare acquisire il diritto secondo i principi locali, che hanno titolo ad essere applicati ex art. 22 disp. prel. Ma ciò non costituisce un'eccezione al principio: si tratta della mera conseguenza del fatto che la nuova legge locale è divenuta competente a disciplinare fatti e situazioni verificatisi dopo il trasferimento. Gli stessi principi sono da ritenere applicabili in materia di usucapione: la proprietà può essere acquistata secondo il diritto del nuovo *situs* su tale base, ma non appare possibile tenere conto a tale fine anche del possesso goduto all'estero, in assenza di qualsiasi norma espressa a questo riguardo⁷⁴.

⁷¹ Sulla disciplina italiana cfr. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*³, Milano, 1975. Per un'applicazione delle regole italiane da parte di un giudice straniero, quali norme vigenti nel primo *situs*, cfr. la decisione della High Court inglese 5 novembre 1979, nel caso Winkworth v. Christie, Manson & Woods, (1980) 2 *Weekly Law Reports* 937. Per considerazioni comparative cfr. SAUVEPLANNE, *The Protection of the Bona Fide Purchaser of Corporeal Movable in Comparative Law*, in *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1965, 651 ss.

⁷² Nella giurisprudenza italiana cfr. App. Bologna 11 gennaio 1951 e App. Milano 6 aprile 1956 (citate *supra*, nt. 66); v. pure VENTURINI, *Diritti reali ed obbligazioni*, in *Trattato di diritto internazionale*² diretto da G. BALLADORE PALLIERI, G. MORELLI e R. QUADRI, sez. II, vol. II. *Diritto internazionale privato*, t. 2, Padova, 1956, 25 ss. (ma v., dello stesso autore, *Property*, cit., 20 s.). In Francia, per l'applicazione della regola dell'art. 2279 c.c. fr., una volta che il bene sia stato trasferito in territorio francese, cfr. BATIFFOL e LAGARDE, *op. cit.*, 169 ss.

⁷³ RONZITTI, *op. cit.*, 71 ss.

⁷⁴ Per un panorama riassuntivo delle varie soluzioni sul punto, cfr. VENTURINI, *Property*, cit., 21.

b) Per quanto riguarda le cosiddette *res in transitu* (mezzi di trasporto e merci viaggianti), sono note le dispute dottrinali tendenti a limitare nell'una o nell'altra direzione la rigida applicazione del principio della competenza della *lex rei sitae* attuale⁷⁵ e le varie proposte avanzate al proposito (competenza della legge del luogo di partenza⁷⁶, di quello di destinazione⁷⁷, della *lex fori*⁷⁸, e così via). In assenza di qualsiasi indizio in contrario sul piano del diritto positivo, l'accoglimento di queste proposte non sembra, in via generale, possibile, sotto il profilo della determinazione del modo di individuazione e di funzionamento del criterio di collegamento costituito dal *locus rei*. Il luogo di situazione della cosa non può essere che quello in concreto determinato con riferimento alle singole ipotesi⁷⁹, e non quello desunto da considerazioni astratte. Tuttavia, ciò non significa ancora che la localizzazione puramente materiale di un bene appartenente a questa categoria – del resto, discussa e discutibile – debba essere sempre considerata rilevante ai fini del diritto internazionale privato. Infatti, come già indicato, la competenza della *lex rei sitae* è fissata dall'art. 22 disp. prel. in considerazione del carattere delle situazioni giuridiche assolute che ricadono nel suo ambito di applicazione, ed in vista del rilievo economico-sociale delle stesse per l'ordinamento

Secondo CASSONI, *La prescrizione estintiva e acquisitiva nel diritto internazionale privato italiano*, in *Jus*, 1984, 227 ss. e 268 ss., si dovrebbe applicare per analogia l'art. 252 disp. att. c.c. che dispone l'applicazione delle nuove norme, se prevedono un termine più breve che decorre dalla loro entrata in vigore, e l'applicazione delle vecchie norme se in base a queste ultime rimane a decorrere un termine minore. Appare peraltro assai dubbia la possibilità di ammettere l'analogia fra le due diverse situazioni (successione di norme materiali nel tempo e successione di norme materiali come conseguenza della variazione del fattore utilizzato ai fini del collegamento dalla norma di conflitto), tenendo anche conto del fatto che già l'applicazione dei principi sulla successione nel tempo delle norme di diritto internazionale privato all'ipotesi considerata appare la conseguenza di un'applicazione analogica. La tendenza a tener conto, in modo espresso, dei fatti avvenuti sotto l'impero della legge del primo *situs* affiora in alcuni testi legislativi ed in alcuni progetti: cfr. l'art. 22 d.l. ungherese 31 maggio 1979, n. 13; l'art. 23 l. turca 22 maggio 1982, n. 2675, e l'art. 101 del progetto svizzero del 10o novembre 1982, in materia di diritto internazionale privato.

⁷⁵ Per una panoramica generale cfr. VITTA, *op. ult. cit.*, 22 ss.; BALLARINO, *op. ult. cit.*, 829 s.

⁷⁶ Sul punto cfr. HELLENDALL, *The Res in Transitu and Similar Problems in the Conflict of Laws*, in *Can. rev.*, 1939, 7 ss., 105 ss.; MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio*², in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. VASSALLI, I, t. 4, Torino, 1964, 260 ss. Nelle legislazioni recenti questo principio è accolto dall'art. 10 § 1 d.l. spagnolo 31 maggio 1974, n. 1836, sempre che non sia stato convenuto che i beni si considerino situati nel luogo di destinazione.

⁷⁷ Il criterio del luogo di destinazione è quello più largamente seguito nella prassi recente: cfr. l'art. 46 d.l. portoghese 25 novembre 1966, n. 47-344; l'art. 18 l. iugoslava 15 luglio 1982; l'art. 23 l. turca n. 2675, cit.; l'art. 23 n. 2 d.l. ungherese n. 13, cit. e l'art. 100 del citato progetto svizzero del 1982. In dottrina cfr. FEDOZZI, *Il diritto internazionale privato*², in *Trattato di diritto internazionale* per cura di P. FEDOZZI e Santi ROMANO, Padova, 1939, 672 ss. Cfr. anche ANGELICI, «*Consegna*», cit., 188 ss. e ivi ulteriori richiami.

⁷⁸ Per l'applicazione della *lex fori* quando il luogo di situazione non sia individuabile, cfr. BENTIVOGLIO, *Note in tema di «res in transitu» nel diritto internazionale privato*, in *St. Pavia*, 1951, XXXII, 273 ss.; VENTURINI, *op. ult. cit.*, 12; VITTA, *op. ult. cit.*, 25 s.

⁷⁹ MORELLI, *Elementi*, cit., 155.

del *situs* (cfr. *supra*, § 1). Ne deriva che essa può venire a cessare tutte le volte che il collegamento spaziale con un ordinamento abbia carattere di casualità, e non comporti alcun reale ed effettivo contatto con la vita economico-sociale del luogo di situazione. In queste ipotesi, si può ritenere che il luogo di situazione ai fini della norma dell'art. 22 disp. prel. non coincida con quello di localizzazione materiale del bene, ma debba essere individuato in relazione all'ordinamento nell'ambito del quale il bene è destinato ad essere immesso nel circuito economico, assumendo così rilievo ai fini dell'appartenenza alla vita economico-sociale del luogo ⁸⁰.

7. *Proprietà e compravendita internazionale di beni mobili. La riserva della proprietà*

La ripartizione di competenza effettuata in via generale dai vari legislatori, e tra essi da quello italiano, fra la legge che disciplina il diritto di proprietà e quella che regola le obbligazioni contrattuali, si ispira alla profonda diversità delle ragioni che stanno alla base delle rispettive scelte. In estrema sintesi, al divario che esiste fra motivi di scelta della legge locale – unica idonea a garantire l'ordinato godimento dei diritti sulle cose in vista del rilievo economico-sociale dei medesimi – e motivi di scelta della legge dei rapporti contrattuali, dominata dalle ragioni opposte del libero svolgimento dell'iniziativa privata. A ciò consegue un carattere marcatamente nazionale delle situazioni assolute rese rilevanti in virtù della competenza della legge locale, di fronte all'internazionalità che può essere propria del rapporto giuridico sottostante tutte le volte che questo esprime un'operazione propria del commercio internazionale ⁸¹, come tipicamente avviene nel caso di compravendita internazionale di cose mobili. Ne deriva un potenziale contrasto tra le rispettive esigenze, che può emergere in varie circostanze. Pur essendo la compravendita di per sé tipicamente intesa a fare acquistare la proprietà dei beni che ne sono oggetto, la tendenza emersa a livello internazionale è quella di elaborare complessi di norme uniformi destinate a regolare nei suoi vari aspetti contrattuali il rapporto di compravendita, evitando di incidere sui profili attinenti al trasferimento della proprietà, che rimangono interamente soggetti ai diritti nazionali designati dalle varie norme di conflitto. Peraltro, la disciplina uniforme regola

⁸⁰ Tradizionalmente si afferma che il bene cessa di essere in transito quando avvenga riguardo ad esso un atto di alienazione od altro fatto rilevante nel territorio attraverso cui il transito avviene (MORELLI, *op. ult. cit.*), il che evidenzia l'idea di un contatto significativo con la vita economica del luogo. Per l'ordine di idee indicato nel testo, cfr. KEGEL, *Internationales Privatrecht* ⁵, München, 1985, 331 e particolarmente ANGELICI, *op. cit.*, 188 ss. e 199 ss. Per il rilievo decisivo degli effettivi collegamenti esistenti, cfr. BARILE, *Collegamento (criteri di)*, in questa *Enciclopedia*, VII, 350 ss.

⁸¹ Internazionalità intesa ovviamente in senso sostanziale, e non come attributo rilevante sotto il profilo giuridico-formale.

numerosi elementi che, dal punto di vista del comportamento delle parti del rapporto, incidono sugli aspetti concreti di quel trasferimento (così, tipicamente, la consegna della cosa, il trasferimento dei rischi, le spese), secondo il punto di vista analitico accolto già in precedenza da notevoli tendenze della prassi di vari Paesi⁸². Di qui un crescente divario fra l'elaborazione della disciplina transnazionale e l'assorbimento degli effetti reali del rapporto di compravendita nell'ambito territoriale del sistema del *situs*.

Di per sé, tale divario può essere considerato come una delle più significative manifestazioni della tendenza verso il superamento del tradizionale metodo conflittuale nel settore del diritto del commercio internazionale: superamento che, non essendo che limitato e parziale nella sua portata, non può fare a meno di coesistere con il ricorso classico alle norme sulla designazione delle leggi statali applicabili. Si tratta però di vedere se ne debba, o possa, derivare qualche conseguenza quanto all'applicazione della norma di conflitto relativa alla competenza della *lex rei sitae*. Sotto questo profilo, va tenuto presente che tale competenza sussiste, ai fini dell'art. 22 disp. prel., tutte le volte che si ponga un problema attinente alla proprietà intesa come situazione giuridica assoluta, ossia come posizione rilevante nei confronti della generalità dei terzi. In questo caso, l'applicabilità della *lex rei sitae* rimane piena ed indiscutibile. Viceversa essa può rimanere variamente condizionata, o addirittura venire meno, tutte le volte che il problema del trasferimento della proprietà venga in rilievo soltanto come momento interno della più ampia operazione economica, con la conseguenza dell'applicazione della legge del contratto di compravendita⁸³. Così, la prospettiva ora sottolineata può condurre a superare le conseguenze che appaiono normalmente da accogliere in caso di trasferimento dei beni mobili da uno Stato all'altro⁸⁴. Di fronte all'ipotesi di cosiddetta fattispecie non conclusa, appare in tal modo possibile ammettere l'acquisto automatico della proprietà in base alla

⁸² Cfr. *supra*, nt. 7 per le indicazioni delle convenzioni internazionali. Per lo *Uniform Commercial Code* degli Stati Uniti d'America, cfr. WILLISTON, *The Law of Sale in the Proposed Uniform Commercial Code*, in *Harvard Law Review*, 1950, 561 ss.; e per l'influenza del punto di vista scandinavo sui tentativi di unificazione internazionale, LAGERGREN, *A Uniform Law on the International Sale of Goods*, in *Journal of business Law*, 1958, 135 ss. Per un'ampia panoramica al riguardo, cfr. ANGELICI, *op. cit.*, 25 ss.

⁸³ E ciò in quanto non si tratta di trovare la qualificazione astratta e generale di una determinata situazione, facendone derivare immediatamente le conseguenze in termini di individuazione della legge applicabile, ma al contrario di valutare se, in funzione del ruolo che tale situazione assume nell'insieme del rapporto, sono presenti tutti i presupposti per l'applicazione della legge della proprietà come situazione giuridica assoluta (cfr. *supra*, § 4, per i necessari presupposti generali). Per la necessità di un più ampio collegamento della legge locale con l'operazione di scambio, ai fini della sua applicazione ex art. 22 disp. prel., cfr. ANGELICI, *op. cit.*, specialmente 182 ss.

⁸⁴ E che si sono descritte come valide in via di principio *supra*, § 6. Rispetto a tali conseguenze, quanto ora detto nel testo costituisce l'espressione di particolari limitazioni derivanti dal rapporto fra la competenza della *lex rei sitae* e della legge che regola l'operazione di compravendita internazionale.

legge del secondo *situs*, quello di destinazione, anche se tale acquisto non poteva avvenire secondo la legge del luogo in cui la cosa si trovava al momento della stipulazione del contratto⁸⁵, sulla base della considerazione che soltanto nell'ambito dell'ordinamento del secondo *situs* la proprietà viene in rilievo nella sua portata assoluta e come fatto di rilievo sociale generale⁸⁶.

Di fronte, viceversa, al caso di cosiddetta fattispecie già conclusa secondo la legge del primo *situs* (ad esempio, compravendita in Italia di beni destinati all'esportazione in Germania od in altro Stato che richieda la *traditio*, non seguita da effettiva consegna), appare possibile ammettere una concorrente valutazione da parte dell'ordinamento dello Stato di destinazione dei beni, nell'ambito del quale la proprietà è destinata ad acquisire rilievo sociale definitivo a partire dal momento dell'introduzione nella relativa sfera territoriale⁸⁷.

La prospettiva segnalata risulta utilizzabile anche ai fini della soluzione dei problemi relativi alla vendita con riserva della proprietà, a proposito della quale è consueto attribuire alla *lex contractus* la disciplina dei diritti e poteri delle parti, ed alla *lex rei sitae* quella della possibilità concreta di attuazione della riserva⁸⁸. Nel caso di trasferimento della cosa da uno Stato all'altro come conseguenza del normale processo di svolgimento dell'operazione di compravendita internaziona-

⁸⁵ Ad esempio per mancanza del requisito della *traditio*, richiesto dalla legge del primo *situs*: su questa ipotesi, cfr. VON CAEMMERER, *Zum internationalen Sachenrecht*, in *Festschrift für Zepos, Athens-Freiburg-Köln*, 1973, 25 ss., secondo il quale «*das Gewicht liegt beim Käuferland*». Al riguardo è abituale la citazione dell'antica decisione dell'Oberlandesgericht Zweibrücken 13 luglio 1898, in *Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht*, 1900, 200, la quale ha argomentato sulla base del persistere della volontà traslativa al momento dell'arrivo dei beni nel secondo *situs* (cfr. PRIVAT, *Der Einfluss der Rechtswahl auf die rechtsgeschäftliche Mobilienübertragung im internationalen Privatrecht*, Bonn, 1964, 129 ss.; MARTINY, *Warenkauf*, in REITHMANN, *Internationales Vertragsrecht*, Köln, 1972, 153 ss. e 190; IMPALLOMENEI, *In tema di traslazione della proprietà con riferimento alla compravendita internazionale*, in *Studi in onore di M. Udina*, II, Milano, 1975, 1057 ss. Cfr. anche App. Milano 6 aprile 1956, citata *supra*, nt. 66).

⁸⁶ Cfr. ANGELICI, *op. cit.*, 175 ss., che pone in guardia contro la tentazione di argomentare in ogni caso nel senso dell'acquisto automatico al passaggio della frontiera, con un discorso di tipo meccanicistico e formale (p. 178).

⁸⁷ Evitando perciò di esaurire la valutazione nell'ambito del sistema nel quale l'acquisto è avvenuto, al fine di dare il giusto spazio alle esigenze che il sistema vigente nel secondo *situs* mira a soddisfare: è tale sistema, infatti, il solo competente a caratterizzare e disciplinare la funzione sociale della vendita (ANGELICI, *op. cit.*, 209 ss.), con riferimento alla proprietà nota ad esso sistema ed all'organizzazione del mercato ivi stabilita. Tali esigenze sono tenute particolarmente presenti da alcuni autori tedeschi, quali STOLL, *Internationales Sachenrecht*, in *Staudingers Kommentar zum BGB*¹², Berlin, 1985, che ritiene di soddisfarle proponendo una *Rechtswahl* delle parti in materia (cfr. particolarmente n. 216 ss. e 293). È chiaro che simili considerazioni non potrebbero avere peso alcuno se l'introduzione del bene nella sfera territoriale del secondo Stato non discendesse dallo svolgimento dell'operazione economica posta in essere dalle parti.

⁸⁸ In generale cfr. LALIVE, *The Transfer of Chattels*, cit., 130 ss.; CASSONI, *La compravendita*, cit., 429 ss., 463 ss. e ivi ampia bibliografia; BARSOTTI, *Negozi giuridici*, cit., 247 ss. Per considerazioni attinenti alla caratterizzazione dell'istituto del riservato dominio nel diritto sostanziale italiano, cfr., per tutti, RUBINO, *La compravendita*, cit., 428 ss.

le, spetta alla seconda *lex rei sitae* il compito di valutare i requisiti necessari per la realizzazione della riserva, in quanto è solo nell'ambito del relativo sistema giuridico che l'operazione è destinata ad attuarsi in via definitiva con effetti di rilievo generale⁸⁹. E ciò anche se i principi relativi alla soluzione dei problemi intertemporali porterebbero a far prevalere la prima *lex rei sitae*, per essere quest'ultima applicabile nel momento in cui il patto relativo alla riserva di proprietà è stato concluso, o comunque se una diversa valutazione in ordine alla validità del patto stesso fosse desumibile dalla legge applicabile al contratto nel suo complesso⁹⁰. Il fatto che nei casi ora considerati il trasferimento dei beni in altro Stato costituisce il risultato del normale processo di svolgimento dell'operazione economica differenzia tali casi da tutti quelli in cui invece il trasferimento ad altro *situs* rappresenta un evento del tutto estraneo rispetto alla vicenda economica: in questi ultimi manca qualsiasi ragione di negare piena applicabilità al diritto vigente nel primo *situs*, dando così tutela agli interessi da questo tenuti presenti (secondo i principi esposti *supra*, § 6).

8. *I cosiddetti beni immateriali*

Secondo un'impostazione largamente accolta dalla dottrina italiana (ma diffusa anche all'estero), sarebbe da riportare alla norma dell'art. 22 disp. prel. – o ad altra norma di diritto internazionale privato ricostruita sulla base di essa – anche la disciplina dei diritti sui cosiddetti beni immateriali (nel nostro ordinamento, opere dell'ingegno, invenzioni, modelli, ed altri diritti di proprietà industriale)⁹¹. In particolare, è stato ritenuto che tali beni siano sottoposti ad una regola di conflitto ispirata ad un criterio territoriale, che utilizzerebbe il criterio di collegamento del luogo ove l'opera e il bene devono essere utilizzati⁹², o dove se ne vuole

⁸⁹ Cfr. BGH 2 febbraio 1966, in *BGHZ*, 1966, XLV, 95; e, in Italia, App. Milano 6 aprile 1956, e Cass. 21 giugno 1974, n. 1860 (citate *supra*, nt. 66). Nei primi due casi, l'operatività della riserva è stata valutata alla luce del diritto vigente nel luogo di consegna. Per considerazioni dal punto di vista del diritto tedesco, cfr. DROBNIG, *Eigentumsvorbehalte bei Importlieferungen nach Deutschland*, in *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1968, 450 ss.; SIEHR, *Eigentumsvorbehalt an beweglichen Sachen im internationalen Privatrecht, insbesondere im deutsch-italienischen Rechtsverkehr*, in *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 1971, 10 ss.

⁹⁰ Cfr. le considerazioni ampiamente svolte da ANGELICI, *op. cit.*, 220 ss. (nonché 119 ss.) anche per ciò che concerne il ruolo della prima *lex rei sitae* (Paese di esportazione) per la tutela degli interessi di cui essa si fa portatrice (sul punto anche: STOLL, *Rechtskollisionen beim Gebietswechsel beweglicher Sachen*, in *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1974, 450 ss.; DROBNIG, *op. cit.*, 456 s.).

⁹¹ Per la competenza dell'art. 22 disp. prel., cfr. UBERTAZZI, *Osservazioni per uno studio intorno ai diritti sui beni immateriali nel diritto internazionale privato*, in *Jus*, 1958, 426 ss.

⁹² Secondo ULMER, *La proprietà intellettuale nel diritto internazionale privato*, Bruxelles-Lussemburgo, 1980, specialmente 18 ss., già dalle vigenti convenzioni internazionali in materia sa-

godere e disporre⁹³. Al di là delle differenze di dettaglio, è comune a tali impostazioni l'idea che la disciplina di conflitto di tale categoria di beni non differisca nella sostanza da quella propria dei beni materiali sotto il profilo del funzionamento e della portata della norma⁹⁴. È invece proprio quest'idea che non appare accettabile. Infatti il cosiddetto bene immateriale del quale si vuole godere nell'ambito di un determinato Stato, in quanto ivi ammesso a protezione giuridica, è qualcosa di intrinsecamente diverso e distinto, dal punto di vista giuridico, rispetto al bene corrispondente (opera dell'ingegno, invenzione, modello, marchio) tutelato in altri Paesi: e soltanto nelle norme vigenti in ciascun territorio trova la ragione della propria esistenza come fenomeno giuridicamente rilevante. La relativa tutela non può essere tratta da altro che dalla legge territoriale, e questa, per sua intrinseca limitazione, è idonea ad attribuire soltanto un diritto territorialmente limitato. Una limitazione siffatta non discende dal modo di operare delle norme di conflitto, ma al contrario le precede, trattandosi di un elemento inerente al potere esclusivo attribuito dallo Stato attraverso il riconoscimento dei diritti sui beni di cui si tratta. Rispetto a tali diritti, non vi può essere questione di riconoscimento diretto nell'ambito di altri sistemi giuridici. In quest'ambito, infatti, non è possibile – per i limiti che ad essi ineriscono – alcuna attribuzione di effetti ai beni immateriali creati in altri sistemi, ma soltanto la creazione *ex novo*, eventualmente sul presupposto che certe condizioni si siano verificate all'estero, di diritti corrispondenti⁹⁵. Vige insomma, in materia, un principio di stretta territorialità, che esclude il ricorso a principi di diritto internazionale privato in senso proprio.

Che sia così, è del resto confermato anche dal modo di disporre delle più importanti convenzioni internazionali multilaterali del settore (quella di Berna del 9 settembre 1886 per la protezione delle opere letterarie ed artistiche, di Ginevra del 6 settembre 1952 per il diritto di autore in genere, di Parigi del 20 marzo 1883 per la proprietà industriale, tutte con successive revisioni)⁹⁶, le quali non adottano una prospettiva di tipo internazionalprivatistico, ma si preoccupano di estendere la tutela apprestata dalle norme interne dei vari Stati mediante la fissazione dei prin-

rebbe desumibile il principio per cui i diritti sui beni immateriali sono disciplinati dalla legge del Paese «protettore», ossia in cui l'atto di utilizzazione economica è compiuto.

⁹³ VENTURINI, *Beni immateriali (diritto internazionale privato)*, in questa *Enciclopedia*, V, 270 ss.; BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato italiano*, cit., 254 ss.; VITTA, *Diritto internazionale privato*, cit., 71 ss.

⁹⁴ Cfr. però le riserve di VITTA, *op. ult. cit.*, 76.

⁹⁵ Cfr. in proposito ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*³, Milano, 1960, 341 ss. e 874 ss.; FABIANI, *Diritti d'autore*, in *Nss. D.I.*, Appendice, II, 1981, 1113 ss. e 1122 ss. Per la proprietà industriale cfr. anche DRAETTA, *Il regime internazionale della proprietà industriale*, Milano, 1967, 34 ss.; ID., *Il diverso regime internazionalistico dei beni immateriali e dei beni materiali*, in *Annuario di diritto internazionale*, 1967-1968, 91 ss.

⁹⁶ Al riguardo cfr. le indicazioni contenute in VITTA, *op. ult. cit.*, 76 ss. e DRAETTA, *Il regime internazionale*, cit., 57 ss. Per il diritto d'autore cfr. DESBOIS, FRANÇON e KEREVER, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Paris, 1976.

cipi dell'assimilazione dello straniero al cittadino e del trattamento minimo garantito dallo stesso regime convenzionale⁹⁷.

⁹⁷ Alcune recenti legislazioni, o progetti, di diritto internazionale privato contengono disposizioni espresse in tema di diritti su beni immateriali, modellate su quelle relative ai diritti reali in genere: cfr., ad esempio, l'art. 38 d.l. portoghese n. 47-344 del 1966; l'art. 31 l. austriaca 15 giugno 1978, n. 304; gli art. 19 e 20 d.l. ungherese n. 13 del 1979; l'art. 104 del citato progetto svizzero del 1982. Tuttavia appare chiaro che tali disposizioni sono soltanto formalmente identiche alle vere e proprie norme di conflitto, in quanto non possono in alcun caso attribuire ai titolari di diritti sui beni immateriali sottoposti a leggi diverse tutti i poteri che essi hanno secondo tali ultime leggi, in conseguenza dell'intrinseca territorialità del diritto sottolineata nel testo (in particolare, il titolare non può ottenere un'inibitoria riferita alla protezione di beni immateriali tutelati in altri Paesi). Le norme in questione possono pertanto, in realtà, operare soltanto come norme unilaterali, o come modelli di norme convenzionali internazionali sulla ripartizione della competenza legislativa dei vari Stati. In modo più aderente alla realtà, l'art. 10 § 4 d.l. spagnolo n. 1836 del 1974 stabilisce che «i diritti sulla proprietà intellettuale ed industriale saranno tutelati nel territorio spagnolo in base al diritto spagnolo, senza pregiudizio di quanto stabilito nelle convenzioni e nei trattati internazionali dei quali la Spagna sia parte contraente».

Problemi internazionalprivatistici del diritto di autore*

SOMMARIO: 1. Premessa: diritto di autore e diritto internazionale privato. – 2. I tentativi di ricostruire una norma di d.i.p. relativa al diritto d'autore e la presunta portata di essa. – 3. Il principio di territorialità in materia di diritto d'autore e il suo significato. – 4. Spazi di operatività per meccanismi di rinvio: diritto morale, titolarità e violazioni. – 5. Le convenzioni internazionali in materia di diritto di autore. – 6. Diritto d'autore, territorialità e norme comunitarie.

1. *Premessa: diritto di autore e diritto internazionale privato*

Poche situazioni della vita reale si presentano, nel mondo d'oggi, tanto pervasive di elementi di internazionalità oggettiva quanto quelle attinenti alla circolazione delle opere dell'ingegno, per la quale l'esistenza delle frontiere degli Stati costituisce ormai, nella frequenza degli scambi culturali e scientifici, un fattore poco più che simbolico. Non occorre certo indugiare in una esemplificazione, che non potrebbe che scadere nell'ovvio: può essere peraltro opportuno rilevare che l'intensità della circolazione internazionale di opere dell'ingegno – attuabile nella stessa veste originale ove si tratti di opere il cui linguaggio ha carattere universale, come quelle musicali e dell'arte figurativa – non subisce certo attenuazioni neppure per le opere letterarie, sia perché ne può soccorrere in questo caso la traduzione in altra lingua, sia perché sempre maggiore è nella realtà attuale la diffusione di alcune lingue quali veicoli di trasmissione, specie in settori specialistici, alla portata di sempre più larghe cerchie di destinatari.

Tuttavia, a questa intrinseca internazionalità della materia, non fa affatto riscontro un ricorso egualmente diffuso ai normali strumenti adottati allo scopo di pervenire ad una regolamentazione giuridica adeguata al carattere internazionale di determinate situazioni. L'esperienza giuridica immediatamente rilevabile a livello universale mostra, invero, facilmente come l'esistenza e l'estensione dei vari diritti sulle opere dell'ingegno – il diritto d'autore, come si usa dire con espressione onnicomprensiva – siano normalmente soggette ad una sola legge nazionale, quella del foro, restandone estraneo il meccanismo del richiamo ad ordinamenti

* Pubblicato in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1989, pp. 273-292. Articolo destinato agli «Studi in memoria di Mario Giuliano».

giuridici stranieri normalmente adottato per il regolamento di situazioni privatistiche (come certamente, nella sua essenza, può considerarsi il diritto d'autore) che presentano carattere di internazionalità¹.

Se peraltro l'aspetto appena menzionato è immediatamente rilevabile sulla base dell'esperienza giuridica universale, tutt'altro che chiarita ne permane la spiegazione ultima. Viene comunemente richiamato al riguardo il principio di territorialità – come, fra l'altro, in una sentenza della Corte di Cassazione italiana che pur risalendo a tre decenni addietro rimane una delle pochissime che si siano occupate della materia², ad ulteriore conferma di quanto fin qui osservato –: ma tale principio, com'è ben noto, è quanto mai equivoco e si presta ad esprimere realtà diverse e distanti fra loro, potendo – in particolare – essere inteso, o come esclusione di qualsiasi richiamo al diritto straniero, o come caratteristica del criterio di collegamento utilizzato da una norma di conflitto³.

Uno dei primi compiti che si impongono all'osservatore è dunque quello di esplorare e mettere in luce, per quanto possibile, il significato e la portata del fenomeno in questione: non soltanto per fare l'opportuna chiarezza quanto ai principi internazionalprivatistici che devono reggere l'intera materia, ma anche al fine di poter delineare i presupposti che stanno alla base della disciplina attuata a livello convenzionale internazionale nonché di quella che tende ad affermarsi in ambito comunitario. Senza i necessari chiarimenti in ordine a quei presupposti, infatti, anche la portata di queste ultime rischia di non essere adeguatamente apprezzata nei suoi fondamenti, e di rimanere in buona parte inesplicabile.

¹ Si intende qui far riferimento al tradizionale metodo conflittuale, consistente in richiami a sistemi giuridici stranieri, che rimane a tutt'oggi quello più generalmente seguito al riguardo dai vari ordinamenti positivi. Ma analoga considerazione potrebbe ripetersi per tutti gli altri modi di regolamentazione delle situazioni a carattere internazionale (norme di d.i.p. materiale, diritto uniforme, ecc.). La conferma della constatazione di cui nel testo è offerta dall'estrema scarsità di decisioni giurisprudenziali che avvertano il bisogno di esaminare la materia sotto il profilo internazionalprivatistico in senso stretto.

² Cass. 29 luglio 1958 n. 2754. in *Giust. civ.*, 1958. I, p. 1418; *Dir. autore*, 1958. p. 411, nota DE SANCTIS; *Riv. dir. int.*, 1959, p. 333, nota GERBINO, Secondo la Corte, il diritto d'autore sarebbe sottoposto ad un'apposita norma di diritto internazionale privato, desunta oltre che dalle convenzioni internazionali, dalla legislazione sostanziale sulle opere dell'ingegno, che ha carattere territoriale, nel senso che «regola le condizioni di queste opere unicamente nel territorio italiano ed in tale ambito con esclusione di qualsiasi legge di altro Paese». Tuttavia, a giudizio della Corte, la conclusione non muterebbe neppure se si facesse riferimento all'art. 22 disp. prel. (nel qual senso, nella giurisprudenza meno recente, si veda Cass., 5 aprile 1930, in *Dir. autore*, 1930, p. 196, che richiama l'art. 7 disp. prel. cod. civ. 1865).

³ Nel secondo senso è ad esempio ispirato al criterio della territorialità l'art. 22 disp. prel., mentre nel primo senso possono dirsi territoriali le norme processuali e quelle penali (artt. 27 e 28 disp. prel.).

2. I tentativi di ricostruire una norma di d.i.p. relativa al diritto d'autore e la presunta portata di essa

Trova largo seguito nella dottrina, non soltanto italiana, l'affermazione che esisterebbe anche in materia di diritto d'autore una norma di diritto internazionale privato, idonea ad operare richiami al diritto di altri sistemi giuridici al pari di tutte le altre contenute nel sistema di conflitto⁴. La portata di tale norma non viene naturalmente intesa e ricostruita in modo identico; tuttavia è prevalente l'idea che possa descriversi quale meccanismo che sottopone l'opera dell'ingegno alla legge del luogo in cui si intende godere e disporre dell'opera stessa, ossia – in altre parole – del luogo in cui l'opera stessa viene utilizzata⁵, e poco conta, in questo contesto, che la norma venga considerata contenuta nello stesso art. 22 disp. prel. cod. civ.⁶, o ricostruita come norma non scritta sulla base dei principi generali desumibili dall'insieme della disciplina della materia⁷. Una variazione a questo modo di concepire il principio rilevante di diritto internazionale privato è stata espressa da un noto specialista tedesco della materia, lo Ulmer, il quale – in uno studio redatto in vista della stipulazione di una convenzione internazionale di diritto internazionale privato nell'ambito della C.E.E.⁸ – sottopone nascita, effetti ed estinzione del diritto di autore sulle opere letterarie ed artistiche al c.d. diritto del Paese protettore, intendendosi per tale quello dello Stato «per il cui territorio» la protezione è invocata⁹. Anche in questo modo, peraltro – se si perviene a distinguere l'ipotesi di azione instaurata nello Stato nel cui territorio si sono verificati i fatti che si assumono lesivi da quella di azione proposta avanti al giudice di Stato diverso – rimane del tutto inalterato lo schema generale posto a base del ragionamento: si ammette, infatti, che il meccanismo del rinvio operi, a proposito del diritto di autore, così come opera a proposito di qualsiasi altra situazione giuridica privatistica rientrante nell'ambito delle norme di conflitto.

In realtà, prima ancora dell'individuazione della circostanza rilevante ai fini del collegamento (sul che del resto, come si è detto, le opinioni appaiono in larga

⁴In questo senso, ad esempio, UBERTAZZI (G. M.), *Osservazioni per uno studio interno ai beni immateriali nel diritto internazionale privato*, in *Jus*, 1955, p. 426 ss.; VENTURINI, *Diritto internazionale privato. Diritti reali ed obbligazioni*, Padova, 1956, p. 61 ss.; voce *Beni immateriali (dir. int. priv.)*, in *Enc. dir.* V, Milano, 1959, p. 270 s.; BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato italiano*, Milano, 1974, p. 254 ss.; VITTA, *Diritto internazionale privato*, III, Torino, 1975, p. 71 ss.

⁵Si veda, ad esempio, BALLERINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982, p. 840 ss.

⁶BALLADORE PALLIERI, *op. cit.*, p. 257; VITTA, *op. cit.*, p. 71 ss.

⁷VENTURINI, *Diritto internazionale privato cit.*, p. 72 ss.

⁸ULMER, *La proprietà intellettuale nel diritto internazionale privato*, Bruxelles-Lussemburgo, 1980 (in particolare cap. II, par. 51 ss.), ed in edizione inglese, *Intellectual Property Rights and the Conflict of Laws*, Deventer, 1978.

⁹Si veda l'art. D della sezione seconda della proposta di regole riguardanti i beni immateriali, da inserire in una convenzione relativa al diritto internazionale privato fra gli Stati membri della C.E.E. (*ivi*, p. 105).

misura coincidenti), è proprio questo il punto che suscita i maggiori dubbi, e che appare necessario porre in discussione. Dire, infatti, che la disciplina delle opere dell'ingegno è sottoposta alla legge del luogo di utilizzazione dell'opera significa enunciare una proposizione che, se intesa nel modo in cui vengono normalmente intese le proposizioni consimili usate per descrivere il funzionamento delle norme di diritto internazionale privato, contrasta con i dati immediatamente ricavabili dall'esperienza giuridica concreta.

Se fosse vero, infatti, che un'opera dell'ingegno è sottoposta, per il sistema giuridico del foro, alla legge del luogo di utilizzazione, così come lo è la disciplina di una qualsiasi cosa mobile o immobile alla legge del luogo in cui essa è situata, ciò dovrebbe poter significare che quell'opera può venir tutelata anche nel sistema del foro, e da parte del giudice che opera in quest'ambito, mediante l'applicazione della legge eventualmente straniera per *tutto* quanto ciò che attiene alla regolamentazione giuridica dell'opera, e quindi anche per quanto riguarda le pronunce inibitorie che siano previste dalla legge straniera in ipotesi regolatrice. In altri termini, il giudice dovrebbe essere posto in grado di tener presente ed applicare, anche ai fini dell'inibitoria, una legge straniera in ipotesi competente secondo la regola enunciata in via di principio.

Orbene: è proprio una tale conseguenza che si dimostra contraria alla esperienza, in quanto quest'ultima prova che il giudice interno – non solo nel sistema italiano, ma in tutti i sistemi giuridici contemporanei – *non ha mai* la possibilità di applicare, ai fini del giudizio sulla violazione dei diritti sulle opere dell'ingegno e dell'adozione delle conseguenti misure inibitorie, una legge diversa da quella del proprio Stato.

Se le cose stanno così, è da chiedersi che cosa rimanga, in realtà, della regola internazionalprivatistica affermata in via di principio.

È facile constatare, al proposito, che tale regola viene in pratica resa compatibile con i dati dell'esperienza attraverso una particolare interpretazione riduttiva della nozione di «luogo di utilizzazione»: in sostanza, facendo coincidere tale nozione con il luogo nel quale la protezione giudiziale viene invocata. Ma è evidente che in questo modo, se si salva la coerenza della regola con la realtà, se ne altera completamente la portata: infatti, da presunta norma di diritto internazionale privato contenente un criterio di collegamento di tipo territoriale essa viene trasformata, o se si vuole degradata, a norma che esclude qualsiasi rinvio al diritto straniero, sulla base di un principio di assoluta territorialità¹⁰.

Qualora poi, con altro indirizzo dottrinale, si voglia far salva la coerenza della regola con i normali caratteri delle norme di conflitto, si perviene – come in precedenza già ricordato – a costruirla come regola che sottopone l'opera dell'in-

¹⁰ Espressamente in questo senso è la decisione della Suprema Corte menzionata alla nota 2. Ma almeno implicitamente è questo il punto di arrivo di tutti coloro che utilizzano la nozione di «luogo di utilizzazione» del bene ai fini del collegamento.

gegno alla legge dello Stato *per il territorio del quale* la protezione è invocata¹¹. In questo modo si ammette la possibilità che un giudice, ad esempio italiano, applichi un diritto straniero alla valutazione della liceità del comportamento tenuto da un soggetto nel territorio di un altro Stato, in relazione al diritto di autore tutelato in tale Stato (sempre che, naturalmente, una tale possibilità sia ammessa in base alle norme di competenza giurisdizionale di uno Stato determinato). Ma, anche in questa prospettiva, la portata della pretesa norma risulta monca: riferendosi essa in realtà soltanto alle conseguenze della violazione, che abbia avuto luogo all'estero, le quali quindi siano sottoposte al diritto locale. Ma in questa ipotesi, evidentemente, tale diritto viene reso rilevante, non già ai fini della disciplina dell'opera dell'ingegno come tale, ma in quanto competente a disciplinare l'illecito secondo il diritto del luogo della relativa commissione: rispetto ad esso, le norme sul diritto di autore rilevano dunque, a ben vedere, come norme applicabili soltanto alla questione pregiudiziale attinente alla determinazione del diritto violato¹².

Appare dunque lecito concludere che la costruzione della norma di diritto internazionale privato applicabile alle opere dell'ingegno, così come generalmente delineata, non risponde tanto all'intento di dar conto dell'esperienza giuridica concreta, rispetto al quale comunque si presenterebbe come manchevole; quanto piuttosto all'intento di rispettare una certa coerenza formale con la presunta completezza del sistema delle norme di conflitto, che è peraltro un postulato ormai largamente smentito dai dati dell'esperienza e dalla riflessione giuridica più recente del settore¹³.

3. *Il principio di territorialità in materia di diritto d'autore e il suo significato*

Traendo le debite conclusioni dal discorso sin qui svolto, va pertanto affermato che la norma di diritto internazionale privato della quale si afferma generalmente l'esistenza in materia di diritto d'autore non può in alcun modo essere equiparata ad una vera e propria norma di conflitto. Essa altro non è, in realtà, che lo schema teorico utilizzabile al fine di una delimitazione delle sfere di competenza legislativa dei vari Stati in materia di diritto d'autore: in quanto tale, peraltro, utile soltanto su di un piano astratto e puramente razionale per dar conto del presupposto dal quale implicitamente procede la regolamentazione positiva dei vari Stati.

Sotto questo profilo, non vi è dubbio che le varie regolamentazioni positive si

¹¹ Così ULMER, *La proprietà intellettuale* cit., p. 20 ss. e sin dall'art. A «Diritto del paese protettore» della sua proposta (p. 105).

¹² Cfr. *infra*, par. 4.

¹³ È sufficiente pensare, al riguardo, alla tendenza alla «specializzazione» delle norme di diritto internazionale privato nelle legislazioni più recenti, al fenomeno delle norme di diritto internazionale privato «materiale», alle norme di applicazione necessaria, e così via.

considerino competenti a disciplinare giuridicamente le singole opere dell'ingegno di cui i creatori vogliono godere e disporre nell'ambito del territorio di ciascuno Stato, dando vita per ognuno di tali spazi territoriali ad un diritto di autore che – pur relativo all'identico fenomeno concreto – costituisce purtuttavia un fascio di situazioni giuridiche separate e distinte da tutte quelle valevoli negli altri Stati¹⁴. Così come non vi è dubbio che la disciplina attuata a livello internazionale mediante le convenzioni internazionali di cui si dirà procede precisamente da tale punto di vista. È chiaro però che altro è dire che si è di fronte ad uno schema puramente teorico, idoneo a razionalizzare il modo in cui gli Stati esercitano la propria competenza legislativa nel settore che qui interessa, ed altro è dire invece che si è di fronte ad un vero e proprio principio di diritto internazionale privato idoneo a svolgere compiutamente le funzioni che gli dovrebbero essere proprie. Ed è ancora il caso di aggiungere che, anche sotto il ben diverso profilo ora menzionato, lo schema che si vorrebbe enunciare vale soltanto ad indicare il carattere di esclusività che è proprio della regolamentazione posta in essere dai vari Stati, e che porta dal punto di vista giuridico alla creazione di *tanti diritti sulla stessa opera* quanti sono i territori degli Stati per i quali la protezione vuole essere esercitata. Del tutto impregiudicata rimane, invece, la sfera concreta di applicazione di ciascuna legge nazionale, determinata da questa in completa libertà. Si veda, per la legge italiana 22 aprile 1942 n. 633, la determinazione effettuata nell'art. 185, che dichiara applicabile la legge in questione alle opere di autori italiani ovunque pubblicate per la prima volta, e a quelle di autori stranieri domiciliati in Italia e qui pubblicate per la prima volta, salva la incidenza delle convenzioni internazionali e del principio della reciprocità¹⁵.

Va quindi ribadito che, dal punto di vista del diritto italiano, non vi è spazio, per la disciplina del diritto di autore, per l'applicazione *in via diretta* di norme che non siano quelle direttamente poste dal legislatore italiano. In ciò si esprime un

¹⁴ Alcune legislazioni recenti in tema di diritto internazionale privato preferiscono tradurre ed inquadrare il fenomeno nello schema consueto delle norme di conflitto, come ad esempio la legge portoghese del 1966 (art. 38); quella austriaca del 1978 (art. 31); quella ungherese del 1979 (articoli 19 e 20) e quella svizzera del 18 dicembre 1987 (art. 110). Non sembra però che queste disposizioni possano suonare smentite delle considerazioni svolte nel testo, in quanto queste discendano dall'intrinseca territorialità del diritto di cui si parla nel testo medesimo. Pur formalmente identiche alle vere e proprie norme di conflitto, esse potranno quindi operare in realtà soltanto come norme unilaterali, o come modelli di norme convenzionali sulla ripartizione della «competenza legislativa» fra i vari Stati. In modo più aderente alla realtà, l'art. 10 del d.l. spagnolo n. 1836 del 1974 stabilisce che «i diritti sulla proprietà intellettuale ed industriale saranno tutelati nel territorio spagnolo in base al diritto spagnolo», salve le convenzioni internazionali (i testi menzionati si possono leggere in traduzione italiana nel volume *Problemi di riforma del diritto internazionale privato italiano*, Milano, 1986, *Appendice*, p. 713 ss.).

¹⁵ Su questa normativa, chiaramente distinta rispetto al problema internazionalprivatistico in sé stesso, si veda ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3ª ed., Milano, 1960, p. 881 ss. Sui concetti generali cfr. FRANCESCHELLI (R.), *Trattato di diritto industriale*, Parte generale, II, Milano, 1961, p. 536 ss.

principio di territorialità, affermato generalmente nel sistema italiano a proposito di rapporti pubblicistici cui si riferiscono le norme contenute negli articoli 27 e 28 disp. prel. cod. civ.: che è poi il risultato cui in pratica finisce per giungere chi vuole sottoporre le opere dell'ingegno alla legge del luogo di utilizzazione intendendo quest'ultimo come luogo nel quale la protezione è invocata. Insomma, il diritto di autore invocabile nell'ambito del sistema giuridico italiano è sempre e solo quello direttamente conferito dalla legge italiana, e da essa direttamente disciplinato.

Se poi ci si volesse chiedere la ragione ultima di una situazione siffatta, la risposta non sarebbe difficile. Essa va ricercata nella intrinseca limitazione territoriale propria dei diritti a carattere monopolistico, quale il diritto di autore e tutti gli altri diritti attinenti al settore della c.d. proprietà industriale¹⁶. Pur essendo assimilabili, per molti aspetti, ai diritti reali tradizionalmente noti al diritto civile, essi se ne distinguono proprio perché la limitazione territoriale del potere monopolistico conferito dallo Stato non segue alla determinazione della sfera di applicabilità della legge interna attuata a mezzo dei normali principi di diritto internazionale privato, ma la *precede*, superandola e rendendola inutile, essendo connotato immanente del potere stesso. Esso infatti nasce come potere di utilizzazione esclusiva nell'ambito del territorio, alla cui estensione è intrinsecamente correlato¹⁷. E poco importa, a questi fini, che il potere sia conferito con un vero e proprio atto amministrativo di concessione, come accade per alcuni diritti di privativa attinenti alla proprietà industriale, oppure nasca al solo verificarsi dei presupposti richiesti in via generale dalla legge, come è per il caso del diritto di autore: in tutti i casi, la coincidenza con il limite del potere dello Stato è insita nella stessa natura e portata del diritto attribuito, e trova del resto riscontro nella limitazione territoriale del contenuto del provvedimento del giudice che provvede alla tutela inibendo ai terzi eventuali utilizzazioni abusive. In tutti i casi, infatti, la finitezza del territorio statale non rileva soltanto, come è ovvio, quale limite del valore dell'atto giurisdizionale, ma prima ancora come limite territoriale della portata dell'inibitoria: la quale è data, e non può che essere data, solo ed esclusivamente per le attività che si svolgono nel territorio (e ciò importa, contrariamente a quanto talora ritenuto erroneamente dalla giurisprudenza¹⁸, l'inammissibilità del riconoscimento stesso della relativa decisione nell'ambito di un diverso ordinamento).

¹⁶ Cfr. in generale, sul punto, ASCARELLI, *Teoria della concorrenza* cit., pp. 341 ss., 874 ss., rispettivamente per tutte le creazioni intellettuali e specificamente per il diritto di autore; FABIANI, voce *Diritti d'autore*, in *Novissimo Digesto it., Appendice*, II, Torino, 1981, pp. 1113 ss., 1122 ss.

¹⁷ Insiste sul carattere meramente apparente dell'analogia fra la localizzazione della cosa nei conflitti di leggi in tema di cose materiali, e la territorialità dell'esclusiva, ASCARELLI, *Teoria della concorrenza* cit., p. 344.

¹⁸ Si veda, ad esempio, la decisione della Corte di Appello di Milano, 18 giugno 1965, *Hubner & Koch c. Spa Italiana Catene Calibrate Regina*, in questa *Rivista*, 1965, p. 745. Si veda anche Trib. Milano, 14 giugno 1965, *Carl Zeiss c. V.E.B. Carl Zeiss*, *ivi*, 1965, p. 721; e sul punto, LIEBMAN, *Oggetto e limiti della delibazione incidentale*, *ivi*, 1966, p. 209 ss., a p. 215 s.

4. *Spazi di operatività per meccanismi di rinvio: diritto morale, titolarità e violazioni*

È appena il caso di sottolineare ancora che, com'è naturale, la esclusività che ciascun sistema giuridico rivendica a sé stesso in materia di disciplina del diritto di autore riguarda contenuto, portata e tutela del diritto di utilizzazione economica. In termini diversi possono porsi viceversa altri problemi, per la soluzione dei quali i consueti meccanismi di rinvio trovano spazi di utilizzazione. Così, ad esempio, per quanto concerne il c.d. diritto morale di autore, che riguarda a ben vedere la sfera della personalità, e pertanto i relativi diritti. Così, ancora, per quanto riguarda la titolarità del diritto sull'opera dell'ingegno, sia in generale, sia nei casi più specifici di opere collettive, di opere create da lavoratori dipendenti o su commissione. In tale ambito, mentre certamente è applicabile la legge dello Stato che assicura la tutela dell'opera, nulla esclude che tale legge possa essere richiamata e applicata anche nell'ambito di Stati diversi, in virtù delle relative norme di diritto internazionale privato. A ben vedere, peraltro, ciò non accade in conseguenza del funzionamento di una norma generale in materia di diritto di autore, che non risulta configurabile per le ragioni esposte: ma in virtù dei generali principi internazionalprivatistici relativi ai diritti sulle cose, come in Italia da quello espresso dall'art. 22 disp. prel. cod. civ.¹⁹.

Sotto altro profilo, risulta chiaro che regolamentazioni straniere possono – e debbono – essere tenute presenti, ove non si tratti di farne applicazione diretta al fine di ottenere la tutela del diritto nell'ambito del territorio dello Stato del foro. Ancora una volta, si tratterà di tenerne conto in virtù di principi espressi dalle norme generali di diritto internazionale privato. Si pensi ad esempio all'ipotesi già ricordata di violazione commessa all'estero del diritto di utilizzazione economica di un'opera protetta dal diritto locale (ad esempio, esecuzione all'estero di opera musicale da parte di un'orchestra italiana, in ipotesi illecita secondo la legge locale). In un caso del genere, la rilevanza del diritto straniero non dipende dal suo richiamo ad opera di una norma internazionalprivatistica specifica in materia di diritto di autore, ma dalla competenza della legge locale in materia di responsabilità²⁰. Oppure, si pensi al caso di atti di disposizione di diritti su opere dell'ingegno

¹⁹ Nulla impedisce di riconoscere che, per quanto concerne la titolarità del diritto, sia applicabile il principio generale espresso dall'art. 22 disp. prel., il quale di per sé può ben essere interpretato in modo tale da ricomprendere anche diritti su beni c.d. immateriali: purché, però, non si pretenda di ricostruire la norma nel senso di conferirle anche la stessa portata che essa ha in relazione ai diritti sulle cose materiali.

²⁰ Nella materia dei marchi d'impresa la competenza della legge locale *ex art. 25*, secondo comma disp. prel. per tutto quanto concerne il regime del marchio è sostenuta da AUTERI, *Territorialità del diritto di marchio e circolazione di prodotti «originali»*, Milano, 1973, p. 91 ss., che considera la *lex loci delicti* competente a regolare anche i presupposti dell'illecito e pertanto idonea a costituire il fondamento del principio di territorialità. Viceversa, secondo la tesi qui accolta, il richiamo alla legge locale *ex art. 25*, secondo comma disp. prel. riguarda soltanto le conseguenze dell'illecito, ed i

tutelate da leggi straniere. Rispetto a tali diritti la legge straniera rileva ovviamente nella sua concreta lealtà ed entro il proprio ambito di applicazione quale da essa stessa segnato, come insieme di regole che definiscono il «bene» in senso giuridico oggetto di disposizione. Non certo, invece, come definizione del contenuto del diritto, al fine di farne applicazione nell'ambito di un sistema diverso da quello per il quale esso è conferito, proprio perché si tratta di un insieme di facoltà esclusive che spettano all'autore soltanto nell'ambito del territorio straniero considerato.

In sintesi, come emerge dalle ipotesi sopra esposte, si può dire che la legge del Paese di tutela dell'opera dell'ingegno può acquistare rilievo in virtù del normale meccanismo internazionalprivatistico, e precisamente in virtù della norma relativa ai diritti sulle cose (art. 22 disp. prel. cod. civ.), soltanto al fine di conferire rilevanza giuridica al mero fatto che una determinata opera gode di tutela all'estero a favore di certi soggetti, e quindi ai fini della definizione dei beni immateriali *ivi* esistenti e dei titolari dei relativi diritti. Non dunque allo scopo di rendere applicabile in altro Stato la disciplina del contenuto dei diritti in sé stessi.

5. *Le convenzioni internazionali in materia di diritto di autore*

Se il modo di essere delle legislazioni nazionali in materia di diritto di autore è quello che risulta dai cenni sin qui svolti, è facile comprendere la direzione adottata dalle convenzioni internazionali che sono intervenute sin dagli ultimi decenni del secolo scorso al fine di estendere la tutela conferita su base puramente interna.

Proprio perché si tratta di materia sottratta, in via di principio, al normale funzionamento di regole di conflitto, le convenzioni non si sono affatto preoccupate di incidere su quest'aspetto, ma si sono sforzate di ammettere gli stranieri al godimento dei diritti riconosciuti ai cittadini dalle legislazioni nazionali. Procedimento, questo, tipico degli accordi internazionali in tema di trattamento degli stranieri in genere, sia bilaterali, sia plurilaterali, specie per quanto attiene al conferimento agli stranieri di situazioni giuridiche a carattere pubblicistico in generale²¹.

Limitando il discorso, per ovvie esigenze di speditezza, alle due maggiori convenzioni internazionali in materia – quella di Berna del 9 settembre 1886 per la

presupposti di questo devono essere valutati dal punto di vista della legge locale senza che ciò comporti automaticamente la rilevanza, dal punto di vista del sistema di diritto internazionale privato del foro, di tutto quanto riguarda tali presupposti (sul problema generale cfr. LUZZATTO, *Stati giuridici e diritti assoluti nel diritto internazionale privato*, Milano, 1965, spec. p. 42 ss.).

²¹ In genere, sugli accordi in materia di trattamento di stranieri, NASCIBENE, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, 1984, spec. pp. 79 ss., 185 ss.; e sulla differenza rispetto alle normative di diritto internazionale privato, CAPOTORTI, *Lezioni di diritto internazionale privato, Parte speciale, La capacità*, Bari, 1966, p. 21 ss. Sulle convenzioni nella materia che qui interessa, VENTURINI, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 62 ss.

protezione delle opere letterarie ed artistiche, e la convenzione universale del diritto di autore, conclusa a Ginevra il 6 ottobre 1952, rivedute da ultimo a Parigi con atto del 24 luglio 1971²² –, va subito messo in rilievo che i principi di fondo consacrati in tali convenzioni sono sostanzialmente due: da un lato, quello c.d. di assimilazione dello straniero al cittadino (trattamento nazionale), e, dall'altro, quello di un trattamento minimo garantito dalle stesse norme convenzionali.

Il primo criterio, che costituisce nella sostanza un'applicazione generalizzata del principio della reciprocità, prevede che agli autori sia garantito, per le opere protette dalla convenzione, in tutti i Paesi facenti parte dell'Unione di Berna diversi dal Paese di origine, il godimento dei diritti conferiti attualmente od in futuro dalle rispettive leggi nazionali ai cittadini (art. 5, n. 1 convenzione di Berna). Si tratta, evidentemente, di un criterio che, dal punto di vista della logica del d.i.p., conferma il rilievo esclusivo del criterio della territorialità, sul quale già si è in precedenza insistito: in quanto esclude che i cittadini di altri Stati dell'Unione possano invocare una protezione diversa da quella prevista dalla legge locale, e presuppone che il sorgere, il contenuto e l'estinzione dei diritti conferiti agli autori siano interamente disciplinati dalla legge stessa (si veda al riguardo l'art. 5, n. 2 della convenzione).

In connessione con il principio del trattamento nazionale, è necessario ai fini della convenzione stabilire quali siano le opere dell'ingegno tutelate dalla stessa, e quale sia la c.d. legge di origine, ossia il Paese di origine dell'opera. Sotto il primo profilo, sono considerate come «unioniste» e pertanto tutelate le opere pubblicate o non pubblicate di autori che abbiano la cittadinanza di Paesi appartenenti all'Unione; oppure le opere pubblicate per la prima volta in uno di tali Paesi (o simultaneamente in uno di essi e in uno straniero), se l'autore non appartiene ad uno Stato unionista per nazionalità. La residenza abituale è invece equiparata alla nazionalità ai fini della tutela (art. 3 della convenzione). Viene considerata simultanea la pubblicazione avvenuta in due o più Paesi entro trenta giorni dalla prima pubblicazione. Per pubblicazione, poi, la convenzione intende la moltiplicazione dell'opera in più esemplari, e non la eventuale rappresentazione di opera drammatica o cinematografica, l'esecuzione di opera musicale, la trasmissione a distanza di opera letteraria, l'esposizione di opera d'arte o la costruzione di opera dell'architettura²³.

²² La convenzione di Berna del 1886 nel testo di Parigi del 1971 è stata resa esecutiva in Italia con la legge 20 giugno 1978 n. 399 ed in base alla delega disposta da tale legge è stato poi emanato il d.p.r. 8 gennaio 1979 n. 19: sulla convenzione nel testo di Parigi cfr. UBERTAZZI (L. C.), in *Le nuove leggi civili commentate*, 1984, p. 1021 ss., con ampia ricostruzione anche dei principi internazionalistici generali che ne devono stare alla base, e sul d.p.r. n. 19/79, AUTERI, *ivi*, 1980, p. 148 ss. Invece la convenzione di Ginevra del 1952 nel testo di Parigi è stata resa esecutiva in Italia con legge 16 maggio 1977 n. 306 (su di essa cfr. JARACH, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1981, p. 355 ss.) e tale legge è stata poi integrata con la legge 31 marzo 1983 n. 102 per quanto concerne l'applicazione dell'art. IV, n. 4, della convenzione universale (su cui *infra* nel testo).

²³ Sul principio del trattamento nazionale, e sul modo in cui esso è applicato nelle convenzioni

Sotto il secondo profilo, la convenzione detta, all'art. 5, n. 4, regole particolareggiate per la determinazione del Paese d'origine dell'opera, che acquista nel sistema convenzionale rilevanza a diversi fini, ed anzitutto a quello della definizione della durata della protezione. In via di principio, Paese d'origine è quello di pubblicazione o quello nazionale dell'autore, con regole particolari per le opere cinematografiche, architettoniche e dell'arte grafica e plastica, nonché per il caso di pubblicazione simultanea in più Paesi, tutti dell'Unione o anche estranei ad essa.

Come si è rilevato, la convenzione di Berna conferisce peraltro, oltre la generica assimilazione di cui si è detto, anche un fascio di diritti costituenti un minimo che gli Stati contraenti sono tenuti a garantire²⁴. Tra questi, oltre alla definizione del preciso contenuto dei vari aspetti dei diritti patrimoniali riconosciuti agli autori, figura l'esenzione da qualsiasi formalità per ciò che attiene all'acquisto del diritto. In virtù di tale principio, la protezione accordata in ciascun Paese dell'Unione è indipendente dal compimento di qualsiasi formalità, tanto prevista dalla legge di quel paese, quanto prevista dalla legge del Paese di origine²⁵. Altro diritto speciale garantito dalla convenzione è ancora il minimo della durata di protezione assicurato agli autori, che è – come per la legge italiana – di cinquanta anni dopo la morte dell'autore (art. 7), con regole speciali per i casi di anonimi, pseudonimi e pluralità di autori. Se uno Stato aderente alla convenzione consente una protezione più lunga di quella minima, la maggior protezione è accordata anche alle opere di altri Stati contraenti, purché non oltrepassi il limite di durata stabilito nel Paese di origine (art. 7, n. 8).

A proposito di ciascun caso concreto, sarà dunque sempre essenziale l'accertamento del Paese di origine dell'opera dell'ingegno, della durata di protezione in questo prevista e delle altre eventuali particolarità che possano differenziare da quello generale il regime giuridico vigente a proposito di un determinato Paese, tenuto anche conto del fatto che il complesso di norme vevoli nei confronti dei diversi Stati contraenti può non coincidere nel caso che gli Stati interessati siano parti di diversi testi di revisione della convenzione di Berna²⁶.

Lo schema di base adottato dalla convenzione di Unione di Berna si trova riprodotto, nella sua struttura essenziale, dalla convenzione universale del diritto di autore conclusa a Ginevra nel 1952. Come è ben noto, la stipulazione di tale convenzione ha consentito di superare il carattere prevalentemente «europeo» dell'Unione di Berna, permettendo la adesione di Stati quali gli Stati Uniti e l'Unione Sovietica, e così un notevole allargamento della sfera di applicazione della di-

internazionali in parola, cfr. DESBOIS, FRANÇON, KEREVER, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Paris, 1976, spec. pp. 8 ss., 135 ss.

²⁴ DESBOIS, FRANÇON, KEREVER, *op. cit.*, pp. 20 ss., 140 ss.

²⁵ Cfr. art. 5, n. 2 della convenzione.

²⁶ Su questi problemi, si veda particolarmente JARACH, *Manuale del diritto d'autore*, Milano, 1983, p. 248 ss.

disciplina convenzionale. Ma se ciò non è avvenuto senza qualche inevitabile compromesso ed una certa diminuzione dell'incidenza della disciplina stessa e della protezione da essa conferita, è pur vero che la convenzione universale procede anch'essa secondo le linee fondamentali che sono proprie del sistema di Berna²⁷.

Anche nella convenzione universale si trova infatti stabilito in primo luogo il principio dell'assimilazione ai nazionali, prevedendo che le opere pubblicate per la prima volta in uno degli Stati contraenti o appartenenti – se non pubblicate – ad un cittadino di tali Stati, godono negli altri Stati aderenti della stessa protezione che questi accordano o accorderanno alle opere dei propri cittadini (art. II). Ed anche la convenzione universale contiene la previsione di un minimo di protezione, che è obbligo di tutti gli Stati contraenti di garantire: sia per ciò che riguarda la specificazione dei diritti degli autori tutelati dalle leggi nazionali degli Stati contraenti (art. IV *bis*) sia per quanto attiene alla durata della protezione, che non deve essere inferiore in via generale (ed a parte singole categorie di opere, come quelle fotografiche o le opere d'arte applicate all'industria) a venticinque anni (art. IV della convenzione). A questo proposito, va ricordato che – a differenza della convenzione di Berna – quella universale prevede che la durata della protezione sia quella dello Stato in cui è richiesta, ma che nessuno Stato è tenuto a proteggere l'opera per un periodo più lungo di quello ad essa assicurato nel Paese di origine. Per esercitare la facoltà di ricondurre la durata della tutela nei limiti della reciprocità, lo Stato contraente deve pertanto provvedere espressamente in tal senso: ed è interessante ricordare che l'Italia, dopo aver espresso la volontà di comportarsi in tal senso con dichiarazione all'atto della ratifica, ha poi provveduto recentemente, con la legge 31 marzo 1983 n. 102, a sancire legislativamente la limitazione²⁸.

Radicalmente diversa è invece, rispetto alla convenzione di Berna, la disciplina delle formalità cui può essere sottoposto in uno Stato contraente l'acquisto del diritto. È noto che proprio questo punto aveva creato notevoli difficoltà nei rapporti relativi ad opere di autori statunitensi, poiché la legge di tale Paese richiede l'adempimento di speciali formalità per la tutela, e determina la relativa durata in due periodi di ventotto anni ciascuno, decorrenti dalla data di pubblicazione dell'opera; qualora non venga chiesto il rinnovo della tutela prima della scadenza del primo periodo, l'opera cade in dominio pubblico²⁹.

La convenzione universale, non potendo sopprimere l'esigenza di qualsiasi formalità come quella di Unione di Berna, prevede all'art. III che le formalità previste negli Stati contraenti possano essere sostituite con l'apposizione sull'opera e su tutti i suoi esemplari del simbolo © accompagnato dal nome dell'autore o di qualsiasi altro titolare del diritto, e seguito dalla data di prima pubblicazione dell'opera, ove autori e titolari del diritto non siano cittadini dello Stato in cui la

²⁷ JARACH, *op. ult. cit.*, p. 254 ss.; DESBOIS, FRANÇON, KEREVER, *op. cit.*, p. 72 ss.

²⁸ Su questa legge cfr. *supra*, nota 21 e UBERTAZZI (L. C.), in *Le nuove leggi*, cit., 1984, p. 1021 ss.

²⁹ Per questa disciplina, cfr. JARACH, *op. ult. cit.*, p. 254 ss.

formalità è richiesta. Disposizione questa che, se è valsa a superare le divergenze fra i vari sistemi in ordine alle formalità richieste per la protezione dalla legge interna, crea peraltro alcuni problemi pratici, in vista del fatto che qualsiasi errore anche formale nell'apposizione delle indicazioni richieste espone l'opera al rischio della caduta in dominio pubblico; ed in vista della circostanza che l'indicazione del nome dell'avente diritto può essere diversa, a seconda del modo in cui dalla rispettiva legge regolatrice è disciplinato il contratto con cui si sia eventualmente disposto del diritto di autore³⁰.

Sotto altro profilo, la distinzione in due periodi della durata di protezione secondo la legge statunitense è resa rilevante dalla convenzione universale, la quale ha stabilito che se la protezione è divisa in due periodi e l'opera non è più protetta nel secondo per mancato adempimento delle formalità richieste al fine di assicurare la protezione stessa, gli altri Stati contraenti non sono tenuti a garantirla in tale secondo periodo (art. IV, n. 4 *b*). Anche a tale proposito, l'Italia si è valsa della facoltà così stabilita, prima con dichiarazione all'atto della ratifica e poi con la già citata legge 102/83.

Le convenzioni internazionali in parola, delle quali sono state qui assai sommariamente ricordate alcune fra le più caratteristiche disposizioni, costituiscono oggi i testi fondamentali della disciplina internazionale della materia, dalla quale la prassi non può più prescindere, e il canale attraverso il quale ogni innovazione della tutela internazionale è destinata a confluire anche in vista dell'istituzionalizzazione compiuta con la creazione dell'OMPI³¹. Ciò spiega il carattere singolarmente composito e complesso della disciplina in esse contenuta, che sulla base iniziale di relativamente poche disposizioni – e ciò vale soprattutto per la convenzione di Berna – è venuta man mano trasformandosi in un intreccio complesso di disposizioni eterogenee, tendenti ad includere la disciplina di aspetti fra i più vari della materia, anche là dove l'adozione di testi *ad hoc* sarebbe stata certo preferibile al fine di una maggiore chiarezza e linearità di disciplina. Si pensi ad esempio all'introduzione di norme sul trattamento dei Paesi in via di sviluppo, ai quali si tende ad assicurare speciali privilegi come la facoltà di licenze obbligatorie, ad esempio per il diritto di traduzione delle opere straniere (cfr. art. V *ter* della convenzione universale). Tali innesti successivi non hanno comunque fatto scomparire le caratteristiche essenziali delle convenzioni, che non tendono a porre criteri di applicazione delle leggi nazionali, ma a prescrivere, accanto al principio del trattamento nazionale, un minimo di tutela peraltro sempre più variamente atteggiato³².

³⁰ Cfr. ancora JARACH, *op. ult. cit.*, p. 257.

³¹ L'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale (OMPI) è stata istituita con la convenzione di Stoccolma del 14 luglio 1967, esecutiva in Italia con l. 28 aprile 1976 n. 424 e su di essa cfr. DI BLASE, voce *Organizzazione mondiale nella proiezione della proprietà intellettuale*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, p. 372 ss.

³² Per le caratteristiche generali della convenzione di Berna in relazione alle leggi nazionali degli Stati contraenti, cfr. UBERTAZZI (L. C.), in *Le nuove leggi cit.*, 1984, p. 1021 ss.

6. Diritto d'autore, territorialità e norme comunitarie

Il carattere intrinsecamente territoriale dei diritti sulle opere dell'ingegno nel senso sopra indicato, che ne fa delle entità separate e indipendenti per ciascuno Stato, è inevitabilmente destinato ad entrare in contrasto con le esigenze derivanti dall'esistenza di un'area economica integrata, entro la quale i fattori della produzione debbano essere in grado di circolare liberamente.

Tale contrasto, certamente esistente sul piano del fatto, è stato ritenuto rilevante anche a livello giuridico, e risolto alla luce di alcune disposizioni del diritto comunitario nell'ambito della Comunità economica europea. E ciò in parallelo a quanto accaduto a proposito degli altri diritti appartenenti alla c.d. proprietà industriale, ad onta dei dubbi sussistenti in ordine alla possibilità di sussumere la materia del diritto di autore nell'ambito di quest'ultima.

Nel totale silenzio del trattato istitutivo della Comunità per quanto riguarda il diritto di autore propriamente detto, la Corte di giustizia ha ritenuto – in una nota decisione del 20 gennaio 1981 relativa al caso *GEMA*³³ – che l'espressione «proprietà industriale e commerciale», usata dall'art. 36 del trattato in connessione con l'eccezionale deroga da questo statuita ai divieti di cui agli articoli da 30 a 34, «comprende la protezione conferita dal diritto di autore, particolarmente qualora questo venga sfruttato commercialmente mediante la concessione di licenze che possono incidere sulla distribuzione, nei vari Stati membri, di merci che incorporano l'opera letteraria o artistica tutelata» (il c.d. *corpus mechanicum*)³⁴. Su questa base, il rapporto tra l'intrinseca territorialità del diritto di autore e le regole del trattato, in particolare quelle relative alla libertà di circolazione delle merci, va valutato alla luce degli stessi principi che la Corte ritiene applicabili alla disciplina comunitaria dei diritti di proprietà industriale propriamente detti: e non è evidentemente il caso di indugiare in una critica – che, pure, non mancherebbe di buoni argomenti – circa la fondatezza della suindicata premessa assunta dalla Corte (soprattutto in vista del fatto che l'equiparazione ai diritti di proprietà industriale e commerciale è stata compiuta esclusivamente in vista di alcune affinità esistenti fra le varie categorie di diritti, senza compiere un più approfondito esame delle relative caratteristiche), posto che essa sembra ormai appartenere, in virtù della ben nota portata sostanziale delle decisioni della Corte, al diritto comunitario positivo³⁵.

³³ *Musik-Vetrieb Membran GmbH e K-tel International c. GEMA* (Libera circolazione dei dischi: diritti d'autore, cause riunite 55 e 57/80), in *Raccolta della giurisprudenza*, 1981, p. 147 ss. In maniera assai più cauta la Corte di giustizia comunitaria si era espressa dieci anni prima, nel caso *Deutsche Grammophon Gesellschaft c. Metro-SB-Grossmärkte*, sentenza dell'8 giugno 1971 in causa 78/70, *ibidem*, 1971, p. 487 ss.

³⁴ Per la nota distinzione fra *corpus mechanicum* e *corpus mysticum*, cfr. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza* cit., p. 695 ss.

³⁵ Oltre a quelle citate alla nota 32, si veda la decisione della Corte di giustizia del 22 gennaio 1981 nel caso *Dansk Supermarked A/S c. Imerco*, causa 58/80, in *Raccolta* cit., 1981, p. 181 ss. Cfr.

Importa invece ricordare brevemente le conseguenze che da quell'equiparazione sono suscettibili di discendere, e quelle che la Corte ne ha fino ad oggi espressamente derivate.

Come è noto, l'evoluzione del diritto comunitario in materia di diritti di proprietà industriale, compiutasi sulla scorta di numerose decisioni della Corte di giustizia, è nel senso di distinguere tra *esistenza* del diritto di proprietà industriale in sé stessa considerata, ed *esercizio* del medesimo. Mentre la prima è di per sé sottratta – in via di principio e come tale – all'applicazione delle norme del trattato sulla libera circolazione delle merci, in virtù dell'eccezione stabilita dall'art. 36, diversamente è a dire per quanto concerne il secondo, in quanto la norma dell'art. 36, come regola eccezionale, non può ammettere deroghe a quel principio fondamentale della Comunità se non in quanto esse siano giustificate dalla necessità di salvaguardare i diritti che costituiscono l'oggetto specifico della proprietà industriale e commerciale. Al fine di stabilire se un determinato diritto possa prevalere sull'assolutezza del principio della libera circolazione delle merci, è pertanto necessario definire con esattezza tale oggetto specifico, per stabilire quali sono le limitazioni a tale libertà accettabili secondo l'art. 36 del trattato³⁶.

In questo modo, evidentemente, le istituzioni comunitarie vengono investite del compito di *ridefinire* secondo poteri largamente discrezionali la ragion d'essere e il contenuto di tutti i diritti riconducibili alla categoria: e questa larga attribuzione di poteri, per vero non certo immediatamente desumibile dal tenore dei testi, non ha mancato di suscitare vivaci critiche, in vista anche del modo in cui detti poteri sono stati esercitati³⁷. In particolare, la Corte ha ormai sviluppato in una serie di decisioni una sua costante giurisprudenza secondo la quale il titolare di un diritto di proprietà industriale e commerciale non potrebbe invocare la legislazione interna che conferisce detto diritto per opporsi all'importazione nel territorio di uno Stato membro di un prodotto che sia posto lecitamente in commercio in altro Stato membro dallo stesso titolare o con il suo consenso (ad esempio, attraverso un licenziatario): e ciò in quanto tale possibilità non è considerata indispensabile al fine di tutelare nella loro essenza i diritti esclusivi conferiti dalla privativa na-

anche la decisione del 9 febbraio 1982, in causa 270/80. *Polydor Limited e RSO Records Inc. c. Harlequin Records Shops e Simons Records Ltd.* (*ibidem*, 1982, p. 329 ss.).

³⁶ Su tali principi, che hanno condotto all'affermazione del c.d. esaurimento comunitario dei diritti di proprietà intellettuale ed industriale, cfr. KOCH, FROSCMAIER, *Patentgesetze und Territorialitätsprinzip im Gemeinsamen Markt*, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Ausl. Teil*, (GRUR Int.), 1965, p. 121 ss., e la successiva notissima giurisprudenza comunitaria sulla quale per tutti, FLORIDIA, *La proprietà industriale nel mercato comune*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, V, Padova, 1982, pp. 381 ss., 430 ss. Cfr. anche la sintesi di UBERTAZZI (L. C.), con riferimento al caso *Polydor* (*supra*, nota 35), *Esaurimento comunitario della proprietà industriale ed importazioni da paesi terzi*, in *Foro it.*, 1982, IV, 249 ss.

³⁷ Per qualche critica di tali indirizzi comunitari dal punto di vista internazionalistico (ormai, comunque, superata dal consolidarsi della giurisprudenza della Corte), si veda LUZZATTO, *Industrial Property Rights in the EEC: An International Law Approach*, in *Italian Year Book Int. Law*, 1975, p. 112 ss.

zionale. Tale principio è stato espressamente considerato applicabile dalla Corte anche in materia di diritto d'autore, e più propriamente per il diritto di utilizzazione economica dell'opera dell'ingegno. Come ha dichiarato la Corte nel già citato caso *GEMA* «lo sfruttamento commerciale del diritto di autore, oltre a costituire una fonte di reddito per il suo titolare, costituisce anche una forma di controllo della messa in commercio da parte del titolare stesso, delle società per la gestione dei diritti di autore che agiscono in suo nome e dei licenziatari. Da questo punto di vista, lo sfruttamento commerciale del diritto di autore pone gli stessi problemi sollevati dallo sfruttamento degli altri diritti di proprietà commerciale ed industriale»³⁸.

La Corte perviene così ad applicare all'ipotesi dei diritti patrimoniali d'autore quello stesso principio dell'«esaurimento comunitario del diritto» già affermato in materia di marchi e brevetti per invenzione, che costituisce in buona sostanza una *limitazione* o *erosione* di una parte del contenuto della privativa conferita dal diritto nazionale, in quanto ne elimina il connotato tipico della territorialità. E se è inutile soffermarsi, come già detto, su di una critica dei fondamenti positivi della tesi (che dovrebbe partire dalle stesse premesse, indagando ad esempio come si possa considerare misura equivalente ad una restrizione quantitativa nel senso dell'art. 30 del trattato la sentenza del giudice interno che fa applicazione del diritto nazionale in tema di diritti di privativa), non si può tralasciare di sottolineare come in tale modo si voglia far raggiungere al diritto comunitario dei risultati che presupporrebbero una già raggiunta *unificazione*, o per lo meno *armonizzazione*, delle legislazioni nazionali nella materia, che invece appare ancora ben lontana dal verificarsi³⁹.

Nella «ridefinizione» comunitaria del contenuto essenziale dei vari diritti a carattere patrimoniale riconducibili alla categoria del diritto di autore e dei diritti connessi, il cammino delle istituzioni comunitarie appare soltanto all'inizio: né risulta allo stato possibile anticiparne con sicurezza il divenire. Manca, infatti, una precisa determinazione di ciò che la Corte (o la Commissione) considerino come intrinseco all'esistenza del diritto, e di ciò che invece attenga soltanto all'esercizio di questo, contrariamente a quanto risulta ormai dalla giurisprudenza in materia di altri diritti contemplati dall'art. 36 del trattato C.E.E., come quelli di proprietà industriale.

Alcune indicazioni sono però possibili. Anzitutto, non attiene al contenuto ed all'esistenza, ma soltanto all'esercizio del diritto di autore, il potere di far valere le facoltà garantite in via generale dalla legislazione di uno Stato membro della Comunità al fine di impedire la libera circolazione dell'opera o del bene oggetto del diritto che sia stata posta lecitamente in commercio in altro Stato membro dal titolare del diritto o con il suo consenso. Ciò non è altro che l'applicazione al set-

³⁸ *Raccolta cit.*, 1981, p. 162 (par. 13 della sentenza della Corte).

³⁹ Nonostante l'avvio di studi nel settore, come testimonia l'opera di DIETZ, *Copyright Law in the European Community*, Alphen aan den Rijn, 1978.

tore del diritto d'autore della regola generale stabilita dalla Corte a proposito di qualsiasi diritto di proprietà industriale, ed è stata applicata in particolare alla circolazione di dischi e musicassette nei casi *Deutsche Grammophon* e *GEMA*⁴⁰.

Attiene invece all'esistenza del diritto, secondo la Corte⁴¹, il potere di pretendere la riscossione di un canone in occasione dell'esecuzione pubblica mediante dischi o altri supporti sonori di opere protette dal diritto di autore, come il diritto complementare di riproduzione meccanica previsto dal diritto francese, che si applica allo stesso modo a supporti sonori di origine francese o di altri Stati e non costituisce pertanto discriminazione arbitraria o restrizione dissimulata negli scambi intracomunitari.

Ulteriori indicazioni emergono dalla giurisprudenza quanto al diritto di autore su opere cinematografiche. Così, nel caso *Coditel I*⁴², la Corte ha affermato che deve considerarsi compreso nell'oggetto specifico del diritto di autore su opere di tale genere il potere di esigere canoni di licenza (*redevances*) per tutte le rappresentazioni delle medesime, senza che gli eventuali limiti geografici apposti dalle parti ai contratti di licenza possano essere di per sé considerati contrari ai principi del trattato: a meno che, naturalmente, essi non vengano utilizzati dalle parti al fine di creare delle barriere artificiali ai rapporti economici fra gli Stati membri⁴³.

Analogamente compreso nel contenuto e nell'oggetto essenziale del diritto di autore sull'opera cinematografica è stato giudicato, nel caso *Warner Brothers*⁴⁴, il diritto di percepire compensi da parte dell'avente diritto anche all'atto del noleggio di videocassette nell'ambito di uno Stato membro, anche ove tali cassette siano lecitamente importate da altro Stato membro, in base ad una legislazione che non discrimini a seconda della provenienza delle cassette medesime⁴⁵.

⁴⁰ Sentenze dell'8 giugno 1971, *Deutsche Grammophon*, e del 20 gennaio 1981, *GEMA* (*supra*, nota 32). Il principio non è stato ritenuto applicabile a dischi prodotti in Portogallo da licenziatari del titolare del diritto, ed ivi commercializzati, nel caso *Polydor*, prima dell'adesione del Portogallo alla C.E.E. (*supra*, nota 35). In generale sulla giurisprudenza della Corte in materia sino al 1982, cfr. REISCHL, *La protection de la propriété industrielle et commerciale et le droit d'auteur dans le marché commun*, in *Cahiers dr. européen*, 1982, p. 3 ss.

⁴¹ Si veda la decisione del 9 aprile 1987, *Bosset c. SACEM* (Gestione dei diritti d'autore – Disparità di normative nazionali, causa 402/85), non ancora pubblicata nella raccolta ufficiale della Corte.

⁴² Sentenza del 18 marzo 1980, *Coditel* e altri c. *Ciné-Vog Films* e altri, causa 62/79, in *Raccolta cit.*, 1980, p. 881 ss. Cfr. anche la decisione in pari data nella causa 52/79, *Procuratore del Re c. Debauwe* e altri, *ivi*, 1980, p. 833 ss.

⁴³ La Corte sottolinea in modo particolare il fatto che le limitazioni geografiche anche se coincidenti con le frontiere nazionali non possono avere un peso decisivo, in una situazione nella quale l'organizzazione televisiva degli Stati membri si basa largamente su monopoli legali di emissione (par. 16 della sentenza).

⁴⁴ Sentenza del 17 maggio 1988, *Warner Brothers Inc. e Metronome c. Christensen* (Diritti di autore, opposizione al noleggio di videocassette, causa 158/86), non ancora pubblicata nella raccolta ufficiale della Corte.

⁴⁵ Per questo motivo la Corte, pur considerando la legislazione danese in questione come una misura avente effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'importazione vietata dall'art. 30

Sempre in materia di opere cinematografiche, nel caso *Coditel II* è stato ritenuto dalla Corte⁴⁶ che, in vista della circostanza che l'opera può venire sfruttata soltanto attraverso la sua rappresentazione e che il valore patrimoniale del diritto si basa sulla possibilità di pretendere un compenso in occasione di ciascuna rappresentazione, e pertanto di garantire l'esclusività di queste, si deve considerare attinente alla stessa esistenza del diritto (e non al suo esercizio) il potere di concedere licenze esclusive anche per il territorio di singoli Stati membri della Comunità. E ciò anche se dovrà verificarsi caso per caso che l'esercizio del diritto non crei barriere ingiustificate rispetto alle necessità di tutela del titolare del diritto, quali ad esempio una durata eccessiva o canoni di licenza sproporzionati: e sempre che, naturalmente, non si tratti del risultato di un'intesa vietata ex art. 85 del trattato⁴⁷.

Infine, nel caso *Cinéthèque*⁴⁸, la Corte ha considerato compatibile con le norme degli articoli 30 e 36 del trattato una legislazione nazionale (nella specie, francese) che vieta la circolazione di videocassette, tanto nazionali che straniere, per un determinato periodo dall'inizio della pubblica rappresentazione dell'opera cinematografica⁴⁹.

Il breve *excursus* che precede lascia trasparire qualche singolarità della situazione emergente dalla citata giurisprudenza della Corte, come ad esempio il diverso trattamento riservato al diritto di *rappresentazione* dell'opera da un lato, non suscettibile di esaurimento e lecitamente conferibile per via di licenza esclusiva, anche limitatamente al territorio di un solo Stato membro, e al diritto di *riproduzione* dell'altro, soggetto invece al principio dell'esaurimento comunitario. Ma, soprattutto, esso dimostra con chiarezza come la situazione del diritto comunitario nel settore non possa ancora considerarsi soddisfacente, proprio in vista

del trattato C.E.E., ritiene però applicabile l'art. 36 nella parte in cui prevede come causa di giustificazione l'esistenza di motivi di tutela della proprietà industriale e commerciale.

⁴⁶ Sentenza del 6 ottobre 1982, *Codici SA* e altri c. *Ciné-Vog Films* e altri (causa 262/81), in *Raccolta cit.*, 1982, p. 3381 ss.

⁴⁷ Peraltro la sentenza esclude che il solo fatto di concludere licenze per Stati possa considerarsi un atto vietato in base al n. 1 dell'art. 85 del trattato C.E.E., proprio in vista del ruolo essenziale che l'esclusività svolge nel definire la portata del diritto.

⁴⁸ Sentenza dell'11 luglio 1985, *Cinéthèque c. Fédération Nationale du Cinema Français* (Diffusione di opere cinematografiche sotto forma di videocassetta: divieti nazionali, cause riunite 60-61/84), in *Raccolta cit.*, 1985, p. 2605 ss.

⁴⁹ In vista di quanto ritenuto dalla Corte nel caso *Cinéthèque*, sorge il quesito se siano ammissibili dal punto di vista comunitario restrizioni del tipo di quelle previste dalla legislazione francese, ove esse siano contrattualmente imposte dal titolare del diritto (come accade in diversi Paesi) nel senso di limitare il diritto del licenziatario di riprodurre l'opera in forma di videocassette escludendo l'esportazione della cassetta in altri Stati per un certo periodo durante il quale l'opera sia in corso di rappresentazione cinematografica in questi ultimi. Sulla base della decisione in questione, sembra si possa ritenere che si tratta di clausola intesa a proteggere un elemento essenziale del diritto di autore nel secondo Stato membro della Comunità, e che quindi essa non ricade nel divieto di cui all'art. 85 n. 1 del trattato, sempre che almeno il divieto sia temporaneo e di durata ragionevole.

dell'incertezza che ne deriva quanto ad una definizione comunitaria del diritto di autore interamente rimessa all'opera delle istituzioni. Sicché appare auspicabile l'intervento di una normativa uniforme dotata di quella maggior precisione che possa consentire di lasciare meno insoddisfatta l'esigenza primordiale della certezza del diritto.

Obbligazione. VI) Diritto internazionale privato e processuale: obbligazioni da contratto *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 1.1. La disciplina internazionalprivatistica delle obbligazioni vigente in Italia. – 1.2. Le tendenze più moderne in tema di disciplina internazionalprivatistica delle obbligazioni. – 2. L'autonomia privata nel diritto internazionale privato delle obbligazioni contrattuali. – 2.1. La posizione dell'autonomia privata nel sistema italiano. – 2.2. La valutazione dell'esercizio dell'autonomia privata nella scelta del diritto applicabile. – 2.3. L'internazionalità del rapporto contrattuale quale presupposto per l'esercizio della scelta della sua legge regolatrice: profili formali e sostanziali. – 2.4. I modi e il momento rilevanti per la designazione della legge regolatrice del rapporto. – 2.5. Il momento rilevante per accertare il contenuto normativo della legge designata. – 2.6. La scomposizione del rapporto contrattuale nella allocazione dei rischi relativi ad eventi normativi e nella scelta del diritto applicabile. – 2.7. Autonomia privata e sua rilevanza nell'applicazione del diritto uniforme. – 2.8. Autonomia privata e scelta di «internazionalizzazione» del rapporto contrattuale. – 2.9. Autonomia privata e scelta di «delocalizzazione» del rapporto contrattuale rispetto ad uno specifico ordinamento statale. – 3. Gli altri criteri di collegamento. – 3.1. La cittadinanza comune delle parti. – 3.2. Il luogo di conclusione del contratto. – 3.3. La nazionalità della nave e dell'aeromobile. – 3.4. Le nuove tendenze a livello internazionale e la loro rilevanza nell'ordinamento italiano. – 4. L'ambito di operatività della «lex contractus» ed i suoi limiti. – 4.1. L'ambito di applicazione generale della «lex contractus». – 4.2. La capacità delle parti contraenti. – 4.3. La legge regolatrice della forma del rapporto contrattuale. – 4.4. Il coordinamento dell'art. 25 disp. prel. con le altre norme di diritto internazionale privato: in particolare il contratto ad effetti reali. – 4.5. La rilevanza delle norme di applicazione necessaria dell'ordinamento italiano e di ordinamenti diversi. – 5. Le obbligazioni extracontrattuali. – 5.1. Considerazioni generali e tendenze attuali. Gli atti unilaterali. – 5.2. I fatti leciti. – 5.3. I fatti illeciti. – 6. Fonti normative. – 7. Bibliografia.

1. *Introduzione*

1.1. *La disciplina internazionalprivatistica delle obbligazioni vigente in Italia*

In conformità al carattere sintetico del sistema di norme italiane di diritto internazionale privato, risalente alla codificazione del 1865, ed in contrasto con le più recenti tendenze affermatesi a livello internazionale, l'intera materia delle obbligazioni è tuttora regolata in Italia da un solo articolo di legge, l'art. 25 disp.

* Pubblicato in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIV, 1990, pp. 1-23 (coautore: S.M. Carbone).

prel., che la considera unitariamente sotto il profilo della disciplina di conflitto. Tale articolo divide l'intera materia delle obbligazioni in due categorie, assumendo come elemento di distinzione il diverso carattere del fatto generatore dell'obbligazione, ossia dell'effetto che da tale fatto il diritto fa conseguire. E così la norma distingue fra obbligazioni «che nascono da contratto» (art. 25, 1° co.) e obbligazioni «non contrattuali» (art. 25, 2° co.), enunciando per le due diverse categorie una ben diversa disciplina internazionalprivatistica: le prime sono infatti sottoposte alla legge nazionale dei contraenti, se è comune; altrimenti a quella del luogo nel quale il contratto è stato concluso, fatta salva in ogni caso la diversa volontà delle parti. Le seconde, invece, sono regolate dalla legge del luogo ove è avvenuto il fatto dal quale esse derivano.

Da tale modo di disporre dell'art. 25 disp. prel. discendono diverse caratteristiche conseguenze. In primo luogo, l'estrema ampiezza della materia che deve essere ricondotta alla sfera di applicazione del primo comma dell'art. 25. In assenza di qualsiasi altra norma di conflitto che sia posta con specifico riferimento al «contratto» in sé stesso, è inevitabile ritenere – come pacificamente si ritiene – che vada ricondotto al 1° co. dell'art. 25 tutto ciò che attiene alla responsabilità precontrattuale, alla formazione del contratto, ai requisiti del consenso ed ai suoi eventuali vizi, alla determinazione dei vari tipi contrattuali, ai requisiti dell'oggetto, e così via: i soli limiti essendo, naturalmente, quelli risultanti da altre specifiche norme di diritto internazionale privato (capacità, forma: v. *infra*, 4.), oltre naturalmente a tutti gli aspetti degli effetti obbligatori in sé stessi (BALLARINO, T., [23], 848 ss.). In secondo luogo, il carattere «negativo» che è proprio della determinazione dell'oggetto del 2° co. dell'art. 25 (obbligazioni «non contrattuali») rende più problematica la determinazione del suo ambito di applicazione.

Va ritenuto al riguardo che la norma posseda un carattere in certo modo di chiusura, nel senso che essa non comprenda tutte quelle obbligazioni che ineriscono a rapporti autonomamente regolati da altre norme di diritto internazionale privato (come obbligazioni alimentari attinenti a rapporti di carattere familiare, obbligazioni attinenti a istituti di protezione degli incapaci, a rapporti di carattere successorio, reale, e così via: VITTA, E., [16], III, 442 ss.). E che, pertanto, le figure da ricondurre a tale norma siano quelle dei negozi unilaterali (promesse unilaterali, procura, titoli di credito, per indicare le figure direttamente disciplinate dal nostro legislatore), dei meri fatti leciti (gestione di affari, ripetizione di indebito, arricchimento senza causa) e dei fatti illeciti.

L'enunciazione degli specifici profili giuridici dell'obbligazione «contrattuale» e di quella «non contrattuale» operata dalle norme desumibili dall'art. 25 disp. prel. riconduce, naturalmente, all'esperienza ed alle partizioni sistematiche proprie del diritto privato italiano, ed anzitutto del codice civile. Peraltro il punto di riferimento di tali specifici profili deve essere, in ogni caso concreto, lo specifico istituto o realtà giuridica, italiana o straniera, che si presenta al giudizio dell'interprete, e non la semplice situazione fattuale non qualificata giuridicamente. Sicché i vari profili riconducibili all'art. 25 disp. prel. servono a far acquistare specifica

rilevanza giuridica in Italia come fenomeni di tipo «obbligatorio» a tutte le realtà che, nei sistemi che vi danno vita, presentano i connotati tipici capaci di farle rientrare nell'ambito dei profili stessi.

1.2. *Le tendenze più moderne in tema di disciplina internazionalprivatistica delle obbligazioni*

Il metodo sintetico proprio delle codificazioni classiche del diritto internazionale privato – di cui quella italiana del 1865 è stata uno dei primissimi esempi – tende oggi ad essere abbandonato, particolarmente per quanto riguarda la materia delle obbligazioni, in favore di metodi più analitici idonei a fornire agli interpreti strumenti più articolati ed adeguati alle specifiche esigenze dei rapporti obbligatori, contrattuali e non, ed alla multiforme realtà del commercio internazionale. Fenomeno, questo, che si accompagna del resto ad una certa erosione dell'area rimasta soggetta al metodo conflittuale classico in favore della disciplina attraverso la posizione di norme internazionalmente uniformi (notissimi esempi si hanno in campo di compravendita e di trasporto internazionale). Si vedano, al riguardo, gli esempi recenti della legge tedesca (Repubblica federale) del 25 luglio 1986 (entrata in vigore il 1° settembre 1986) e di quella svizzera del 18 dicembre 1987 (entrata in vigore il 1° gennaio 1989) (cfr. l'appendice al volume di AA.VV., *Problemi di riforma del diritto internazionale privato italiano*, Milano, 1986, 709 ss.); ma dal punto di vista italiano il fenomeno più importante è costituito dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, conclusa fra gli Stati membri della CEE ma non ancora entrata in vigore (l'Italia peraltro l'ha già ratificata e vi ha dato esecuzione con legge 18 dicembre 1984, n. 975: in forza dell'autorizzazione contenuta in tale legge l'atto di ratifica è stato depositato in data 28 giugno 1985). A prescindere dalle novità introdotte da tale Convenzione a proposito dei criteri di collegamento utilizzati, e della rilevanza accordata alle norme straniere di applicazione necessaria (sul che si veda *infra*, 3.4. e 4.5.), va rilevato che essa introduce una disciplina notevolmente articolata in materia di contratti conclusi dai consumatori, di contratti di lavoro, di cessione del credito, di surrogazione e di prova. La Convenzione, inoltre, è destinata a sostituire interamente la normativa interna di diritto internazionale privato, avendo – per espressa disposizione del suo art. 2 – carattere universale (o *erga omnes*, come pure si dice), nel senso che la legge designata si applica anche se è la legge di uno Stato non contraente. Va anche ricordato che inizialmente era stata ricompresa nell'ambito dell'*avant-projet* della Convenzione (del 1972) anche la materia delle obbligazioni extracontrattuali, che ne è stata poi stralciata: e non è attualmente possibile prevedere se e quando un'apposita convenzione verrà elaborata anche per questa parte della materia (v. sul progetto preliminare, GIULIANO, M.-LAGARDE, P.-VAN SASSE VAN YSSELT, Th., *Rapport concernant l'avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1973, 198 ss.; e, sul testo de-

finitivo, GIULIANO, M.-LAGARDE, P., *Relazione sulla Convenzione europea relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *G.U.C.E.*, C282, del 31.10.1980, nonché i contributi contenuti in TREVES, T., [44]).

2. *L'autonomia privata nel diritto internazionale privato delle obbligazioni contrattuali*

2.1. *La posizione dell'autonomia privata nel sistema italiano*

Caratteristica essenziale della disciplina del nostro sistema di diritto internazionale privato delle obbligazioni contrattuali è non solo l'impiego del criterio di collegamento costituito dalla volontà delle parti contraenti, ma soprattutto la posizione privilegiata che gli è riconosciuta. Infatti, la disposizione cardine di tale sistema, e cioè l'art. 25 disp. prel., accoglie, tra le diverse soluzioni possibili (e ampiamente dibattute in dottrina nel corso dei primi decenni di questo secolo a proposito del coordinamento tra l'art. 58 c. comm. e l'art. 9 disp. prel. 1865), quella che maggiormente esalta il potere delle parti nella scelta del diritto applicabile alle loro obbligazioni contrattuali indicando, tra l'altro, la chiara volontà dell'ordinamento italiano di conferire alle parti contraenti la facoltà di designare la legge regolatrice del contratto anche con riguardo a quegli aspetti che i vari ordinamenti statali regolano in virtù di norme non derogabili mediante clausole contrattuali. Il che si giustifica in quanto i contratti internazionali (cioè, rapporti che, essendo collegati in un modo o nell'altro con diverse comunità statali, interessano il commercio internazionale) non tollerano la rigorosa applicazione di concezioni valide per i contratti interni (sorti ed operanti nell'ambito di una singola comunità statale) e soprattutto in quanto le tecniche «localizzatrici» usate di solito per risolvere i conflitti di leggi mal si prestano ad un loro impiego che soddisfi completamente tutte le esigenze in gioco (DE NOVA, R., [21], 457).

Tale riconoscimento da parte del legislatore italiano (il cui esercizio dei propri poteri sovrani al riguardo è essenziale per consentire di realizzare gli effetti sopra indicati, come esattamente rilevato dalla dottrina: v. CURTI GIALDINO, A., [34], 796 ss.) è ampiamente giustificato, tra l'altro, dalla «funzione preventiva» («*Prophylactic*» secondo l'espressione di KAHN FREUND, O., *General Problems of Private International Law*, Leyden, 1976, 195 ss.) che è in grado di svolgere la volontà delle parti nella determinazione della legge regolatrice del contratto in considerazione, soprattutto, del suo unanime impiego come criterio di collegamento preferito da ogni ordinamento nella scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali. In questa prospettiva, non stupisce che la centralità della volontà quale criterio di collegamento del sistema italiano di diritto internazionale privato delle obbligazioni e la sua posizione di priorità rispetto a qualsiasi altro criterio di collegamento utilizzato insieme ad essa nelle varie disposizioni del nostro ordinamento (cfr. soprattutto, gli artt. 25, 1° co., disp. prel. e 10 c. nav.) siano da tem-

po riconosciute anche dalla giurisprudenza italiana: così, ad esempio, non si è esitato ad osservare che allorché l'art. 25 disp. prel. fa «salva, in ogni caso, la diversa volontà delle parti», intende significare che gli altri criteri di collegamento in tale norma impiegati devono «ritenersi irrilevanti ... nella ipotesi in cui le parti abbiano manifestato la volontà di assoggettare il rapporto ad una disciplina diversa» (Cass., 3 agosto 1968, n. 2795, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1969, 777) oppure, ancora più chiaramente, che i criteri di collegamento diversi dalla volontà delle parti hanno nel nostro sistema di diritto internazionale privato delle obbligazioni «una funzione unicamente suppletiva ove non sussista una designazione, operata dalle parti, della legge applicabile» (Trib. Roma, 25 giugno 1951, in *Giust. civ.*, 1951, 301) dovendosi ritenere «che il contratto può essere meglio disciplinato dalla legge che le parti stesse hanno scelto, in relazione alle concrete peculiarità del caso, e la scelta opera in modo non diverso da un qualsiasi altro criterio di collegamento in quanto i soggetti del rapporto, mediante la loro dichiarazione di volontà, raggiungono il fine specifico di stabilire la legge regolatrice del rapporto medesimo» (Cass., 30 aprile 1969, n. 1409, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1970, 332 ss.). Tanto che da parte di alcuni (ad esempio BALLADORE PALIERI, G., [15], 291) si è osservato che l'impiego di tale criterio nel nostro sistema è palesemente eccessivo non rappresentando, tra l'altro, la volontà delle parti un vero e proprio «momento di collegamento» ma piuttosto una «rinuncia da parte della legge a provvedere a determinarlo ed un rinvio alla volontà, quella delle parti, affinché provvedano esse a fissare il momento di collegamento idoneo per il loro contratto».

D'altronde, la centralità e la rilevanza del criterio di collegamento ora indicato nel sistema italiano di diritto internazionale privato trova una sua precisa spiegazione già nella prospettiva della sua formazione storica. Infatti, anche se assolutamente unanime è l'opinione che distingue, da un lato, la volontà delle parti intesa a determinare il contenuto materiale del contratto all'interno di un ordinamento competente a regolarne la disciplina e, dall'altro, la volontà delle parti rivolta ad indicare la legge regolatrice del contratto medesimo (v. ad esempio, VITTA, E., [16], III, 236 ss. ed ivi ampi riferimenti alla dottrina che si è occupata dell'argomento), è indubbio che l'impiego dell'autonomia privata come criterio di collegamento di diritto internazionale privato ha trovato riscontri normativi particolarmente significativi soprattutto nelle varie codificazioni influenzate (come sicuramente è quella italiana) dal modello napoleonico ed elaborate in un clima culturale favorevole a consentire ai contraenti di stabilire liberamente le regole del reciproco comportamento ed i loro rispettivi diritti ed obblighi. Resta comunque il fatto che a favore dell'accoglimento (e del largo impiego) di tale criterio di collegamento hanno anche sicuramente operato importanti argomenti che hanno consentito di imporne l'impiego in momenti storici ed in ambienti culturali contrari all'accoglimento di concezioni liberiste relative al diritto dei contratti. Tra questi, come già accennato, soprattutto l'artificiosità e l'incertezza dell'impiego dei collegamenti «obiettivi» (oltretutto largamente dipendenti anch'essi dalla volizione

delle parti) che possono essere superate e corrette con soddisfazione soltanto attraverso le indicazioni delle stesse parti interessate al rapporto contrattuale: e tra tali indicazioni non possono non essere anzitutto prese in considerazione le specifiche statuizioni contrattuali al riguardo formulate dalle parti.

Sono proprio queste ultime, infatti, i soggetti più qualificati (rispetto sia al legislatore sia al giudice, se pur entro limiti che saranno indicati in appresso) per operarne la elaborazione in un sistema giuridico idoneo a valutarlo unitariamente quando esso sia riferibile nei suoi vari aspetti a più di un coordinamento giuridico cui indicano i vari criteri obiettivi di collegamento che lo caratterizzano.

2.2. *La valutazione dell'esercizio dell'autonomia privata nella scelta del diritto applicabile*

Da quanto esposto emerge già chiaramente quanto sia rilevante (oltreché corretta e storicamente giustificata) la distinzione tra autonomia privata intesa come momento di collegamento internazionalprivatistico e autonomia privata intesa come esercizio del potere conferito dalla legge alle parti di determinare il contenuto della disciplina contrattuale. Il che evidenzia necessariamente l'esigenza, da tempo sentita soprattutto in dottrina, di individuare l'ordinamento in virtù del quale valutare i requisiti di validità della manifestazione della volontà designativa della legge applicabile al rapporto contrattuale (e cioè del *pactum de lege utenda*). Non sembra, infatti, che tale manifestazione di volontà possa essere configurata alla stessa stregua di un puro fatto come invece sostiene una parte della dottrina (ad esempio, PERASSI, T., [28], 173 ss., e [29], 199 ss.) non sussistendo alcun ragionevole motivo in virtù del quale si possa ritenere che l'ordinamento giuridico non ha preso in considerazione la volontà delle parti relativa alla legge applicabile, in quanto tale ed in quanto validamente espressa.

In questa prospettiva, si è esattamente osservato che la volontà delle parti, relativa alla scelta del diritto applicabile, costituisce «quanto ai suoi effetti, un criterio di collegamento e quanto alla sua natura ... un criterio di tipo negoziale», proprio in quanto «è un negozio, esplicazione dell'autonomia delle parti di porre in essere tale particolare tipo di negozio» (VITTA, E., [16], III, 250). Ed a quest'ultimo proposito l'opinione prevalente della dottrina è nel senso che la validità e gli effetti di tale manifestazione di volontà delle parti devono essere valutati alla stregua della *lex fori*, sia perché è a questo ordinamento statale che appartiene la norma di diritto internazionale privato da cui le parti traggono il potere di designare la legge regolatrice del contratto, sia perché è la *lex fori* l'ordinamento cui rifarsi per risolvere i problemi di qualificazione concettuale della fattispecie normativa (e quelli relativi all'accertamento della esistenza della relativa fattispecie reale) con riguardo alla manifestazione della volontà comune delle parti relativa alla legge applicabile sotto il profilo della capacità, libertà, serietà e genuinità del consenso oltreché sotto il profilo della forma e della liceità del contenuto. Si propone così, da più parti, di interpretare le regole di conflitto italiane in modo tale da ritenere che la scelta

delle parti relativa alla legge applicabile al loro rapporto contrattuale sia destinata ad operare in tal senso solo in quanto si tratti di una manifestazione di volontà validamente espressa secondo le disposizioni della stessa legge italiana.

Tale conclusione è stata, a nostro avviso esattamente, contestata da una parte della dottrina sotto un duplice profilo: da un lato, osservando che l'esistenza concreta dei criteri di collegamento (indicati dalla *lex fori*) deve essere operata in virtù delle norme dell'ordinamento che vigono nella sede del rapporto da regolare (*lex causae*) essendo a questo sistema normativo che ci si deve rivolgere per la valutazione della «fattispecie reale» corrispondente alla «fattispecie normativa» indicata secondo i criteri valutativi della *lex fori* (BARILE, G., *Collegamento (criteri di)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 358 ss.); dall'altro, rilevando che la volontà delle parti potrà concretamente operare come criterio di collegamento delle norme italiane di diritto internazionale privato solo in quanto valida ed efficace in virtù, e nell'ambito, dell'ordinamento richiamato: pertanto al riguardo non si potrà non ricorrere, oltretutto alla *lex fori*, anche alla *lex causae* (MIGLIAZZA, A., [33], 48 ss.). Il che sembra, tra l'altro, confermato dal fatto che soltanto inserendo la volontà delle parti nella realtà dell'ordinamento richiamato, attraverso la identificazione degli «elementi della fattispecie che verrà regolata dall'ordinamento cui viene rinviato» (BARILE, G., *Collegamento*, cit., 371), si attenua (pur senza eliminarlo) il soggettivismo che caratterizza il funzionamento di tale criterio previsto dalle norme di diritto internazionale privato.

I motivi ora indicati, oltretutto precise esigenze pratiche, hanno favorito l'accoglimento espresso di tale soluzione (nel senso dell'applicazione della *lex causae*) anche a livello normativo almeno con riguardo alla disciplina di alcune convenzioni di diritto uniforme. Tra queste si pensi alla Convenzione dell'Aja del 1955 sulla legge applicabile alle vendite a carattere internazionale di oggetti mobili corporali (resa esecutiva nel nostro ordinamento in virtù della l. 4 febbraio 1958, n. 50) in cui si prevede espressamente, all'art. 2, 3° co., che «*les conditions, relatives au consentement des parties quant à la loi déclarée applicable sont déterminées par cette loi*».

Più di recente, identici principi sono stati accolti anche nella Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, non ancora entrata in vigore e firmata a Roma il 19 giugno 1980 dagli Stati membri delle Comunità Europee ad esclusione del Regno Unito e della Danimarca, in cui, all'art. 3.4, si prescrive che «l'esistenza e la validità del consenso delle parti sulla legge applicabile al contratto sono regolate dagli artt. 8, 9 e 11» i quali, tra l'altro, prevedono che «l'esistenza e la validità del contratto o di una sua disposizione si stabiliscono in base alla legge che sarebbe applicabile in virtù della presente convenzione se il contratto o la disposizione fossero validi» (art. 8.1). In particolare, è significativo ricordare che, nella elaborazione di quest'ultima disciplina normativa, ci si è preoccupati di osservare che la scelta a favore della *lex causae* (rispetto alla *lex fori* o alla *lex loci celebrationis*) per la valutazione della validità del «patto» relativo alla designazione della legge regolatrice dei rapporti contrattuali trova il suo fondamento so-

prattutto in esigenze pratiche evitandosi in tal modo che «*les conditions relatives à la validité du consentement des parties soient soumises à des lois différentes selon qu'elles ont trait à la désignation de la loi applicable ou à la formation du contrat dans son ensemble*» (GIULIANO, M.-LAGARDE, P.-VAN SASSE VAN YSSELT, Th., *Rapport concernant l'avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1973, in parti. 218). E, d'altro canto, tale soluzione, contrariamente a quanto osservato da una parte della dottrina, non può essere considerata illogica e contraddittoria. Infatti, «*dans la soumission des conditions relatives à la validité du consentement, plus exactement des vices du consentement des parties quant au choix de la loi applicable, à la même loi que celle désignée par celles-ci c'est la volonté du législateur, non pas la volonté des parties, qui en dispose ainsi*» (GIULIANO, M.-LAGARDE, P.-VAN SASSE VAN YSSELT, Th., *Rapport*, cit., 219 e in termini sostanzialmente analoghi DE NOVA, R., [21], 466).

Ulteriori argomenti a favore della soluzione che privilegia il ricorso alla *lex causae* per valutare la validità della sua designazione da parte dei contraenti si trovano nel progressivo affermarsi della c.d. «*putative proper law*» del contratto per la disciplina dei requisiti di sua validità oltreché per la determinazione degli stessi requisiti relativi alla sua formazione. Del che si ha traccia evidente sia nella precitata Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (specialmente all'art. 8) sia nelle più evolute manifestazioni giurisprudenziali dei sistemi normativi di *civil law* e di *common law* (v. DELAUME, G.R., [18], II, 7 ss.). In proposito, infatti, non si è avuta esitazione ad osservare che la formazione e la validità del contratto devono essere valutate secondo la *lex causae* (e cioè quella legge che sarebbe competente a regolarlo assumendo il contratto, come esistente) perché, da un lato, la *lex loci contractus* «*may lead to a vicious circle since the locus contractus may vary depending upon whether the acceptance takes effect upon dispatch or receipt*» e, dall'altro, la *lex fori*, oltre a condurre ed a favorire soluzioni divergenti nei vari ordinamenti (in contrasto alla stessa funzione del diritto internazionale privato), si trova a privilegiare le scelte di una delle parti interessate al rapporto essendo esclusivamente «*depending upon the outcome of forum shopping*» (DELAUME, G.R., [18], II, 6).

2.3. L'internazionalità del rapporto contrattuale quale presupposto per l'esercizio della scelta della sua legge regolatrice: profili formali e sostanziali

Peraltro, come brevemente accennato all'inizio di questo lavoro, per poter operare nel senso indicato nei paragrafi precedenti, la scelta della legge regolatrice del contratto deve riguardare un rapporto caratterizzato da elementi di «internazionalità»: ed a quest'ultimo proposito appare senz'altro da condividere l'opinione, ancora di recente ribadita proprio con specifico riguardo ai principi vigenti nel nostro sistema di diritto internazionale privato, in virtù della quale l'internazionalità del contratto, e la conseguente legittimità della sua sottoposizione volontaria

ad un diritto straniero, non può dipendere dal solo fatto che le parti abbiano operato una scelta in tal senso (ma v. contro, MORELLI, G., [22], 60 ss. ed alcune indicazioni negli *obiter dicta* di Cass., 2 dicembre 1960, n. 3173, in *Riv. dir. intern.*, 1961, 677 ss.). Invero, ogni diversa soluzione, che accetti di far dipendere dalla sola decisione delle parti sul diritto applicabile la «internazionalità» del rapporto contrattuale, si presta ad evidenti «frodi alla legge» e vanifica la stessa distinzione relativa all'esercizio dell'autonomia privata nella determinazione della disciplina materiale del contratto rispetto alla scelta del diritto applicabile; non sembra, d'altro canto, pensabile che attraverso meccanismi di diritto internazionale privato l'ordinamento italiano abbia inteso contraddire e derogare alla vincolatività di alcune norme imperative sottratte, come tali, alla libera disponibilità delle parti, almeno con riferimento a contratti privi di elementi di estraneità.

Ma oltre a queste considerazioni, in difetto di precise disposizioni normative o di sicuri precedenti giurisprudenziali rinvenibili nell'ordinamento italiano, è difficile fornire elementi precisi e risposte in merito ai requisiti necessari per caratterizzare, ai fini di cui alla presente indagine, la internazionalità del rapporto contrattuale; anche se al riguardo, almeno per quanto concerne i profili formali della soluzione del problema, appare ragionevole accogliere la soluzione, anni or sono razionalizzata da R. De Nova ([21], 464) con dovizia di argomenti e spunti comparatistici, in virtù della quale è sufficiente la presenza di un qualsiasi collegamento giuridicamente rilevante con un ordinamento diverso dal nostro. Si tratta così semplicemente di accertare se il contratto sia (o possa dare) origine ad un «conflitto di leggi» per il nostro ordinamento: ed in quest'ottica appare, pertanto, sufficiente anche la presenza di criteri di collegamento estranei alle scelte di diritto internazionale privato accolte nel nostro ordinamento (ad esempio, il domicilio o il *locus executionis*). Pertanto, i criteri da ritenere rilevanti «per il diritto italiano al fine di distinguere i contratti internazionali dai contratti interni ... sono i seguenti: luogo di stipulazione, luogo di esecuzione, cittadinanza, residenza e domicilio (in quanto siano distinguibili) o sede di ciascuno dei contraenti, situazione della cosa oggetto della contrattazione» (DE NOVA, R., [21], 464). Sotto questo profilo, pertanto, per un verso, è sufficiente che uno di questi criteri di collegamento unisca il contratto con un ordinamento diverso da quello italiano perché tale contratto possa considerarsi «internazionale» legittimando la scelta relativa alla legge ad esso applicabile operata dalle parti; per altro verso, se tutti gli elementi ora indicati riguardano un solo Stato (sia esso lo Stato italiano o uno Stato estero) il contratto dovrà essere considerato «interno» e come tale assoggettato alla relativa disciplina nazionale solo nell'ambito della quale la autonomia privata potrà avere rilievo come momento di determinazione della disciplina contrattuale nei limiti delle corrispondenti norme imperative.

La soluzione ora indicata, pur essendo sicuramente coerente con l'attuale stato di sviluppo del nostro sistema di diritto internazionale privato, non appare appagante almeno nel senso che prende in considerazione e risolve soltanto i profili formali del problema in esame. Ed è così evidente come la sola considerazione di

tali profili, attraverso la presenza di uno dei sopraindicati criteri di collegamento non garantisce anche la «genuina internazionalità» sostanziale del rapporto contrattuale e della legittimità della corrispondente scelta operata dalle parti in merito alla legge applicabile. Il che giustifica l'adozione di una soluzione, valida anche per il nostro ordinamento e presente nelle più importanti convenzioni di diritto internazionale privato uniforme, in virtù della quale si preferisce affidare alla successiva pratica contrattuale la progressiva delineazione dei casi in cui i relativi rapporti devono considerarsi «internazionali» in base a considerazioni di carattere sostanziale oltretutto in forza dei collegamenti meramente formali. Tra i più significativi esempi di quanto ora accennato è sufficiente ricordare l'art. 1 della già citata Convenzione dell'Aja del 1955 sulla legge applicabile alla vendita internazionale di oggetti mobili corporali e, più di recente, l'art. 1.1 della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali a proposito dei quali la dottrina (LANDO, O., *The E.C. Draft Convention on the law applicable to contractual and non-contractual obligations: Introduction and Contractual obligations*, in *RebelsZ*, 1974, 9 ss.) non ha esitato a condividerne la scelta sulla base del semplice rilievo che «*no attempt should be made to define what is understood by a situation of an international character; as French cases show, no exact definition of an international contract can be given; the case should be decided upon their merits*».

Ed in questa prospettiva, si è osservato che l'unico sicuro requisito precisabile *a priori* (ed ulteriore rispetto alla verifica della internazionalità formale del rapporto contrattuale) consiste nell'esigenza di un accertamento, sotto il profilo sostanziale, che la scelta del diritto applicabile sia stata operata «*bona fide*» e non già «*in fraudem legis*»: e cioè sia giustificabile in virtù della *ratio* del rapporto contrattuale, della pratica del commercio internazionale o degli stessi interessi delle parti contraenti. Il che se, da un lato, comporta necessariamente una verifica ed un controllo per consentire di accertare se la scelta della legge applicabile sia stata operata in virtù di un qualche giustificato motivo, dall'altro, non esige che l'ordinamento indicato dalle parti contraenti debba essere legato al rapporto contrattuale da altri criteri di collegamento obiettivi giuridicamente rilevanti. Quest'ultima conclusione, cui è giunta la giurisprudenza francese sin dai primi decenni di questo secolo proprio in occasione delle più significative sentenze ricognitive del potere delle parti di determinare la legge applicabile ai rapporti contrattuali, è ampiamente giustificata da alcuni semplici rilievi. Limitiamoci ai più importanti. Anzitutto, le parti possono avere inteso riferirsi ad una legge abitualmente impiegata nel settore specifico del commercio cui sono interessate pur in difetto di un qualsiasi collegamento del rapporto con tale ordinamento (classico esempio al riguardo è il riferimento al diritto inglese nel settore dei contratti di utilizzazione della nave). Inoltre i soggetti contraenti possono preferire la scelta di un ordinamento che appare idoneo alla disciplina del loro rapporto per il solo fatto che appare «neutrale» rispetto agli interessi in gioco oppure soltanto perché coincidente con il luogo previsto per la soluzione delle

controversie (classico esempio al riguardo è la scelta del «diritto svizzero» in quanto la Svizzera è abitualmente riconosciuta sia come sede di arbitrati commerciali internazionali sia come ordinamento «neutrale» e, come tale, di per sé idoneo a regolare rapporti del commercio internazionale non altrimenti collegati a tale sistema normativo). Infine, la scelta della legge applicabile può essere ampiamente giustificata dalla sola circostanza di riferirsi ad un ordinamento competente a regolare un altro rapporto alle cui sorti il contratto risulta collegato (si pensi ad esempio ad un contratto di sub-appalto condizionato da eventi di forza maggiore che riguardano il contratto principale di appalto, al di là dei, ed a prescindere dai, collegamenti obiettivi con l'ordinamento che regola quest'ultimo rapporto).

D'altro canto, anche sul piano logico, se si fosse inteso pretendere, accanto alla indicazione della volontà, l'esistenza di un obiettivo collegamento tra rapporto contrattuale ed ordinamento prescelto o se si fosse voluto indicare che tale volontà poteva ricavarsi anche indirettamente in virtù dell'esistenza di tale obiettivo collegamento «sarebbe risultata inutile l'indicazione dei due criteri sussidiari da parte dell'art. 25 disp. prel. c.c. In verità, resistenza di detti due criteri da una parte rende difficile concepire che alla volontà delle parti non sia stata attribuita una indipendenza di funzionamento sicuramente accordata agli altri due collegamenti dall'altra impedisce ogni rilevazione indiretta ed obiettiva di detta volontà dato che *a*) o questa rilevazione porta ad affermare resistenza di uno dei due collegamenti sussidiari già previsti dall'art. 25 disp. prel. (legge comune ai contraenti, luogo di conclusione di un contratto) ed è inutile; *b*) o porta invece a rilevare l'esistenza di un altro collegamento (ad esempio, il luogo di esecuzione dell'obbligazione) che sarà da ritenersi, peraltro, irrilevante non essendo stato preso in considerazione dalla norma in questione» (BARILE, G., *Collegamento (criteri di)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 370-371).

Nessuno stupore, quindi, se la giurisprudenza italiana, dopo alcune iniziali incertezze (v. App. Genova, 7 giugno 1958, in *Dir. maritt.*, 1958, 523 ss.), ha precisato in modo assolutamente inequivoco che «il richiedere ... che il criterio di collegamento rappresentato dalla volontà delle parti possa funzionare solo in concorso con un altro dei criteri obiettivi previsti dalle norme di diritto internazionale privato, importerebbe un'aggiunta, non consentita all'interprete, alle norme suddette» (Cass., 2 dicembre 1960, n. 3173, in *Giust. civ.*, 1961, I, 643).

2.4. I modi e il momento rilevanti per la designazione della legge regolatrice del rapporto

Per quanto riguarda i tempi ed i modi dell'esercizio dell'autonomia privata nella scelta della legge applicabile al rapporto contrattuale l'ordinamento italiano opta per soluzioni favorevoli, da un lato, ad ammettere che la designazione possa risultare, oltreché espressamente in virtù di una clausola *ad hoc*, anche implicitamente dal contenuto di alcune clausole contrattuali o dal comportamento delle

parti e, dall'altro, ad escludere che la scelta delle parti possa avvenire in un momento successivo alla conclusione del contratto.

Sotto il primo profilo (e cioè riguardo ai modi di designare la legge regolatrice del rapporto contrattuale) l'ordinamento italiano sembra sicuramente orientato nel senso ora indicato non solo sulla base degli stessi rilievi svolti nella Relazione del Guardasigilli a proposito dell'art. 25 disp. prel., ma soprattutto sulla scorta di una serie di importanti precedenti giurisprudenziali. In proposito, infatti, le Corti italiane non hanno avuto esitazione nel rilevare che la designazione della legge regolatrice del contratto può ricavarsi dal contenuto del rapporto contrattuale oltretutto dagli stessi comportamenti delle parti. Ma non si deve trattare di una «volontà ipotetica» bensì di una «volontà reale» ricavabile in modo inequivoco da un insieme di circostanze concorrenti relative ai soggetti, all'oggetto della contrattazione ed ai relativi negoziati. Invero, nessuna circostanza, relativa alla disciplina del contratto o alla sua esecuzione, è di per sé chiaramente ed indubbiamente significativa di tale «volontà reale»: né il fatto che abbiano previsto un determinato Stato come sede per la risoluzione delle controversie (v. Cass., 27 dicembre 1948, n. 1937, in *Giur. it.*, 1950, I, 1, 130 e Trib. Genova, 19 luglio 1971, in *Riv. dir. intern., priv. proc.*, 1972, 329), né la circostanza che relativamente alla disciplina di alcuni aspetti del rapporto contrattuale le parti si siano ispirate ai principi di un determinato ordinamento (v. espressamente App. Roma, 5 giugno 1961, in *Foro it.*, 1961, I, 1243) e neppure il fatto che abbiano usato una determinata lingua o una determinata moneta (v. Trib. Genova, 10 maggio 1966, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1967, 827 ss.). Al riguardo, così, solo nel caso in cui dall'insieme di queste (e di altre altrettanto rilevanti) circostanze si possano trarre precise, inequivoche e concordi indicazioni nel senso della implicita designazione contrattuale di una scelta della legge regolatrice del rapporto si potrà ritenere provata l'esistenza di un «accordo designativo» anche in difetto di una clausola espressa (v. Trib. Genova, 19 maggio 1964, in *Dir. maritt.*, 1965, 473; Trib. Genova, 31 luglio 1965, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1965, 760 e Cass., 28 giugno 1966, n. 1680, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1967, 126 ss.).

In questo senso, così, la disciplina ora indicata dell'ordinamento italiano appare del tutto coerente con i risultati della giurisprudenza, con i punti di arrivo di altri ordinamenti e con i più recenti sviluppi del diritto uniforme. Al riguardo è sufficiente ricordare che ai sensi della già citata Convenzione dell'Aja del 1955 sulla vendita internazionale si prevede che la scelta della legge applicabile «*doit faire l'objet d'une clause expresse ou résulter indubitablement des dispositions du contrat*» (art. 2).

Analogamente all'interno dei Paesi del Benelux si esige che la scelta possa essere «*explicite ou implicite*» purché «*certain*» (art. 13 della Convenzione del 1969 sul diritto internazionale privato). E più di recente, nella già ricordata Convenzione di Roma del 1980, all'art. 3.1 si prescrive che la scelta della legge applicabile al contratto «deve essere espressa o risultare in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze».

Con riferimento, invece, alla determinazione del momento in cui deve avvenire la designazione della legge regolatrice del contratto la posizione della giurisprudenza italiana è divergente rispetto alle soluzioni maturate nell'ambito degli altri ordinamenti e nell'ambito del movimento di unificazione internazionale del diritto internazionale privato. Infatti, in mancanza di precise, unanimi indicazioni della dottrina, che al riguardo ha manifestato le più varie opinioni (vedine l'esposizione fatta da VITTA, E., [16], III, 265), esiste una sicura posizione della giurisprudenza per cui «è da escludere che il legislatore, concedendo alle parti il potere di designare l'ordinamento giuridico applicabile abbia voluto rimettersi al loro arbitrio illimitato con l'attribuire ad esse la facoltà, attraverso la successiva designazione della legge regolatrice, di porre regole retroattive e tali da sospendere l'applicazione dell'ordinamento che governava fino allora il contratto» (v. Cass., 28 giugno 1966, n. 1680, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1967, 126).

Tali osservazioni, in realtà, sono tutt'altro che convincenti (nonostante quanto al riguardo osservato da VITTA, E., [16], III, 267). E ciò non solo perché non sembrano sussistere «impossibilità logiche» od «ostacoli tecnici» ad accogliere nel nostro ordinamento la diversa soluzione accolta in altri ordinamenti giuridici (come già ha osservato TREVES, T., *Sulla volontà delle parti di cui all'art. 25 delle preleggi e sul momento del suo sorgere*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1967, 315 ss.); ma soprattutto perché trattandosi di un criterio di collegamento il cui operare dipende dalla decisione comune delle parti sembra ragionevole a tale comune volontà rimettersi facendo prevalere quella successiva sulle precedenti manifestazioni: e cioè, secondo quanto osservato di recente da R. DE NOVA ([21], 470), «se la regola di conflitto che ammette l'accordo designativo non ne stabilisce espressamente l'invariabilità, la intrinseca variabilità è da riconoscersi».

Né sembra di qualsiasi pregio l'unico argomento in senso contrario addotto dalla Cassazione nella citata sentenza allorché rileva che non si può pensare che al riguardo le norme di conflitto abbiano voluto riconoscere alle parti un «arbitrio illimitato». Infatti, già abbiamo osservato nei precedenti paragrafi che la designazione contrattuale della legge applicabile per essere operante nel nostro sistema normativo deve risultare «*bona fide*» e non già «*in fraudem legis*»: e cioè giustificabile in virtù di criteri di ragionevolezza e lealtà da valutarsi alla luce della *ratio* del rapporto contrattuale, della pratica del commercio e degli stessi interessi delle parti contraenti.

Il che, essendo valido con riguardo alla modifica della designazione contrattuale della legge applicabile, consente quel controllo sull'esercizio dell'autonomia privata che ne escluda un esercizio «arbitrario» o «illimitato».

D'altro canto, a conferma di quanto ora osservato, è appena da precisare che difficilmente si può immaginare che il legislatore possa veramente privare le parti del potere di modificare la designazione della legge regolatrice del contratto almeno nei limiti in cui si tratti di un rapporto le cui controversie rientrano nella disponibilità delle parti. Si pensi soltanto al caso in cui le parti facciano valere le rispettive pretese sulla base di un ordinamento diverso da quello inizialmente ri-

chiamato in contratto e non collaborino in alcun modo nella individuazione della disciplina prevista dall'ordinamento giuridico originariamente indicato come competente a regolare il contratto. Oppure si pensi al caso in cui le parti decidano di sottrarre la risoluzione delle controversie rimettendole al giudizio di un collegio arbitrale: in quest'ultimo caso, se, come pare corretto, deve essere loro riconosciuto il diritto di accordare agli arbitri il potere di decidere «*ex aequo et bono*» e di argomentare in questa prospettiva ispirandosi ai principi propri di un qualsiasi ordinamento non si vede perché non debba, a maggior ragione, essere loro concesso il diritto di conferire agli arbitri il potere di giudicare secondo un ordinamento diverso da quello inizialmente previsto.

Queste considerazioni, insieme ad altre da tempo messe in rilievo dalla dottrina (v. DELAUME, G.R., [18], II, 12 ss.), d'altronde, hanno ampiamente influenzato lo sviluppo dei più importanti sistemi statali di diritto internazionale privato. Di tale tendenza e di tali risultati normativi prende realisticamente atto anche la Convenzione di Roma del 1980 che, all'art. 3.2, stabilisce che «le parti possono convenire, in qualsiasi momento, di sottoporre il contratto ad una legge diversa da quella che lo regolava in precedenza, vuoi in funzione di una scelta anteriore secondo il presente articolo, vuoi in funzione di altre disposizioni della presente convenzione». Il che appare una soluzione assai ragionevole; tanto più se si considera che tale regola subisce espressamente, in virtù del citato articolo, due ovvi limiti: e cioè, la nuova disciplina convenzionalmente prevista dei conflitti di legge, da un lato, non può modificare la disciplina relativa alla validità formale del contratto (prevista *ex art.* 9 della Convenzione di Roma) e, dall'altro, non pregiudica gli eventuali diritti acquisiti da terzi.

2.5. *Il momento rilevante per accertare il contenuto normativo della legge designata*

Sempre con riferimento all'elemento temporale nella determinazione contrattuale relativa alla disciplina dei conflitti di leggi, deve ancora precisarsi che la scelta dei contraenti deve essere considerata alla stessa stregua di un qualsiasi altro criterio di collegamento; e pertanto il rapporto dovrà sottostare alla disciplina prevista nell'ordinamento richiamato, come essa si manifesta ed opera concretamente al momento della sua applicazione.

Appare, quindi, senza fondamento la teoria, a suo tempo formulata da una parte della dottrina ed accolta in qualche sentenza, in virtù della quale «*if a contract is subject to a specific law, that law no longer applies qua lex, but merely as part of the terms of the contract and then only to the extent that it serves the purpose of the parties, any imperative provision or subsequent change of that law to the contrary notwithstanding*» (v. le indicazioni a questo proposito riportate da DELAUME, G.R., [18], II, 21 ed ivi i relativi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali). Tale soluzione, infatti, risente necessariamente di una impostazione fondata su una delle seguenti premesse di cui la esperienza di questi ultimi decenni si è data

carico di dimostrare la infondatezza: e cioè o sulla assimilazione del rinvio alla legge straniera ad un richiamo negoziale del contenuto normativo della stessa (con evidente confusione del ruolo dell'autonomia delle parti nella soluzione dei conflitti di leggi e nella determinazione del contenuto negoziale) oppure sulla interdipendenza, o quanto meno pariteticità (se non addirittura superiorità), della posizione della volontà privata rispetto al diritto statale (con evidente collocazione culturale in un periodo storico antecedente all'affermarsi del positivismo giuridico e, soprattutto, della monopolizzazione della disciplina giuridica dei rapporti interindividuali nell'ambito degli ordinamenti statali).

È così senz'altro da condividere la soluzione giurisprudenziale da tempo affermata nel nostro Paese in virtù della quale anche nei casi in cui la legge regolatrice del contratto discende dalla volontà delle parti si deve tener conto dei principi di diritto transitorio dell'ordinamento straniero nel cui ambito si è verificato un mutamento di legislazione (Cass., 6 marzo 1940, in *Giur. comp. dir. intern. priv.*, VIII, 1942, 220). A favore di tale soluzione, d'altronde, si è espressa anche la migliore dottrina proprio con riguardo alla sentenza ora citata a proposito della quale non si è avuto esitazione ad osservare che allorché le parti rinviavano alla disciplina di un determinato ordinamento, esse si rifanno necessariamente alle «norme che abbiano un attuale valore giuridico nel predetto ordinamento» poiché tale rinvio «si basa sul presupposto della giuridicità delle norme richiamate ed è strettamente connesso al persistere di questa giuridicità» (v. GIULIANO, M., *La portata del riferimento alla lex loci contractus nella disciplina delle obbligazioni convenzionali*, in *Giur. comp. dir. intern. priv.*, VIII, 1942, 220 e PAU, G., *Determinazione della legge regolatrice del contratto e mutamenti di legislazione*, in *Riv. dir. intern.*, 1941, 166; e nello stesso senso, da ultimo VITTA, E., [16], III, 280 ss. e DE NOVA, R., [21], 467 ss.; *contra* BASSANO, U., *Scelta della legge regolatrice del contratto e scelta della legge del tempo del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 1940, II, 167 e MERIGGI, L., *La legge regolatrice della prescrizione in diritto internazionale*, in *Arch. giur.*, 1941, 162 ss.).

Eppure non può negarsi che, almeno in alcune circostanze, le parti intendono chiaramente evitare tutti i processi evolutivi (o anche soltanto interpretativi) dell'ordinamento giuridico statale pur riconosciuto competente a regolare i loro rapporti contrattuali. Si pensi, ad esempio al caso in cui le parti includano nel contenuto del contratto delle clausole rivolte a designare come legge regolatrice quella di un determinato Stato «*as it stands and exists at the time of the signature of the contract*». Oppure si pensi al caso in cui all'interno del rapporto relativo ad un contratto di sviluppo economico si prevede che quanto meno per alcuni aspetti della disciplina contrattuale «*legislation or administrative measures subsequent to the contract shall neither affect nor amend in any manner the Agreement*».

In tali situazioni, al di là dell'effetto che deve essere riconosciuto alla portata di queste «clausole di stabilizzazione» in quanto idonee ad operare una parziale «delocalizzazione» o «internazionalizzazione» della relativa disciplina contrattuale (su cui ci soffermeremo nei successivi paragrafi), è chiaro che il rinvio alla di-

sciplina giuridica vigente in un determinato ordinamento statale in un momento storico, e la convinta irrilevanza sul contenuto contrattuale delle sue eventuali successive modificazioni, hanno quanto meno il valore di «*materiellrechtliche Verweisung*»; e pertanto i suoi effetti e la sua portata dovranno essere valutati nell'ambito del sistema normativo considerato applicabile al rapporto contrattuale.

Ciò che, comunque, interessa precisare in questa sede è che tale eventuale volontà «cristallizzatrice» dell'evoluzione normativa dell'ordinamento considerato competente non può presumersi ed è contraria al ruolo assegnato alla volontà delle parti intesa come «criterio di collegamento» impiegato dalle norme di diritto internazionale privato.

2.6. *La scomposizione del rapporto contrattuale nella allocazione dei rischi relativi ad eventi normativi e nella scelta del diritto applicabile*

Come meglio vedremo in seguito, è opinione assai diffusa, e largamente condivisa dalla giurisprudenza, che il sistema italiano di diritto internazionale privato sottrae importanti aspetti del rapporto contrattuale alla unitaria valutazione dell'ordinamento competente a regolarne la disciplina: si pensi, ad esempio, alla disciplina della capacità contrattuale, o dei requisiti di forma o degli effetti reali del contratto. Il che, ovviamente, vale anche nei casi in cui la legge regolatrice del contratto è determinata in virtù della scelta delle parti se è vero, come già abbiamo avuto occasione di osservare anche ad altro proposito, che la volontà delle parti opera nel nostro sistema di diritto internazionale privato alla stessa stregua di un qualsiasi altro criterio di collegamento.

Ma oltre a ciò, con specifico riguardo al ruolo dell'autonomia privata nella determinazione del regime internazionalprivatistico del contratto, si è fatta valere l'esigenza di consentire alle parti, secondo le convenienze proprie della operazione economica che intendono porre in essere, di selezionare una legge regolatrice diversa da quella competente a disciplinare unitariamente il rapporto almeno per quanto riguarda alcuni suoi aspetti. E tale esigenza è stata posta in rilievo non solo a proposito dei contratti soggetti ad un ordinamento giuridico statale, ma anche relativamente ai contratti che le parti hanno inteso «internazionalizzare» o quanto meno «delocalizzare» da un preciso ambito normativo statale secondo tecniche di cui meglio ci occuperemo tra breve.

La soluzione cui si ricorre è nota come *dépeçage* e consiste, appunto, in una volontaria operazione di scomposizione dell'unità della disciplina del rapporto contrattuale in un numero di componenti pari a quante ne sono necessarie rispetto al soddisfacimento delle esigenze che le parti intendono realizzare attraverso l'operazione economica da esse posta in essere.

In realtà in molti casi si parla di *dépeçage* volontario in modo improprio. Anzitutto, perché molto spesso non vi è alcuna «rottura» dell'unità del rapporto contrattuale, ma semplicemente una differente regolamentazione internazionalprivatistica di veri e propri diversi (e distinti) rapporti contrattuali tra loro collegati nel-

l'ambito di una operazione economica unitariamente concepita. Si pensi, ad esempio, al caso in cui il rapporto di garanzia sia disciplinato da una legge diversa da quella relativa all'obbligazione principale cui accede; oppure si pensi al caso in cui il rapporto di agenzia sia retto da una legge diversa da quella applicabile ai rapporti tra agente e terzi anche con riguardo alle responsabilità a carico del mandante per atti compiuti dal suo agente. In entrambi i casi si tratta di profili riconducibili a rapporti autonomi da un punto di vista giuridico; e pertanto non sussiste alcuna difficoltà a riconoscere al riguardo la eventuale operatività di ordinamenti giuridici diversi (v. al riguardo gli esempi ed i riferimenti giurisprudenziali che, peraltro, LAGARDE, P., *Le dépeçage dans le droit international privé des contrats*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1975, spec. 653, cita come fenomeni di *dépeçage* volontario).

Altre volte, invece, il termine *dépeçage* per volontà delle parti non è appropriato perché, pur essendovi rottura della unità della disciplina contrattuale, essa non è volontaria dal momento che la volontà delle parti interviene solamente nel senso di prendere atto che alcuni eventi dipendono da un ordinamento diverso da quello competente a regolare il rapporto contrattuale pur operando sulla sua efficacia: si pensi al caso in cui le parti stabiliscono che un contratto disciplinato dall'ordinamento di un determinato Stato entrerà in vigore solamente allorché le parti (che a tale ordinamento non appartengono) avranno ottenuto dalle rispettive autorità di governo le relative autorizzazioni. Analogamente, ed a maggior ragione, non sono riconducibili ad un vero e proprio fenomeno di *dépeçage* volontario i casi in cui le parti, da un lato, prendono consapevole coscienza della possibile incidenza sull'andamento del rapporto contrattuale di atti, provvedimenti o mutamenti di disciplina adottati all'interno di ordinamenti giuridici diversi dalla *lex contractus* di cui i contraenti, per la loro posizione e/o per la posizione di tali ordinamenti rispetto alle fasi di esecuzione del contratto, non possono non tener conto e, dall'altro, provvedono a ripartire i rischi e le conseguenze economiche di tali eventi a prescindere da quanto previsto al riguardo dalla legge regolatrice del contratto.

Nei casi sopra indicati, infatti, le parti non designano volontariamente leggi diverse con riguardo ai vari profili di un unico contratto, ma si limitano a prendere atto della esistenza di diversi ordinamenti il cui modo di essere necessariamente incide sul rapporto contrattuale e proprio per tale motivo provvedono a condizionare l'efficacia del contratto al verificarsi di determinati eventi nell'ambito dei predetti ordinamenti oppure ad allocare i conseguenti rischi sull'una o sull'altra parte contraente: a questo riguardo, così, non sembra sussistere alcuna difficoltà nel riconoscere l'operatività di questo tipo di *dépeçage* nel nostro diritto internazionale privato anche se poi gli effetti relativi all'esercizio dell'autonomia privata nel senso sopra indicato dipenderanno dai limiti che la legge (o il sistema normativo) competente a regolare il rapporto pone, in concreto, alla libertà contrattuale delle parti.

Maggiori difficoltà sembrano porsi, invece, al riconoscimento nell'ambito del

nostro sistema di diritto internazionale privato del vero e proprio *dépeçage* volontario: e cioè della scomposizione della unità della disciplina del rapporto contrattuale attraverso la designazione di leggi regolatrici diverse per le varie parti del contratto, al di là di quanto espressamente (a proposito di capacità e forma) o consuetudinariamente (come accade secondo taluni a proposito delle modalità di esecuzione) prescrivono al riguardo le norme italiane sui conflitti di leggi. Infatti, l'isolamento dell'insieme del rapporto contrattuale di parti o elementi ulteriori rispetto a quelli previsti direttamente dal sistema italiano di diritto internazionale privato riesce difficilmente a giustificarsi in virtù di una interpretazione estensiva del riconoscimento legislativo dell'autonomia delle parti. Tanto più di fronte alla esatta considerazione che «l'impostazione, piuttosto semplice e netta, adottata dal nostro legislatore ... sembra proprio voler accentrare il regolamento del contratto in una legge unica» con le sole eccezioni specificate altrove (v. DE NOVA, R., [21], 469). D'altronde sempre in senso contrario all'ammissibilità del *dépeçage* volontario si può anche osservare che esso può provocare contraddittorietà di risultati e di disciplina almeno nel caso in cui il *dépeçage* fosse operato con riguardo ad elementi del contratto strettamente collegati (si pensi ad esempio al caso in cui la legge regolatrice della risoluzione del rapporto contrattuale dovesse essere quella che disciplina l'adempimento della prestazione dedotta in contratto).

Eppure, nonostante questi rilievi e la mancanza di precise indicazioni giurisprudenziali favorevoli al riconoscimento del *dépeçage* volontario, la Convenzione di Roma del 1980, più volte ricordata, non ha esitato (se pur dopo alcune iniziali incertezze di cui vi è chiara traccia in GIULIANO, M.-LAGARDE, P.-VAN SASSE VAN YSSELT, Th., *Rapport concernant l'avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1973, in parti 219-220 e nel testo definitivo di GIULIANO, M.-LAGARDE, P., *Relazione sulla Convenzione europea relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *G.U.C.E.*, C282 del 31.10.1980, *sub art. 3, §4*) a riconoscere la libertà delle parti di «designare la legge applicabile a tutto il contratto ovvero a una parte soltanto di esso» (art. 3.1). Il che è stato giustificato soprattutto sulla base della circostanza che, essendo possibile per il giudice effettuare tale operazione allorché si trova a designare la *proper law* del contratto (secondo quanto prescrive espressamente l'art. 4.1 della Convenzione di Roma almeno con riguardo a quelle parti del contratto che siano separabili dal resto e presentino un collegamento con un ordinamento diverso da quello che regola il contratto), appare logico assegnare una identica facoltà alle parti.

Al di là degli effetti che l'entrata in vigore di tale Convenzione nell'ambito dell'ordinamento italiano potrà provocare nel nostro sistema di diritto internazionale privato ed al di là del riconoscimento che alcuni aspetti del contratto (si pensi, ad esempio, alla clausola di indicizzazione oppure alla prescrizione) possono effettivamente essere regolati in modo autonomo rispetto al rapporto di cui fanno parte senza grave pregiudizio della coerenza della sua disciplina, appare difficile, allo stato attuale di sviluppo del nostro sistema, ammettere, anche semplicemente

con riguardo alle «parti del contratto che siano separabili dal resto», la possibilità di *dépeçage* volontario. Le ragioni al riguardo precisate con riferimento all'ordinamento italiano non sembrano, infatti, per nulla contraddette dagli argomenti fatti valere nell'ambito dei lavori preparatori della Convenzione di Roma del 1980. Tanto più che l'ordinamento italiano non consente alcun potere di *dépeçage* del giudice al di là delle situazioni chiaramente indicate dal nostro stesso sistema (e cioè, capacità delle parti, forma, effetti reali del contratto, e secondo talune opinioni, alcuni aspetti dell'esecuzione del contratto). Né in senso contrario si può invocare la circostanza che nel nostro sistema, ancora largamente influenzato da una risalente tradizione propria dei sistemi di *civil law*, il contratto sia concepito come fonte (anche se la fonte più importante) di obbligazioni a proposito delle quali esiste una autonoma disciplina che in qualche misura si sovrappone a quella unitaria del rapporto contrattuale. Infatti una tale impostazione sembra chiaramente superata dalla ricostruzione che di tale fenomeno hanno operato la pratica e la dottrina allorché in tali situazioni hanno privilegiato «il contratto rispetto al negozio (vale a dire un concetto saldamente ancorato alla realtà socio-economica dello scambio, a fronte di un concetto che in massimo grado astrae da tale realtà)» senza per nulla romperne l'unità di disciplina, ma anzi cercando di adeguare «le categorie giuridico-formali al rapporto sociale» (v. da ultimo ROPPO, E., *Il contratto*, Bologna, 1977, 49).

2.7. *Autonomia privata e sua rilevanza nell'applicazione del diritto uniforme*

Nell'ambito dei paragrafi precedenti ci siamo limitati a considerare il ruolo assegnato all'autonomia privata quale criterio di collegamento che rinvia ad un ordinamento statale vigente. Peraltro, una esatta visione del ruolo effettivamente svolto dall'autonomia privata nel sistema italiano di diritto internazionale privato non può prescindere dal valutare gli effetti del relativo esercizio quale momento di collegamento dei rapporti contrattuali rispetto sia al diritto internazionale uniforme sia al diritto internazionale pubblico sia al fenomeno della c.d. «delocalizzazione» del contratto dalla disciplina di uno specifico ordinamento statale.

Anzitutto per quanto riguarda il diritto internazionale uniforme, attesa la sua ormai indiscussa prevalenza nell'ordinamento italiano rispetto al funzionamento delle norme di diritto internazionale privato (v. soprattutto Cass., 22 giugno 1961, n. 1505, in *Giust. civ.*, 1961, I, 1109 ed in dottrina MALINTOPPI, A., *Diritto uniforme e diritto internazionale privato in tema di trasporto*, Milano, 1955, 73 ss.), la sua operatività nel nostro sistema normativo è condizionata all'esercizio dell'autonomia privata solo in quanto in tal senso provveda il diritto uniforme. Pertanto, non si potrà riconoscere alcun ruolo all'autonomia privata nei casi in cui la disciplina di diritto uniforme, da un lato, determini direttamente il suo ambito di applicazione e, dall'altro, escluda qualsiasi rilievo alla autonomia privata e alle norme del foro di diritto internazionale privato che in qualche modo impiegano tale criterio di collegamento. E il caso, ad esempio, della disciplina uniforme at-

tualmente vigente nell'ambito dell'ordinamento italiano: e cioè, la Convenzione di Bruxelles del 25 agosto 1924, resa esecutiva nell'ordinamento italiano con r.d. 6 gennaio 1928, n. 1958, convertito in l. 19 luglio 1929, n. 1638, nonché i successivi Protocolli di Bruxelles del 23 febbraio 1968 e del 21 dicembre 1979 (entrambi esecutivi in Italia con l. 12 giugno 1984, n. 244): per le vicende relative all'entrata in vigore per l'Italia di tali Protocolli, e la «denuncia» della Convenzione di Bruxelles, si veda CLERICI, R., *Effetti della denuncia della Convenzione e della ratifica dei Protocolli del 1968 e del 1979*, in *Dir. maritt.*, 1986, 637 ss.

Ai sensi di questa normativa, infatti, in presenza di determinati elementi di internazionalità del trasporto marittimo (secondo quanto si è ritenuto opportuno stabilire anche per l'ordinamento italiano in virtù dell'esercizio di una facoltà concessa agli Stati contraenti della stessa Convenzione in esame), ciò che rileva è solamente il luogo di emissione della polizza di carico che deve essere nell'ambito di uno Stato contraente (v. art. 10 Convenzione di Bruxelles). In proposito, così, nessun significato è attribuito all'eventuale richiamo alla disciplina di diritto uniforme operata dalle parti attraverso apposita clausola inserita in polizza di carico contrariamente a quanto si è precisato nell'ulteriore sviluppo della normativa internazionale al riguardo.

Tanto è vero che in una sentenza del Tribunale di Taranto (17 maggio 1973, in *Dir. maritt.*, 1974, 347 ss.) non si è esitato ad osservare che il richiamo delle parti all'intero testo della Convenzione (realizzato nel caso di opere in virtù della *paramount clause*) non può darle vigore in quei casi in cui la Convenzione per sua propria disposizione non sia applicabile. Conclusione quest'ultima che non appare, invece, più sostenibile alla luce delle disposizioni del successivo Protocollo di Bruxelles del 23 febbraio 1968 (all'art. 57), che ha apportato alcune modifiche alla disciplina uniforme della Convenzione del 1924, e della Convenzione di Amburgo del 1978 – all'art. 2 (e) – che ha completamente innovato tale disciplina, in cui si prevede, tra l'altro, che «*les dispositions de la présente Convention s'appliquent à tous les contrats de transport par mer entre deux Etats différents lorsque: ... le connaissance ou autre document faisant preuve du contrat de transport par mer prévoit que les dispositions de la présente Convention ou celles d'une législation nationale leur donnant effet régiront le contrat*».

Se la volontà delle parti non assume alcun rilievo per determinare l'ambito di applicazione della Convenzione di Bruxelles del 1924 appare, a maggior ragione, giustificato che non possa svolgere alcun rilievo neppure con riguardo alla deroga della disciplina uniforme, sia direttamente sia attraverso il richiamo di un diritto statale applicabile ad alcuni aspetti del trasporto marittimo internazionale, almeno se il risultato dell'esercizio di tale autonomia privata conduce ad una modifica in senso deteriore della posizione dei soggetti interessati alla merce rispetto a quella prevista nella disciplina di diritto uniforme. In tal senso si esprime chiaramente l'art. 3, §8, della Convenzione di Bruxelles del 1924 e la ragionevolezza di tale disciplina, non solo è stata da tempo ampiamente compresa dalla giurisprudenza italiana (v. ad esempio Cass., 16 luglio 1955, n. 2589, in *Foro it.*, 1955, I, 33), ma

è stata integralmente ripresa in termini ancora più chiari anche nella Convenzione di Amburgo del 1978 (art. 23) che pur non esita, come abbiamo indicato, a riconoscere un certo ruolo alla volontà delle parti nella determinazione del suo ambito normativo.

In una direzione completamente divergente, e pertanto ampiamente ricognitiva di uno specifico ruolo della autonomia privata, nella determinazione dell'ambito e dei limiti di applicazione del diritto uniforme, si colloca invece la disciplina accolta nelle Convenzioni relative alla vendita internazionale di cose mobili. In esse, infatti, non solo si consente alle parti «di escludere totalmente o parzialmente la applicazione della Convenzione» ma si prevede che «tale esclusione può essere espressa o tacita» (cfr. art. 3 LUVI, art. 2 LUFC e art. 6 della Convenzione di Vienna del 1980 che, peraltro, in proposito pone una eccezione di cui all'art. 12). Tanto che, al riguardo, si è da più parti addirittura parlato di natura «suppletiva» della disciplina di diritto uniforme rilevando che le disposizioni in esame devono considerarsi vere e proprie norme sui conflitti di leggi in virtù delle quali tutta l'economia del sistema normativo di diritto uniforme si trova sospesa alla determinazione della c.d. «legge dell'autonomia» designata dalle parti (v. RIGAUD, F., *Le domaine d'application de la loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels et la loi uniforme sur la formation de ces contrats de vente*, in *JT*, 1972, I, 561 ss. e CARBONE, S.M.-LUZZATTO, R., [56], 133 ss.).

Il che appare tanto più vero se si considera che l'esclusione del diritto uniforme può risultare non solo da un accordo designativo di un ordinamento di uno Stato non contraente, ma anche dalla indicazione della competenza della legge di uno Stato contraente se le parti (espressamente o implicitamente) hanno inteso riferirsi alla normativa nazionale vigente in quel Paese (cfr. CARBONE, S.M., *L'ambito di applicazione ed i criteri interpretativi della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1980, 513 ss., in part. 525-526, con specifico riguardo ai problemi che in proposito pone la nuova dizione dell'art. 1 (b) della Convenzione di Vienna).

Altre volte, la posizione dell'esercizio dell'autonomia privata rispetto all'operare del diritto uniforme non è così netta perché, pur essendone indicato un preciso ambito di applicazione indipendente dalla volontà delle parti, si prevede l'esigenza di un suo richiamo all'interno del documento che sta alla base del rapporto contrattuale disciplinato dalla normativa uniforme. Il senso ed il significato di tale richiamo è stato variamente interpretato. Infatti da parte di alcuni si è affermato che si tratta di un aspetto essenziale per rendere operativa la disciplina di diritto uniforme; «sicché l'applicabilità o meno di tale normativa dipende dalla scelta che le parti possono fare tra normativa internazionale e le varie possibili normative nazionali» (in questo senso v. soprattutto la giurisprudenza: Cass., 28 ottobre 1975, n. 3983, in *Giust. civ.*, 1975, I, 205 ss.; Cass., 26 novembre 1980, n. 6272, in *Giust. civ.*, 1981, I, 291 ss.). Da parte di altri, invece, si è osservato che l'obbligatorio richiamo della disciplina uniforme nel documento che sta alla base del rapporto contrattuale è rivolto ad ampliarne, ma non già a condizionarne,

l'ambito d'applicazione. Infatti, in tal modo, non solo si intende richiamare l'attenzione delle parti sulla disciplina applicabile al rapporto ma soprattutto consentirne l'impiego anche nell'ambito degli Stati non contraenti quanto meno in virtù del rinvio negoziale al suo contenuto normativo (cfr. in questo senso VALAPERTA, G., *La CMR è facoltativa?*, in *Trasporti*, 1976, 196; CARBONE, S.M., *Il diritto uniforme in tema di trasporti ed il suo ambito di applicazione nell'ordinamento italiano: casi e materiali*, in *Dir. maritt.*, 1978, 390; GRIGOLI, G., *Sull'applicabilità della Convenzione di Ginevra del 19 maggio 1956 relativa al trasporto internazionale di merce su strada*, in *Giust. civ.*, 1981, I, 296 ss.; FRIGO, M., *La pretesa derogabilità della CMR e caratteri del diritto uniforme*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1983, 94 ss.). A nostro avviso, quest'ultima soluzione sembra la più corretta perché se così non fosse si dovrebbe ritenere che la normativa in esame, da un lato, è più facilmente derogabile di quella disciplina di diritto uniforme (del tipo in precedenza esaminato con riguardo alla vendita internazionale) di cui, per sua espressa disposizione, le parti possono evitare la applicazione e, dall'altro, consente alla volontà unilaterale del contraente più forte (che si rifiuti di operare il richiamo al regime convenzionale nel documento contrattuale di sua emissione) di escludere l'applicazione della normativa uniforme a favore di una disciplina negoziale o di un ordinamento giuridico statale a lui più favorevole. Infatti, la tesi dell'essenzialità dell'esplicito richiamo negoziale ai fini dell'applicazione della normativa in esame, per un verso, deduce l'implicito rifiuto della operatività del diritto uniforme dalla semplice mancanza di una esplicita clausola contrattuale in senso opposto e, per altro verso, fa discendere da un comportamento colpevole dell'imprenditore (che non provvede ad emettere il documento contrattuale con richiamo alla disciplina uniforme) una conseguenza (la mancata applicazione del diritto uniforme) che può essere a lui favorevole se il regime contrattuale o la disciplina prevista nell'ordinamento statale competente a regolare il rapporto, sono meno rigorosi di quanto prescrive la normativa di diritto uniforme. Il che non appare ragionevole oltre ad essere contrario ai risultati cui sono pervenuti dottrina e giurisprudenza nell'ambito di altri sistemi giuridici (v. ad esempio LOEWE, R., *Note explicative sur la Convention au contrat de transport international de marchandises par route du 19 mai 1956*, in *Euro Trans*, 1976, 407 ss., in partic. 424 ss.).

2.8. *Autonomia privata e scelta di «internazionalizzazione» del rapporto contrattuale*

Per quanto riguarda, invece, il rapporto tra esercizio dell'autonomia privata e diritto internazionale pubblico il problema si pone concretamente a causa di una prassi sempre più frequente in alcuni rapporti tra enti privati e Stati stranieri (ad esempio concessioni relative allo sfruttamento di pozzi petroliferi oppure, più di recente, contratti di sviluppo economico) a proposito dei quali precise clausole contrattuali designano come competente a disciplinarne il contenuto il solo diritto

internazionale, oppure tale ordinamento in collegamento ed in rapporto di prevalenza rispetto al sistema normativo dello Stato che partecipa al rapporto contrattuale, riservando la decisione delle eventuali controversie ad un arbitrato *ad hoc* organizzato nei modi più vari, ma comunque secondo strutture indipendenti rispetto all'ordinamento dello Stato in cui si è operato l'investimento o all'ordinamento nazionale dell'ente privato che opera l'investimento. Si pensi, ad esempio, a clausole del tipo «*The arbitrators shall base their decision on equity and the principles of international law*» oppure a clausole in virtù delle quali un rapporto contrattuale è sottoposto ai principi normativi dello Stato in cui viene effettuato l'investimento «*which are consistent with principles of international law and, in their absence, in accordance with the general principles of law including those applied by international tribunals*» (v. al riguardo DELAUME, G.R., [18], I, 38 ss.).

Il significato e la portata di queste clausole è largamente controverso. In realtà, il loro effetto di provocare una vera e propria «internazionalizzazione» del rapporto contrattuale è certo e non può essere messo in discussione soltanto nell'ambito di operatività della Convenzione di Washington del 15 marzo 1965 sulla soluzione delle controversie relative ad investimenti fra Stati e/o cittadini di altri Stati (cui l'Italia ha dato esecuzione nell'ambito del suo ordinamento con l. 10 maggio 1970, n. 1093) in quanto l'art. 42 prevede espressamente che «*Le tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de lois – ainsi que les principes de droit international en la matière*».

Attraverso questa norma, infatti, non solo si offre una base normativa al potere di autoregolamentazione delle parti contraenti (dando, così, qualche credito a quella impostazione dottrinale che trova nello stesso rapporto contrattuale il fondamento ultimo della sua validità), ma soprattutto si evidenzia, da un lato, l'idoneità delle norme di diritto internazionale a regolare rapporti contrattuali di cui sia parte un soggetto privato purché relativi ad investimenti internazionali e, dall'altro, la prevalenza di tali norme sulle disposizioni di diritto interno eventualmente applicabili, in concorso con quelle di origine internazionale, al rapporto.

Per quanto riguarda, invece, i rapporti contrattuali, sottratti all'ambito di operatività della citata Convenzione di Washington, l'effetto di internazionalizzarne la disciplina loro applicabile attraverso clausole del tipo sopra ricordato è da più parti contestato. Tale opinione si fonda su un autorevole precedente della Corte permanente di giustizia internazionale del 12 luglio 1929 secondo il quale «*tout contrat qui n'est pas un contrat entre Etats en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale*» (in *C.P.J.L., Série A*, n. 20, 41); precedente, poi, quasi integralmente confermato in una più recente decisione della Corte di cassazione francese (nel caso *Messageries Maritimes*, del 21 giugno 1950, in *RCDIP*, 1950, 609 ss.) in occasione della quale è stato precisato che «*tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat*».

Dal punto di vista ora esposto, infatti, come già abbiamo osservato in altra sede (v. CARBONE, S.M. – LUZZATTO, R., [56], §16), non sembra neppure accoglibile l'idea che una regola di conflitto possa ammettere la sottoposizione del rapporto contrattuale al diritto internazionale sia pure a seguito di apposita manifestazione di volontà espressa dalle parti. D'altro canto, sempre in questo senso, si è fatto da più parti osservare che il diritto internazionale non contiene norme giuridiche idonee sia a disciplinare in modo soddisfacente e completo il rapporto contrattuale tra privati e Stato estero in cui viene operato l'investimento sia a fornire garanzie direttamente utilizzabili in caso di violazione delle obbligazioni derivanti dal rapporto. Ed ancora, sempre in questo senso, si è osservato come non è possibile pensare di rinvenire nello stesso contratto di cui è parte il soggetto privato partecipe di un rapporto con uno Stato estero lo strumento giuridico attraverso il quale si attribuisce a tale soggetto quella capacità giuridica che gli sarebbe necessaria per poter essere considerato tra i destinatari dell'ordinamento internazionale (v. al riguardo soprattutto RIGAUX, G., *Des Dieux et des héros*, in *RCDIP*, 1978, 435 ss., in parti 444-445).

Eppure, non si può negare che a più riprese la pratica internazionale, soprattutto nell'ambito di importanti decisioni arbitrali (v. ad es. il caso *Aramco* nella controversia tra il Governo dell'Arabia Saudita e *Arabian American Oil Company*, decisa con sentenza arbitrale 23 agosto 1958, in *Riv. dir. intern.*, 1963, 232 ss. e in questi ultimi anni il caso *Texaco* contro il Governo della Libia deciso con sentenza arbitrale 19 gennaio 1977, in *JDI*, 1977, 350 ss.), evidenzia significative prese di posizione a favore di soluzioni in virtù delle quali alcuni rapporti contrattuali tra privati e Stati esteri possono collocarsi direttamente nell'ambito del diritto internazionale. Tanto che non si esita a riconoscere che è tale sistema l'ambito normativo da cui i rapporti contrattuali traggono la loro efficacia vincolante ed in virtù del quale le parti possono stabilire la disciplina destinata a regolare i loro rapporti in modo autonomo rispetto a qualsiasi disposizione normativa statale. Ed al riguardo si è addirittura affermato che in tal modo si riconosce sia che «*un contrat entre Etat et une personne privée se situe dans l'ordre juridique international*» sia che «*aux fins de l'interprétation et de l'exécution du contrat il convient de reconnaître au contractant privé des capacités internationales spécifiques*» (v. la sentenza arbitrale del caso *Texaco*, in *JDI*, 1977, 361).

Tale impostazione, che pur ha trovato supporto in una parte della dottrina (cfr. ad esempio LALIVE, J.F., *Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux Sociétés privées étrangères*, in *JDI*, 1977, 319 ss.) non può essere condivisa. In realtà, come già abbiamo precisato in altra sede, non è realisticamente possibile – anche a prescindere da qualsiasi altra considerazione (del tipo innanzi esposta) – negare agli Stati, almeno all'interno del (e con effetti limitati al) loro ordinamento, di disporre in ultima analisi dei valori giuridici che fanno capo a loro rapporti con soggetti privati; valori che, al contrario, la tesi da ultimo esposta vorrebbe mantenere autonomi ed indipendenti da qualsiasi ordinamento statale ed in particolare dall'ordinamento dello Stato direttamente interessato alla esecuzione del

rapporto (cfr. CARBONE, S.M. LUZZATTO, R., [56], §16; GIARDINA, A., [54]). Tanto è vero che la prassi recente dimostra che gli Stati sono ben lungi dal rinunciare alle proprie prerogative sovrane nella misura necessaria a garantire al principio «*pacta sunt servanda*» una propria validità ed efficacia indipendente dalla sua operatività in un determinato ordinamento giuridico statale: si pensi, ad esempio, alle difficoltà di esecuzione con le quali si sono scontrati i tentativi di realizzare concretamente i diritti riconosciuti a favore dei privati sulla base della c.d. «internazionalizzazione» del rapporto contrattuale oppure alle posizioni legislative di recente assunte da parte di alcuni Stati che si sono espressi in termini decisamente negativi nei confronti del fenomeno arbitrale internazionale proprio a seguito delle esperienze sopra ricordate (cfr. art. 51 del codice andino sugli investimenti stranieri).

Quanto ora osservato, peraltro, non sta a significare che le c.d. «clausole di internazionalizzazione» del contratto, anche al di fuori di quegli ambiti soggettivi ed oggettivi in cui la loro efficacia trova un preciso supporto normativo (come, ad esempio, nella già citata Convenzione di Washington del 1965), non producano alcun effetto sulla disciplina del rapporto contrattuale. Appare, infatti, indubbio che attraverso l'inserimento nel contratto di tali clausole le parti hanno inteso, da un lato, attenuare nella massima misura possibile il legame della disciplina contrattuale con la normativa dell'ordinamento statale in cui il rapporto deve avere esecuzione e, dall'altro, indicare la loro volontà di veder disciplinare il rapporto contrattuale nell'ambito di un sistema normativo che riconosce efficacia diretta al suo interno ai principi di diritto internazionale. Tali effetti appaiono, di per sé, realizzabili pur senza riconoscere che il rapporto contrattuale gravita direttamente nell'ambito dell'ordinamento internazionale o che il principio «*pacta sunt servanda*» è *self-supporting*: solo la misura in cui tali effetti si possono realizzare in pratica è difficilmente precisabile poiché dipende da una serie di circostanze non razionalizzabili *a priori* (tra queste, l'ordinamento in cui ci si colloca). Appare certo, comunque, che almeno nell'ambito di ordinamenti statali terzi rispetto allo Stato contraente si potrà invocare una giustificazione ulteriore (rispetto ad altre eventualmente rilevanti al riguardo) per impedire che misure legislative o atti amministrativi da questo adottati in contrasto con norme di diritto internazionale e con impegni che tale Stato ha assunto nel rapporto contrattuale possano ricevere applicazione anche se tali misure sono state previste in virtù di norme di applicazione necessaria e riguardano aspetti del rapporto contrattuale che si devono svolgere nell'ordinamento che le ha adottate (cfr. al riguardo MANN, F.A., *The Consequences of an International Wrong in International and National Law*, in *BYIL*, 1997, 1 ss., in partic. 59 ss.).

Inoltre, attraverso la internazionalizzazione del contratto è possibile offrire un quadro di riferimento più preciso per garantire una corretta applicazione, ed una esatta valutazione del significato degli eventuali limiti che lo Stato si è contrattualmente impegnato a rispettare con riguardo alla sua rinuncia a quelle situazioni giuridiche soggettive che vengono riconosciute a suo favore da parte del diritto

internazionale (si pensi ad esempio alle c.d. clausole di stabilizzazione oppure alle clausole relative alla rinuncia all'immunità giurisdizionale o alla immunità dall'esecuzione di certi beni a proposito delle quali è ormai accertata nella pratica internazionale la validità e la irrevocabilità di un tale tipo di impegno). Infine, la c.d. «internazionalizzazione» del contratto consente il massimo di espansione di quel potere degli arbitri di impiegare materiali normativi non statali, ed eventualmente di elaborare al riguardo nuovi modelli transnazionali, con la possibilità di farne prevalere i contenuti almeno nei confronti di tutte le norme statali non dotate di quella speciale intensità valutativa da essere considerate come «disposizioni di applicazione necessaria» (e pertanto anche nei confronti di norme che pur non rientrano nel semplice *ius dispositivum*).

2.9. *Autonomia privata e scelta di «delocalizzazione» del rapporto contrattuale rispetto ad uno specifico ordinamento statale*

Gli effetti da ultimo indicati sono, in grande misura, coincidenti con quelli che derivano dall'inserimento nel contratto di clausole attraverso le quali l'autonomia privata invece di funzionare come criterio di collegamento verso un ordinamento statale opera come elemento rivolto a «delocalizzare» il rapporto contrattuale dalla disciplina di uno specifico ordinamento statale. Si tratta di clausole in vario modo formulate che richiamano l'applicazione di «*general common principles*», di «*principles of equity*», di «*principles of good faith and good will*» oppure di principi vigenti nella pratica del commercio internazionale. Il contenuto preciso di tali disposizioni contrattuali è tutt'altro che certo anche se appare indubbio che esse siano rivolte a sottoporre l'operazione economica ad una disciplina uniforme, idonea a ricevere una identica valutazione nell'ambito dei vari ordinamenti giuridici statali al di là delle molteplici diversità che li caratterizzano. Il che sembra rappresentare, come già abbiamo accennato in altra sede (cfr. CARBONE, S.M. – LUZZATTO, R., [56], §14), un ritorno al fondamentale principio ispiratore delle più antiche regole di conflitto maturate in tempi antecedenti al loro inquadramento formale nell'ambito degli ordinamenti statali in occasione dell'affermarsi a favore di questi ultimi del monopolio della disciplina giuridica dei rapporti interindividuali.

Il contenuto sostanziale di tale disciplina si trova, soprattutto, in quelle norme di produzione spontanea applicabili ai vari settori merceologici con i notissimi esempi della produzione normativa da parte di associazioni di categoria come, ad esempio, si verifica nel settore marittimo, o in quello bancario o in quello del commercio dei vari settori di materie prime: si tratta di norme di recente definite «regole oggettive del commercio internazionale» (cfr. BONELL, M.J., [17]) per indicarne la idoneità ad imporsi all'osservanza dei soggetti interessati ad un certo rapporto in virtù della loro semplice esistenza e del loro vigore entro un certo ambito sociale. Il fenomeno in esame è quello da tempo definito come diritto internazionale dei commercianti (*lex mercatoria*) che, da un lato, si è distinto sia dal

diritto internazionale in senso proprio sia dal diritto statale e, dall'altro, si è posto come complesso di regole coerenti ed autonome dotate di propri strumenti di garanzia fondati su procedure arbitrali e su vere e proprie sanzioni di carattere professionale «attraverso le quali il gruppo reagisce espellendo coloro che alle relative regole rifiutino di adeguarsi».

Oltre a ciò assumono un particolare rilievo quelle tecniche contrattuali attraverso le quali le parti impiegano nozioni, principi e terminologie propri di alcuni ordinamenti giuridici per darsi una autonoma disciplina (di alcuni aspetti del rapporto contrattuale) che, spesso discostandosi da quanto previsto negli ordinamenti da cui le nozioni impiegate provengono, da un lato, appare di per sé del tutto completa nel realizzare un equilibrato assetto degli interessi contrattuali delle parti e, dall'altro, risulta particolarmente idonea a trovare una completa applicazione se pur attraverso un impiego di differenti istituzioni nell'ambito di ogni ordinamento giuridico statale che può essere coinvolto nell'attuazione del rapporto contrattuale evitando così, invece di risolvere, i «conflitti di leggi». Si pensi, ad esempio, all'impiego del *trust* nei contratti di finanziamento internazionale in cui la relativa nozione convenzionalmente adottata, pur discostandosi da quella accolta nell'ordinamento inglese sia con riferimento ai poteri del *trust* sia con riferimento ai diritti dei titolari dei *bondholders*, è disciplinata in modo tale da poter trovare completa e coerente applicazione non solo negli ordinamenti di *common law*, ma anche in quegli ordinamenti di *civil law* che ignorano l'esistenza di tale istituto (cfr. DELAUME, G.R., [18], V, 5 ss). Oppure si pensi alla completezza ed alla autosufficienza della disciplina prevista nelle clausole di forza maggiore oppure nella clausola «*rebus sic stantibus*» normalmente adottata nei contratti internazionali a lunga durata. Al riguardo, infatti, se ne prevede una dettagliata regolamentazione (relativa sia alla sospensione dell'esecuzione del rapporto contrattuale sia alla eventuale risoluzione del rapporto sia agli effetti economici degli eventi in esse previsti sulle parti contraenti) in modo tale da essere autonoma rispetto a qualsiasi integrazione normativa da parte dei sistemi statali, anche di per sé idonea a trovare completa attuazione nell'ambito dei vari ordinamenti statali interessati alla esecuzione del rapporto.

Naturalmente, quanto ora esposto non vuole certamente significare adesione a teorie rivolte a negare il potere degli Stati sovrani di essere titolari in via esclusiva degli strumenti rivolti a disporre ed a realizzare i valori giuridici. E tanto meno vuole significare adesione a quelle teorie che riconoscono al principio «*pacta sunt servanda*» una propria autonomia e validità indipendentemente dalla sua collocazione nell'ambito di un preciso sistema normativo interindividuale. Anzi, a nostro avviso, non solo tale inquadramento dell'autonomia privata appare sempre necessario, ma i risultati voluti dalle parti, attraverso il suo esercizio, per realizzarsi compiutamente non possono prescindere dal modo di essere e dalle garanzie offerte dagli ordinamenti statali.

Ciò che si è voluto semplicemente mettere in rilievo è l'esistenza di un fenomeno assai rilevante nella pratica del commercio internazionale in virtù del quale

i soggetti interessati dispongono del loro rapporto contrattuale sia attraverso un ampio esercizio dell'autonomia privata sia attraverso l'inquadramento del loro rapporto nell'ambito di un sistema normativo effettivamente esistente ed operante tra soggetti interessati ad un certo rapporto in quanto partecipi di un determinato ambiente sociale. Ma ciò non significa negare che la realizzazione compiuta di tale fenomeno possa prescindere dall'esistenza e dalle garanzie offerte dagli ordinamenti statali. Anzi è proprio il riconoscimento delle situazioni giuridiche soggettive create in virtù dei rapporti in esame all'interno di questi ultimi che offre alla disciplina di tale rapporto una garanzia effettiva di realizzarsi compiutamente. Il che è reso possibile, soprattutto, dall'esistenza di Convenzioni internazionali in tema di arbitrato (come la Convenzione di New York del 10 giugno 1958, resa esecutiva nel nostro ordinamento con l. 19 gennaio 1968, n. 62, oppure la Convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961, resa esecutiva nel nostro ordinamento con l. 10 maggio 1970, n. 418) che da un lato consentono agli arbitri di giudicare secondo un complesso variato di regole di diversa origine (in parte statale, in parte consuetudinaria ed in parte di tipo corporativo) e, dall'altro, riconoscono sia la efficacia dei lodi relativi a tali procedimenti arbitrali del commercio internazionale in virtù di controlli assai ridotti (proprio con particolare riguardo alla disciplina applicata per la soluzione della controversia) sia l'efficacia preclusiva della giurisdizione statale su controversie relative a rapporti per i quali esiste un accordo o clausola arbitrale validi secondo le regole direttamente stabilite nel diritto internazionale uniforme.

Infatti, più in particolare, in virtù delle Convenzioni in esame gli arbitri hanno il potere di decidere tenendo conto non tanto della legge applicabile al rapporto quanto, e soprattutto, «*des stipulations du contrat et des usages du commerce*» (cfr. art. 7.1 della precitata Convenzione di Ginevra del 1961). Il che è, poi, ulteriormente e significativamente confermato da quanto previsto nei Regolamenti internazionali relativi alla disciplina dell'arbitrato commerciale internazionale maggiormente impiegati nella pratica. Si pensi, ad esempio, ai Regolamenti della Commissione Economica delle Nazioni Unite per l'Europa (1966), della Camera di Commercio Internazionale (edizione 1975) o dell'UNCITRAL (1976) in cui è espressamente sancita, con riguardo alla disciplina applicabile per la risoluzione delle controversie, la priorità di applicazione delle regole del commercio internazionale e della disciplina contrattuale rispetto alle stesse previsioni della legge statale regolatrice del rapporto. Nello stesso senso anche la legge modello dell'UNCITRAL sull'arbitrato commerciale internazionale (art. 28). Quanto poi ai controlli sulle sentenze arbitrali in occasione del riconoscimento dei loro effetti negli ordinamenti statali si esclude qualsiasi verifica da parte del «giudice della delibazione» della disciplina applicata al merito della controversia da parte degli arbitri con il solo limite dell'ordine pubblico.

Pertanto, in breve, al fine di garantire la «delocalizzazione» di un rapporto contrattuale da un preciso ambito normativo statale appare necessario l'impiego dello strumento arbitrale accompagnato da una completa regolamentazione con-

venzionale di tutti gli aspetti del rapporto e/o dalla esistenza di precise regole oggettive del commercio internazionale. I relativi risultati, infatti, potranno realizzarsi concretamente, anche attraverso l'impiego delle garanzie offerte dagli stessi ordinamenti statali, con l'unico limite rappresentato dal fatto che non si tratti di decisioni che non si pongano in contrasto con «norme di applicazione necessaria» eventualmente applicabili in virtù della *lex fori* ad alcuni aspetti del rapporto contrattuale. In questo ultimo caso, infatti, siano tali norme direttamente appartenenti all'ordinamento statale in cui la sentenza arbitrale deve avere esecuzione oppure siano esse appartenenti ad un ordinamento terzo la cui competenza esclusiva al riguardo sia riconosciuta nel foro, il limite dell'ordine pubblico impedirà alla sentenza arbitrale di produrre i propri effetti, e di godere delle garanzie loro offerte, nell'ambito degli ordinamenti statali.

3. *Gli altri criteri di collegamento*

3.1. *La cittadinanza comune delle parti*

Il criterio della cittadinanza delle parti, se è comune, è posto dall'art. 25, 1° co., disp. prel., al primo posto fra quelli da esso indicati (fatta sempre salva, secondo l'espressione testuale della norma, la diversa volontà delle parti). In tal modo il legislatore del 1939 si è mantenuto fedele alla tradizione manciniana ed alla posizione assolutamente dominante da essa conferita al criterio della nazionalità in tutto il campo del diritto internazionale privato. In realtà, il criterio di cui si tratta appare ben scarsamente significativo in materia contrattuale, e ben raramente adottato in tale ambito sul piano internazionale. Anche per il sistema italiano, esso è comunque destinato ad essere abbandonato non appena entrerà in vigore la Convenzione di Roma del 1980, fondata su un insieme di criteri affatto diversi (v. *infra*, 3.4.). Comunque, l'adozione di altri criteri di collegamento accanto a quello della volontà – ed in primo luogo, di quello della cittadinanza comune – ha il significato anzitutto di porre chiaramente in luce come nel sistema italiano non vi sia spazio alcuno per la ricerca di una volontà «presunta» od addirittura «ipotetica» delle parti contraenti, idonea a porre in rilievo un tipo di appartenenza specifica della situazione contrattuale ad un altro sistema. Una volta escluso che una volontà diretta a sottoporre il contratto ad una legge, espressa od implicita, esista, l'interprete è condotto al di fuori dell'ambito della volontà delle parti, e deve applicare i criteri indicati all'uopo dall'art. 25, 1° co., disp. prel. (DE NOVA, R., [21], 480).

Il criterio della cittadinanza comune deve essere riferito al momento della stipulazione del contratto (Cass., 23 novembre 1957, n. 4470) al pari del resto di quello del luogo in cui tale stipulazione ha avuto luogo: ed in ciò si differenzia dalla variabilità che invece del criterio della volontà è propria.

Problemi possono poi sorgere in caso di pluralità di cittadinanze di uno o più

contraenti, oppure in caso di apolidia. In linea di principio, si ritiene che la presenza, fra le varie cittadinanze, di quella italiana escluda ogni rilevanza delle altre, e che fra varie cittadinanze tutte straniere debba essere attribuita la prevalenza a quella che esprime in concreto un legame maggiormente effettivo fra l'individuo e la comunità (ad esempio, perché accompagnato dalla residenza nel territorio dello Stato).

3.2. *Il luogo di conclusione del contratto*

Si tratta di un criterio di antica origine, ben giustificato nel caso di contratti conclusi fra persone che si trovino nello stesso luogo, ma idoneo a creare dubbi e difficoltà tutte le volte che il contratto venga concluso fra assenti. In tale ipotesi, infatti, la determinazione del luogo di conclusione del contratto passa attraverso l'applicazione di norme giuridiche – quelle che, in ciascun sistema, determinano quando e dove un dato contratto debba ritenersi concluso – le quali sono notevolmente diverse dall'uno all'altro ordinamento, e possono pertanto condurre a risultati differenziati a seconda del sistema nel cui ambito ci si ponga. Il criterio del luogo di conclusione trova comunque applicazione in un certo numero di ordinamenti, almeno come regola di chiusura, al fine di ottenere una soluzione in ordine al problema della determinazione della legge applicabile al contratto che eviti il ricorso ad altri più incerti criteri (LANDO, O., [19], cap. XXIV, §§107 ss.): ma è anch'esso destinato ad essere definitivamente abbandonato con l'entrata in vigore della Convenzione di Roma del 1980, fondata sul diverso principio del c.d. collegamento più stretto.

Per quanto concerne la concreta determinazione del luogo di conclusione del contratto, il principio generalmente accolto nell'ambito del sistema italiano è quello secondo il quale esso deve essere determinato con riferimento alla nozione di luogo di conclusione del contratto che è proprio della *lex fori*, e dunque con riferimento alle regole dalla medesima stabilite (in Italia, artt. 1326, 1327, 1333 c.c. ed altri principi rilevanti: si veda per indicazioni BALLARINO, T., [23], 856 ss.). Le osservazioni critiche di numerosi autori (ricordate da BALLARINO, T., [23]) tendenti a valorizzare le indicazioni della legge regolatrice del contratto anche ai fini della determinazione del luogo di conclusione del contratto non sono sino ad oggi penetrate in alcun modo nella giurisprudenza italiana, la quale si è sempre mantenuta fedele all'adesione al criterio tradizionale sopra indicato.

3.3. *La nazionalità della nave e dell'aeromobile*

La nazionalità della nave e dell'aeromobile è il criterio base di collegamento scelto dal sistema italiano di diritto internazionale privato per la determinazione della legge regolatrice dei rapporti contrattuali che gravitano intorno al fatto tecnico della navigazione. Al riguardo, infatti, il luogo di conclusione del contratto e la nazionalità delle parti contraenti vengono sostituiti dal rinvio alla legge della

bandiera che si affianca alla legge scelta dalle parti nella disciplina dei più importanti rapporti marittimi ed aeronautici (artt. 5 e 9 ss. c. nav.) commettendo molte volte veri e propri abusi del suo impiego. Tanto che da più parti non si è esitato a mettere in rilievo che le disposizioni preliminari del codice della navigazione hanno voluto assegnare alla nazionalità della nave (e dell'aeromobile) il ruolo di circostanza utilizzabile per individuare la legge regolatrice dei molteplici rapporti del traffico marittimo ed aereo anche nei casi in cui la pratica non ne aveva ravvisato l'esigenza o l'opportunità. Un esempio. Secondo l'art. 10 c. nav. i rapporti che derivano dal contratto di noleggio a scafo nudo (*bare boat charter*) devono essere regolati, salva diversa designazione contrattuale, dalla legge della bandiera. Al contrario, la migliore dottrina aveva rilevato, già in sede di valutazione dell'opportunità di alcune scelte legislative, l'esigenza di sottoporre i rapporti in esame alle disposizioni dell'ordinamento cui rinvia la norma generale di diritto internazionale privato relativa alle obbligazioni contrattuali.

Gli eccessi, ora accennati, nell'impiego della nazionalità della nave (o dell'aeromobile) nelle disposizioni preliminari del codice della navigazione sono stati provocati, soprattutto, da una serie di convergenti circostanze e prospettive.

Per limitarci alle più significative è sufficiente ricordare l'importanza che hanno assunto al riguardo, da un lato, la cosiddetta autonomia del diritto della navigazione da cui discendeva non solo una visione stato-centrica dei rapporti commerciali, ma anche l'accoglimento di soluzioni normative differenziate (e derogatorie rispetto a quelle di diritto comune) per ogni profilo attinente al traffico marittimo ed aereo, dall'altro, la convinzione dell'esistenza di uno stretto collegamento e di intimi legami socioeconomici tra Stato della bandiera e nave (o aeromobile) tanto da ritenere che questi beni, pur essendo sprovvisti di soggettività giuridica, acquistassero una vera e propria nazionalità da parte dello Stato di cui battevano la bandiera con caratteri ed effetti del tutto simili a quelli della cittadinanza nei confronti delle persone fisiche e giuridiche. In merito a tali valutazioni la storia degli ultimi decenni si è fatta carico di dimostrare l'infondatezza o, quanto meno, l'incoerenza rispetto al reale assetto del commercio internazionale.

E d'altro canto, neppure si può osservare (come pure è avvenuto in passato) a favore dell'impiego della nazionalità della nave nel diritto internazionale privato della navigazione la circostanza in virtù della quale «la determinazione della nave e/o dell'aeromobile» è considerata, nel nostro sistema di diritto della navigazione, il punto di riferimento comune a molti rapporti marittimi (o aeronautici) di cui costituisce un elemento talmente essenziale e qualificante da collegarne alcuni aspetti con l'ordinamento di cui la nave (o l'aeromobile) batte la bandiera. Infatti, è ben vero che la determinazione della nave (e dell'aeromobile) sembra costituire l'elemento essenziale di molti rapporti contrattuali marittimi ed aeronautici – come ad esempio il contratto di noleggio (art. 384 c. nav., richiamato, anche per i relativi rapporti di diritto aeronautico, dall'art. 939 c. nav.) ed il contratto di trasporto di carico totale (art. 439 c. nav.) – ma è altrettanto vero che tale designazione né contribuisce a qualificare la natura di questi rapporti né equivale all'esat-

ta individuazione della nave (o dell'aeromobile) in tutti i suoi requisiti commerciali e non commerciali. Anzi, su quest'ultimo punto, la dottrina e la giurisprudenza non hanno mancato di mettere in rilievo gli esempi della pratica commerciale in cui la nave è individuata in alcuni suoi requisiti tipici (come il nome o la nazionalità) solo successivamente alla conclusione del contratto di noleggio (o di trasporto di carico totale) poiché, molto spesso, al momento del perfezionamento del rapporto l'unico elemento necessario a soddisfare le reali esigenze normative e quelle delle parti interessate consiste solamente nell'esatta designazione della portata della nave.

Non solo, ma anche a non voler considerare il modo in cui operano nel senso ora indicato alcuni modelli e clausole contrattuali (tra i quali particolarmente significativi i cosiddetti *tonnage agreements* o le clausole di sostituzione della nave), già di per sé chiaramente indicativi che l'unico elemento essenziale nella conclusione di un contratto di utilizzazione della nave è la sua portata, la mancanza di uno stretto collegamento tra ordinamento dello Stato di cui la nave batte la bandiera ed i rapporti relativi alla sua utilizzazione risulta ulteriormente confermata dai più recenti sviluppi delle tecniche di trasporto.

Le circostanze ora indicate, che chiaramente evidenziano la crisi del criterio di collegamento in esame, hanno fatto sì che, anche in occasione della recente codificazione operata dalla Convenzione di Roma del 1980, allorché si è trattato di precisare (all'art. 4.4) i criteri di collegamento da prendere in particolare considerazione per la disciplina internazionalprivatistica del contratto di trasporto marittimo ed aereo, non è stata neppure menzionata la nazionalità della nave e dell'aeromobile. E d'altro canto, sono tali circostanze che hanno anche giustificato la sostanziale abrogazione dell'art. 9 c. nav. operata attraverso l'entrata in vigore della l. 4 aprile 1977, n. 135, in virtù della quale la disciplina dei rapporti di lavoro marittimo viene sottratta alla legge della bandiera a favore della *lex fori* ed in particolare a favore dei «principi fondamentali contenuti nei vigenti contratti collettivi di lavoro nazionale».

Ma la reazione in senso riduttivo del ruolo assegnato alla legge della bandiera della nave (e dell'aeromobile) nell'ordinamento italiano opera anche a livello interpretativo ed applicativo delle stesse disposizioni preliminari del codice della navigazione.

Un tale esito si manifesta, anzitutto, attraverso il rinvenimento di principi della tradizione, comune ai vari ordinamenti che, se pur maturati secondo matrici differenti (collegate alle diverse componenti storiche), nel loro evolvere hanno prodotto soluzioni giurisprudenziali e normative tra loro sostanzialmente non divergenti che escludono *a priori* il sorgere di veri e propri «conflitti di legge». Il che è agevolato, soprattutto, da un lato dal progressivo consolidarsi di formule contrattuali univocamente intese secondo significati che trascendono il particolarismo dei vari ordinamenti statali (cfr. App. Genova, 21 gennaio 1969, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1969, 529 ss., in cui, a proposito della determinazione della disciplina delle stallie, è stato affermato che non rileva il problema della determinazione della

legge regolatrice del contratto allorché si tratta di applicare la clausola «*whether in berth or not*» il cui uniforme significato è accolto e garantito in ogni ordinamento), dall'altro, dal notevole sviluppo del fenomeno del diritto uniforme e dello spontaneo adeguamento alla regolamentazione internazionale anche della disciplina interna di molti rapporti marittimi ed aeronautici (sia nel senso di provocare la massima espansione dell'ambito di operatività delle convenzioni internazionali di diritto della navigazione, sia nel senso di conservarne l'efficacia nella maggiore misura possibile).

Non solo, ma la tendenza rivolta a limitare l'applicabilità dell'ordinamento di cui la nave (o l'aeromobile) batte la bandiera ha avuto significative manifestazioni anche nella soluzione di veri e propri conflitti di leggi laddove la lettera delle disposizioni preliminari del codice della navigazione non sembrava lasciare margini di discrezionalità a favore di scelte per ordinamenti diversi da quello nazionale della nave e dell'aeromobile. Le tecniche e le teorie avanzate a questo proposito, è ben vero, sono molte ed il loro impiego sembra a volte contraddittorio o, comunque, difficilmente razionalizzabile in precise formule. Ma in questa sede interessa soltanto rilevare che la realtà (delle singole decisioni e dei vari comportamenti delle parti interessate ai diversi rapporti marittimi ed aerei) è favorevole all'impiego di criteri di collegamento diversi dalla nazionalità della nave e dell'aeromobile privilegiando soluzioni rivolte ad applicare piuttosto la *lex voluntatis* o *loci executionis*, cui vengono assegnati, nella materia marittima ed aeronautica, ambiti più estesi di quelli normalmente loro assegnati dal diritto comune (cfr., per la relativa esemplificazione, anche alla luce dei più recenti risultati giurisprudenziali, CARBONE, S.M., *Legge della bandiera e ordinamento italiano*, Milano, 1970, in partic. 111 ss.).

Il che, già in altra sede (cfr. CARBONE, S.M., *Navigazione (dir. intern. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 695 ss., in partic. 703, ed ivi ulteriori indicazioni bibliografiche), si è cercato di sintetizzare evidenziando il carattere «residuale» dell'impiego del criterio di collegamento costituito dalla nazionalità della nave (e dell'aeromobile). Pertanto, la razionalizzazione dei risultati della pratica giurisprudenziale e contrattuale porta a concludere che la nazionalità della nave (e dell'aeromobile) costituisce un criterio di collegamento la cui utilizzazione nell'ambito del nostro sistema di diritto internazionale privato, piuttosto che avere un valore assoluto, sembra essere condizionata: a) all'impossibilità di individuare altrimenti, oppure b) all'inadeguatezza di altri criteri di collegamento ad indicare un ordinamento coerente rispetto alla tutela degli interessi delle comunità statali effettivamente coinvolte nelle situazioni relative al fatto tecnico della navigazione, al *particularisme* dei rapporti marittimi ed aerei ed all'esigenza di garantire l'uniformità (e la certezza) di trattamento di ogni sistema statale.

3.4. *Le nuove tendenze a livello internazionale e la loro rilevanza nell'ordinamento italiano*

Le norme italiane di diritto internazionale privato anche in materia di obbligazioni contrattuali sono fondate sull'idea che la legge regolatrice di un dato rapporto possa e debba essere individuata in via generale ed astratta, a mezzo di criteri destinati a funzionare in una generalità indefinita di casi concreti. In materia contrattuale, anche se non soltanto in essa, si contrappone a quest'idea la tendenza a ricercare caso per caso il sistema con il quale un determinato rapporto contrattuale si presenta maggiormente collegato, alla luce di tutte le caratteristiche del caso concreto. In questo senso, si è tradizionalmente orientata la prassi inglese e di altri sistemi di *common law*, che ha elaborato al riguardo la formula della ricerca della *proper law of the contract*, intesa come ricerca che tende a valorizzare le circostanze intrinseche ed estrinseche del singolo rapporto contrattuale (CHESHIRE, G., [4], 12 ss.). Tale tendenza peraltro, legata com'è ad una tecnica giuridica sviluppata nell'ambito di un sistema a diritto di origine giurisprudenziale, non ha potuto trovare adesioni di rilievo al di fuori dei paesi nei quali sussistono analoghe condizioni di fondo del sistema giuridico.

Al fine di ovviare alla rigidità e generalità delle regole codificate del tipo di quella dell'art. 25 disp. prel. c.c. italiano, si è invece venuta diffondendo una tendenza a «specializzare» le regole di conflitto nel senso di modellarne il contenuto in relazione agli specifici tipi contrattuali ed alle rispettive esigenze. Importanti esempi di tale tendenza sono rappresentati, sul piano internazionale, dal *Restatement (Second) dell'American Law Institute*, e dalla legge del 1975 della Repubblica democratica tedesca (*Rechtsanwendungsgesetz*, sulla quale v. DE NOVA, R., [21], 476 ss.). Sul piano dottrinale, alcuni aspetti propri di tali tendenze sono stati ripresi da vari autori in diversi paesi e sviluppati nel senso di rendere decisivo ai fini della determinazione della legge applicabile al rapporto il luogo in cui si svolge l'operazione che costituisce l'oggetto caratteristico del rapporto medesimo, facendosi generalmente riferimento alla c.d. prestazione caratteristica del contratto (fra tali autori, a prescindere da spunti più antichi, Schnitzer, Vischer, Lemaire, De Winter, sui quali v. DE NOVA, R., [21], 478 ss.). La tendenza menzionata ha trovato consacrazione a livello internazionale nella più volte citata Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 (a sua volta, poi, adottata come modello da legislatori interni quali quello tedesco federale del 1986). La Convenzione di Roma utilizza in primo luogo, per la designazione della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, il criterio della volontà delle parti (art. 3). In mancanza di scelta, essa stabilisce all'art. 4.1 che «il contratto è regolato dalla legge del paese col quale presenta il collegamento più stretto» (e qualora una parte del contratto sia separabile dal resto e presenti un collegamento più stretto con un altro paese, a tale parte del contratto potrà applicarsi in via eccezionale la legge di quest'altro paese). Al fine dell'applicazione di tale criterio, la Convenzione pone poi (art. 4.2) una presunzione, secondo la quale si presume che il contratto presenti il collegamento più

stretto con il paese in cui la parte che deve fornire la prestazione caratteristica ha, al momento della conclusione del contratto, la propria residenza abituale, o, se si tratta di una società, associazione o persona giuridica, la propria amministrazione centrale. A tali principi vengono poi introdotte modificazioni ed eccezioni, in vista di particolari categorie di contratti (diritti reali su immobili o di utilizzazione degli stessi, trasporto, contratti conclusi da consumatori, contratti di lavoro).

Com'è evidente, l'entrata in vigore della Convenzione di Roma è destinata ad apportare radicali modifiche al sistema risultante dall'art. 25 disp. prel. c.c. Al semplice e rigido sistema stabilito da tale norma si sostituirà, infatti, un sistema estremamente articolato, inteso a condurre – attraverso l'esperienza che risulterà dall'applicazione giudiziale della Convenzione – alla determinazione della prestazione caratteristica di ciascuna categoria di contratti, e, in tal modo, all'individuazione della relativa legge regolatrice. Opera, questa, indubbiamente delicata e destinata a creare qualche incertezza nella fase iniziale di sperimentazione del sistema convenzionale, sino a che non sia venuta a crearsi una sufficiente casistica: per la quale sarà peraltro essenziale l'uniformità di applicazione della Convenzione nei vari Stati membri della Comunità. A sua volta, tale uniformità dovrà essere garantita dalla possibilità di ricorso alla Corte di giustizia delle Comunità, secondo un sistema analogo a quello previsto dalla Convenzione di Bruxelles del 1968: soltanto il 19 dicembre 1988 sono stati conclusi a Bruxelles due protocolli intesi a tale scopo, non ancora entrati in vigore (in *Dir. comm. intern.*, 1989, 307 ss.). Secondo quanto più volte proposto nel corso del lavoro di preparazione del testo convenzionale (sul sistema della Convenzione di Roma si vedano VITTA, E., [42], 837 ss.; GIARDINA, A., [41], 795 ss.; VILLANI, U., *L'azione comunitaria in materia di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. eur.*, 1981, 394 ss.).

4. *L'ambito di operatività della «lex contractus» ed i suoi limiti*

4.1. *L'ambito di applicazione generale della «lex contractus»*

Data la struttura della norma di diritto internazionale privato relativa alle obbligazioni contrattuali ed i suoi rapporti con le altre norme aventi diversi campi di applicazione, non vi è dubbio che la sua portata, nell'attuale sistema di conflitto italiano, sia estremamente ampia. Ad essa, ed ai meccanismi di designazione della *lex contractus* da essa previsti, va infatti ricondotto tutto ciò che, secondo le nozioni proprie del foro applicate alle concrete realtà giuridiche straniere, attiene alla formazione ed alla validità del contratto, ai suoi requisiti, ai suoi effetti obbligatori (responsabilità per inadempimento, danno, mora, esonero da responsabilità, forza maggiore, ecc.), all'interpretazione del contratto, alle cause di estinzione dell'obbligazione ed alle altre vicende del rapporto obbligatorio (novazione, surrogazione, cessione, prescrizione). Per ciò che attiene in particolare all'estinzione dell'obbligazione (cfr. DE NOVA, R., *L'estinzione delle obbligazioni nel diritto*

internazionale privato, Pavia, 1930) va tenuto presente che a volte l'estinzione in tanto si potrà produrre, in quanto sia prevista anche dalla legge che regola l'obbligazione dalla quale l'effetto estintivo è condizionato (è il caso della compensazione, che in tanto si potrà verificare in quanto sia ammessa in concreto da entrambe le leggi eventualmente diverse che regolino i due rapporti obbligatori).

In linea di principio, alla legge regolatrice dell'obbligazione contrattuale secondo l'art. 25, 1° co., disp. prel. va ricondotto anche tutto ciò che attiene all'esecuzione della medesima. Dubbi sono sorti, al riguardo, in considerazione del ruolo senza dubbio significativo che può avere in concreto quanto dispone il diritto vigente nel luogo in cui l'esecuzione deve aver luogo: e si è pertanto cercato di affermare, con giustificazioni diverse, un'apposita sfera di competenza della *lex loci executionis*, che dovrebbe prevalere rispetto a quella della *lex contractus* determinata secondo i normali principi (per le varie tesi si vedano BROGGINI, G., [5]; CONFORTI, B., [7]).

Tuttavia, nell'attuale sistema italiano di conflitto non appare possibile configurare eccezione alcuna all'unità dello statuto contrattuale, neppure per ciò che attiene alla fase esecutiva (VITTA, E., [16], III, 293 ss.), non aparendo realmente persuasiva nessuna delle tesi sostenute al riguardo. Sicché la rilevanza della *lex loci executionis* sembra dover essere, in realtà, ammessa soltanto in via indiretta e di mero fatto, nel senso che eventuali difficoltà – o addirittura, impossibilità – di eseguire gli obblighi contrattuali assunti dalle parti dovranno essere valutate nei loro profili di incidenza sul comportamento delle parti obbligate, alla luce di quanto prescrive la legge che regola il rapporto obbligatorio nel suo insieme. Sotto altro profilo, le eventuali norme di applicazione necessaria della legge locale (quali sovente sono quelle che incidono sui vari aspetti esecutivi) potranno venire in linea di conto entro i limiti nei quali una qualche rilevanza possa essere loro attribuita nell'ambito di speciali sistemi, quale quello della Convenzione di Roma del 1980 (art. 7.1: su cui *infra*, 4.5.).

Anche la Convenzione di Roma del 1980 pone quanto all'ambito di applicazione della *lex contractus* una disciplina che si attiene, in linea di massima, ai principi enunciati in sede di applicazione dell'art. 25 disp. prel. secondo il suo art. 10 (Portata della legge del contratto), la legge regolatrice del contratto regola in particolare la sua interpretazione, l'esecuzione delle obbligazioni che ne discendono, nei limiti dei poteri attribuiti al giudice dalla sua legge processuale, le conseguenze dell'inadempimento, totale o parziale, di quelle obbligazioni, compresa la liquidazione del danno in quanto sia governata da norme giuridiche, i diversi modi di estinzione delle obbligazioni, nonché le prescrizioni e le decadenze fondate sul decorso di un termine, le conseguenze della nullità del contratto. Peraltro, il §2 dello stesso art. 10 assegna una più precisa rilevanza alla *lex loci executionis*, disponendo che per quanto concerne le modalità di esecuzione del contratto e le misure che il creditore dovrà prendere in caso di esecuzione difettosa, si avrà riguardo alla legge del paese dove l'esecuzione ha luogo. Regole speciali sono poste poi dagli artt. 12 e 13 in materia di cessione di credito e di surrogazione.

4.2. *La capacità delle parti contraenti*

La capacità contrattuale ricade sotto la legge nazionale della persona, a norma del 1° co. dell'art. 17 disp. prel. Che tale norma si riferisca anche alla capacità contrattuale, non può essere revocato in dubbio, posto che il 2° co. dello stesso art. 17 – che introduce un'eccezione al principio generale della competenza della legge nazionale – si riferisce appunto alla capacità contrattuale. Tale 2° co. stabilisce che in materia contrattuale lo straniero che compie in Italia un atto per il quale sia incapace secondo la sua legge nazionale è considerato capace se per tale atto sarebbe capace il cittadino (e purché non si tratti di atto di disposizione di immobili situati all'estero). La norma, palesemente posta a tutela del contraente che stipuli in Italia con lo straniero, va probabilmente oltre le intenzioni del legislatore e le esigenze pratiche degne di tutela nella situazione considerata, posto che non richiede che tale contraente sia cittadino italiano e neppure che questi sia in buona fede, ossia ignaro dello stato di incapacità esistente secondo la legge nazionale della controparte, in questo modo andando assai oltre la probabile ispirazione storica della norma, che risale alla soluzione giurisprudenziale francese nel famoso caso Lizardi (BATIFFOL, H.-LAGARDE, P., *Droit international privé*, 6^a ed., Paris, 1976, 491 ss.). Ad analoghe esigenze si ispira anche l'art. 11 della Convenzione di Roma del 1980, il quale stabilisce che «in un contratto concluso tra persone che si trovano in uno stesso paese, una persona fisica, capace secondo la legge di questo paese, può invocare la sua incapacità derivante da un'altra legge, soltanto se, al momento della conclusione del contratto, l'altra parte contraente era a conoscenza di tale incapacità o l'ha ignorata soltanto per imprudenza da parte sua» (sulla norma MOSCONI, F., *Le norme relative alla capacità dei contraenti nella Convenzione CEE sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano, 1983, 189 ss.).

4.3. *La legge regolatrice della forma del rapporto contrattuale*

Nel sistema italiano di diritto internazionale privato la forma di un atto giuridico è tradizionalmente oggetto di collegamento separato rispetto a quanto costituisce l'aspetto sostanziale del regime dell'atto stesso e le sue conseguenze. Secondo l'art. 26 disp. prel. c.c., la forma degli atti tra vivi e degli atti di ultima volontà è regolata dalla legge del luogo nel quale l'atto è compiuto o da quella che regola la sostanza dell'atto, ovvero dalla legge nazionale del disponente o da quella dei contraenti, se è comune. I tre criteri di collegamento così individuati – *locus actus*, cittadinanza, criterio di applicabilità della *lex substantiae* – sono dalla norma collocati tutti sullo stesso piano, il che viene normalmente espresso dalla dottrina parlando di «concorso cumulativo» (MORELLI, G., [22], 148, 181). Al fine di risolvere concretamente tale pluralità di criteri in una indicazione univoca, si ritiene in generale che valga il criterio del *favor validitatis*, nel senso che un contratto sia

da considerare valido quanto alla forma dal punto di vista dell'ordinamento italiano se è tale secondo una qualsiasi fra le tre leggi richiamate dall'art. 26 (e quindi, in definitiva, se è formalmente valido secondo la *lex loci*, la legge nazionale comune oppure secondo quella designata come competente ex art. 25, 1° co., ove beninteso una tale designazione vi sia). Prevale quindi, in concreto, la legge le cui disposizioni in materia di forma risultino più favorevoli alla validità ed all'efficacia dell'atto (LAPENNA, E., *Forma degli atti (dir. intern.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 1007 ss.; in generale sul tema BALLARINO, T., *Forma degli atti e diritto internazionale privato*, Padova, 1970; VITTA, E., [16], II, 132 ss.). Tesi diverse, a proposito del coordinamento fra le varie leggi indicate dall'art. 26, sono state a volte sostenute da alcuni autori: ad esempio, si è ritenuto (QUADRI, R., *Sulla legge applicabile alla «forma» dei negozi giuridici*, in *Scritti di diritto internazionale in onore di T. Perassi*, II, Milano, 1957, 231 ss. e in *Studi critici di diritto internazionale*, I, Milano, 1958, 459 ss.) che i contraenti siano liberi di scegliere fra le tre leggi indicate dall'art. 26 disp. prel., ma una volta effettuata la scelta, la forma rimarrebbe unicamente disciplinata da tale legge. Altri (BALLARINO, T., *Forma*, cit., 313 ss.) ha ritenuto che ove le parti abbiano scelto una determinata legge come competente a disciplinare tutti gli aspetti del contratto, questa si applicherà inderogabilmente all'aspetto formale, escludendo il ricorso ad altre leggi. Sotto altro profilo, è stato sostenuto (LUZZATTO, R., *Stati giuridici e diritti assoluti nel diritto internazionale privato*, Milano, 1965, 276 ss.) che la disciplina internazionalprivatistica autonoma della forma dell'atto in base all'art. 26 disp. prel. vada applicata soltanto se la sostanza dell'atto è sottoposta alla legge italiana. Tuttavia la giurisprudenza e la maggioranza della dottrina mantengono ferma l'applicabilità dell'art. 26 disp. prel. ad ogni ipotesi, interpretandolo mediante il ricorso al principio del *favor validitatis* nel senso sopra precisato (Cass., 27 marzo 1961, n. 690, in *Riv. dir. intern.*, 1962, 78 ss.; Cass., 8 novembre 1976, n. 4082, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1978, 93 ss.).

Anche la Convenzione di Roma del 1980 contiene un'apposita norma relativa ai «requisiti di forma» del contratto. Si tratta dell'art. 9, il quale stabilisce un'articolata disciplina ispirata anch'essa in sostanza al principio del *favor validitatis*. Tale disciplina distingue fra l'ipotesi di contratto concluso fra soggetti che si trovino nello stesso paese e quella di contratto fra soggetti in paesi differenti. Nel primo caso (art. 9.1) il contratto valido *quoad formam* se soddisfa i requisiti formali della legge del luogo che ne regola la sostanza secondo la Convenzione, o della legge del luogo in cui viene concluso. Nel secondo caso, invece, la validità è riconosciuta ove siano soddisfatte le esigenze formali della legge di uno dei paesi in cui le parti si trovano (art. 9.2). Regole speciali valgono poi in caso di contratto concluso da rappresentante (art. 9.3), di contratti conclusi da consumatori (art. 9.5) e di contratti aventi per oggetto diritti reali su immobili o di utilizzazione di immobili (art. 9.6). La disciplina convenzionale prescinde, pertanto, dal ricorso alla legge nazionale delle parti in quanto tale (sull'insieme di tale disciplina v. BALLARINO, T., *Disciplina della forma*, in *La Convenzione di Roma*, cit., 165 ss.).

4.4. *Il coordinamento dell'art. 25 disp. prel. con le altre norme di diritto internazionale privato: in particolare il contratto ad effetti reali*

Oltre che dal collegamento autonomo di taluni aspetti del contratto (capacità, forma), l'ambito di applicazione della legge dell'obbligazione contrattuale secondo l'art. 25, 1° co., si trova limitato anche in ragione del carattere di certi effetti che da esso derivano. Si tratta, in particolare, dell'ipotesi in cui gli effetti che nascono dal contratto trascendono l'ambito ristretto del rapporto obbligatorio inteso come vicenda che interessa essenzialmente le parti contraenti, per investire posizioni giuridiche ed interessi di terzi e tradursi in situazioni giuridiche di carattere assoluto. In tal modo, le conseguenze del contratto vanno ad incidere su situazioni che trovano, come tali, disciplina ad opera di norme di diritto internazionale privato diverse da quella relativa all'obbligazione: e cioè, dell'art. 22 disp. prel., relativo alla proprietà, al possesso ed agli altri diritti reali. La legge applicabile al rapporto obbligatorio, determinata in base ai criteri di cui all'art. 25 disp. prel., si trova pertanto limitata nel suo ambito di applicazione da quella competente in base al criterio territoriale stabilito dall'art. 22. In mancanza di qualsiasi precisazione normativa al riguardo, è opinione prevalente che il contratto c.d. ad effetti reali – secondo la terminologia utilizzata dall'art. 1376 c.c. – vada distintamente considerato, ai fini della disciplina di conflitto, nel suo aspetto di autoregolamento di interessi a carattere attributivo, e nella sua rilevanza di schema causale tipico idoneo ad operare all'esterno l'effetto attributivo: e dunque, vada riportato all'art. 25, 1° co., disp. prel. per quanto concerne il primo aspetto – i suoi effetti obbligatori –, ed all'art. 22 disp. prel. per ciò che riguarda la sua idoneità a fungere in concreto da presupposto per l'acquisto del diritto reale, acquisto come tale sottoposto, e idoneità come tale determinata, esclusivamente dalla *lex rei sitae* (per tutti VITTA, E., [16], III, 35 ss.).

Mentre dunque l'attribuzione all'acquirente di tutta una serie di diritti e facoltà, che al contratto conseguono, è funzione della *lex contractus*, il conferimento della situazione giuridica soggettiva rilevante *erga omnes* – proprietà od altro diritto reale – rimane esclusivamente dipendente dal modo di disporre della legge del luogo in cui il bene si trova, unica competente a disciplinare la condizione giuridica del bene e così in materia di conseguenze della circolazione dei diritti nei confronti della generalità dei consociati. La applicazione concreta del principio appena enunciato può creare difficoltà, sia dal punto di vista teorico, sia da quello pratico, in vista della difficoltà di ripartire con esattezza fra le varie norme di conflitto aventi competenza ad intervenire nella disciplina della situazione su vari aspetti rilevanti dei rapporti in questione, che inevitabilmente tendono a sovrapporsi (LUZZATTO, R., *Stati giuridici*, cit., 301 ss.; BARSOTTI, R., *Negozi giuridici e diritti reali nel diritto internazionale privato*, Pisa, 1975). Per queste ragioni è stata avanzata la tesi che il coordinamento fra le norme degli artt. 25 e 22 disp. prel. in relazione ai contratti con effetti reali non vada operata attraverso una determinazione dei vari fatti rilevanti fra le due norme, ma piuttosto ammettendo

che le leggi indicate dall'art. 25 si applichino alla disciplina del contratto soltanto in quanto titolo di acquisto di beni situati in Italia (ossia, ove *lex rei sitae* sia quella italiana, in grado di determinare con esattezza la materia sottratta alla sua competenza ad opera della norma dell'art. 25). Ove invece si tratti di determinare l'idoneità di un titolo contrattuale a produrre l'effetto di meccanismo di circolazione del diritto su beni situati all'estero, solo la *lex rei sitae* sarebbe competente a tanto attraverso le proprie norme, anche di conflitto, in quanto solo essa potrebbe valutare caratteri ed esistenza di un modo di acquisto per essa rilevante (LUZZATTO, R., *Stati giuridici*, cit., 305 ss.). Resta ferma naturalmente l'applicabilità dell'art. 25, 1° co., disp. prel. per quanto concerne la valutazione del contratto in tutti i suoi presupposti e conseguenze diverse dagli effetti c.d. reali. Ed è chiaro che la tesi ora enunciata postula la possibilità che una stessa situazione (nel caso, contrattuale) sia considerata nel foro oggetto di disciplina eventualmente divergente, a seconda del tipo di valutazione che si chiede alla norma di diritto internazionale privato.

4.5. *La rilevanza delle norme di applicazione necessaria dell'ordinamento italiano e di ordinamenti diversi*

Oltre che dal coordinamento con quanto dispongono altri principi internazionalprivatistici, la *lex contractus* può venire limitata nel suo ambito di applicazione dall'operare di quelle particolari norme, assai frequenti nell'esperienza giuridica contemporanea, che si è usi ormai denominare «norme di applicazione necessaria» o «immediata» o norme «con apposita delimitazione della sfera di efficacia» (*spatially conditioned internal rules*). Si tratta, com'è noto, di norme che, per loro determinazione espressa o in virtù di indicazioni inequivoche insite nella loro stessa formulazione o desumibili con certezza dalla loro *ratio*, sono applicabili in modo cogente nell'ambito della loro sfera di applicazione definita da criteri che non coincidono con quelli utilizzati dalle norme di diritto internazionale privato. E tale apposita delimitazione della sfera di efficacia risponde, com'è abitualmente sottolineato, alla particolare intensità valutativa propria delle norme in questione, in vista dei valori giuridici da esse tutelati e dalle finalità che esse perseguono. Di fronte a norme dotate di caratteristiche siffatte, pertanto, l'ordinario funzionamento del sistema di diritto internazionale privato si arresta, e la situazione rimane attratta e riassorbita per intero nell'ambito della valutazione posta dalla norma di applicazione necessaria.

La rilevanza di questa particolare categoria di norme, nelle quali taluni hanno voluto vedere una vera e propria tecnica di trattamento delle istituzioni appartenenti alla vita giuridica internazionale alternativa rispetto a quella tradizionale delle norme di conflitto, si può apprezzare sotto un duplice profilo. Anzitutto, ove tali norme appartengono al sistema del foro; inoltre, ove esse facciano parte di ordinamenti diversi. Nel primo caso, è insita nello stesso carattere delle norme in questione l'esclusione dei normali meccanismi internazionalprivatistici: il ruolo

della norma di applicazione necessaria è necessariamente esclusivo. Nel campo contrattuale, ciò può verificarsi soprattutto in tre gruppi di ipotesi. Il primo è quello delle norme di diritto uniforme poste ad opera di apposite Convenzioni internazionali, che predeterminino in base a propri specifici criteri la loro sfera di applicazione nello spazio, imponendo la sottoposizione dei fatti e rapporti inclusi in tale ambito alla disciplina internazionalmente uniforme. È il caso, ad esempio, della Convenzione di Bruxelles del 1924 sulla polizza di carico (MALINTOPPI, A., *Diritto uniforme e diritto internazionale privato in materia di trasporto*, Milano, 1955; ed in giurisprudenza Cass., 22 giugno 1961, n. 1505, in *Dir. maritt.*, 1962, 252 ss.) e della Convenzione delle Nazioni Unite sul trasporto delle merci per mare (c.d. regole di Amburgo) del 31 marzo 1978 (su cui CARBONE, S.M., *Le regole di responsabilità del vettore marittimo*, Milano, 1984, 1 ss.). Il secondo riguarda le norme che limitano l'autonomia privata in vista della protezione della parte contrattuale più debole, o comunque al fine di garantire il rispetto di certi *standards* di trattamento come nell'ambito di rapporti di lavoro (per un esempio particolarmente significativo nell'ambito dell'ordinamento delle Repubblica federale tedesca, si veda la legge del 1976 sulle condizioni generali di contratto – c.d. *AGB-Gesetz* – sulla quale SPAGNOLETTI ZEULI, M., *La nuova legge tedesca sulle condizioni generali di contratto e il diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1978, 530 ss.; ed in materia di lavoro PANEBIANCO, M., *Lo statuto dei lavoratori italiani all'estero*, Napoli, 1974). Il terzo gruppo, infine, concerne le norme relative agli interventi pubblici nell'economia, ed in via del tutto particolare al controllo dei cambi ed agli altri divieti economici nel commercio con l'estero.

Si tratta, com'è ben noto, di norme intese alla tutela dell'economia nazionale ed alla stabilità monetaria, le quali limitano in vario modo la disponibilità dei mezzi di pagamento internazionali da parte dei privati e a volte la stessa assunzione di rapporti obbligatori nei confronti di soggetti non residenti. La legge valutaria fondamentale del 1956 (d.l. 6 giugno 1956, n. 476, conv. in l. 25 luglio 1956, n. 786) vieta, all'art. 2, ai residenti di compiere qualsiasi atto idoneo a produrre obbligazioni fra essi e non residenti, esclusi i contratti di vendita di merci per l'esportazione ed i contratti di acquisto di merci per l'importazione, se non in base ad autorizzazione ministeriale (il requisito dell'autorizzazione è egualmente richiesto per l'effettuazione di importazioni ed esportazioni di merci). Altri penetranti divieti sono posti da altre norme della legge, con finalità di controllo ed accertamento, nell'intento di garantire la concentrazione delle valute estere nella disponibilità dell'Ufficio italiano dei cambi (monopolio dei cambi, art. 8). L'incidenza dei divieti valutari è ovviamente di estrema rilevanza ai fini del commercio internazionale e della disciplina delle obbligazioni contrattuali dal punto di vista del diritto internazionale privato (BALLARINO, T., [23], 917 ss.; SANTA MARIA, A., *Residenti e non residenti nel sistema valutario italiano*, in *Il sistema valutario italiano*, a cura di F. Capriglione e V. Mezzacapo, I, Milano, 1981, 273 ss.) e la pratica degli anni recenti mostra una tendenza all'allargamento della sfera di inci-

denza dei divieti stessi, che giunge sino all'affermazione della nullità (*ex art. 1418 c.c.*) dei contratti conclusi in violazione dei divieti stessi (cfr. Cass., S.U., 2 giugno 1984, n. 3357, in *Banca borsa*, 1986, II, 43, con nota di LUZZATTO, R., *Contratti internazionali e norme sul controllo dei cambi*), sulla base di argomentazioni assai criticabili che attribuiscono alle norme valutarie – di per sé certamente dotate del carattere di norme di applicazione necessaria – l'idoneità a sostituire la normale regolamentazione internazionalprivatistica ben al di là di quanto appare insito nel suo contenuto normativo reale. Va comunque rilevato che la materia è attualmente in evoluzione, in conseguenza dell'emanazione della l. 26 settembre 1986, n. 599 sulla revisione della legislazione valutaria, informata al principio della libertà delle relazioni economiche e finanziarie con l'estero (art. 1, n. 1) poi attuato in concreto attraverso l'esercizio della delega che la legge stessa conferisce al Governo per il riordino della vigente legislazione in materia attraverso il d.P.R. 31 marzo 1988, n. 148.

Quanto all'ipotesi che le norme di applicazione necessaria vengano in considerazione in quanto appartenenti ad un sistema diverso da quello del foro, la situazione varia a seconda che esse appartengano, o non, al sistema competente in virtù delle ordinarie norme di conflitto. Nel primo caso, non si dubita solitamente che di esse debba tenersi conto, escludendosi che, così facendo, si urti contro il divieto del *renvoi* posto dall'art. 30 disp. prel. c.c. (DE NOVA, R., *I conflitti di leggi e le norme con apposita delimitazione della sfera di efficacia*, in *Dir. intern.*, 1959, 13 ss.; ID., *I conflitti di leggi e le norme sostanziali funzionalmente limitate*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1967, 699 ss.). Nel secondo caso, invece, l'applicazione dei normali principi dovrebbe portare a stabilirne la completa irrilevanza. Tale conclusione, peraltro, ha subito negli ultimi anni qualche attenuazione nella sua rigidità, in considerazione dell'indubbia incidenza che di fatto quelle norme sono capaci di produrre sul piano dell'esecuzione del rapporto contrattuale, e che pertanto le rende un fattore primario del comportamento delle parti. Non vi è dubbio, infatti, che i condizionamenti che i protagonisti delle operazioni economiche internazionali possono subire in vista dell'esistenza delle norme poste dagli Stati moderni con l'intento di assicurarne comunque l'applicazione inderogabile al di là dei normali confini tracciati dalle norme di diritto internazionale privato sono estremamente rilevanti, e difficilmente ignorabili ed ignorati. A volte sono le stesse parti del rapporto contrattuale a provvedere per proprio conto a condizionare l'applicazione della disciplina pattizia al modo di essere degli ordinamenti con i quali il rapporto si presenta in via di fatto collegato, in tal modo attribuendo alle relative norme di applicazione necessaria straniera rilievo sul piano dello stesso regolamento contrattuale. Ma anche ove ciò non si verifichi, il rilievo degli interessi statali in giuoco ha fatto sì che si manifestassero a livello internazionale notevoli tendenze verso il conferimento espresso di rilevanza a norme di applicazione necessaria di ordinamenti «terzi» rispetto a quello del foro ed a quello normalmente competente in base alle norme di conflitto applicabili. Si ricorda, al riguardo, la famosa decisione della Corte suprema olandese (*Hoge*

Raad) nel caso *Alnati* (13 maggio 1966, in *RCDIP*, 1967, 522 ss., con nota di A.V.M. Struycken), nella quale si ritenne che in certi casi «per uno Stato l'applicazione di certe disposizioni anche al di fuori del suo territorio, abbia un'importanza tale che i giudici stranieri ... ne debbano comunque tenere conto e pertanto applicarle preferendole al diritto di un altro Stato scelto dalle parti per disciplinare il rapporto contrattuale nel suo insieme», e ciò in contrasto con altre ipotesi nelle quali norme di applicazione necessaria di terzi Stati sono state considerate solo ai fini della valutazione del comportamento contrattualmente rilevante delle parti: si veda la decisione della *House of Lords* nel caso *Regazzoni v. Sethia* – 1958 L.R. 300 – in cui si è ritenuto esonerato da responsabilità il venditore perché giustificato nel proprio comportamento dalle norme proibitive di certe esportazioni del suo diritto nazionale, che non era nel caso né la *lex fori*, né la *lex causae* (si veda al riguardo CASSONI, G., *Considerazioni sul caso Regazzoni v. K.C. Sethia, Ltd.*, in *Giur. it.*, 1985, IV, 206).

Analoghi orientamenti si sono affermati, sia in materie specifiche, sia a livello e con portata più generali, in campo internazionale. Già negli accordi di Bretton Woods del 1944, istitutivi del Fondo Monetario Internazionale, una famosa norma, quella contenuta nell'art. VIII, sez. 2, lett. b) considera ineseguibili («*unenforceable*») tutti quei contratti in cambi («*exchange contracts*») concernenti la valuta di un qualsiasi Paese membro, che siano contrari alle norme sul controllo dei cambi di quel Paese, mantenute od imposte in conformità all'accordo: assicurando così ad ogni Stato membro dell'accordo l'efficacia delle proprie regole sul controllo dei cambi in ciascun altro Stato membro, salvo il caso di incompatibilità delle norme stesse con lo Statuto del Fondo (sulla norma si veda MANN, F.A., *The Legal Aspects of Money*, 4^a ed., Oxford, 1982, 372; TREVES, T., *Il controllo dei cambi nel diritto internazionale privato*, Padova, 1967, 210 ss.). Più di recente, la Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980 sui contratti di compravendita internazionale di merci (esecutiva in Italia con l. 11 dicembre 1985, n. 765, ed entrata in vigore sul piano internazionale e per l'Italia il 1° gennaio 1988, sostituendo per l'Italia le Convenzioni dell'Aja del 1964 in materia di vendita internazionale) prevede in taluni suoi articoli la rilevanza di norme di applicazione necessaria di Stati a vario titolo interessati al rapporto di compravendita: si veda ad esempio l'art. 54, che prevede come ricompreso nell'obbligo dell'acquirente della merce di pagarne il prezzo anche quello di adottare i provvedimenti ed adempiere alle formalità richieste al fine di permettere il pagamento del prezzo previsto dal contratto o da qualsiasi legge o regolamento: provvedimenti e formalità fra i quali sono certamente da ricomprendere le norme in materia doganale e valutaria (CARBONE, S.M., *L'ambito di applicazione e i criteri interpretativi della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*, in *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980*, a cura di F. Bonelli, Milano, 1981, 82 ss.).

Su di un piano più generale, la tendenza ad attribuire rilevanza alle norme di applicazione necessaria di ordinamenti «terzi» ha trovato espressione nella norma dell'art. 7.1 della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle ob-

bligazioni contrattuali. Tale norma, di per sé non del tutto priva di precedenti (come è stato notato; TREVES, T., *Norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, in [44], 32) stabilisce che «nell'applicazione, in forma della Convenzione, della legge di un paese determinato, potrà essere data efficacia alle norme imperative di un altro paese con il quale la situazione presenti uno stretto legame e nella misura in cui, secondo il diritto di quest'ultimo paese, le norme stesse siano applicabili quale che sia la legge regolatrice del contratto. Ai fini di decidere se debba essere data efficacia a queste norme imperative, si terrà conto della loro natura e del loro oggetto, nonché delle conseguenze che deriverebbero dalla loro applicazione o non applicazione» (il par. 2 dello stesso articolo 7 si riferisce, invece, all'ipotesi di norme di applicazione necessaria del foro, delle quali viene ribadita l'esclusività di applicazione).

La norma ha portata certamente innovativa per il carattere generale che essa riveste, ed è suscettibile di dar luogo, nella pratica applicazione, ad una serie di problemi, che il suo tenore testuale non è sufficiente a risolvere (si vedano le considerazioni di GIULIANO, M.-LAGARDE, P., *Relazione sulla Convenzione europea relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *G.U.C.E.*, C282 del 31.10.1980, 27 ss.; TREVES, T., *Norme imperative*, cit., in [44], 32 ss.): ed in vista delle notevoli perplessità manifestate da qualche delegazione in sede di elaborazione della norma, gli Stati contraenti hanno la facoltà di escluderne l'applicazione formulando l'apposita riserva prevista dall'art. 22.1 della Convenzione di Roma.

Notevoli perplessità, in relazione alla novità della regola, sono state avanzate anche dalla dottrina: non si è mancato di sottolineare l'ampia (secondo alcuni, troppo ampia) discrezionalità di cui il giudice godrà nell'applicazione dell'art. 7.1, con la conseguente imprevedibilità delle soluzioni e l'inopportunità di tener conto delle ragioni dell'ordine pubblico straniero, al quale in definitiva l'art. 7.1 verrebbe a fare spazio (MANN, F.A., *Effects of Mandatory Rules*, in LIPSTEIN, K., [40], 31 ss.; sull'insieme del problema si veda anche MAYER, P., *Les lois de police étrangères*, in *JDI*, 1981, 277 ss.).

Va comunque considerato che la tendenza verso una considerazione, anche se parziale e soggetta a valutazione giudiziale, delle norme straniere di applicazione necessaria è, come si è detto, un elemento costante dell'esperienza giuridica contemporanea. E la comunità di diritto insita nella relativa omogeneità dei valori che stanno alla base dei sistemi giuridici e politici propri dei Paesi della Comunità europea è tale da eliminare il rischio di apertura eccessiva verso norme che siano il portato di motivi ispiratori e di principi non compatibili con quelli ai quali il sistema del foro si ispira.

5. Le obbligazioni extracontrattuali

5.1. Considerazioni generali e tendenze attuali. Gli atti unilaterali

La norma generale relativa alla disciplina delle obbligazioni extracontrattuali è, nel sistema italiano di diritto internazionale privato, quella contenuta nel secondo comma dell'art. 25 disp. prel. c.c., secondo la quale «le obbligazioni non contrattabili sono regolate dalla legge del luogo ove è avvenuto il fatto dal quale esse derivano».

La norma «si riferisce dunque, in formulazione negativa, a tutte le obbligazioni che non rientrano nella categoria delle obbligazioni le quali derivano, o deriverebbero, da un rapporto qualificabile come contratto secondo le concezioni proprie del diritto italiano» (DE NOVA, R., [21], 486 s.). L'ambito preciso di applicazione della disposizione non è, tuttavia, pacifico. Accanto alle tesi più tradizionali secondo cui sarebbero da riportare ad essa tutte le figure di obbligazioni non nascenti da contratto – escluse soltanto le obbligazioni *ex lege* (alimentari, successorie, ecc.) attinenti a rapporti di per sé regolati da altre norme di diritto internazionale privato –, si sono fatte strada più di recente, sia in Italia, sia all'estero, altre concezioni che tendono a distaccare la disciplina di certe figure obbligatorie da quella stabilita in via generale per le obbligazioni non contrattuali, valorizzando il nesso esistente fra tali figure ed il rapporto sottostante, e ad ampliare quindi corrispondentemente la sfera di applicazione della legge dichiarata competente per questi ultimi dalle relative norme di conflitto. E ciò al fine di favorire il più possibile l'armonia delle soluzioni internazionalprivatistiche e di evitare difficoltà di qualificazione (per un panorama generale delle tendenze al riguardo, si vedano VITTA, E., [16], III, 442 ss.; DE NOVA, R., [21], 486 ss.).

In generale, possono venire considerate come facenti parte della categoria delle obbligazioni non contrattuali quelle nascenti da negozio unilaterale (di diritto sostanziale italiano, promessa unilaterale, riconoscimento di debito, procura, titoli di credito), da fatto lecito (gestione di affari, ripetizione di indebito, arricchimento senza causa) e da fatto illecito. Per quanto riguarda la prima categoria concernente i negozi unilaterali, la tendenza a sottrarre questa materia alla disciplina di cui al secondo comma dell'art. 25 disp. prel. si è manifestata nel senso di ricondurla alla norma relativa alle obbligazioni contrattuali di cui al primo comma dello stesso articolo, sulla base soprattutto della considerazione che i negozi unilaterali in questione consistono in veri e propri atti giuridici, come tali contrapposti per definizione ai meri fatti dei quali sembra occuparsi l'art. 25, 2° co. La tesi dominante è peraltro nel senso opposto, in considerazione del fatto che quest'ultima norma appare pur sempre come quella più idonea a determinare la legge regolatrice dei negozi di cui si tratta, mancando nel nostro sistema di conflitto una disciplina autonoma del negozio giuridico come tale (per la soluzione si vedano MORELLI, G., [22], 170; BALLADORE PALLIERI, G., [15], 339; VITTA, E., [16], III, 445). Si precisa, peraltro, che il luogo in cui è avvenuto il fatto dal quale l'ob-

bligazione deriva va inteso nel senso di luogo in cui è stata emessa la dichiarazione di volontà che li pone in essere. Tesi particolari sono state poi proposte da taluni per atti specifici, quale la procura (STARACE, V., [58], che sostiene l'applicabilità della legge regolatrice dei vari atti rappresentativi posti in essere in base alla procura stessa).

In generale, va osservato che le figure riconducibili alla categoria di obbligazioni non contrattuali – ed in specie, a quella dei negozi unilaterali – vanno costruite, secondo i principi generali, sulla base dei profili generali che stanno alla base degli istituti noti alla legge sostanziale del foro, avendo però come punto di riferimento le varie realtà giuridiche quali risultanti dai diversi ordinamenti.

In coerenza con questo indirizzo, non si può ad esempio escludere la rilevanza ai fini dell'art. 25, 2° co., disp. prel. dell'offerta pubblica di acquisto di azioni di società disciplinata dal diritto americano, quale *lex loci*, solo in virtù della considerazione che essa non sarebbe nota al diritto italiano (in questo senso, invece, Trib. Milano, 14 novembre 1974, con nota di UBERTAZZI, G.M., [59], 346 ss.); o di altre figure negoziali, che secondo le rispettive *leges loci* siano fonti di obbligazioni specifiche ed autonome, anche se non siano come tali previste dal nostro diritto sostanziale del foro. Rimangono naturalmente ferme le limitazioni che l'art. 25, 2° co., disp. prel. incontra quale conseguenza dell'operare di altre norme di conflitto quanto a capacità; forma, effetti reali del negozio (artt. 17, 26 e 22 disp. prel.).

5.2. *I fatti leciti*

Le obbligazioni che la legge stessa fa sorgere come conseguenza di determinati fatti, di per sé non qualificabili come contratti o come negozi o come fatti illeciti, vengono sulla base della tradizionale sistematica civilistica raggruppate secondo tre categorie: la gestione di affari altrui, la ripetizione dell'indebito e l'arricchimento senza causa. E tradizionalmente sono appunto queste le figure di «fatti leciti» ai quali viene fatto riferimento in connessione con la sfera di applicazione dell'art. 25, 2° co., disp. prel. (per tutti VITTA, E., [16], III, 467; DE NOVA, R., [21], 496 ss.; BALLARINO, T., [23], 936 ss.). Peraltro si manifesta anche a proposito di queste figure la tendenza generale, già segnalata, ad evitare di farne oggetto di una disciplina conflittuale autonoma per ricondurle invece a quella applicabile alla situazione sottostante, ossia al rapporto al quale si riferisce la gestione, il pagamento, l'arricchimento. Tale tendenza è viva sia in Italia (BALLARINO, T., [68], 341 ss.; ID., [23], 936 ss.), sia all'estero (ZWEIGERT, K.-MUELLER GINDULIS, D., [67], 1 ss.; HAY, P., [70], 1 ss.), ma non sembra accettabile nell'ambito dell'attuale ordinamento italiano, il cui sistema di conflitto assegna all'art. 25, 2° co., disp. prel. un ruolo che non sembra possa essere così drasticamente ridotto, sia pure al fine di raggiungere finalità di per sé apprezzabili (DE NOVA, R., [21], 497 s.).

Nei rari casi in cui si è trovata di fronte al problema, la giurisprudenza italiana

– ad esempio in materia di ripetizione di indebito – ha considerato applicabile il secondo comma dell'art. 25 (Trib. Firenze, 24 gennaio 1969, in *Riv. dir. intern., priv. proc.*, 1969, 532 ss.), oppure ha evitato di porsi espressamente il problema conflittuale (App. Milano, 21 febbraio 1984, in *Banca borsa*, 1985, II, 188, con nota di RADICATI DI BROZOLO, L., *Questioni di giurisdizione e di legge applicabile in tema di indebito e di contratto autonomo di garanzia*, ove anche numerosi riferimenti alle adesioni che la tesi più recente sopra ricordata ha trovato nelle nuove codificazioni europee di diritto internazionale privato).

Anche a proposito delle figure di fatti leciti ora ricordate, va riaffermato il principio per cui vanno ad esse ricondotte tutte le figure che, sulla base della disciplina propria dei diversi ordinamenti, rispondono ai lineamenti di fondo degli istituti disciplinati dal diritto sostanziale italiano, ricavabili in via di astrazione. Quanto al concreto modo di operare del criterio di collegamento utilizzato dall'art. 25, 2° co., esso va individuato, secondo l'opinione preferibile, nel luogo di compimento dell'attività gestoria, nel caso della *negotiorum gestio*; in quello in cui si è effettuato il pagamento, nel caso della ripetizione dell'indebito; ed in quello nel quale si è verificato l'arricchimento, nel caso dell'arricchimento senza causa (il quale a sua volta potrà identificarsi, a seconda delle situazioni concrete, con il luogo di situazione di beni o con quello del domicilio o della sede dell'arricchito, in quanto sede ideale del suo patrimonio: DE NOVA, R., [21], 498).

5.3. I fatti illeciti

I fatti illeciti costituiscono praticamente la categoria più importante di fatti idonei a far sorgere obbligazioni ricadenti nell'ambito di applicazione dell'art. 25, 2° co., ossia obbligazioni che non trovano la loro fonte in un contratto. La regola codificata dalle disposizioni preliminari del 1939 – che riflette, in sostanza, il punto di approdo della dottrina e della prassi precedenti (DE NOVA, R., [21], 487) – è largamente accolta sul piano comparativo ed internazionale, ma essa non corrisponde più attualmente agli orientamenti maggiormente diffusi, quali si sono venuti concretando attraverso la revisione ed il dibattito critico svoltosi in materia negli ultimi decenni.

Si può considerare come tradizionale il ruolo riconosciuto, anzitutto, nella materia alla *lex fori* da molti sistemi giuridici, accanto al principio generale della competenza della *lex loci delicti* (così la tendenza generale della *common law*, sia inglese, sia americana, sia di altri Paesi; DE NOVA, R., [21], 488 ss.; ma si tratta di tendenza viva anche in altri sistemi di diritto continentale, quale quello della Germania federale, per cui v. l'art. 12 *EG BGB*, e BINDER, R., *Auflockerung des Deliktstatuts*, in *RabelsZ*, 1955, 408 ss.). Più di recente, si è largamente diffusa l'idea, a partire da un noto studio di J.H.C. Morris ([72], 881 ss.), che il collegamento su basi strettamente territoriali non sia idoneo a prendere sufficientemente in considerazione gli aspetti vari e caratteristici di ogni situazione di responsabilità, sicché occorrerebbe lasciare spazio alla legge del Paese che presenta il contatto

più significativo con l'accadimento (si veda in tal senso il §145.1 del *Restatement 2d* pubblicato dall'*American Law Institute* tale orientamento si è diffuso particolarmente negli Stati Uniti d'America a proposito della soluzione dei conflitti inter-locali). Dall'esperienza americana, l'idea del collegamento più flessibile è passata anche ai tentativi di codificazione internazionale di alcuni settori del diritto internazionale privato. Così la Convenzione dell'Aja del 4 maggio 1971 sulla legge applicabile in materia di incidenti della circolazione stradale, e quella del 2 ottobre 1973 sulla legge applicabile alla responsabilità per danni da prodotto (entrate in vigore entrambe fra un certo numero di Stati, ma non in Italia), le quali partono dal principio della competenza dello Stato nel cui territorio si è verificato l'incidente o l'evento dannoso, ma vi introducono una serie di eccezioni a favore di altre leggi (ad esempio, di quella del luogo di residenza della vittima dell'illecito, a certe condizioni). Orientamento fondamentalmente simile era accolto dal Progetto preliminare di convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali elaborato nell'ambito della CEE (*supra*, 1.2.), che dava precedenza alla *lex loci delicti* salvo il caso che la situazione derivante dall'illecito non presentasse un collegamento significativo con il luogo dell'evento dannoso (per tutta l'evoluzione recente della materia FERRARI BRAVO, L., [78]; e sulle Convenzioni internazionali indicate, DE NOVA, R. [21], 492 ss.).

In Italia, ove la norma positiva contenuta nell'art. 25, 2° co., disp. prel. non ammette dubbi quanto alla determinazione della *lex loci delicti* come legge applicabile, il dibattito si è soprattutto concentrato sulla determinazione del *locus delicti* nell'ipotesi di dissociazione territoriale azione ed evento. Le opinioni al riguardo sono divise, propendendo taluni per la prevalenza del luogo dell'azione, soprattutto sulla base del rilievo che ha ai fini dell'esistenza dell'illecito l'elemento soggettivo (dolo o colpa) (così ZICCARDI, P., [71], 50 ss.), altri invece per la prevalenza al luogo dell'evento, in base alla considerazione che il danno ha rilievo essenziale – secondo il diritto sostanziale italiano, cui la qualificazione *lege fori* impone di far riferimento – per l'esistenza stessa di un fatto qualificabile come illecito civile (BALLADORE PALLIERI, G., [15], 357 ss.; VITTA, E., [16], III, 500); altri ancora ritenendo che sia impossibile attribuire prevalenza all'uno od all'altro criterio (luogo dell'azione o dell'evento), occorrendo invece determinare il *locus* sulla base di tutti gli elementi caratteristici della situazione concreta (FERRARI BRAVO, L., [76], 84 ss.). Nella giurisprudenza italiana non è possibile riscontrare un orientamento uniforme in sede di applicazione dell'art. 25, 2° co., mentre la preferenza per il luogo dell'evento dannoso emerge per quanto concerne la determinazione del *locus delicti* ai fini della determinazione della competenza giurisdizionale *ex art. 4, n. 2, c.p.c.* (da ultimo v. Cass., S.U., 15 marzo 1975, n. 1001, in *Riv. dir. intern., priv. proc.*, 1975, 562 ss.). Il metodo «eclettico» sostenuto dal Ferrari Bravo ha trovato qualche eco in un noto giudicato della Corte di giustizia delle Comunità europee in sede di applicazione dell'art. 5, n. 3, della Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (sentenza 30 novembre 1976

in causa 21/76, Bier, in *Racc. C. giust. CE*, 1976, 1735), che ha individuato il luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto sia in quello in cui è avvenuto il danno, sia in quello ove si è verificato l'evento generatore dello stesso. Appare comunque inevitabile concludere che la soluzione non può essere trovata in astratto, ma soltanto sulla base di tutte le circostanze del caso concreto, ossia di ogni situazione di responsabilità (BALLARINO, T., [23], 932; e cfr. Cass., 15 luglio 1976, n. 2796, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1977, 96 ss.).

Alla *lex loci delicti commissi*, intesa nel senso indicato, vanno ricondotti tutti i presupposti dell'illecito e le sue conseguenze, le varie figure di responsabilità per fatto altrui e di responsabilità oggettiva, il nesso di causalità, il danno, le cause di esonero, e così via. Problemi di delimitazione possono porsi con riferimento ad altre norme di diritto internazionale privato relative al c.d. diritto leso (diritto di proprietà, della personalità, di credito, ecc.), ed a questo proposito le opinioni dottrinali sono assai divergenti (cfr. per un notevole tentativo di sistemazione VENTURINI, G.C., [6], 298 ss. e le osservazioni di LUZZATTO, R., *Stati giuridici e diritti assoluti nel diritto internazionale privato*, Milano, 1965, 41 ss.). Una disciplina a sé stante, infine, è posta dal legislatore italiano per quanto concerne le obbligazioni extracontrattuali in genere, e da illecito in particolare, nel campo della navigazione marittima ed aerea (avarie, assistenza, salvataggio, recupero, urto di navi ed aeromobili, artt. 11, 12 e 13 c. nav., su cui CARBONE, S.M., *Legge della bandiera e ordinamento italiano*, Milano, 1970; ID., *Navigazione (dir. intern. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 695 ss.).

6. Fonti normative

Artt. 17, 25 e 26 disp. prel.; artt. 5, 6, 7, 10, 11, 12 e 13 c. nav.; Convenzione per l'unificazione di certe regole in materia di polizza di carico, stipulata a Bruxelles il 25 agosto 1924 (esecutiva in Italia con r.d. 6 gennaio 1928, n. 1958, conv. in l. 19 luglio 1929, n. 1638), modificata con i Protocolli di Bruxelles del 23 febbraio 1968 e del 21 dicembre 1979 (esecutivi in Italia con l. 12 giugno 1984, n. 244); Convenzione sulla legge applicabile alle vendite a carattere internazionale di oggetti mobili corporali, stipulata all'Aja il 15 giugno 1955 (esecutiva in Italia con l. 4 febbraio 1958, n. 50); Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di compravendita internazionale di merci, adottata a Vienna l'11 aprile 1980 (esecutiva in Italia con l. 11 dicembre 1985, n. 765, in vigore dal 1° gennaio 1988); Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, adottata a Roma il 19 giugno 1980 (esecutiva in Italia con l. 18 dicembre 1984, n. 975; non ancora in vigore).

7. Bibliografia

– Sulla disciplina di diritto internazionale privato delle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali in genere, esistono naturalmente ampie trattazioni in tutti i manuali della materia, tanto italiani quanto stranieri: qui di seguito ci si limita pertanto ad indicare le trattazioni più significative. Non vengono, inoltre, elencate tutte le opere dedicate a specifici contratti, in considerazione del fatto che la trattazione che precede non comprende l'esame analitico dei medesimi e che la relativa bibliografia si trova in calce alle singole voci ad essi dedicate.

– Sulla disciplina delle obbligazioni contrattuali in generale si vedano: [1] BATIFFOL, H., *Les conflits de lois en matière de contrats. Etude de droit comparé*, Paris, 1938; [2] UDINA, M., *Obbligazioni (diritto internazionale)*, in *N.D.I.*, VIII, Torino, 1939, 1252 ss.; [3] UDINA, M., *Obbligazione (diritto internazionale privato)*, in *Nss. D.I.*, XI, Torino, 1965, 614 ss.; [4] CHESHIRE, C., *International Contracts*, Glasgow, 1948; [5] BROGGINI, G., *Le modalità di esecuzione dei contratti in diritto internazionale privato*, Freiburg i.d. Schweiz, 1951; [6] VENTURINI, G.C., *Diritto internazionale privato. Diritti reali e obbligazioni*, in *Trattato di diritto internazionale*, diretto da G. Ballardore Pallieri, G. Morelli e R. Quadri, Padova, 1956; [7] CONFORTI, B., *L'esecuzione delle obbligazioni nel diritto internazionale privato*, Napoli, 1962; [8] VISCHER, F., *Internationales Vertragsrecht*, Bern, 1962; [9] MONACO, R., *Efficacia della legge nello spazio*, in *Tratt. Vassalli*, 1, 4, Torino, 1964; [10] UBERTAZZI, G.M., *Studi sulle obbligazioni nel diritto internazionale privato*, Milano, 1965; [11] EHRENZWEIG, A.A., *Specific Principles of Private Transnational Law*, in *Corsi Aja*, CXXIV, 1968, II, 179 ss.; [12] SCHNITZER, R., *Les contrats internationaux en droit international privé suisse*, in *Corsi Aja*, CXXIII, 1968, 1, 545 s.; [13] REITHMANN, T., *Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 2ª ed., Köln, 1972; [14] TOUBIANA, A., *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, Paris, 1972; [15] BALLADORE PALLIERI, G., *Diritto internazionale privato italiano*, Milano, 1974; [16] VITTA, E., *Diritto internazionale privato*, I-III, Torino, 1975; [17] BONELL, M.J., *Le regole oggettive del commercio internazionale*, Milano, 1976; [18] DELAUME, G.R., *Transnational Contracts: Applicable Law and Settlement of Disputes: a Study in Conflict Avoidance*, I, II, V, Dobbs Ferry, N.Y., 1976-1980; [19] LANDO, O., *Contracts*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, III, Tübingen, 1976, cap. XXIV; [20] EHRENZWEIG, A.A. - JAYME, E., *Private International Law*, III, Leyden-Dobbs Ferry, N.Y., 1977; [21] DE NOVA, R., *Obbligazioni (dir. intern. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 456 ss.; [22] MORELLI, G., *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 1982, 163 ss.; [23] BALLARINO, T., *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982, 848 ss.; [24] MENGOZZI, P., *Diritto internazionale privato italiano*, in *Tratt. Rescigno*, I, Torino, 1973, 275 ss.

– Con riferimento specifico al ruolo della volontà come criterio di collegamento ed al suo significato, ed in genere sulla portata del principio dell'au-

tonomia delle parti sul piano internazionalprivatistico, oltre s'intende alle opere generali già menzionate: [25] ANZILOTTI, D., *Il principio dell'autonomia dei contraenti nei rapporti fra l'art. 9 delle disp. prel. cod. civ. e l'art. 58 del codice di commercio* (1904), ora in *Scritti di diritto internazionale privato*, Padova, 1960, 621 ss.; [26] BALLADORE PALLIERI, G., *Il principio dell'autonomia dei contraenti nella dottrina e nella legislazione italiana di diritto internazionale privato*, in *Rivista italiana di diritto internazionale privato*, 1931, 141 ss.; [27] BALLADORE PALLIERI, G., *L'autonomia dei contraenti nel diritto internazionale privato*, in *Dir. intern.*, 1963, I, 153 ss.; [28] PERASSI, T., *Sull'autonomia dei contraenti* (1928), in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1958, 173 ss.: [29] PERASSI, T., *Legge regolatrice dei contratti e volontà delle parti* (1943), in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1958, 199 ss.; [30] BETTI, E., *Autonomia privata e competenza della «lex loci actus» nelle obbligazioni civili e commerciali*, in *Riv. dir. intern.*, 1930, 3 ss.; [31] SCHNITZER, R., *L'autonomie des parties en droit interne et en droit international*, in *RCDIP*, 1939, 243 ss.; [32] DELAUME, G.R., *L'autonomie de la volonté en droit international privé*, in *RCDIP*, 1950, 321 ss.; [33] MIGLIAZZA, A., *La rilevanza dell'accordo privato sul richiamo a norme e a procedimenti estranei*, Milano, 1962; [34] CURTI GIALDINO, A., *La volonté des parties en droit international privé*, in *Corsi Aja*, CXXXVII, 1972, III, 743 ss.; [35] GIULIANO, M., *La loi applicable aux contrats. Problèmes choisis*, in *Corsi Aja*, CLVIII, 1978, 1, 183 ss.; [36] GIULIANO, M., *La loi d'autonomie et sa justification théorique*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1979, 217 ss.; [37] CARBONE, S.M., *L'autonomia privata nel diritto internazionale privato delle obbligazioni*, in *Dir. scambi internaz.*, 1982, 15 ss.

– Sulla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980: [38] LANDO, O. - VON HOFFMANN, B. - SIEHR, K., *European Private International Law of Obligations*, Tübingen, 1975; [39] COLLINS, L., *Contractual and Non-Contractual Obligations - EEC Preliminary Draft Convention*, in *ICLQ*, 1976, 35 ss.; [40] LIPSTEIN, K. (ed.), *Harmonization of Private International Law by the EEC*, London, 1978; [41] GIARDINA, A., *La convenzione comunitaria sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e il diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. intern.*, 1981, 795 ss.; [42] VITTA, E., *La Convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali e l'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1981, 837 ss.; [43] NORTH, P. (ed.), *Contract Conflicts*, Amsterdam, 1982; [44] TREVES, T. (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983.

– A proposito della tendenza alla «internazionalizzazione» ed alla «delocalizzazione» di taluni contratti internazionali, si vedano in particolare: [45] MANN, F.A., *The Law Governing State Contracts*, in *BYIL*, 1944, 11 ss.; [46] VERDROSS, A., *Die Sicherung von ausländischen Privatrechten aus Abkommen zur wirtschaftlichen Entwicklung mit Schiedsklauseln*, in *ZaöRV*, 1957-58, 635 ss.; [47] JENNINGS, N., *State Contracts in International Law*, in *BYIL*, 1961, 156 ss.; [48] AMERASINGHE, C.F., *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Oxford,

1967, 66 ss.; [49] WEIL, P., *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier*, in *Corsi Aja*, CXXVIII, 1969, III, 101 ss.; [50] SACERDOTI, G., *I contratti fra Stati e stranieri nel diritto internazionale*, Milano, 1972; [51] WENGLER, W., *Immunité législative des contrats multinationaux*, in *RCDIP*, 1971, 637 ss.; [52] SEIDL HOHENVELDERN, I., *The Theory of Quasi-International and Partly International Agreements*, in *RBDI*, 1975, 567 ss.; [53] VERHOEVEN, P., *Droit international des contrats et droit des gens*, in *RBDI*, 1978-79, 209 ss.; [54] GIARDINA, A., *State Contracts: National v. International Law?*, in *IYIL*, 1980-81, 147 ss.; [55] RIGAUX, F., *Contrats d'Etats et arbitrage international*, in *Riv. dir. intern.*, 1984, 489 ss.; [56] CARBONE, S.M. - LUZZATTO, R., *I contratti del commercio internazionale*, in *Tratt. Rescigno*, 11, Torino, 1984, 157 ss.

– Sulla disciplina di diritto internazionale privato delle obbligazioni extracontrattuali, oltre naturalmente alle trattazioni contenute nelle opere generali già indicate in precedenza con riferimento alle obbligazioni contrattuali, si vedano: a) sui negozi unilaterali: [57] CASSONI, G., *La procura nel diritto internazionale privato*, in *Dir. intern.*, 1960, 1, 257 ss.; [58] STARACE, V., *La rappresentanza nel diritto internazionale privato*, Napoli, 1962; [59] UBERTAZZI, G.M., *L'offerta al pubblico nel diritto internazionale privato*, in *Giur. comm.*, 1975, II, 346 ss.; b) sui titoli di credito: [60] LOUSSOUARN, V. - BREDIN, J.D., *Droit du commerce international*, Paris, 1969, 404 ss.; [61] MONACO, R., *I conflitti di legge in materia di cambiale*, Torino, 1936; [62] ARANGIO RUIZ, G., *La cambiale nel diritto internazionale privato*, Milano, 1946; [63] ARANGIO RUIZ, G., *Assegno bancario (dir. intern. priv.)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 348 ss.; [64] ARANGIO RUIZ, G., *Cambiale (dir. intern. priv.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 921 ss.; [65] CASSONI, G., *I titoli di partecipazione, obbligazionari e rappresentativi di merci*, Padova, 1978; c) sui fatti leciti: [66] BOUREL, P., *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, Paris, 1961; [67] ZWEIGERT, K. - MUELLER GINDULLIS, D., *Quasi-Contracts*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, III, Tübingen, 1976, cap. XXX; [68] BALLARINO, T., *L'arricchimento senza causa nel diritto internazionale privato*, in *Dir. intern.*, 1963, I, 341 ss.; [69] HAY, P., *Ungerechtfertigte Bereicherung im internationalen Privatrecht*, Frankfurt am Main, 1978; [70] HAY, P., *Unjust Enrichment in the Conflict of Laws: a Comparative View of German Law and American Restatement 2d*, in *AJCL*, 1978, 1 ss.; d) sui fatti illeciti: [71] ZICCARDI, P., *Questioni di diritto internazionale privato in tema di responsabilità da illecito*, in *Dir. intern.*, 1939, 50 ss.; [72] MORRIS, J.H.C., *The Proper Law of a Tort*, in *HarvLR*, 1950-51, 881 ss.; [73] DE NOVA, R., *Appunti sull'illecito civile in diritto internazionale privato comparato*, in *Comunic. studi*, IV, 1952, 2 ss.; [74] DELACHAUX, P., *Die Anknüpfung des Obligationen aus Delikt und Quasi-Delikt im internationalen Privatrecht*, Zürich, 1960; [75] STRÖMHOLM, S., *Torts in the Conflicts of Law, a Comparative Study*, Stockholm, 1961; [76] FERRARI BRAVO, L., *Il luogo di commissione dell'illecito nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, 80 ss.; [77] FERRARI BRAVO, L., *Aspetti generali della disciplina della responsabilità per fatto illecito*

nel diritto internazionale privato, Bari, 1962; [78] FERRARI BRAVO, L., *Responsabilità civile e diritto internazionale privato*, Napoli, 1973; [79] FERRARI BRAVO, L., *Les rapports entre les contrats et les obligations délictuelles en droit international privé*, in *Corsi Aja*, CXLVI, 1975, III, 343 ss.; [80] BEITZKE, G., *Les obligations délictuelles en droit international privé*, in *Corsi Aja*, CXV, 1965, II, 67 ss.; [81] COLLINS, L., *Interactions between Tort and Contract in the Conflict of Laws*, in *ICLQ*, 1967, 103 ss.; [82] KAHN FREUND, O., *Delictual Liability and the Conflict of Laws*, in *Corsi Aja*, CXXIV, 1968, II, 1 ss.; [83] VON OVERBECK, A., *Das internationale Deliktsrecht im Vorentwurf der EWG*, in *RabelsZ*, 1974, 56 ss.

– Cfr. inoltre: [84] BIANCA, C.M.-BONELL, M.J., *Commentary on the International Sales Law: the 1980 Vienna Convention*, Milano, 1987; [85] DELAUME, G.R., *Law and Practice of Transnational Contracts*, New York-London-Rome, 1988; [86] REITHMANN, C.-MARTINY, D., *Internationales Vertragsrecht*, Köln, 1988.

Le norme di diritto internazionale privato *

SOMMARIO: 1. Caratteri generali del sistema delle norme sui conflitti di leggi nel Codice civile. – 2. Motivi ispiratori del sistema: aspetti strumentali e aspetti sostanziali. – 3. Valori costituzionali, convenzioni internazionali e mancati interventi legislativi. – 4. Il momento attuale del diritto internazionale privato e il ruolo del sistema generale delle norme di conflitto.

1. *Caratteri generali del sistema delle norme sui conflitti di leggi nel Codice civile*

I principi enunciati nelle Disposizioni sulla legge in generale, premesse al Codice civile del 1942, vennero sin dalla loro origine, e dagli stessi loro redattori, considerati come una riaffermazione dei cardini fondamentali del sistema codificato nel 1865 sotto l'influenza diretta di Pasquale Stanislao Mancini. Nonostante tali disposizioni fossero caratterizzate da una, sia pur sempre limitata, specializzazione delle singole norme (che passarono, com'è ben noto, dai sette articoli delle Preleggi del 1865 ai quindici – sedici, se vi si vuole includere anche l'art. 16 – di quelle del 1942), esse rimasero sostanzialmente fedeli, sia nell'impostazione generale del sistema, sia nella definizione dei suoi contenuti, all'esempio che era stato dato nel 1865, e che aveva avuto largo seguito in altri Paesi: l'esempio di un sistema di diritto internazionale privato a carattere generale, in contrasto con l'atteggiamento prima di allora tenuto dalle codificazioni europee.

Passarono in tal modo nella nuova codificazione gli elementi generali e caratteristici di quel sistema, che ancora oggi informano di sé la materia, e che si possono così sintetizzare:

- la caratteristica universalità delle regole poste in essere, ossia la loro astratta idoneità a funzionare come una sorta di regole di competenza legislativa collocate, in senso logico se non strettamente tecnico-giuridico, su di un piano superiore rispetto a quello delle norme, di cui si trattava di determinare i limiti di applicazione;

- la caratteristica ricordata si saldava immediatamente, nel pensiero di Mancini-

* Pubblicato in *I cinquant'anni del Codice civile (Atti del Convegno di Milano, 4-6 giugno 1992)*, Milano, 1993, vol. I, pp. 71-89.

ni, con l'idea che le norme di diritto internazionale privato poste unilateralmente dal legislatore nazionale dovessero costituire anzitutto un esempio destinato a propiziare lo sviluppo di convenzioni internazionali, attraverso le quali queste norme avrebbero potuto trovare anche la collocazione formale adeguata alla vera natura che è loro propria, in vista della funzione sostanziale che esse svolgono;

– tutto ciò si traduceva immediatamente nella perfetta bilateralità delle norme di diritto internazionale privato, ossia nella duplice direzione del loro funzionamento, tanto nei confronti della legge nazionale – dunque, determinandone la sfera di applicazione –, quanto nei confronti di quelle straniere, delle quali si tratta di giustificare l'applicabilità. Nel respingere le suggestioni esercitate da dottrine unilateralistiche vive nello scorcio del secolo diciannovesimo, l'affermazione della bilateralità perfetta si accompagnava a quella della parità, tendenzialmente assoluta, del diritto straniero e di quello nazionale, e dell'uno rispetto all'altro. Il tutto in modo perfettamente coerente con le premesse generali appena ricordate, e con una assai notevole apertura internazionalistica del sistema.

Passarono, altresì, nel sistema internazionalprivatistico del 1942 gli elementi costituenti i piloni fondamentali sui quali l'intero sistema si fondava quanto alla concreta determinazione della legge applicabile, ossia quelli che Mancini esprimeva con il richiamo ai principi di nazionalità, libertà e sovranità.

2. Motivi ispiratori del sistema: aspetti strumentali e aspetti sostanziali

La codificazione del 1942 ha così accolto, per la disciplina dei rapporti privati a carattere internazionale, il metodo «conflittuale» consegnato da una lunga tradizione, ad esclusione di qualsiasi altro. I principi fissati dalle norme di diritto internazionale privato venivano visti, infatti, come un sistema a carattere esclusivo e generale, suscettibile di venire disapplicato soltanto di fronte a discipline speciali contenute in fonti internazionali: ma non trovavano, in linea di principio, limite al proprio operare in altri corpi normativi interni, specificamente destinati a regolare quei rapporti attraverso la diretta predisposizione di una disciplina di carattere materiale. Addirittura, è agli stessi principi che viene in parte ricondotta la stessa determinazione dell'ambito di applicazione della legge sostanziale in settori di per sé estranei rispetto alla materia contemplata dal Codice civile, come accade per quello processuale e per quello penale ad opera degli articoli 27 e 28 delle Disposizioni sulla legge in generale: confermando così, ad un tempo, il carattere in certo modo sovraordinato di quei principi, e la «centralità» attribuita al Codice civile, ed alle Disposizioni stesse, nell'ambito dell'ordinamento.

Da tutto ciò si potrebbe ricavare l'impressione che al sistema di diritto internazionale privato venga attribuito dal Codice, sulla scorta dell'impostazione manciniana, un carattere essenzialmente astratto e neutrale. Astratto, nel senso che la localizzazione dei vari rapporti e situazioni nell'ambito dell'uno o dell'altro ordinamento – e la correlata determinazione dell'ambito di applicazione delle varie

norme – rispondano ad una logica, e ad esigenze, proprie dello stesso sistema di norme di conflitto, e poco o nulla abbiano a che fare con le caratteristiche della disciplina sostanziale che è propria di tali rapporti o situazioni. Neutrale, poi, nel senso che – in vista anche dell'aspetto appena ricordato – le scelte operate in sede legislativa quanto alla disciplina di conflitto siano, e possano essere, del tutto indipendenti rispetto a quelle emergenti dalla disciplina sostanziale, e dunque ai valori che stanno alla base di questa.

Ciò risponde effettivamente a certi aspetti del sistema: ma non ne esaurisce la realtà, e richiede subito alcune precisazioni. Innanzitutto va sottolineato che un certo grado di astrattezza può considerarsi connaturato alla stessa struttura tecnica delle norme di diritto internazionale privato, proprio in quanto tali: ossia, in quanto aventi carattere di norme strumentali, che sono destinate a designare il sistema di norme materiali applicabile, e non di norme sostanziali. Il fatto stesso di non operare direttamente nei confronti della realtà sociale, ma di attribuire rilevanza alle norme di volta in volta richiamate attraverso un meccanismo di rinvio – dunque, risolvendosi in definitiva nella distribuzione fra i vari ordinamenti di fatti e situazioni –, significa ovviamente minor grado di reattività rispetto alle esigenze proprie della disciplina sostanziale: ma non certo, e non necessariamente, assoluta neutralità delle norme rispetto a tali esigenze.

Storicamente, la creazione di un sistema di norme bilaterali complete di diritto internazionale privato era strettamente correlata, secondo il pensiero di Mancini, all'abolizione di qualsiasi limitazione al godimento dei diritti civili da parte degli stranieri. E tale abolizione trovava la sua enunciazione di carattere generale e solenne nell'art. 3 del Codice civile del 1865. Nella codificazione del 1942, com'è noto, l'apertura testimoniata da quest'ultima norma venne limitata attraverso l'introduzione del limite generale della reciprocità (art. 16 D.s.l.g.), la precisa portata del quale – come in genere, la sfera di applicazione della norma – ha dato luogo nel corso degli anni a non sopiti contrasti. Tuttavia, l'introduzione di questo limite – soprattutto se letto nel contesto dello sviluppo dell'ordinamento in epoca successiva alla Costituzione – non significa che le ragioni ultime che giustificano la lettura del sistema internazionalprivatistico in connessione con il riconoscimento dei diritti civili dei soggetti stranieri siano venute meno, e che il sistema si sia interamente sganciato da quella premessa. Anzi, una valorizzazione di quest'ultima risulta necessaria anche al fine di poter collocare il fondamento, o uno dei fondamenti, dell'intero sistema di conflitto nell'ambito costituzionale, e non al fuori di esso.

Sotto altro aspetto, che investe anche il settore di carattere più propriamente processuale relativo alla circolazione delle sentenze da uno Stato all'altro, la connessione del sistema italiano di diritto internazionale privato con la tutela delle situazioni giuridiche dei soggetti si manifesta in quell'originale creazione dei codici del 1865, riprodotta poi nella codificazione del 1942, che fa del riconoscimento e dell'esecuzione – oggi accomunati nella nozione di dichiarazione di efficacia – delle sentenze civili straniere in Italia l'oggetto di un vero e proprio diritto

soggettivo degli interessati, al ricorrere di determinati presupposti. Viene così data vita ad un sistema che fonde elementi tipici del rapporto prettamente interstatale (riconoscimento degli effetti di un atto pubblico, quale è la sentenza civile, da uno Stato all'altro) con altri caratteristici del rapporto privatistico inerente al diritto sostanziale fatto valere all'estero, secondo un tradizionale schema proprio del diritto anglosassone.

Già nei suoi elementi ispiratori, chiaramente individuabili dal punto di vista storico, e nella funzione che esso mira ad esplicare, il sistema di diritto internazionale privato accolto dalla codificazione del 1942 non è destinato ad esaurirsi sul piano strettamente tecnico, ma mira alla tutela di precisi valori sostanziali. L'accentuazione degli aspetti tecnici e strumentali del sistema stesso è piuttosto conseguenza di determinate elaborazioni dottrinali, che hanno raggiunto un elevatissimo grado di perfezione tecnica, ma proprio per aver portato a concentrare l'attenzione più sugli aspetti tecnici generali relativi al ruolo del sistema di diritto internazionale privato rispetto all'ordinamento nel suo insieme, che sulle conseguenze sostanziali di esso, appaiono oggi meno vitali, ed in via di parziale superamento. Sotto un profilo parzialmente diverso, ma collegato, può essere opportuno sottolineare che il sistema codificato nel 1942, per le ragioni sin qui indicate e in ispecie proprio per la diretta continuità rispetto al passato, continuava a presentare lineamenti propri di un sistema informato a spirito internazionalistico: il che potrebbe apparire singolare per un'epoca nella quale erano considerati a tutti i livelli prevalenti i valori del nazionalismo. Fu, forse, proprio per questo (o perlomeno, anche in vista di questa potenziale antitesi) che la concreta interpretazione delle singole norme e l'impostazione dei vari problemi di funzionamento da esse presentati finì per avvalorare soluzioni di carattere ben più nazionalistico su tutta una serie di questioni (qualificazione, criteri di collegamento, e via dicendo), in modo da portare in concreto ad una limitazione della portata che il sistema in sé stesso era capace di esprimere.

3. *Valori costituzionali, convenzioni internazionali e mancati interventi legislativi*

Entro il quadro di riferimento sin qui delineato si è svolta la vicenda del diritto internazionale privato in Italia nei cinquant'anni di vita del Codice civile. In assenza di interventi legislativi specificamente intesi a modificarne le norme generali, le linee di questa vicenda sono segnate dall'intensificarsi delle modifiche conseguenti alla partecipazione dell'Italia a convenzioni internazionali a carattere multilaterale, oltre che in via generale alla Comunità europea, dall'influenza delle norme costituzionali e, in negativo, da un'attività legislativa che ignora quasi del tutto la dimensione internazionalprivatistica della disciplina posta in essere. Tutti questi fattori hanno provocato rilevanti modifiche del sistema, tanto nella sua portata generale, quanto nelle specifiche regole nelle quali esso si articola.

a) Per quanto concerne le convenzioni internazionali, va anzitutto osservato che si è ormai diffuso fra di esse il carattere, come si usa dire, universale (o *erga omnes*), proprio di tutte quelle più recenti ed importanti. Ciò significa che l'applicazione delle norme in esse contenute non è condizionata all'appartenenza di uno Stato al sistema convenzionale – e dunque, in questo senso, alla reciprocità –, ma queste obbligano gli Stati contraenti ad applicare comunque il diritto designato, sia o non sia quello di uno di essi. Ne risulta, perciò, la sostituzione delle norme convenzionali a quelle interne, nell'ambito beninteso di applicazione oggettiva della convenzione: e così una situazione analoga a quella che deriverebbe da un vero e proprio intervento legislativo. Appartengono a questa categoria, fra l'altro, la Convenzione dell'Aja del 15 giugno 1955 sulla legge applicabile alle vendite internazionali di cose mobili materiali (esec. L. 4 febbraio 1958 n. 50); quella, conclusa sempre all'Aja il 2 ottobre 1973, sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari (esec. L. 24 ottobre 1980 n. 745; l'Italia ha formulato le riserve di cui si legge al comunicato in *Gazz. Uff.* 12 novembre 1981 n. 312; in pari data è stata anche stipulata una convenzione sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia, resa esecutiva dalla stessa legge citata); quella, di rilievo fondamentale, conclusa in ambito comunitario a Roma il 19 giugno 1980, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (materia che viene in essa considerata nel suo complesso e nei suoi vari aspetti; la convenzione è stata resa esecutiva con L. 18 dicembre 1984 n. 975, ed è in vigore dal 1° aprile 1991); e infine quella dell'Aja del 1° luglio 1985 sulla legge applicabile ai *trusts* e al loro riconoscimento (esec. L. 9 ottobre 1989 n. 364, ed in vigore dal 1° gennaio 1992). A ciò si accompagna poi, per specifiche materie (vendita, trasporto), l'abbandono parziale del metodo conflittuale classico in favore di quello consistente nella creazione di norme sostanziali specificamente destinate a regolare i rapporti con caratteri di internazionalità.

Con l'entrata in vigore per l'Italia di tali discipline, il sistema nazionale di diritto internazionale privato si è arricchito di un corpo normativo vasto ed articolato, ancorché naturalmente assai discontinuo, che in gran parte sostituisce ormai le regole derivanti dalle preesistenti norme di conflitto nelle materie considerate: ma che, d'altro lato, propone particolari problemi in vista dell'origine internazionale delle norme e della specificità, che ne consegue, dei principi utilizzabili per la loro interpretazione. Le novità, che per il nostro sistema ne sono derivate, hanno carattere radicale. In materia obbligatoria, le norme desumibili dall'art. 25 D.s.l.g. sono state in gran parte sostituite dai nuovi principi affermatasi a livello internazionale. Rimane fermo solo il principio della scelta della legge applicabile ad opera della volontà delle parti, ma la disciplina concreta della volontà subisce radicali modifiche rispetto alle soluzioni generalmente accettate, sia per ciò che concerne la legge regolatrice della medesima, sia per quanto concerne il momento della sua manifestazione, sia infine per ciò che riguarda la possibilità, affermata dalla Convenzione di Roma, di una scelta di legge limitata ad una parte soltanto del contratto (art. 3 Conv.). Com'è noto, cadono poi – come tali – i criteri di collegamento

previsti dall'art. 25 per l'ipotesi di assenza di designazione volontaria dalla legge applicabile (nazionalità comune, luogo di conclusione del contratto), per venire sostituiti da un sistema più flessibile, che fa perno sull'idea del collegamento più stretto del contratto con un dato Paese: sicché quegli antichi criteri possono venir recuperati solo in quanto esprimano, con riguardo a tutte le circostanze del caso concreto, il collegamento più stretto appena ricordato. Per determinare in via generale tale collegamento, la Convenzione fa poi ricorso alla residenza abituale della parte contrattuale che deve fornire la c.d. prestazione caratteristica, utilizzabile in assenza della prova che sussista un collegamento più stretto con un Paese diverso da quello individuato in base ad essa (e al di fuori di qualche altro caso specificamente indicato nell'art. 4 della Convenzione). Trova così riconoscimento nel sistema italiano il criterio di collegamento costituito dalla residenza abituale, assai largamente usato dalla moderna prassi convenzionale internazionale, ed in precedenza noto soltanto per l'ipotesi dall'apolidia (art. 29 D.s.l.g.). Lo stesso criterio di collegamento è inoltre utilizzato anche in materia di vendita internazionale – al di fuori dell'ipotesi di scelta della legge applicabile – dalla citata Convenzione dell'Aja del 1955, con riferimento a seconda dei casi alla persona del venditore e del compratore; ed ancora, in materia di obbligazioni alimentari, dalla citata Convenzione dell'Aja del 1973, con riferimento al creditore di alimenti. Tale ultima convenzione incide poi profondamente anche sulla disciplina dei rapporti alimentari fra coniugi, anche separati o divorziati, innovando per questa parte alla disciplina della legge applicabile in base all'art. 19 D.s.l.g. Il principio dell'applicabilità della legge nazionale del marito (soggetto comunque, come si dirà, a pressoché sicura dichiarazione di illegittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 29 Cost.) viene sostituito infatti, nell'ambito di applicabilità della Convenzione – e cioè, in materia di obbligazioni alimentari fra coniugi nel senso proprio del testo convenzionale, non coincidente peraltro con quello del diritto materiale interno – dall'applicabilità di quella del luogo di residenza abituale del creditore di alimenti, o di quella che regola separazione, divorzio o annullamento del matrimonio nel caso di coniugi appunto separati, o divorziati o il cui matrimonio sia stato annullato (artt. 4 e 6). Il regime convenzionale fa poi largo spazio ai valori materiali tutelati, assicurando comunque il diritto agli alimenti in base alla legge dell'autorità adita quando le leggi altrimenti applicabili non consentano la realizzazione del relativo diritto.

Non è certo possibile dar conto in questa sede di tutte le innovazioni introdotte nel sistema italiano attraverso l'adattamento alle citate convenzioni internazionali. Vale però la pena di ricordare che la Convenzione di Roma, accanto alle norme già menzionate quanto al collegamento, comporta numerose altre novità di notevole rilievo. Da una parte, l'attribuzione di conseguenze al risultato concreto del collegamento, in contrasto con il carattere normalmente «cieco» del meccanismo secondo i principi tradizionali. Così la disciplina di conflitto dei contratti conclusi dai consumatori (art. 5) e di quelli individuali di lavoro (art. 6) è condizionata al fatto che non ne risulti la privazione del consumatore e del prestatore di lavoro di

una certa protezione altrimenti ad essi spettante; così, ancora la scelta di una data legge non può importare, secondo l'art. 3.3, pregiudizio alle norme imperative della legge del paese con il quale il contratto risulti collegato in base a tutti gli altri dati di fatto. Dall'altra, l'art. 7.1 consente di dare effetto a norme imperative straniere appartenenti a ordinamenti giuridici non applicabili al contratto secondo i principi posti dalla Convenzione, dando così sanzione positiva ad un fenomeno non nuovo ma ampiamente dibattuto in precedenza, sul quale gli orientamenti sono lunghi dall'essere concordi (tanto che la stessa Convenzione di Roma ammette la possibilità di escludere, formulando apposita riserva, l'applicazione della norma dell'art. 7.1, possibilità della quale l'Italia non si è avvalsa a differenza di altri Stati membri della Comunità quali Germania e Regno Unito).

Assai rilevante è, poi, l'entrata in vigore per l'Italia della convenzione dell'Aja in materia di *trust*, che consente di attribuire a tale istituto una precisa rilevanza giuridica superando i dubbi sollevati in passato a questo riguardo e permettendo così di tener conto dell'ampia diffusione dell'istituto stesso a livello internazionale.

Meno intensa, ma non priva di significato, si è dimostrata anche l'incidenza sul settore internazionalprivatistico dell'attività normativa comunitaria propriamente detta. Qui è opportuno menzionare i collegamenti che, con i problemi di diritto internazionale privato, può presentare in specie la realizzazione della libertà di prestazione dei servizi: legame questo che ha provocato l'interessamento del legislatore comunitario in materia di assicurazioni contro i danni attraverso l'inserzione, nella Direttiva CEE n. 357/88 del 22 giugno 1988, di un art. 7 specificamente dedicato alle questioni di legge applicabile, che costituisce una disciplina speciale della materia rispetto a quella, di portata generale, desumibile dalla Convenzione di Roma. L'attuazione in Italia della direttiva n. 357/88 è avvenuta con il D.l. 15 gennaio 1992 n. 49, il cui art. 27 è dedicato alla disciplina di diritto internazionale privato, peraltro non in completa aderenza ai principi contenuti nell'art. 7 della direttiva. Problemi dello stesso genere, peraltro non espressamente considerati e risolti in sede normativa comunitaria, sono suscitati dalle norme della seconda direttiva di coordinamento in materia bancaria (89/646/CEE del 15 dicembre 1989) in relazione all'attività svolta nello Stato da banche estere in regime di riconoscimento reciproco sulla base delle norme della direttiva citata, della quale è prossima l'attuazione in Italia.

b) Vi è poi la questione dei rapporti delle norme di diritto internazionale privato con i principi costituzionali, e dell'influenza da questi spiegata sul sistema. Qui, l'incidenza si è avuta soprattutto ad opera del principio generale di eguaglianza (art. 3 Cost.) e di quello dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29 Cost.) nei confronti di quelle norme di conflitto che utilizzano come criterio di collegamento la cittadinanza del marito (così in materia di rapporti personali e patrimoniali fra coniugi, artt. 18 e 19 D.s.l.g.) o quella del padre (così in materia di rapporti fra genitori e figli, art. 20, primo comma, D.s.l.g.). In queste ipotesi, l'illegittimità costituzionale di alcune delle relative norme è già stata dichiarata

dalla Corte costituzionale, rispettivamente con le sentenze del 5 marzo 1987 n. 71 e del 1° dicembre 1987 n. 477, superando i dubbi che erano stati avanzati in passato soprattutto in nome dell'asserita neutralità assoluta delle norme di diritto internazionale privato.

c) Dal canto suo, il legislatore italiano ha costantemente trascurato di porsi espressamente qualsiasi problema di diritto internazionale privato in occasione dei più significativi interventi operati per la riforma di interi settori del codice civile o per la disciplina di specifici istituti. Basti pensare all'introduzione del divorzio, alla riforma del diritto di famiglia, o alla disciplina dell'adozione c.d. internazionale. È difficile dire se ciò sia avvenuto per semplice trascuratezza o per scelta cosciente, dovuta all'idea che i principi generali espressi dalle Preleggi potessero venire senza difficoltà applicati anche a tutti gli istituti come disciplinati dalle nuove norme. Certo è che, se fosse vera la seconda ipotesi, la scelta operata non potrebbe che essere valutata in modo del tutto negativo, in quanto acriticamente dettata dall'idea della totale indifferenza del sistema di diritto internazionale privato rispetto ai contenuti delle norme sostanziali.

D'altra parte, dove il legislatore è intervenuto per porre in essere qualche norma espressa che investe gli aspetti internazionalprivatistici degli istituti, esso ha proceduto senza minimamente porsi un problema di coordinamento con le norme generali. È il caso, in materia di divorzio, dell'art. 12-*quinquies* della L. 1° dicembre 1970 n. 898, introdotto dall'art. 20 della L. 6 marzo 1987 n. 74, secondo il quale «allo straniero, coniuge di cittadino italiano, la legge nazionale del quale non disciplina il divorzio, si applicano le norme italiane»: norma che presuppone il vigore dell'art. 18 D.s.l.g., invece dichiarato in parte illegittimo nello stesso turno di tempo (la sentenza reca la data del giorno precedente a quello della legge!) dalla Corte costituzionale, e che fa pertanto sorgere il problema della sorte da riservare al caso inverso nel quale la legge che non preveda il divorzio è quella nazionale della moglie (ammesso, come sembra inevitabile, che una volta caduta per illegittimità la parte dell'art. 18 che utilizza il criterio della cittadinanza del marito, debbano applicarsi entrambe le leggi nazionali dei coniugi).

Così ancora, ed in modo particolare, in materia di adozione. Qui la L. 4 maggio 1983 n. 184 disciplina in apposito titolo la materia dell'adozione internazionale, scegliendo in tal modo un punto di vista che è opposto rispetto a quello conflittuale classico e si traduce nella creazione di norme appartenenti al *genus* del c.d. diritto internazionale privato materiale: ancora una volta, peraltro, senza alcuna indicazione circa il modo in cui tali norme debbano coordinarsi con quelle di conflitto di tipo tradizionale, che pure rimangono in linea di principio pienamente applicabili.

Così, infine, in tutte le più recenti – e numerose – leggi in materia di disciplina del mercato in genere e mobiliare in specie, nelle quali – si veda in particolare la L. 2 gennaio 1991 n. 1 sull'attività di intermediazione mobiliare e sull'organizzazione del mercato mobiliare: ma anche la L. 21 febbraio 1991 n. 52, sulla, cessione di crediti di impresa – la determinazione della sfera di applicazione delle nor-

me è effettuata con riferimento al tipo di attività esercitata (quella appunto di intermediazione mobiliare, o quella di *factoring*); e la localizzazione di tali attività sul mercato italiano, al quale solo evidentemente la legge può applicarsi, può dare adito a seri dubbi.

4. Il momento attuale del diritto internazionale privato e il ruolo del sistema generale delle norme di conflitto

Quali conclusioni sono possibili di fronte al quadro che emerge dall'insieme degli aspetti delineati sin qui? Come si è visto, al modello ereditato dalla tradizione ed accolto dal Codice del 1942 si sono nel corso degli anni sovrapposti ed affiancati, con moto via via accelerato, iniziative del «legislatore» internazionale, e a volte comunitario, interventi della Corte costituzionale ed attività, peraltro non coordinate, del legislatore nazionale, che rendono il panorama estremamente complesso e frastagliato. Le conseguenze di quest'insieme variato di interventi, ognuno ispirato da esigenze proprie e specifiche e non inquadrato in più ampio disegno organico, mostrano con sufficiente chiarezza che i grandi principi, attorno ai quali il modello manciniano era stato costruito, hanno ormai subito tali e tante erosioni e modifiche, da non consentire più di farne la base di un sistema al tempo stesso semplice ed universale, come quel modello aspirava ad essere. Il principio di nazionalità, nella sua proiezione internazionalprivatistica, entra in crisi di fronte al mutare profondo dei presupposti sui quali si fondava nell'ambito del diritto interno (unità della cittadinanza nell'ambito familiare come riflesso di un determinato assetto della famiglia), e di fronte al reagire dei valori costituzionali anche sulle norme di conflitto dopo che quegli stessi valori avevano già direttamente agito sulle regole in materia di attribuzione della cittadinanza. Il punto di arrivo si coglie oggi nella recentissima L. 5 febbraio 1992 n. 91 sulla cittadinanza, che – ottant'anni dopo la precedente legislazione in materia – traccia una nuova disciplina in armonia con i principi costituzionali, ammettendo l'esistenza di doppie o plurime cittadinanze in capo ad uno stesso soggetto. Insieme al principio dell'unità della cittadinanza in ambito familiare ed al rifiuto di ammettere la doppia o plurima cittadinanza, cadono pressoché tutti gli automatismi che, nell'ambito del vecchio sistema, consentivano di assicurare il conseguimento di quei risultati.

Il principio di libertà nella determinazione del diritto applicabile continua, dal canto suo, ad operare nell'ambito contrattuale: ma il campo della sua possibile applicazione viene progressivamente ridotto, sia dal rilievo attribuito in sede convenzionale internazionale a norme imperative nazionali e straniere, sotto diversi aspetti (artt. 3 e 7 della Convenzione di Roma del 1980), sia dal progressivo ampliamento delle ipotesi di norme interne che tracciano i propri limiti di applicazione in modo indipendente dal sistema di conflitto, ed in vista di valori non derogabili, sia infine dall'emergere di una serie di discipline speciali per categorie di contratti (lavoro, assicurazione, contratti conclusi dai consumatori, e via dicendo),

nelle quali la possibilità di *electio legis* risulta compressa in modo sempre più rilevante e limitata nei suoi effetti in relazione al contenuto della disciplina applicabile. In genere, poi, è la stessa impostazione tradizionale del ruolo e della portata della norma di conflitto ad essere profondamente modificata, tutte le volte che, in assenza di scelta delle parti, la legge applicabile debba venire individuata in base al criterio del c.d. collegamento più stretto. Cade, infine, il tradizionale principio dell'unità dello statuto contrattuale.

Acquistano invece sempre maggiore spazio le norme interne – espresse, o forse più frequentemente desumibili dai principi impliciti nella disciplina generale di certi settori (si pensi ai vari aspetti della disciplina del mercato) – che sfuggono ai principi generali del sistema, in quanto la determinazione della loro sfera di applicazione va effettuata sulla base di criteri propri e specifici di ciascuna, perlopiù a carattere territoriale. Il fenomeno viene espresso normalmente ricorrendo alla nozione di norme «di applicazione necessaria», divenuta peraltro poco più che una locuzione di stile destinata a coprire realtà assai diverse fra loro. Fermo restando, in tutte le ipotesi, il rilievo attribuito all'interesse generale, e quindi il carattere imperativo delle norme di cui si tratta, è pur chiaro che la giustificazione della scelta (spesso, come si è detto, soltanto implicita) legislativamente effettuata non può essere ricondotta ad un principio generale del sistema, quale, ad esempio, il principio di sovranità di Mancini, che pure nel sistema manciniano era destinato a funzionare proprio con riferimento ad ipotesi concettualmente analoghe. Si tratta di ipotesi ormai così numerose, da richiedere l'individuazione della *ratio* sottostante a ciascuna in relazione alle specifiche caratteristiche che la distinguono. D'altra parte, la frequenza del fenomeno fa emergere con intensità sconosciuta in epoche più antiche (alle quali certo non era ignoto il fenomeno in sé stesso) il problema del rilievo internazionale di norme del tipo menzionato, e della possibilità di «bilateralizzare» i criteri speciali che ne delimitano la sfera di efficacia.

Gli aspetti, sin qui troppo sommariamente posti in luce, concorrono ad indicare che il modello di sistema di diritto internazionale privato accolto dal Codice civile – che pure ha costituito in passato il modello per un gran numero di legislazioni di Stati stranieri – non è più idoneo ad esaurire la realtà normativa del fenomeno internazionalprivatistico. In quanto articolato su di un numero limitato e ristretto di norme bilaterali perfette, a loro volta ispirate da pochi principi generalissimi, esso ha dimostrato e dimostra sempre più, insieme ad una innegabile, e forse insospettata vitalità, l'inadeguatezza dello schema concettuale che vi sta alla base rispetto alle molteplici esigenze della vita giuridica internazionale contemporanea. Non vi è dubbio che la tendenza emergente da quest'ultima va nel senso di una sempre maggiore specializzazione delle norme, con la moltiplicazione dei collegamenti speciali a ciò connessa, e di una sempre più accentuata attenzione al contenuto delle norme materiali applicabili, e quindi, ai risultati del funzionamento delle norme in termini sostanziali. Lo stesso silenzio normalmente serbato dal legislatore italiano nei confronti dei problemi di diritto internazionale privato – apparentemente in contrasto con le sempre più vive manifestazioni di internazionalizza-

zione della vita economica e sociale – può, in fondo, essere visto come dimostrazione della non indifferente difficoltà di conciliare le esigenze della disciplina dei singoli istituti con un sistema rigido di norme generali di conflitto, quale è quello consegnatoci dalla tradizione ed elaborato negli anni dalla dottrina (ed in minor misura dalla giurisprudenza). Il quale ultimo costituisce, al di là di ogni dubbio, un modello tecnicamente raffinato, culturalmente evoluto e largamente animato – nelle sue origini, ed in modo assai notevole per i tempi in cui prese vita – da spirito internazionalistico, che soltanto certe costruzioni teoriche sul modello, e non il modello in sé stesso, parvero negare. Ma esso presuppone la presenza di almeno due fattori, che nella realtà internazionale contemporanea sono ormai venuti a mancare. Da una parte, un ambiente giuridicamente e politicamente assai più omogeneo di quello proprio del mondo di oggi, nel quale l'estensione e la moltiplicazione dei rapporti si accompagnano al moltiplicarsi delle diversità; dall'altra, un carattere più limitato, e meno articolato e complesso, dell'attività normativa dei pubblici poteri.

Il venir meno, anche nel campo del diritto privato, dell'antica comunità di diritto (salvo il suo riemergere, in forme e in ambiti specifici, quale c.d. nuova *lex mercatoria*), e la sempre crescente estensione dell'intervento normativo pubblico nella disciplina di singoli settori della vita sociale, specie sotto l'aspetto di disciplina del mercato, aprono un vuoto che deve essere colmato, ma che il tradizionale modello di diritto internazionale privato fatica a colmare. Le antiche grandi categorie che stanno alla base del funzionamento delle sue norme non si adattano con facilità a riflettere le esigenze che emergono dai nuovi istituti: né vi è stata nel nostro Paese un'opera giurisprudenziale capace di creare, accanto ai principi codificati, un *corpus* di regole giurisprudenziali capaci di supplire alle deficienze. In questa prospettiva, il modello classico di sistema di norme di conflitto, che il Codice civile ha recepito dalla tradizione, non tanto si dimostra superato, quanto non più sufficiente. E ciò è vero, in modo del tutto particolare, per quanto riguarda il settore, già ricordato, della disciplina del mercato, inteso questo come vero e proprio istituto giuridico: la quale, dal punto di vista internazionalprivatistico, non può essere adeguatamente risolta in un insieme di rapporti di carattere obbligatorio, i soli che siano oggi direttamente presi in considerazione dalle norme del sistema. È insomma il diritto dell'impresa che emerge e richiede di trovare adeguata disciplina anche a livello di diritto internazionale privato. L'urgenza del compito si manifesta in modo ancor più evidente, se si considerano i numerosi aspetti problematici che potranno venire in luce con la realizzazione del mercato interno della Comunità europea, ove determinate attività d'impresa siano svolte in regime di riconoscimento reciproco delle rispettive norme di origine: si pensi, ad esempio, all'attività bancaria destinata ad essere svolta in Italia da soggetti comunitari in base alla già ricordata seconda direttiva di coordinamento in materia bancaria, a proposito della quale si tratta di stabilire se, e fino a qual punto, il riconoscimento reciproco delle norme del Paese di origine comporti anche l'applicazione di apposite regole internazionalprivatistiche atte a garantire l'applicazione di tali norme.

Un'opera di riforma, cui del resto han posto mano negli ultimi anni molti fra i principali legislatori europei, si dimostra perciò necessaria: non per distruggere quanto la tradizione ha consegnato, ma per armonizzarlo in modo razionale con tutto ciò che i successivi sviluppi hanno comportato. Non si può che augurarsi la ripresa e l'approfondimento dell'iniziativa già avviata anni or sono anche in Italia (e tradottasi nella predisposizione di un primo elaborato progetto), nell'intento di avviarsi verso la realizzazione di un sistema più articolato e completo dell'attuale, capace di riflettere sul piano internazionalprivatistico le esigenze e gli aspetti che la nuova disciplina degli istituti del diritto privato via via fa emergere e pone in luce.

Vendita in generale (diritto internazionale privato) *

SOMMARIO: 1. Tecniche di regolamentazione della vendita a carattere internazionale. – 2. Le cosiddette regole oggettive del commercio internazionale. – 3. Convenzioni internazionali di diritto uniforme: *a)* le Convenzioni dell’Aia del 1964. – 4. *Segue: b)* la Convenzione di Vienna del 1980: origine e campo di applicazione. – 5. *Segue: c)* la Convenzione di Vienna del 1980: campo di applicazione “spaziale”. – 6. *Segue: d)* la rilevanza degli usi secondo la Convenzione di Vienna del 1980. – 7. Le norme di diritto internazionale privato: *a)* la Convenzione dell’Aia del 1955. – 8. *Segue: b)* la Convenzione dell’Aia del 1986. – 9. Conclusione.

1. *Tecniche di regolamentazione della vendita a carattere internazionale*

La materia della compravendita si caratterizza anzitutto, dal punto di vista della disciplina internazionalprivatistica, per la pluralità dei metodi di regolamentazione, alla quale immediatamente si ricollega una notevole complessità della disciplina, in rapporto alla molteplicità delle fonti capaci di venire simultaneamente in considerazione. Si potrebbe dire che la materia presenta attualmente un’semplificazione quasi di scuola della pluralità delle tecniche capaci di essere utilizzate per la disciplina giuridica dei rapporti attinenti alla vita giuridica internazionale, ed in particolare al commercio internazionale¹.

La ragione di una situazione del genere si comprende facilmente. Il rapporto di compravendita costituisce a tutt’oggi il fenomeno elementare e l’elemento essenziale sul quale i rapporti del commercio internazionale si articolano, ed è quindi naturale che lo sforzo di agevolare lo svolgimento di tali rapporti, non solo all’interno di aree di Stati geograficamente e politicamente omogenei, ma anche in genere sul piano universale, rechi con sé il tentativo di far ricorso, accanto alla tradizionale tecnica internazionalprivatistica, anche a tutti quei metodi – alternativi ri-

* Pubblicato in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Milano, 1993, pp. 502-517.

¹ Sulla pluralità delle tecniche di regolamentazione dei rapporti del commercio internazionale in genere, cfr. DAVID, *The International Unification of Private Law*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, II, Tübingen-The Hague-Paris-New York, 1971; ID., *Le droit du commerce international. Réflexions d’un comparatiste sur le droit international privé*, Paris, 1987; MALINTOPPI, *Les rapports entre droit uniforme et droit international privé*, in *Recueil des Cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1965, CXVI, 5 ss.; BATIFFOL, *Le pluralisme des méthodes en droit international privé*, ivi, 1973, CXXXIX, 116 ss.

spetto a questa – che possano ritenersi più semplici, o più idonei ad assicurare una disciplina uniforme del rapporto nei vari Stati, o ancora maggiormente capaci di riflettere le esigenze della disciplina materiale del rapporto stesso, al di là della sua mera localizzazione nell'ambito di un dato ordinamento giuridico. Sotto quest'ultimo aspetto, in particolare, l'esperienza moderna del commercio internazionale si è incaricata di evidenziare la frequente inadeguatezza della disciplina scaturente dalle fonti puramente interne di fronte alle esigenze relative alla regolamentazione giuridica di situazioni che, per definizione, interessano realtà che trascendono l'ambito domestico dei singoli Stati².

Per tutte queste ragioni è divenuto usuale, nella pratica, parlare di compravendita (o più semplicemente vendita) «internazionale» per indicare questo rapporto per così dire elementare del commercio internazionale nei suoi connotati sociologici, anziché far ricorso a formule consuete della tecnica più propriamente internazionalprivatistica, quali vendita con caratteri di estraneità rispetto a un dato ordinamento, o vendita collegata a diversi ordinamenti, e simili. Oltre che ormai consacrata dall'uso, una terminologia del genere è d'altronde del tutto legittima, se si considera di per sé naturalmente giuridico qualsiasi fenomeno contrattuale che si svolga in ambito più vasto rispetto a quelli che sono oggetto dei vari ordinamenti statali: sicché egualmente giuridica deve considerarsi un'indagine che veda il proprio oggetto in tali rapporti, considerati per sé stessi e non quale riflesso dell'atteggiamento assunto nei loro confronti dall'uno o dall'altro ordinamento giuridico statale³. È dunque un rapporto del genere, al di fuori di qualsiasi definizione ricavabile dai vari sistemi giuridici, che costituisce l'oggetto della presente trattazione. Ed a tali fini la vendita internazionale va individuata in quell'operazione del commercio internazionale che si attua attraverso lo scambio di cose contro una somma di danaro (un prezzo)⁴, tutte le volte che un'operazione del genere non si esaurisca, per l'uno o per l'altro aspetto (soggetti interessati, spostamento dei beni, luogo di esecuzione delle prestazioni, e così via), nell'ambito di un solo Stato e di un solo ordinamento giuridico.

Le tecniche di regolamentazione del rapporto di cui si tratta, come si è accen-

² Sul punto insiste particolarmente, con ampie e penetranti considerazioni, DAVID, *Le droit du commerce international*, cit., 23 ss.

³ Per più approfondite considerazioni sul punto, si vedano CARBONE e LUZZATTO, *I contratti del commercio internazionale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, *Obbligazioni e contratti*, XI, t. 3, Torino, 1984, 113 ss.; e, per considerazioni di carattere teorico generale, ZICCARDI, *Diritto internazionale odierno. nozione e contenuto*, Milano, 1964, specialmente 67 ss.

⁴ Sul punto si vedano le considerazioni contenute nel Rapporto presentato alla Conferenza di diritto internazionale privato dell'Aia dal Juillot de la Morandière a nome del Comitato speciale incaricato di presentare un progetto di convenzione sulla vendita (che si tradusse, poi, nella Convenzione dell'Aia del 15 giugno 1955), in *Conférence de La Haye de droit international privé, Documents relatifs à la septième session*, La Haye, 1952, 5 ss. Ne risulta che, al di là delle difficoltà di carattere teorico (che spinsero i redattori a non trattare del problema), la nozione di vendita presenta un suo nucleo caratteristico comunemente riconosciuto, mentre rimangono diversamente disciplinate nei vari sistemi ipotesi quali quella delle cose da fabbricare o produrre.

nato, sono attualmente molteplici. Si ha, in primo luogo, una notevole tendenza all'autoregolamentazione da parte degli operatori: intendendosi indicare con ciò, non soltanto l'ovvia importanza dello strumento contrattuale in sé stesso al fine di porre in essere le regole giuridiche destinate a reggere la singola operazione, ma anche – e soprattutto – la predisposizione e l'elaborazione, da parte degli operatori dei vari settori interessati, di tutta una serie di regole uniformi, di condizioni generali, di clausole tipiche e di contratti tipo (a volte ufficializzati attraverso l'intervento di apposite organizzazioni) destinati ad applicarsi in modo uniforme alle situazioni considerate a prescindere dall'intervento di qualsiasi sistema normativo statale. Ne sono esempi notissimi i cosiddetti *Incoterms* nella elaborazione fattane dalla Camera di commercio internazionale e periodicamente aggiornata; le condizioni generali di vendita e di consegna elaborate da vari organismi, pubblici o privati; gli usi e regole uniformi in materia di crediti documentari, adottate dalle associazioni bancarie di un grandissimo numero di Stati⁵.

In secondo luogo, l'esperienza contemporanea mostra un frequente intervento di convenzioni internazionali intese alla predisposizione, sia di regole materiali uniformi, sia di regole uniformi di diritto internazionale privato (sotto il primo profilo, trasferendo quindi a livello internazionale l'esperienza propria di alcune legislazioni interne intesa a porre regole materiali nazionali destinate a regolare in modo specifico i rapporti del commercio internazionale)⁶.

In terzo luogo, risultano applicabili le norme interne di diritto internazionale privato, tutte le volte che, per l'una o per l'altra ragione, la disciplina derivante dalle altre fonti indicate non risulti applicabile, o comunque esauriente⁷.

⁵ Cfr. già le considerazioni di GIULIANO, *Quelques problèmes en matière de conflits de lois et de juridictions dans la vente commerciale internationale*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1967, 225 ss. Si veda poi BONELL, *Le regole oggettive del commercio internazionale*, Milano, 1976, per un'ampia esposizione delle diverse manifestazioni del fenomeno oltre che dei tentativi di inquadramento teorico del medesimo; e ampiamente, da ultimo, BOSCHIERO, *Il coordinamento delle norme in materia di vendita internazionale*, Padova, 1990, 1 ss., 55 ss., con riferimento specifico alla materia della compravendita internazionale. Si veda ancora BOGGIANO, *International Standard Contracts: A Comparative Study*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1981, CLXX, 17 ss.; e FRIGNANI, *Il diritto del commercio internazionale*², Milano, 1990, 135 ss., 529 ss. per un'ampia riproduzione di materiali documentari.

⁶ Per un panorama generale delle convenzioni si veda BOSCHIERO, *Le convenzioni internazionali in tema di vendita*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, cit., *Saggi, aggiornamenti, indici*, XXI, 1987, 233 ss. Gli esempi interni menzionati nel testo sono quelli di alcuni Paesi dell'Est europeo, nei quali l'insufficienza del diritto interno valido per i rapporti puramente domestici ha indotto i legislatori ad intervenire mediante la posizione di norme *ad hoc* per il commercio con l'estero: così in Cecoslovacchia, per la quale cfr. BYSTRICKY, *Les traits généraux de la codification tchécoslovaque en droit international privé*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1968, CXXIII, 514 ss.; e nella (ex) Repubblica democratica tedesca, per la quale si veda per tutti ENDERLEIN, *La réglementation juridique des relations économiques internationales en République démocratique allemande*, in *J. dr. intern.*, 1977, 390 ss. Per ulteriori considerazioni ed indicazioni al riguardo cfr. BOSCHIERO, *Il coordinamento*, cit., 79 ss.

⁷ Cfr. *infra*, § 9. Sulle norme generali di diritto internazionale privato in materia nel sistema ita-

I rapporti fra le varie categorie di fonti interessate, che verranno qui di seguito sommariamente descritte e analizzate, rappresentano un problema non sempre agevole da risolvere, al quale si dovrà dedicare qualche attenzione⁸.

2. *Le cosiddette regole oggettive del commercio internazionale*

Si è detto che in materia di vendita internazionale largo spazio è riservato in concreto all'utilizzazione di strumenti elaborati dalla stessa pratica commerciale e posti a disposizione degli operatori: una sorta di autoregolamentazione, che si traduce nella predisposizione di regole uniformi. Il fenomeno va riportato, in definitiva, a quello del diritto cosiddetto spontaneo, ossia alle regole elaborate dalla stessa condotta degli appartenenti alle categorie interessate che si affermano come obbligatorie in un dato ambiente sociale. Si tratta però di stabilire a quale titolo regole del genere possano considerarsi tali da fornire la disciplina giuridica del fenomeno considerato⁹.

Secondo alcune tesi, le regole del commercio internazionale menzionate farebbero ormai parte di un ordinamento dotato di una propria autonomia e identità ben precisa, come espressione di un distinto settore di convivenza sociale, la cosiddetta comunità internazionale dei commercianti. E tale nuova *lex mercatoria*, come ormai sempre più spesso si dice, sarebbe tale da imporsi, per quanto concerne le situazioni da essa considerate, anche alle valutazioni discendenti dai singoli ordinamenti statali, superandone così le barriere ed i limiti: ciò per vigore proprio, conferitole dall'affermazione nell'ambito sociale indicato e dall'essersi in

liano, si veda per tutti VITTA, *Diritto internazionale privato*, III, Torino, 1975, 377 ss. Tali norme, peraltro, come risulterà meglio dal seguito dell'esposizione, sono ormai assai limitate nella loro sfera di applicazione a seguito dell'operare delle varie fonti internazionali.

⁸Le difficoltà sono state rilevate da molti con riferimento specifico alla materia della compravendita: si vedano NADELMANN, *Uniform Law on the International Sale of Goods: A Conflict of Laws Imbroglia*, in *Yale Law Journal*, 1965, 449 ss.; TREVES, *Il labirinto della vendita internazionale*, in *Politica del diritto*, 1972, 97 ss.; CONETTI, *Disciplina uniforme della vendita internazionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, 272 ss.; su di un piano più generale, cfr. ID., *Rapporti tra convenzioni di diritto materiale ed internazionale privato uniforme: il caso della vendita internazionale*, in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di M. Giuliano*, Padova, 1989, 361 ss. Cfr. anche ZWEIGERT e DROBNIG, *Einheitliches Kaufgesetz und internationales Privatrecht*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1965, 146 ss. Dal punto di vista generale, si veda VON OVERBECK, *Le champ d'application des règles de conflit ou de droit matériel uniforme prévues par des traités*, in *Anr. inst. dr. intern.*, 1979, LVIII, 97 ss.

⁹In materia v. anzitutto BONELL, *op. cit.*, DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali*, I, Padova, 1984, 1 ss.; ed i vari saggi contenuti in *Fonti e tipi del contratto internazionale*, Milano, 1991 (Giardina, Draetta, Bernardini, Frignani, Rinoldi, Sacerdoti) riguardo all'autonomia delle parti, agli usi del commercio internazionale ed alla loro codificazione. Cfr. anche BERNARDINI P., *Contratti internazionali e diritto applicabile*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1987, 393 ss.

tal modo tradotta in un apposito sistema normativo, *tertium genus* fra ordinamento statale e ordinamento giuridico internazionale¹⁰.

In contrario si ritiene da altri che il carattere lacunoso e poco definito di questo insieme normativo e l'impossibilità di individuarne una precisa base sociale impediscano di configurare un ordinamento giuridico a sé stante, che ne dovrebbe essere il risultato. Il complesso eterogeneo di regole, che vi si vogliono ricondurre, costituirebbe pertanto un mero insieme di materiali normativi, spesso d'altronde comuni ai diversi sistemi statali e da questi ricavabili in via di astrazione, la cui applicabilità può essere soltanto ricondotta all'autonomia negoziale dei soggetti ed allo spazio che i singoli ordinamenti nazionali ritengono di riservarle¹¹.

Riguardo alla disputa indicata, va anzitutto rilevato che non sembrano superabili le difficoltà che si oppongono alla configurazione della cosiddetta *lex mercatoria* quale ordinamento giuridico a sé stante, *tertium genus* fra ordinamento statale e ordinamento internazionale. Ciò non significa peraltro che le regole espresse dalla prassi del commercio internazionale debbano essere considerate come regole giuridiche soltanto nell'ambito dei singoli ordinamenti statali, ed alle condizioni da questi stabilite. Una conclusione del genere appare eccessiva, se si ammette che questi ultimi non esauriscano la realtà dei valori giuridici sviluppantisi a livello di rapporti interindividuali, ma si instaurino nell'ambito di un più vasto diritto comune – non formalmente inquadrato in essi – esistente a livello di comunità universale del genere umano¹².

Il riconoscimento dell'effettiva realtà di fenomeni del genere, e del loro carattere intrinsecamente giuridico, trova ormai numerose conferme tanto a livello legislativo – cfr. art. 1496 del nuovo codice francese di procedura civile in ma-

¹⁰ La letteratura relativa alla cosiddetta *lex mercatoria* è ormai molto vasta: per tutti, si vedano GOLDMAN, *Frontières du droit et lex mercatoria*, in *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1964, 161 ss.; ID., *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé*, in *Recueil des Cours de l'Académie du droit international de La Haye*, 1963, CIX, 474 ss.; ID., *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international: réalités et perspectives*, in *J. dr. intern.*, 1979, 475 ss.; SCHMITTHOFF, *Das neue Recht des Welthandels*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches internationales Privatrecht*, 1964, 47 ss.; RENGELING, *Privatrechtliche Verträge*, Berlin, 1971.

¹¹ Si vedano, in particolare, CURTI GIALDINO, *La volenté des parties en droit international privé*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1972, CXXXVII, 794 ss.; POPESCU, *Le droit du commerce International: une nouvelle tache pour les législateurs nationaux ou une nouvelle lex mercatoria?*, in *New Directions in International Trade Law*, I, Dobbs Ferry-New York, 1977, 21 ss.; GIARDINA, *State Contracts: National versus International Law?*, in *Italian Yearbook of International Law*, 1980-1981, 147 ss.; ID., *Arbitrato transnazionale e lex mercatoria di fronte alla Corte di cassazione*, in *Riv. dir. intern., priv. proc.*, 1982, 754 ss. Cfr. anche KASSIS, *Théorie générale des usages de commerce*, Paris, 1984, specialmente 523 ss.

¹² Cfr. *supra*, nt. 3. Cfr. anche LUZZATTO, *Illecito internazionale e arbitrato internazionale di diritto privato*, in *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de R. Ago*, III, Milano, 1987, 167 ss.

teria di arbitrato internazionale¹³ –, quanto a livello giurisprudenziale¹⁴.

Le regole oggettive del commercio internazionale costituiscono dunque una realtà ormai difficilmente contestabile, pur se non possono dirsi tali da concretare un autonomo ordinamento giuridico¹⁵, realtà che trascende quella propria dei sistemi giuridici nazionali. Questi, d'altronde, possono assumere nei confronti di tale realtà – che spesso, implicitamente od esplicitamente, senz'altro riconoscono – atteggiamenti assai diversi, sino alla sua negazione: e la determinazione di tali atteggiamenti è questione di stretto diritto positivo attinente all'interpretazione di un sistema in un momento storico dato, e non di carattere teorico. Va però sottolineato che le regole del commercio internazionale di cui si tratta finiscono per acquistare la capacità di imporsi anche ad atteggiamenti eventualmente contrastanti, che fossero propri di un dato sistema nazionale, tutte le volte che esse siano, come normalmente accade, destinate a venire applicate da parte di organi arbitrali. È noto infatti che gli arbitri internazionali sono normalmente tenuti a fare applicazione dei valori giuridici espressi dalle regole del commercio internazionale in modo diretto ed immediato, ossia senza passare attraverso norme statali che li facciano propri. In quanto assunti a principi capaci di determinare la decisione degli arbitri, quei valori dovranno poi venire ad operare anche nell'ambito degli ordinamenti nazionali, in virtù delle norme internazionali sulla circolazione delle sentenze arbitrali, con il solo limite dell'eventuale contrasto con i valori considerati essenziali dal sistema nazionale ed incorporati in specifici principi o norme del sistema stesso¹⁶.

I principi normativi facenti parte di quella frastagliata realtà che va sotto il nome di *lex mercatoria* possono così costituire le regole applicabili ad operazioni di compravendita internazionale a titoli diversi. Si potrà trattare di applicazione a titolo primario – o, per così dire, per virtù propria – tutte le volte che essi siano

¹³ Secondo il quale «*L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies*»: un consistente indirizzo giurisprudenziale francese vede in questa norma, che menziona le «*règles de droit*» e non la «*loi*», la dimostrazione del fatto che i principi applicabili ed applicati dagli arbitri internazionali non si esauriscono nel diritto applicabile all'interno di un ordinamento giuridico statale determinato, ma costituiscono un complesso normativo più ampio. Si veda la decisione del caso *Valenciana* (Cour d'appel de Paris 13 luglio 1989, *Compania Valenciana de Cementos Portland SA c. Primary Coal Inc.*, in *Rev. crit. dr. intern. priv.*, 1990, 304 ss. con nota di Oppetit e Cour de cassation 22 ottobre 1991, in *J. dr. intern.*, 1992, 177 ss., con nota di Goldman). Per altri precedenti giurisprudenziali francesi rilevanti, cfr. il caso *Norsolor*, sul quale GOLDMAN, *Une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria*, in *Revue de l'arbitrage*, 1983, 379 ss.

¹⁴ Si veda Cass. 8 febbraio 1982, n. 722, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1982, 829 ss. ed il commento di GIARDINA, *Arbitrato transnazionale*, cit.

¹⁵ Sul punto si vedano le considerazioni di LAGARDE, *Approche critique de la lex mercatoria*, in *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offerts a B. Goldman*, Paris, 1983, 125 ss. e VIRALLY, *Un tiers droit ? Réflexions théoriques*, ivi, 373 ss.

¹⁶ CARBONE e LUZZATTO, *I contratti del commercio internazionale*, cit., 156 ss. Sulla normativa internazionale in materia di circolazione delle sentenze arbitrali, che esclude qualsiasi rilievo alla determinazione del diritto materiale applicabile da parte degli arbitri ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione, cfr. LUZZATTO, *Arbitrato commerciale internazionale*, in *D. disc. priv., sez. comm.*, I, 1987, 209 ss., ed ivi ulteriori riferimenti.

rilevati direttamente da arbitri internazionali, e vengano poi per questa via ad essere introdotti quali regole del caso concreto nell'ambito di ordinamenti statali che diano riconoscimento ai *dicta* degli arbitri. Oppure, si potrà trattare di applicazione subordinata ai meccanismi propri dei singoli sistemi, quando si tratti invece di valutare un'operazione di compravendita dal punto di vista di uno specifico ordinamento giuridico e dunque attraverso l'inquadramento di quei principi nei modi, e con gli effetti, previsti dall'ordinamento medesimo. Naturalmente, in casi di questo genere, l'atteggiamento di quest'ultimo potrà essere determinato non in modo autonomo, ma in conseguenza dell'adattamento operato a seguito dell'appartenenza dello Stato ad un apposito sistema convenzionale. Nell'ambito di tali sistemi, infatti, la determinazione dello spazio riservato ai risultati dell'autoregolamentazione dei privati costituisce normalmente oggetto di regole appositamente formulate¹⁷.

L'applicazione degli usi uniformi da parte di arbitri internazionali chiamati a risolvere controversie di diritto privato in materia di compravendita è assicurata ed imposta, fra l'altro, dalla norma contenuta nel noto art. VII.1 della Convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961 sull'arbitrato commerciale internazionale¹⁸, e – sul piano delle regolamentazioni di istituzioni arbitrali – dall'art. 13.5 del regolamento della Camera di commercio internazionale, dall'art. 33.3 del regolamento di arbitrato della Commissione delle Nazioni Unite per il diritto del commercio internazionale (UNCITRAL) (1976), ed ancora dall'art. 28.4 della legge modello della stessa UNCITRAL (1985) già adottata da alcuni Stati, oltre che da norme interne quali il già citato art. 1496 del nuovo codice francese di procedura civile e l'art. 1054 del codice di procedura civile olandese, come modificato nel 1986.

3. *Convenzioni internazionali di diritto uniforme: a) le Convenzioni dell'Aia del 1964*

Come si è accennato, lo sforzo internazionale si è poi indirizzato a livello intergovernativo verso l'elaborazione di apposite convenzioni internazionali, destinate a porre in essere una vera e propria regolamentazione uniforme della materia. Si tratta di una serie nutrita di testi convenzionali, che comprende alcune convenzioni intese a regolare la materia della compravendita internazionale nel suo insieme (le due Convenzioni dell'Aia del 1° luglio 1964 relative alla legge uniforme sulla vendita internazionale di oggetti mobili corporali ed alla legge uniforme sulla formazione dei contratti di vendita internazionale degli oggetti stessi, e la Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980 sui contratti di vendita internazionale di

¹⁷ Si veda *infra*, § 6 in merito al rilievo attribuito agli usi del commercio internazionale dalle Convenzioni di diritto uniforme dell'Aia del 1° luglio 1964 e di Vienna dell'11 aprile 1980.

¹⁸ Sull'art. VII della Convenzione di Ginevra del 1961 e la relativa letteratura, cfr. LUZZATTO, *op. ult. cit.*, 207 s. Dalla formula utilizzata nell'art. VII.1 della Convenzione di Ginevra del 1961 sono poi derivate tutte quelle contenute negli atti successivi menzionate nel testo.

merci, conclusa nell'ambito di un'apposita conferenza delle Nazioni Unite), oppure soltanto limitatamente a questioni particolari (la rappresentanza in materia di vendita internazionale di merci, Convenzione di Ginevra, adottata il 17 febbraio 1983, e la prescrizione in materia di vendita internazionale, Convenzione di New York, adottata il 14 giugno 1974). Di queste ultime non ci occuperemo in questa sede¹⁹.

Le due Convenzioni concluse all'Aia nel 1964 costituirono il coronamento di uno sforzo pluridecennale, iniziato nell'ambito dell'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) sin dal lontano 1930 (in collegamento con altro istituto scientifico berlinese, diretto allora dal famoso comparativista Ernst Rabel) e poi interrotto per gli eventi del secondo conflitto mondiale e ripreso dopo la fine di questo. Dai vari progetti susseguitisi nel tempo nacquero infine, nella Conferenza convocata all'Aia nel 1964, due separati testi convenzionali, l'uno comprendente la legge uniforme sulla vendita, composta di ben centouno articoli, e l'altro quella sulla formazione dei relativi contratti, assai più limitata (tredici articoli)²⁰.

Le due leggi uniformi, contenute nelle Convenzioni appena indicate, regolano, come dice il rispettivo titolo, due fasi diverse del rapporto di compravendita: una riguarda infatti la formazione del contratto, e mira a rendere uniformi i criteri di determinazione del momento di formazione del consenso attraverso la sequenza proposta-accettazione, oltre che delle fattispecie stesse della proposta e dell'accettazione e delle eventuali divergenze tra l'una e l'altra. L'altra concerne invece la disciplina sostanziale del contratto di vendita internazionale, una volta che esso

¹⁹ La prima Convenzione, redatta sulla base di un progetto dell'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), è stata resa esecutiva in Italia con l. 11 dicembre 1985, n. 765, e successivamente ratificata dallo Stato italiano, ma non risulta ancora entrata in vigore. Su di essa cfr. TROMBETTA PANIGADI, *L'unificazione del diritto in materia di contratti internazionali di intermediazione e di rappresentanza*, in *L'unificazione del diritto internazionale*, cit., 917 ss. La seconda, approvata a New York al termine di apposita conferenza diplomatica, è entrata in vigore il 1° agosto 1988, ma l'Italia non l'ha ratificata né resa esecutiva. Su tale convenzione v. GIARDINA, *La prescrizione in tema di vendite internazionali: la Convenzione promossa dalle Nazioni Unite*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1975, 465 ss.; KRAPP, *The Limitation Convention for the International Sale of Goods*, in *Journal of World Trade Law*, 1985, 343 ss. La Convenzione di New York del 1974 sulla prescrizione è stata modificata, al momento della stipulazione della Convenzione di Vienna del 1980, da un Protocollo di emendamento, che ne ha armonizzato la sfera di applicazione con quella del nuovo testo convenzionale.

²⁰ Le Convenzioni, entrate in vigore nel 1972, vennero rese esecutive in Italia con l. 21 giugno 1971, n. 816. Atti e documenti relativi alla Conferenza dell'Aia si leggono in *Conférence diplomatique sur l'unification du droit en matière de vente internationale*, 2 voll., La Haye, 1966. La storia delle Convenzioni è ripercorsa da BOSCHIERO, *Il coordinamento*, cit., 67 ss., ove si trova anche un'ampia bibliografia. Si vedano anche RABEL, *The Hague Conférence on the Unification of Sales Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 1952, 58 ss.; KAHN, *La Convention de la Haye du 1^{er} juillet 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels*, in *Revue trimestrielle de droit commercial et du droit économique*, 1964, 698 ss.; nonché le opere a carattere generale ricordate *infra*, nella Letteratura.

sia stato stipulato: e regola così i relativi effetti quanto alle obbligazioni del venditore e del compratore, il trasferimento dei rischi, le sanzioni in caso di violazione, la risoluzione e l'inadempimento.

Entrambe le Convenzioni, e le leggi uniformi che esse contengono, riguardano la vendita internazionale di cose mobili materiali: la relativa fattispecie va dunque determinata con riferimento all'elemento di internazionalità presente nel rapporto, ed assunto come rilevante dai testi convenzionali. Tale elemento viene definito dall'art. 1 delle relative leggi uniformi. Per quanto concerne i contratti di vendita di cose mobili materiali, questi devono essere, da un lato, conclusi fra parti aventi il loro stabilimento sul territorio di Stati differenti (intendendosi per stabilimento la sede effettiva degli affari del contraente, o sede dell'amministrazione: in mancanza, vale la residenza abituale, art. 1.2); e dall'altro, occorre alternativamente che: 1) il contratto implichi che la cosa, al momento della stipulazione o successivamente, sarà oggetto di trasporto dal territorio di uno Stato a quello di un altro; oppure 2) gli atti costituenti offerta e accettazione siano compiuti nel territorio di Stati diversi, oppure ancora 3) la consegna della cosa debba realizzarsi sul territorio di uno Stato diverso da quello nel quale sono stati compiuti gli atti costituenti accettazione ed offerta. Vale dunque un duplice criterio, soggettivo ed oggettivo. La legge uniforme stabilisce poi (art. 2) che le regole di diritto internazionale privato sono escluse ai fini dell'applicazione della legge stessa (salvo disposizione contraria), e che le parti sono libere di escludere, espressamente o tacitamente, la sua applicazione (art. 3). Inversamente, la legge uniforme poteva essere prescelta come legge del contratto dalle parti, anche al di fuori del presupposto soggettivo di applicazione suindicato o dell'appartenenza alla Convenzione degli Stati di stabilimento delle parti (o di loro residenza): ma, in tal caso, solo nei limiti delle disposizioni imperative applicabili in mancanza di tale scelta (art. 4). Fu proprio, come si vedrà, tale determinazione del campo di applicazione delle leggi uniformi uno dei più gravi motivi di critica alla normativa delle Convenzioni dell'Aia del 1964.

Nonostante l'indubbio interesse delle leggi uniformi quale significativa tappa nel cammino verso l'unificazione internazionale del diritto in materia di compravendita, esse non incontrarono grande successo. E ciò, non tanto per le soluzioni proposte, in realtà in buona parte equilibrate ed accettabili, quanto per ragioni di carattere politico, connesse in particolare alle divisioni esistenti nell'ambito della Comunità internazionale all'epoca della stipulazione delle Convenzioni e negli anni che la seguirono. Sebbene ventotto Stati avessero partecipato alla Conferenza dell'Aia, questi erano in gran parte appartenenti all'area occidentale²¹: e le soluzioni accolte vennero così spesso, a torto o a ragione, considerate troppo favorevoli agli interessi di quegli Stati, tanto che le leggi uniformi non riuscirono ad en-

²¹ I pochi Stati a regime socialista od appartenenti all'area dei Paesi in via di sviluppo che parteciparono alla Conferenza non ratificarono poi le Convenzioni, delle quali sono parti contraenti, oltre ai Paesi europei, soltanto il Gambia ed Israele.

trare in vigore che per nove Stati, fra i quali non figura nessuno di quelli più importanti dal punto di vista del commercio internazionale, neppure di quelli appartenenti al mondo occidentale.

Altro limite considerevole al buon funzionamento degli strumenti convenzionali in questione era l'ampia possibilità di riserve consentite dalle Convenzioni (possibilità di limitare l'applicazione della legge uniforme ai rapporti fra parti contraenti con stabilimento nel territorio di Stati contraenti; all'ipotesi in cui la legge uniforme fosse resa applicabile in base a convenzioni di diritto internazionale privato di cui uno Stato fosse parte; all'ipotesi che le parti l'avessero scelta come legge regolatrice del contratto). Il ricorso a tale possibilità da parte di quasi tutti gli Stati contraenti (anche l'Italia formulò la seconda riserva sopra menzionata)²² comportò una notevole difficoltà di applicazione nella pratica ed una corrispondente riduzione dell'utilità dello strumento al fine del raggiungimento delle finalità di armonizzazione che esso si proponeva.

4. Segue: b) *la Convenzione di Vienna del 1980: origine e campo di applicazione*

In vista dei vari fattori sopra riassunti, il problema di pervenire ad una nuova elaborazione di un diritto uniforme in materia di vendita internazionale venne affrontato dopo le Convenzioni dell'Aia del 1964 in una sede più allargata, quale quella dell'UNCITRAL. Oltre ad elaborare, nel 1974, la già ricordata Convenzione di New York sul termine di prescrizione nella vendita internazionale di cose mobili, la Commissione si incaricò di predisporre una nuova Convenzione in materia di vendita internazionale di cose mobili materiali, che venne approvata ed aperta alla firma l'11 aprile 1980 al termine di un'apposita Conferenza diplomatica svoltasi a Vienna²³.

Già dalla partecipazione, notevolmente allargata, degli Stati alla Conferenza e dal processo iniziale delle ratifiche²⁴ è possibile ritenere che la nuova Convenzione, per la sua maggiore universalità, sia destinata ad un successo superiore a quel-

²² Per le critiche rivolte da varie parti alle Convenzioni dell'Aia del 1964 cfr. VAN DER VELDEN, *The Law of international Sales: The Hague Convention of 1964 and the Uncitral Sales Code 1980*, in *Hague-Zagreb Essays 4: On the Law of International Trade* a cura di VOSKUIL e WADE, The Hague, 1983, 54 ss.

Per quanto concerne la pretesa di escludere del tutto il funzionamento delle norme di diritto internazionale privato, cfr. KROPHOLLER, *Der "Ausschluss" des IPR im Einheitlichen Kaufgesetz*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1974, 372 ss.

²³ Insieme ad un Protocollo di modifica della Convenzione di New York del 1974 sulla prescrizione nella vendita internazionale, v. *supra*, nt. 19.

²⁴ Undici Stati erano vincolati dalla Convenzione alla data della sua entrata in vigore internazionale, ossia il 1° gennaio 1988: ed a questi se ne aggiunsero altri, sino a raggiungere nel corso del 1991 il numero di ventinove (al 30 giugno 1991).

lo ottenuto dalle due Convenzioni dell'Aia del 1964. Già oggi ne fanno parte, insieme all'Italia, Stati Uniti d'America, Repubblica popolare cinese, Francia e Germania, accanto ad altri Stati: ed è prevedibile che la sfera dei partecipanti continuerà ad allargarsi.

La Convenzione di Vienna è entrata in vigore internazionalmente, ed anche per l'Italia, il 1° gennaio 1988²⁵, ed è destinata a sostituire nei rapporti fra gli Stati che la ratifichino o vi aderiscano le due precedenti Convenzioni dell'Aia del 1964 (dato che il suo ambito di applicazione materiale comprende tanto la formazione, quanto il contenuto, gli effetti e tutte le vicende del contratto di compravendita internazionale). In base all'art. 99 comma 3 della Convenzione, gli Stati che ne divengono parti sono tenuti a denunciare le Convenzioni dell'Aia del 1964, come l'Italia in effetti ha proceduto a fare²⁶. Una particolarità della Convenzione è, comunque, quella di essere divisibile, in quanto consente agli Stati che intendano divenirne parti di dichiarare la propria volontà di non essere vincolati dalla sua parte seconda, relativa alla formazione del contratto di vendita, o dalla sua parte terza, relativa agli effetti del contratto stesso²⁷.

Per ciò che attiene alla determinazione del campo di applicazione della Convenzione di Vienna del 1980 dal punto di vista materiale, va anzitutto rilevato che essa riguarda un contratto, quello di compravendita, che in linea di principio non dà luogo a rilevanti problemi di qualificazione. È infatti comune a tutte le legislazioni la nozione, che il termine stesso esprime, di scambio di cose contro prezzo, che ne esprime ad un tempo la funzione economica e la causa in senso giuridico, distinguendola da altri tipi contrattuali. A possibili difficoltà può invece dar luogo la determinazione della presenza degli elementi essenziali della figura della compravendita di fronte a fattispecie contrattuali complesse. In questa prospettiva va richiamata la norma di cui all'art. 3 della Convenzione, secondo la quale vengono assimilati alla vendita, ai fini dell'applicazione del testo convenzionale, i contratti per la fornitura di beni da fabbricare o produrre, a meno che la parte che ordina i beni stessi non si impegni a fornire una parte rilevante dei materiali necessari per tale fabbricazione o produzione (art. 3.1). Si tratta qui della delimitazione della figura della vendita, attuata dalla norma convenzionale mediante una certa dilatazione dello schema tipico dello scambio cosa contro prezzo, rispetto a figure affi-

²⁵ In Italia la Convenzione di Vienna del 1980 è stata resa esecutiva con l. n. 765, cit.; la ratifica seguì con deposito in data 11 dicembre 1986.

²⁶ Con dichiarazione in data 11 dicembre 1986, con effetto a partire dal 31 dicembre 1987 (G.U. 24 febbraio 1987, n. 45). Per effetto di tale denuncia, la disciplina uniforme dell'Aia è divenuta del tutto inapplicabile in Italia, anche nei rapporti con gli Stati contraenti delle Convenzioni dell'Aia del 1964 che non abbiano ratificato la Convenzione di Vienna del 1980, a partire dal 1° gennaio 1988. Viceversa, la disciplina di quest'ultima sarà applicabile o meno, nei rapporti con quei Paesi, a seconda che la legge applicabile in base alle norme di conflitto italiane sia o non sia quella italiana (cfr. *infra*, § 5).

²⁷ L'Italia non ha formulato alcuna dichiarazione in questo senso, e pertanto la disciplina della Convenzione risulta interamente applicabile.

ni riconducibili, nell'ottica ad esempio del diritto italiano, alla nozione generale dell'appalto, nella quale la parte che appresta l'opera e la cede vi contribuisce attraverso l'esercizio di una attività lavorativa, svolta normalmente in forma di impresa. Secondo la Convenzione di Vienna del 1980, anche figure del genere possono ricadere nell'ambito della disciplina uniforme in virtù della prevalenza accordata all'elemento materiale del bene che deve essere fornito: ma ciò con due importanti limiti. Il primo, menzionato dal ricordato art. 3.1, riguarda l'ipotesi in cui la parte essenziale dei materiali necessari per la fabbricazione o produzione viene fornita dall'acquirente. Il secondo, disciplinato dall'art. 3.2 della Convenzione, riguarda i contratti nei quali la parte preponderante delle obbligazioni del fornitore consiste nella prestazione di mano d'opera o di altri servizi: a questi, per espresso disposto della norma, la disciplina convenzionale non si applica, evidentemente in quanto il contratto non è ritenuto qualificabile come vendita ai suoi fini²⁸.

Ulteriore esclusione dalla propria sfera di applicazione è disposta dalla Convenzione di Vienna del 1980 per quanto concerne una serie di contratti, certamente qualificabili come vendite, ma aventi oggetti particolari (art. 2). Si tratta dei beni acquistati per uso personale, familiare o domestico (vendite al consumo), a meno che il venditore non sapesse, né fosse tenuto a sapere, che i beni erano acquistati per tali usi; delle vendite all'asta, di quelle effettuate in seguito ad esecuzione forzata od altro provvedimento giudiziario, di quelle di titoli di credito, valori mobiliari o valuta; di navi, battelli, *hovercrafts* od aeromobili, e di energia elettrica.

Ulteriori limitazioni riguardano poi determinate questioni, quali la validità del contratto in sé stesso o gli effetti riguardo al trasferimento della proprietà delle merci (art. 4). In ciò, la Convenzione non fa che riprendere l'atteggiamento proprio delle Convenzioni dell'Aia del 1964: riguardo in particolare all'esclusione dal campo di applicazione della normativa uniforme di tutta la problematica del trasferimento della proprietà, essa fa propria la scelta di fondo allora effettuata per la quale è la "consegna", e non la "proprietà", il perno centrale del sistema²⁹. Tutta la disciplina del contratto e degli obblighi incumbenti al venditore viene vista proprio nell'ottica della consegna, la quale determina il passaggio al compratore dei rischi relativi al bene oggetto della vendita.

²⁸ Sull' art. 3, come anche in merito alle altre esclusioni materiali dalla sfera di applicazione della Convenzione, cfr. KHOO, in *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention* a cura di M. C. BIANCA e M. J. BONELL, Milano, 1987, 34 ss. Per una sintesi del regime convenzionale cfr. anche FRIGNANI, *Il contratto internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, XV, Padova, 1990, 305 ss.

²⁹ Sul punto cfr. ANGELICI, "Consegna" e "proprietà" nella vendita internazionale, Milano, 1979; ID., *Consegna*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, III, 1988, 468 ss.; LOPEZ DE GONZALO, *Consegna al compratore e consegna al vettore*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1991, 79 ss.

5. Segue: c) *la Convenzione di Vienna del 1980: campo di applicazione "spaziale"*

Le vendite definite secondo i criteri ricordati nel paragrafo precedente sono sottoposte alla normativa convenzionale in quanto «internazionali»: e soltanto in questo ambito si attua, all'interno degli Stati contraenti, la sostituzione della disciplina convenzionale a quella interna. Si tratta dunque di individuare la nozione di internazionalità resa rilevante dalla Convenzione, ai fini della determinazione del suo ambito di applicazione sotto il profilo "spaziale".

Occorre qui prendere le mosse dalla definizione del campo di applicazione delle due Convenzioni dell'Aia del 1964. Come si è visto, queste utilizzavano un duplice criterio, soggettivo ed oggettivo (questo secondo, poi, in base a tre elementi alternativi)³⁰, ed escludevano qualsiasi rilevanza delle norme di diritto internazionale privato degli Stati contraenti interessati. Tale delimitazione del campo di applicazione delle leggi uniformi dell'Aia venne ritenuta da molti eccessivamente ampia, per non dire esorbitante, in quanto ad esempio esse avrebbero potuto dover essere applicate, in uno Stato contraente, anche nel caso limite che le parti del contratto avessero il proprio stabilimento nel territorio di Stati diversi, entrambi non contraenti della Convenzione³¹. Proprio per questo motivo, le Convenzioni prevedevano, come si è visto, ampie possibilità di riserva, alle quali gli Stati hanno fatto largo ricorso³².

Tenendo conto di tali esperienze, la Convenzione di Vienna del 1980 ha profondamente modificato la disciplina dell'Aia, rinunciando sia alla definizione del carattere di internazionalità in base a fattori oggettivi, sia all'esclusione del ruolo delle norme di diritto internazionale privato. Ne è risultato un sistema, enunciato all'art. 1.1 della Convenzione, nel quale il fattore decisivo è quello, di carattere soggettivo, dell'appartenenza dei contraenti a Stati diversi in ragione della loro sede di affari, alla condizione ulteriore che tali Stati siano contraenti della Convenzione, oppure che le norme di diritto internazionale privato rimandino all'ap-

³⁰ Secondo l'art. 1.1 lett. *a, b e c* delle due leggi uniformi l'elemento oggettivo poteva risultare o dal fatto che secondo il contratto l'oggetto della vendita doveva essere trasportato da uno Stato all'altro, o dal fatto che gli atti costituenti offerta ed accettazione erano stati compiuti sul territorio di Stati diversi, od infine dal fatto che la consegna della cosa doveva aver luogo in uno Stato terzo rispetto a quelli sul cui territorio erano stati compiuti gli atti costituenti offerta ed accettazione.

³¹ Infatti, l'internazionalità viene determinata dall'art. 1 delle leggi uniformi senza riguardo alcuno all'appartenenza alla Convenzione degli Stati sul territorio dei quali possono aver avuto luogo i fatti rilevanti ai fini della norma. Per le critiche mosse alle Convenzioni dal punto di vista degli elementi di internazionalità, si vedano NADELMANN, *Uniform Law*, cit., 449 ss.; DE WINTER, *La loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels et le droit international privé*, in *Nederlands Tijdschrift voor internationaal Recht*, 1964, 271 ss.; RIGAUD, *Le domaine d'application de la loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels et de la loi uniforme sur la formation de ces contrats de vente*, in *Journal des tribunaux*, 1972, 561 ss.

³² Le riserve sono elencate *supra*, § 3. Per l'indicazione degli atteggiamenti assunti al riguardo dagli Stati contraenti, cfr. BOSCHIERO, *Le convenzioni internazionali*, cit., 267.

plicazione della legge di uno Stato contraente. Si aggiunge (art. 1.2) che il fatto che le due parti siano stabilite in Stati diversi deve essere noto ai contraenti al più tardi al momento della stipulazione del contratto di vendita: altrimenti, la Convenzione non sarà applicabile³³.

La sfera di applicazione così segnata risulta, da un lato più ampia, dall'altro più ristretta rispetto a quella delle Convenzioni dell'Aia del 1964. Più ampia, perché non occorre alcun criterio di carattere obiettivo concernente l'oggetto della vendita³⁴. Ma anche più ristretta, perché un legame con gli Stati contraenti è necessario sotto il profilo soggettivo, per lo meno in quanto appartenga ad uno Stato contraente la legge designata dalle norme di diritto internazionale privato dello Stato del foro (il quale dovrà essere, comunque, contraente della Convenzione)³⁵.

Nonostante il fatto che la soluzione appena indicata appaia in parte determinata dall'intento di tener conto delle critiche rivolte alle Convenzioni dell'Aia del 1964 e degli inconvenienti insiti nel relativo sistema di determinazione della sfera di applicabilità, neppure essa è andata esente da critiche e perplessità, specie per quanto riguarda la possibilità, ammessa dall'art. 1.1.*b*, di estendere l'applicazione della Convenzione all'ipotesi in cui le norme di conflitto richiamino la legge di uno Stato contraente. Nel complesso, tali critiche non appaiono decisive anche sotto un profilo di politica legislativa. Tuttavia le ragioni addotte in contrario in sede di negoziato hanno suggerito alla Conferenza di Vienna la previsione di una possibilità di riserva, che è ora contemplata dall'art. 95 della Convenzione. La norma contenuta in questo articolo consente agli Stati contraenti di escludere l'effetto dell'art. 1.1. *b* della Convenzione, limitando di conseguenza l'applicazione di quest'ultima all'ipotesi di parti contraenti con sede di affari in Stati diversi, entrambi contraenti della Convenzione³⁶. Conseguenza, questa, che risponde soprattutto all'intento manifestato da alcuni Stati di non comprimere in modo ritenuto eccessivo la sfera di applicazione delle loro normative interne destinate a regolare

³³ Sulla sfera di applicazione della Convenzione di Vienna del 1980 cfr., in generale, FADLAL-LAH, *Le projet de convention sur la vente de marchandises*, in *J. dr. intern.*, 1979, 755 ss.; CARBONE, *L'ambito di applicazione ed i criteri interpretativi della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*, in *La vendita internazionale*, Milano, 1981, 61 ss. (e in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1980, 513 ss.); KAHN, *La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1981, 958 ss.; RECZEI, *The Area of Operation of the International Sales Convention*, in *American Journal of Comparative Law*, 1981, 513 ss.; JAYME, in *Commentary on the International Sales Law*, cit., 27 ss.

³⁴ Può essere quindi "internazionale" ai fini della Convenzione anche una vendita conclusa in uno Stato ed avente ad oggetto beni non destinati ad essere trasferiti sul territorio di un altro, che – secondo le Convenzioni dell'Aia del 1964 – non avrebbe avuto tale carattere.

³⁵ Diversamente, la Convenzione non gli potrà ovviamente essere applicata, e dipenderà soltanto dal suo diritto internazionale privato la possibilità che, essendo da questo designata la legge di uno Stato contraente, si tenga conto anche delle norme di adattamento alla Convenzione applicabili nell'ambito di quest'ultimo. Per ulteriori considerazioni cfr. BOSCHIERO, *Il coordinamento*, cit., 298 ss.

³⁶ Sull'art. 95 in genere cfr. EVANS, in *Commentary on the International Sales Law*, cit., 654 ss.; BOSCHIERO, *op. ult. cit.*, 313 ss.

i rapporti commerciali con l'estero³⁷. Della possibilità così concessa dall'art. 95 alcuni Stati si sono in fatto già avvalsi, ma fra questi non figura l'Italia.

Si è posto al riguardo il problema di stabilire quali siano gli effetti della riserva ricordata dal punto di vista di Stati diversi da quelli che l'abbiano formulata, apparendo pacifico che dal punto di vista di questi ultimi la Convenzione non debba essere applicata, neppure ove per avventura fosse parte della Convenzione lo Stato il cui diritto risulta applicabile secondo le loro norme di diritto internazionale privato. In particolare ci si è chiesti se le norme convenzionali debbano essere applicate nell'ambito dell'ordinamento di uno Stato contraente che non abbia formulato la riserva, anche se l'abbia invece fatto lo Stato contraente il cui diritto risulta applicabile. La risposta deve essere qui affermativa, posto che non si saprebbe vedere giustificazione alcuna per l'esclusione della disciplina convenzionale in vista dei limiti che essa incontra dal punto di vista del secondo Stato, che verrebbe a contraddire in tal modo la chiara indicazione che discende dall'art. 1.1. *b* per lo Stato che non ha espresso la riserva di cui all'art. 95³⁸. Diversa, naturalmente, l'ipotesi che il problema debba essere posto dal punto di vista di uno Stato non contraente: qui la legge dello Stato che ha formulato la riserva, in ipotesi applicabile secondo le norme di conflitto del primo, dovrà venire in considerazione soltanto nei limiti in cui effettivamente ricomprenda le regole convenzionali, il che non accadrà nel caso specifico proprio in virtù della riserva: la differenza fra le due ipotesi, insomma, è quella che intercorre fra l'applicazione delle norme convenzionali in virtù della Convenzione medesima, in quanto operativa nel foro in virtù dei suoi criteri di applicazione, e la (non) applicazione delle norme stesse a seguito del rinvio operato all'ordinamento di uno Stato contraente. Per queste ragioni si è detto che la riserva in questione non può avere effetti reciproci.

È opportuno rilevare al riguardo che la Repubblica federale tedesca – che non ha formulato la riserva prevista dall'art. 95 – ha tuttavia allegato al suo strumento di ratifica una dichiarazione in cui indica che non considererà gli Stati riservanti ex art. 95 come parti della Convenzione ai fini dell'art. 1.1. *b*, in tal modo esclu-

³⁷ Il caso è soprattutto quello di Stati aventi un *corpus* normativo interno specificamente destinato a regolare rapporti del commercio internazionale, come la Cecoslovacchia: ma analogo orientamento è stato assunto anche dagli Stati Uniti d'America, sulla base della considerazione che lo *Uniform Commercial Code*, pur applicabile ai rapporti interni, contiene disposizioni destinate ad applicarsi anche agli speciali problemi relativi al commercio internazionale. Per i documenti relativi alla vicenda negli Stati Uniti cfr. BOSCHIERO, *op. ult. cit.*, 314 s.

³⁸ In questo senso, CARBONE, in *Commento alla Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili* coordinato da M.C. BIANCA, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1989, sub art. 95, p. 346; BOSCHIERO, *Le convenzioni internazionali*, cit., 272; ID., *Il coordinamento*, cit., 315 ss. Per la dottrina di altri Paesi si vedano SIEHR, *Der internationale Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1988, 601 ss.; PLANTARD, *Un nouveau droit uniforme de la vente internationale: la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, in *J. dr. intern.*, 1988, 322. Sul tema generale delle riserve alle convenzioni di diritto internazionale privato o uniforme, cfr. MAJOROS, *Le régime de réciprocité de la Convention de Vienne et les réserves dans les Conventions de la Haye*, ivi, 1974, 73 ss.

dendo quella che, altrimenti, sarebbe la normale conseguenza dell'insieme dei fattori sopra indicati³⁹.

Va infine ricordato che, al pari dell'applicazione delle leggi uniformi del 1964, l'applicazione della Convenzione di Vienna del 1980 può essere esclusa, in tutto od in parte, secondo il suo art. 6 ad opera delle parti contraenti, con la sola eccezione dell'art. 12 (il quale prevede la possibilità di dichiarazioni da parte degli Stati contraenti intese a vincolare alla forma scritta la stipulazione del contratto di vendita, la sua modifica o scioglimento, così come l'offerta, l'accettazione o altra dichiarazione di volontà della parte che abbia la sua sede di affari nel territorio di tali Stati)⁴⁰. La disposizione dell'art. 6 della Convenzione sottolinea il carattere particolarmente "cedevole" della disciplina di Vienna: ma, ad onta delle apparenze, non si tratta tanto di una debolezza della medesima, od in genere del movimento di unificazione internazionale del diritto della vendita internazionale, quanto invece dell'esplicito riconoscimento del ruolo primario che va attribuito in materia all'autonomia negoziale delle parti⁴¹. A questo proposito è stato posto in dottrina il problema dell'interpretazione della norma di cui si tratta sotto il profilo del ruolo e della funzione da riconoscere alla volontà delle parti intesa ad escludere l'applicazione della disciplina uniforme. In particolare si è spesso posto il quesito se l'autonomia in tal modo riconosciuta alle parti contraenti abbia carattere internazionalprivatistico, oppure soltanto contrattuale: ossia se essa si concreti nella sostituzione di un sistema normativo ad un altro, oppure nella adozione di certe regole a preferenza di altre nell'ambito dello stesso sistema. Da ciò discenderebbero conseguenze diverse quanto alla valutazione dell'accordo nella sua validità intrinseca e dei rapporti delle norme richiamate come applicabili con le norme imperative del sistema competente nel suo complesso a regolare il rapporto di compravendita⁴².

In questi termini, peraltro, il problema sembra male impostato. Va anzitutto tenuta ferma l'ovvia considerazione che la precisa direzione e portata della volontà dei contraenti non può che essere determinata in rapporto al contenuto negoziale della medesima, e non è possibile effettuare una simile determinazione in via puramente astratta. In questo senso, la portata della norma contenuta nell'art. 6 della Convenzione di Vienna del 1980 appare la più ampia e liberale possibile,

³⁹ In merito a questa vicenda cfr. SCHLECHTRIEM, in *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrnsrechts (IPrax)*, 1990, 278.

⁴⁰ In generale sulla norma contenuta nell'art. 6 della Convenzione si veda BONELL, in *Commentary on the International Sales Law*, cit., 51 ss. e ID., in *Commento alla Convenzione di Vienna*, cit., sub art. 7, p. 16 ss.

⁴¹ Al riguardo si vedano le considerazioni di CARBONE, *L'ambito di applicazione*, cit., 78 ss.

⁴² La distinzione fra le due possibili direzioni della volontà delle parti, e del correlativo uso dell'autonomia privata, è stata teorizzata soprattutto dalla dottrina italiana, e particolarmente da PERASSI, *Sull'autonomia dei contraenti*, in *Riv. dir. intern.*, 1928, 516 ss., ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1958, 173 ss. Per un'ampia rassegna delle opinioni espresse sul punto indicato nel testo in relazione alla Convenzione di Vienna v. BOSCHIERO, *Il coordinamento*, cit., 414 ss.

ammettendo che un dato atto di autonomia delle parti, inteso ad escludere, in tutto od in parte, la disciplina convenzionale, possa essere costruito nell'ambito del sistema chiamato a trovare applicazione a titolo di *lex fori* nel modo più coerente con i principi di quest'ultimo, sulla base della rilevazione del preciso contenuto dell'atto stesso. Nulla di più, o di diverso, può però essere ricavato dalla norma. In particolare non si può ammettere la possibilità di porre il problema nei confronti della stessa disciplina convenzionale, considerata come una sorta di *lex fori* alla stregua della quale commisurare portata ed effetti dell'atto: costruzione che non potrebbe trovare giustificazione alcuna in vista del carattere largamente incompleto della Convenzione, destinata non a costituire un complesso normativo autosufficiente ma ad integrarsi in altri sistemi a portata generale. Alla luce di analoghe considerazioni andrà del resto valutata l'ipotesi inversa, nella quale le parti abbiano dichiarato applicabile ad una vendita la disciplina convenzionale al di fuori dei limiti di applicazione, spaziale o materiale, di essa ("*opting in*"). Non potendo valutarsi tale designazione come richiamo di carattere internazionalprivatistico, per l'inidoneità del suo punto di riferimento – la Convenzione di Vienna – a formare oggetto di richiamo di questo tipo, la normativa scelta dalle parti non potrà che essere inquadrata quale contenuto del contratto nell'ambito del sistema applicabile in virtù dei normali principi vigenti nel foro.

6. Segue: d) *la rilevanza degli usi secondo la Convenzione di Vienna del 1980*

Il problema della rilevanza degli usi che pretendano di essere applicati alle contrattazioni tipiche nei vari settori del commercio internazionale, assai importante in pratica e molto discusso in dottrina, era stato oggetto di considerazione anche da parte delle Convenzioni dell'Aia del 1964. L'art. 9 della legge uniforme sulla vendita (parzialmente riprodotto dall'art. 13 di quella sulla formazione dei contratti) stabiliva anzitutto (§ 1) che le parti sono vincolate agli usi cui si siano riferite, espressamente o tacitamente, e dalle prassi stabilitesi fra di loro; aggiungeva che esse sono inoltre vincolate dagli usi che persone ragionevoli poste nella loro situazione considerano normalmente come applicabili al loro contratto, e che in caso di contrasto con la legge uniforme tali usi prevalgono, salvo volontà contraria delle parti (§ 2); infine disponeva che, in caso di impiego di termini, clausole o formulari di frequente uso nella prassi del commercio, l'interpretazione di questi debba avvenire secondo il significato abitualmente attribuitovi dagli ambienti commerciali interessati. Tali norme esprimono evidentemente un punto di vista assai favorevole nei confronti degli usi di cui si tratta e della loro rilevanza, tanto da attribuirvi addirittura la prevalenza nei confronti delle norme eventualmente contrastanti contenute nella stessa legge uniforme. Non dunque una funzione meramente integrativa nei confronti di norme contrattuali, o legislative, incomplete od ambigue, ma una vera e propria sostituzione a queste in caso di con-

trasto, con un'impostazione coerente con l'idea che si tratti di un sistema normativo dotato di propria autonomia e proprio ambito di applicazione.

Sostanzialmente a principi analoghi si ispirano anche le norme contenute nell'art. 9 della Convenzione di Vienna del 1980. Vi si stabilisce infatti che le parti sono vincolate dagli usi che hanno accettato e dalle pratiche che si sono instaurate fra loro (art. 9.1); ed inoltre che – salvo patto contrario – esse si reputano aver implicitamente reso applicabili al loro contratto o alla sua formazione gli usi che le parti stesse conoscevano od avrebbero dovuto conoscere, e che nel commercio internazionale sono generalmente conosciuti e regolarmente osservati dalle parti di contratti dello stesso tipo nel settore commerciale considerato (art. 9.2)⁴³. Qui la differenza rispetto alle leggi uniformi del 1964 sta soprattutto nella scomparsa della disposizione concernente l'interpretazione delle clausole, termini o formulari di frequente uso nella prassi commerciale, oltre che nell'espressa insistenza sul carattere comune ad entrambe le parti che gli usi e la loro conoscenza debbono presentare. Ma il significato ultimo delle norme in questione risiede pur sempre nell'intento di assicurare agli usi rispondenti ai requisiti elencati efficacia prevalente rispetto alle stesse disposizioni convenzionali, al pari del testo del 1964⁴⁴.

7. *Le norme di diritto internazionale privato: a) la Convenzione dell'Aia del 1955*

Dal quadro, complesso e variegato, che si è esposto sin qui, risulta come il ruolo delle tradizionali norme di diritto internazionale privato sia tutt'altro che scomparso sino ad oggi nella materia considerata e non sia comunque destinato a scomparire in avvenire. Esistono infatti, in primo luogo, determinati aspetti attinenti al contratto di compravendita internazionale ed ai suoi effetti, riguardo ai quali il meccanismo classico delle norme di conflitto presenta ancora carattere esclusivo. Si pensi alla capacità delle parti, alla forma del contratto, od al trasferimento della proprietà dei beni compravenduti, aspetti tutti che risultano sottoposti ai principi di diritto internazionale privato rispettivamente applicabili e deri-

⁴³ Sulla rilevanza degli usi nella Convenzione di Vienna, anche in riferimento all'analoga soluzione precedentemente accolta dalle due Convenzioni dell'Aia del 1964, si veda BONELL, *Die Bedeutung der Handelsbräuche im Wiener Kaufrechtsübereinkommen von 1980*, in *Juristische Blätter*, 1985, 385 ss.; ID., in *Commentary on the International Sales Law*, cit.; ID., in *Commento alla Convenzione di Vienna*, cit., sub art. 9, p. 37 ss. e ivi ulteriori riferimenti.

⁴⁴ La formula usata dalla Convenzione di Vienna si caratterizza in sostanza per l'intento che la anima di conciliare il riconoscimento del carattere quasi normativo degli usi con l'esigenza di definire in maniera rigorosa i requisiti degli usi medesimi, in particolare sotto il profilo della loro effettiva affermazione nella realtà di un certo tipo di commercio riflessa dalla loro conoscenza da parte dei soggetti a quest'ultimo normalmente interessati: cfr. CARBONE, *L'ambito di applicazione*, cit., 75 ss.

vanti, sia da norme interne (art. 17, 26 e 22 disp. prel.)⁴⁵, sia da norme internazionali (art. 9 e 11 della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali). Qui si tratta di profili per i quali la normativa internazionale specifica del rapporto di compravendita si astiene dall'intervenire e sui quali l'autoregolamentazione delle parti non ha possibilità di influire.

Ma esistono, inoltre, specifiche norme destinate ad essere applicate, sia al fine di determinare a volte, come si è detto, la stessa sfera di operatività della disciplina internazionale⁴⁶, sia a quello di determinare le regole applicabili a contratti di vendita ai quali quest'ultimo non risulti applicabile. Si è infatti già visto come la Convenzione di Vienna del 1980 (e prima di questa, le Convenzioni dell'Aia del 1964) lasci al di fuori delle fattispecie considerate una serie non irrilevante di compravendite. Per tutti i contratti non rientranti nell'ambito di applicazione della disciplina convenzionale la regolamentazione non può che essere ricercata, in presenza di caratteri di internazionalità, nelle norme di diritto internazionale privato. Nel complesso, dunque, risulta chiaro come l'intervento della normativa internazionalmente uniforme si collochi entro un quadro che, lungi dall'escludere, al contrario presuppone il funzionamento dei meccanismi tradizionali del diritto internazionale privato⁴⁷.

Anche a questo riguardo, vengono in primo luogo in considerazione le convenzioni internazionali, verso le quali si è da tempo indirizzato lo sforzo della Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato. In data 15 giugno 1955 venne conclusa la prima Convenzione sulla legge applicabile alle vendite a carattere internazionale di oggetti mobili corporali, della quale l'Italia è parte insieme a non molti altri Stati⁴⁸. Al proposito va posto subito in rilievo che la Convenzione ha

⁴⁵ In particolare, per ciò che concerne il coordinamento con le regole di diritto internazionale privato relative ai diritti reali, cfr. LUZZATTO, *Proprietà (diritto internazionale privato)*, in questa *Enciclopedia*, XXXVII, 311 ss.

⁴⁶ In particolare, secondo la disposizione dell'art. 1.1. *b* della Convenzione di Vienna del 1980: v. *supra*, § 5.

⁴⁷ Non escluse quelle particolari norme, limitative rispetto ai normali meccanismi delle norme di conflitto in senso stretto, che è abituale definire norme di applicazione necessaria: l'operatività di queste, in quanto incidenti sul rapporto di compravendita internazionale, è infatti senz'altro riconosciuta dalla disciplina posta dalla Convenzione di Vienna, in quanto costituente un complesso di dati che si impongono agli operatori. Sul punto cfr. CARBONE, *op. ult. cit.*, 81 ss.; e per considerazioni più ampie sull'incidenza delle norme di tale tipo sulle operazioni del commercio internazionale, e sul riconoscimento della loro rilevanza (anche in base a meccanismi del tipo dell'art. 7.1 della Convenzione di Roma del 1980), CARBONE e LUZZATTO, *I contratti del commercio internazionale*, cit., specialmente 145 ss.

⁴⁸ La Convenzione è stata resa esecutiva in Italia con l. 4 febbraio 1958, n. 50, ed è in vigore dal 1° settembre 1964. Sulla disciplina contenuta nella Convenzione si vedano, oltre al Rapporto di Juillot de la Morandière citato *supra*, nt. 4, DROZ, *Entrée en vigueur de la convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels*, in *Rev. crit. dr. intern. priv.*, 1964, 633 ss.; LOUSSOUARN, *La convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels*, in *Etudes juridiques offertes à L. Juillot de la Morandière*, Paris, 1964, 313 ss.; KAHN, *La convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à ca-*

carattere universale (o *erga omnes*, come anche si dice) nel senso che, come dispone il suo art. 7, essa sostituisce integralmente, nel proprio ambito di applicazione, le norme interne di diritto internazionale privato degli Stati contraenti. Essa è dunque destinata a funzionare anche ove la legge designata dalle sue norme non appartenga ad uno Stato contraente (o, più in generale, si tratti di fattispecie collegate con Stati terzi).

La Convenzione dell'Aia del 1955 non riguarda peraltro tutte le vendite a carattere internazionale. Essa infatti non si applica, non soltanto a quelle che non riguardano beni mobili corporali (immobili, cosiddetti beni immateriali, crediti), ma neppure ad altre vendite che pure in astratto potrebbero rientrare in tale categoria: e così, alle vendite di titoli, di navi, battelli o aeromobili registrati, a quelle giudiziarie o conseguenti a sequestro (art. 1 comma 2). Per quanto riguarda la qualificazione, essa assimila (art. 1 comma 3) alle vendite i contratti relativi alla fornitura di oggetti mobili corporali da fabbricare o produrre, quando la parte che si obbliga a fornire la merce debba fornire anche il materiale necessario per la fabbricazione o la produzione. In merito al carattere di internazionalità, assunto anch'esso a criterio rilevante per l'applicabilità della Convenzione, questa si limita ad esprimere una nota negativa, escludendo che l'internazionalità possa venire concretata dalla sola designazione della legge applicabile o dall'attribuzione di competenza a giudici od arbitri. Vale quindi a conferire il carattere di internazionalità qualsiasi altro fattore che rappresenti un qualche collegamento del rapporto con più di uno Stato, sia esso di carattere soggettivo oppure di carattere oggettivo. La Convenzione non si applica poi (art. 5) a capacità, forma del contratto, ed al trasferimento della proprietà⁴⁹, così come agli effetti della vendita riguardo ai terzi.

Circa la determinazione della legge applicabile alla vendita, la Convenzione utilizza in primo luogo il tradizionale criterio dell'autonomia delle parti (art. 2), senza alcuna necessità che sussistano collegamenti oggettivi e predeterminati fra contratto e legge designata dalle parti. La scelta deve essere espressa o risultare senza possibilità di dubbio dalle clausole contrattuali: è pertanto escluso ogni ricorso ad elementi estrinseci. Le condizioni di validità del consenso delle parti circa la determinazione della legge applicabile sono sottoposte alla medesima legge richiamata: con ricorso ad un metodo oggi generalizzato in materia contrattuale dalla Convenzione di Roma del 1980⁵⁰. La legge designata dalle parti deve rego-

racière international d'objets mobiliers corporels, in *J. dr. intern.*, 1966, 301 ss. Si veda anche GIARDINA, *Il mutamento della disciplina internazionalprivatistica della vendita*, in *Ann. dir. intern.*, 1966, 229 ss.

⁴⁹ In materia di trasferimento di proprietà venne predisposta dalla Conferenza dell'Aia un'altra Convenzione internazionale, del 15 aprile 1958 (insieme ad altra relativa al foro contrattuale della stessa data): ma essa, così come quella sul foro contrattuale, non è mai entrata in vigore, pur avendo ottenuto alcune firme.

⁵⁰ Si veda l'art. 3.4 della Convenzione di Roma del 1980 e su di essa le considerazioni di GIARDINA, *Volontà delle parti, prestazione caratteristica e collegamento più significativo*, in *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti* a cura di T. TREVES, Padova, 1983, 6.

lare (a quanto sembra, nel silenzio della Convenzione sul punto) tutto il contratto, senza possibilità di frazionamento del medesimo, ammessa invece dalla Convenzione di Roma; e deve essere la legge “interna” di uno Stato, ad esclusione quindi delle norme di diritto internazionale privato di quest’ultimo.

In mancanza di valida designazione del diritto applicabile ad opera delle parti, la vendita è sottoposta dalla Convenzione (art. 3) al diritto interno del Paese in cui il venditore ha la sua residenza abituale nel momento in cui riceve l’ordine. Se l’ordine è ricevuto presso uno stabilimento in luogo diverso dalla sede o residenza abituale del venditore, è applicabile la legge del luogo in cui è situato tale stabilimento. Questi criteri attribuiscono valore, in certo senso *ante litteram*, a quello che si può considerare il collegamento fondato sulla prestazione caratteristica del contratto, che è certamente quella del venditore. Il sistema viene invece rovesciato, ogniqualvolta l’ordine sia stato ricevuto nel Paese in cui il compratore ha la sua residenza abituale o lo stabilimento che ha passato l’ordine, dal venditore o da un suo rappresentante o commesso viaggiatore (art. 3.2). Infine viene stabilito che le vendite in borsa od all’asta sono sottoposte al diritto interno del Paese nel quale si trova la borsa o hanno luogo gli incanti.

I criteri indicati individuano, secondo la Convenzione, il diritto applicabile a tutto ciò che riguarda la sostanza del contratto di compravendita internazionale ed i suoi effetti (salvo, come si è detto, quelli relativi al trasferimento della proprietà), con la sola eccezione, stabilita dall’art. 4, riguardante la forma ed i termini dell’esame dei beni venduti, nonché le notificazioni e le misure da adottare in caso di rifiuto: questi sono soggetti, salvo patto contrario, alla legge del luogo in cui deve essere effettuato l’esame degli oggetti consegnati in virtù della vendita⁵¹.

8. Segue: b) *la Convenzione dell’Aia del 1986*

La Convenzione dell’Aia del 1955 costituisce oggi, come si è detto, l’insieme delle regole di diritto internazionale privato applicabili in Italia in materia di vendita internazionale, sostituendo nel proprio ambito di applicazione le regole direttamente poste da fonti interne⁵². Tuttavia, sul piano internazionale, la Convenzione di cui si tratta è stata ratificata soltanto da pochi Stati⁵³, e risulta per molti

⁵¹ La regola stabilita dall’art. 4 della Convenzione è dovuta, a quanto risulta dal Rapporto di Juillot de la Morandière, alla stretta connessione che la materia presenta con quella di carattere processuale, oltre che all’influenza del principio *locus regit actum* in materia di forma degli atti.

⁵² E ciò in virtù del carattere universale della Convenzione, stabilito dal suo art. 7, che obbliga gli Stati contraenti ad introdurre le disposizioni degli articoli da 1 a 6 della Convenzione stessa nel loro diritto interno.

⁵³ Si tratta, oltre all’Italia, di otto Stati, tra i quali non figurano quelli più importanti sul piano del commercio internazionale. Se ciò non incide, in virtù del carattere universale della Convenzione, sulla sua sfera di applicazione nell’ambito degli Stati contraenti, si tratta però di un chiaro sintomo dello scarso favore che essa ha incontrato.

aspetti superata dall'evoluzione compiuta dal diritto internazionale privato negli anni successivi, specie per effetto della stipulazione della Convenzione di Roma nel 1980 e del progressivo affermarsi degli orientamenti di fondo ai quali quest'ultima è ispirata. Ciò spiega come la Conferenza dell'Aia abbia intrapreso lavori intesi alla sua sostituzione con una normativa più completa e moderna, che si sono tradotti nella predisposizione di una nuova Convenzione sulla vendita internazionale, approvata il 30 ottobre 1985 da una sessione straordinaria della Conferenza e sottoscritta il 22 dicembre 1986⁵⁴. Tale nuova Convenzione mira inoltre utilmente a coordinarsi con la normativa internazionalmente uniforme della Convenzione di Vienna del 1980⁵⁵.

Pur non essendo ancora in vigore, non sembra azzardato prevedere che la disciplina del 1986 finirà presto o tardi per sostituire quella del 1955, ed è pertanto opportuno accennarvi brevemente. Anzitutto, la nuova Convenzione – anch'essa a carattere universale (art. 6) – determina il carattere di internazionalità della vendita ricorrendo al primo criterio (stabilimento delle parti in Stati diversi) previsto dalla Convenzione di Vienna del 1980, ed aggiungendovi l'ipotesi che la situazione dia luogo ad un conflitto tra leggi di diversi Stati (che non risulti soltanto dalla designazione ad opera delle parti)⁵⁶. Quanto all'ambito materiale di applicazione, gli art. da 2 a 5 della Convenzione dell'Aia del 1986 precisano situazioni e materie escluse elencando certe categorie di vendite, tra le quali quelle di merci acquistate per uso personale, familiare o domestico, non escluse invece dalla Convenzione dell'Aia del 1955 (oltre a quelle su pignoramento o per ordine di giustizia, quelle di valori mobiliari e di valuta: non, invece, quelle di navi od ae-

⁵⁴ La data con la quale la Convenzione viene indicata corrisponde a quella della prima sottoscrizione da essa ricevuta, da parte della Cecoslovacchia. L'entrata in vigore è subordinata dall'art. 26 della Convenzione al deposito di cinque strumenti di ratifica o adesione.

⁵⁵ Sulla nuova disciplina convenzionale cfr. BOSCHIERO, *La nuova convenzione dell'Aja sulla legge applicabile alla vendita internazionale*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1986, 507 ss.; LOUS-SOUARN, *La convention de La Haye d'octobre 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises*, in *Rev. crit. dr. intern. priv.*, 1986, 271 ss. Per tutti i documenti ed i rapporti presentati alla Conferenza dell'Aia nel corso dei lavori preparatori, si veda *Conférence de La Haye de droit international privé* (Actes et documents de la session extraordinaire du 14 au 30 octobre 1985. Conférence diplomatique sur la loi applicable aux contrats de vente Internationale de marchandises), La Haye, 1987.

⁵⁶ Mentre la determinazione delle caratteristiche di internazionalità rilevanti ai fini dell'applicazione della disciplina convenzionale varia tuttora dall'uno all'altro testo, tende a generalizzarsi la soluzione che esclude il rilievo della mera designazione di una legge ad opera delle parti ai fini della creazione di una situazione capace di mettere in opera il funzionamento della Convenzione: la soluzione, oltre che nella precedente Convenzione dell'Aia del 1955, è infatti accolta anche da quella di Roma del 1980. Da notare che da quest'ultima Convenzione è anche ricavata la condizione di applicabilità del testo convenzionale espressa facendo riferimento all'esistenza di situazioni che diano luogo ad un conflitto di leggi: si tratta, evidentemente, di una condizione che non si identifica con l'esistenza di un carattere di internazionalità, malgrado confusioni ricorrenti nella pratica, essendo concretata dal fatto stesso che una questione relativa ad una vendita si ponga davanti ad un giudice diverso da quello la cui legge deve venire applicata.

romobili, registrati o non registrati). Egualmente esclusa è la materia della capacità delle parti, gli effetti della vendita rispetto ai terzi e quelli sul trasferimento della proprietà (non, invece, la materia della forma del contratto) (art. 5)⁵⁷.

Per quanto riguarda la determinazione della legge applicabile, anche la Convenzione dell'Aia del 1986 fa naturalmente largo spazio all'autonomia delle parti, cui è rimesso il potere di individuare la legge applicabile. Rispetto alla Convenzione dell'Aia del 1955, va segnalata una più larga possibilità di individuare una designazione tacita (art. 7: purché risulti chiaramente dai termini del contratto o dal comportamento delle parti, considerati nel loro insieme), nonché l'eventualità del frazionamento (*dépeçage*) e quella di una modifica della designazione già effettuata, oppure di una designazione successiva al momento della stipulazione del contratto. È facile constatare la piena aderenza di queste soluzioni a quelle accolte in via generale dalla Convenzione di Roma del 1980. Al pari poi della Convenzione del 1955, anche quella del 1986 esclude il rinvio ad altra legge (art. 15) nonché a complessi normativi non coincidenti con il diritto in vigore nell'ambito di uno Stato⁵⁸.

Ove manchi una designazione, espressa o tacita, della legge applicabile, l'art. 8 della Convenzione dell'Aia del 1986 stabilisce in via di principio che la vendita è sottoposta alla legge dello Stato nel quale il venditore ha il proprio stabilimento al momento della conclusione del contratto. Prevarrà invece la legge dello Stato in cui ha il proprio stabilimento l'acquirente, ove parte delle trattative si siano svolte e il contratto sia stato concluso dalle parti in tale Stato, oppure sia espressamente previsto dal contratto che la consegna delle merci debba avvenire in tale Stato, oppure ancora la vendita sia stata conclusa a condizioni fissate dall'acquirente ed in risposta ad un invito indirizzato a più concorrenti. È tuttavia fatta salva l'ipotesi che risulti dall'insieme delle circostanze che il contratto presenta un legame manifestamente più stretto con il diritto di uno Stato diverso, nel qual caso sarà applicabile quest'ultimo. Anche a questo proposito non è difficile constatare come le soluzioni accolte si ispirino largamente alle scelte di fondo di carattere flessibile proprie della Convenzione di Roma del 1980⁵⁹ modificando in conseguenza quelle compiute dai redattori della Convenzione del 1955.

Secondo l'art. 28 della Convenzione dell'Aia del 1986, essa si sostituirà a

⁵⁷ Per più ampi commenti alle varie ipotesi, cfr. BOSCHIERO, *loc. ult. cit.*

⁵⁸ Tale limite risulta esplicitamente dalla stessa norma che esclude il rinvio, e cioè dall'art. 15 della Convenzione: il quale dispone alla prima frase che «il termine legge designa il diritto in vigore in uno Stato». L'eventuale rinvio ad un complesso di norme non statali non equivarrà pertanto ad una scelta di legge secondo la Convenzione, e dovrà lasciare spazio alla determinazione della legge applicabile secondo gli altri criteri stabiliti dalla stessa. Potrà invece, a seconda dei casi – ed in particolare, ove si tratti in concreto di indicazione sufficientemente precisa –, essere rilevante come recezione negoziale, da valutarsi peraltro nell'ambito della legge applicabile in base alle altre regole convenzionali.

⁵⁹ Si veda, in particolare, la complessa disciplina dell'art. 4 della Convenzione di Roma del 1980.

quella del 1955 per tutti gli Stati contraenti di quest'ultima che decideranno di divenire vincolati dal nuovo strumento internazionale.

9. Conclusione

Come si è visto, la disciplina dei contratti di compravendita internazionale di cose mobili risulta da una serie assai composita di fonti, tutte potenzialmente concorrenti per l'uno o per l'altro aspetto nella regolamentazione dei vari casi concreti. A prescindere dall'ipotesi in cui le parti abbiano pattuito la competenza di arbitri internazionali, nella quale il coordinamento fra le varie regole potrà avvenire soprattutto alla luce di principi di carattere spontaneo quali oggetto di rilevazione diretta da parte degli stessi arbitri⁶⁰, rimarrà determinante il punto di vista dei singoli ordinamenti giuridici statali nell'ambito dei quali le varie fonti debbano concorrere in modo tra loro coordinato. Al proposito non sono mancati, specie in passato, difficoltà e problemi. La situazione appare, nel suo insieme, in via di chiarimento, almeno dal punto di vista dell'ordinamento giuridico italiano. La sostituzione delle leggi uniformi dell'Aia con la normativa di Vienna ha introdotto una certa semplificazione, specie nei rapporti con la disciplina di diritto internazionale privato del 1955, ed ulteriore contributo in questo senso potrebbe venire dall'entrata in vigore della Convenzione dell'Aia del 1986⁶¹. Permane naturalmente la necessità di tener conto di altri testi normativi di diritto internazionale privato, risultanti da fonti interne per le materie in cui le convenzioni internazionali – di diritto uniforme o di diritto internazionale privato – non siano applicabili⁶², oppure da fonte internazionale – Convenzione di Roma del 1980 – per certe vendite che fuoriescano dall'ambito di applicazione di quelle⁶³: ipotesi quest'ulti-

⁶⁰ V. *supra*, § 2.

⁶¹ In particolare, per la più completa armonizzazione che questa nuova Convenzione effettua con la disciplina delle Convenzioni di Roma del 1980 e di Vienna del 1980. Per i problemi in precedenza sperimentati in Italia, cfr. TREVES, *Il labirinto*, cit., 97 ss.; da ultimo, BOSCHIERO, *Le convenzioni internazionali*, cit., 277 ss.; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982, 873 ss.

⁶² In particolare, per quanto concerne gli effetti reali della compravendita, materia che si è visto essere estranea alla disciplina uniforme.

⁶³ La Convenzione di Roma del 1980 cede normalmente di fronte alle altre Convenzioni in materia di compravendita, come quella attualmente in vigore dell'Aia del 1955, sia in quanto quest'ultima costituisce disciplina speciale *ratione materiae* di fronte al carattere generale, riferito cioè a tutte le obbligazioni contrattuali, proprio della normativa di Roma, sia in quanto la stessa Convenzione di Roma all'art. 21 contiene una clausola cosiddetta di subordinazione rispetto alle altre Convenzioni internazionali di cui uno Stato contraente «è o sarà parte». Pertanto, anche la Convenzione dell'Aia del 1986 sulla vendita, qualora entri in vigore e vincoli l'Italia, prevarrà dal punto di vista dell'ordinamento italiano rispetto alla generale disciplina di conflitto ricavabile dalla Convenzione di Roma. Ma quest'ultima risulterà invece applicabile, con prevalenza rispetto all'applicazione puramente residuale e transitoria dell'art. 25 comma 1 disp. prel., per tutte quelle vendite che non rientrino nell'ambito di applicazione della Convenzione dell'Aia del 1955 (o, in avvenire, del 1986).

ma, destinata a perdurare nel tempo, ed anzi ad acquistare maggiore consistenza ove entri in vigore la Convenzione dell'Aia del 1986, che eccettua dal suo ambito di applicazione (a differenza di quella del 1955) tutte le vendite per uso familiare, personale e domestico, alle quali troverebbero allora applicazione le norme dedicate dall'art. 5 della Convenzione di Roma del 1980 ai contratti conclusi dai consumatori.

Su di un piano più generale, ed al di là degli specifici problemi di coordinamento di norme, una constatazione sembra comunque imporsi. Gli interventi delle convenzioni intese a porre una disciplina sostanziale internazionalmente uniforme della vendita internazionale, per frequenti ed importanti che siano, appaiono rivolti più alla rilevazione ed all'integrazione di regole spontaneamente sviluppate dagli operatori del commercio internazionale che alla posizione attraverso interventi di tipo legislativo vero e proprio di determinati *standards* internazionali nella disciplina del rapporto di cui si tratta⁶⁴. Sono fra l'altro manifestazione di questo atteggiamento la generale possibilità di esclusione della disciplina convenzionale, riconosciuta in tutto od in parte ai soggetti del rapporto⁶⁵, così come la sensibile limitazione della materia regolata, che esclude tutte le questioni di rilievo e interesse più generale, che la disciplina internazionale volutamente evita. Da ciò consegue che nella prospettiva propria degli ordinamenti giuridici statali anche la materia della compravendita deve essere fondamentalmente inquadrata negli schemi tradizionali del diritto internazionale privato, e trovare la sua regolamentazione in base a questi⁶⁶. La disciplina convenzionale non ha la capacità né l'intenzione di

⁶⁴ Tale fenomeno può essere ricollegato, fra l'altro, al fatto che a differenza di altri settori le Convenzioni internazionali in materia di vendita non sono partite dal punto di vista – consueto in altre materie, come quella del trasporto – che occorresse predisporre *standards* valutativi obbligatori al fine di tutelare una determinata parte del contratto, vincolando pertanto gli Stati membri al rispetto dei medesimi.

⁶⁵ Cfr. art. 6 della Convenzione di Vienna del 1980, e *supra*, § 5 *if*.

⁶⁶ Naturalmente, l'affermazione del testo non significa affatto che non si tenga nel debito conto l'importante disposizione sull'interpretazione della Convenzione di Vienna del 1980, contenuta nel suo art. 7. Secondo tale norma, che è stata definita «una delle novità più significative della Convenzione» (BONELL, in *Commento alla Convenzione di Vienna*, cit., sub art. 7, p. 20), nell'interpretazione della Convenzione si deve aver riguardo al suo carattere internazionale ed alla necessità di promuovere l'uniformità della sua applicazione e l'osservanza della buona fede nel commercio internazionale (art. 7.1). Si aggiunge che le questioni concernenti materie disciplinate dalla Convenzione, che non sono espressamente risolte da essa, devono essere risolte in conformità con i principi generali sui quali essa si basa ovvero, in mancanza di tali principi, in conformità con la legge applicabile in virtù delle norme di diritto internazionale privato (art. 7.2). La necessità di interpretazione “autonoma” stabilita da queste norme (oltre a non essere assoluta, visto che il comma 2 dell'art. 7 espressamente richiama le norme di conflitto) riguarda la costruzione del sistema normativo costituito dalla Convenzione, per così dire, dal suo interno, e mira a colmarne le lacune in modo coerente con il suo carattere internazionale: ma non ha nulla a che fare con il diverso problema menzionato nel testo, che attiene all'inquadramento generale del sistema convenzionale dal punto di vista esterno, attinente agli atteggiamenti dei vari Stati contraenti, tutte le volte almeno che il problema debba essere posto dal punto di vista di questi. In genere sulla disciplina contenuta nell'art. 7 della Convenzione di Vienna, cfr. BONELL, in *Commentary on the International Sales Law*, cit., 65 ss.; HONNOLD, *Uni-*

porsi quale ordinamento o sistema a sé stante regolatore della materia, ma si considera essa stessa applicabile nel quadro di un dato sistema statale e nell'ambito assegnatole dai principi di diritto internazionale privato propri di quest'ultimo, oltre che dall'autonomia negoziale dei contraenti, nella direzione e con i limiti dei quali si è discusso sin qui.

form Law for International Sale under the 1980 United Nations Convention, Deventer, 1982, 132 ss.; per l'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme, GILES, *Uniform Commercial Law (An Essay on International Conventions in National Courts)*, Leyden, 1970; GIARDINA, *Le convenzioni internazionali di diritto uniforme nell'ordinamento interno*, in *Riv. dir. intern.*, 1973, 715 ss.; BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, 1986.

Il contratto internazionale *

Capitolo I

L'autonomia privata e i contratti internazionali

SOMMARIO: 1. I contratti internazionali e i profili metodologici rilevanti per una loro corretta valutazione nella realtà del commercio internazionale. Premessa e oggetto dell'indagine. – 2. Autonomia privata, commercio internazionale e contratti internazionali. Cenni storici. – 3. *Continua*: La distinzione fra le diverse direzioni dell'autonomia privata e l'approfondimento delle sue conseguenze: soggettivismo e oggettivismo. – 4. Il ruolo dell'autonomia privata in senso internazionalprivatistico e la sua crisi. – 5. L'autonomia delle parti quale strumento inteso ad assicurare coerenza e certezza dell'operazione economica: tecniche utilizzate a questo fine. – 6. La funzione e gli effetti del «frazionamento» del regime contrattuale ai fini internazionalprivatistici. – 7. Conclusione sul ruolo del nuovo diritto internazionale privato europeo dei contratti e i suoi vari aspetti. Riflessi sul problema della c.d. delocalizzazione del contratto e su quello della sua interpretazione e integrazione.

1. I contratti internazionali e i profili metodologici rilevanti per una loro corretta valutazione nella realtà del commercio internazionale. Premessa e oggetto dell'indagine

La sempre crescente internazionalizzazione della vita economica contemporanea implica un carattere egualmente internazionale del quadro delle relative operazioni e dei rapporti contrattuali che le riguardano. Tale quadro non coincide più con quello dell'ordinamento giuridico di un solo Stato, ma ne eccede i confini. Conseguentemente la prospettiva nella quale l'operatore si colloca è necessariamente più vasta rispetto a quella di chi operi su scala puramente nazionale. Tuttavia, in tale più ampio quadro manca dal punto di vista giuridico una disciplina unitaria, che sia posta in essere da fonti dotate di efficacia normativa estesa all'intera dimensione. La divisione della comunità universale del genere umano in singole comunità nazionali, ciascuna esprimente un proprio ordinamento giuridico di

* Pubblicato nel 1994, editore Utet, Torino (coautore: S.M. Carbone).

tipo statale, e la limitazione del diritto internazionale generale alla disciplina di relazioni fra gli enti «sovrani», che personificano queste comunità, fanno sì che, almeno a prima vista, la disciplina dei rapporti contrattuali attinenti al commercio internazionale appaia quale funzione esclusiva del diritto interno degli Stati. Questi vi provvederebbero di regola soltanto attraverso lo strumento tradizionale del diritto internazionale privato, perlomeno ove non sia presente una normativa di carattere uniforme concordata fra gli Stati stessi a livello internazionale a proposito di determinate categorie di rapporti (ad esempio, vendita e trasporto internazionali), e salva beninteso la diversa situazione realizzata nell'ambito di comunità sovranazionali quale la Comunità europea¹.

Pertanto gli strumenti di analisi giuridica normalmente utilizzati a proposito dei fenomeni contrattuali del commercio internazionale non vanno generalmente oltre quelli consueti propri dello studio dell'autonomia privata nel quadro del diritto interno, da una parte, e quelli tipici delle norme di conflitto, dall'altra. Tanto è vero che nella tradizione legislativa italiana non si trova traccia alcuna di una qualifica di determinati contratti come «internazionali». Nella pratica, a volte riflessa in qualche manifestazione giurisprudenziale, vengono normalmente considerati tali quei rapporti contrattuali e quei contratti che presentino, da un punto di vista fattuale e sociale, collegamenti con sfere territoriali sottoposte all'autorità di Stati diversi e dunque con ambiti entro i quali siano in vigore sistemi giuridici differenti. E ciò, senza riguardo al tipo di collegamento che possa essere in concreto instaurato con tali diversi spazi, a nulla rilevando in particolare che si tratti di collegamento di tipo soggettivo (cittadinanza, residenza o domicilio delle parti contraenti) o invece oggettivo (luogo di conclusione o di esecuzione del contratto, e via dicendo)². Sotto questo profilo, il carattere internazionale di un determinato contratto non è più significativo di quanto non sia l'analogo connotato riferito a qualsiasi rapporto sociale fra più soggetti che sia idoneo a tradursi in rapporto giuridico secondo l'uno o l'altro dei sistemi di norme giuridiche ad esso applicabili. Un contratto può essere, in questo senso, internazionale così come può esserlo un matrimonio, un'adozione, un rapporto di filiazione, e via dicendo.

Secondo l'impostazione comunemente adottata dalla dottrina internazionalisti-

¹ L'impostazione menzionata nel testo è quella più comunemente seguita, non soltanto in Italia, nella descrizione della disciplina giuridica riguardante i fenomeni di cui si tratta. È perciò superfluo indugiare in riferimenti bibliografici che non potrebbero che assumere un'estensione sterminata: sia sufficiente rinviare, per un'applicazione a un rapporto fondamentale della materia considerata, a GIULIANO, *Quelques problèmes en matière de conflits de lois et de juridictions dans la vente commerciale internationale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1967, p. 225 ss. Per una vivace critica all'adeguatezza, non solo di questa impostazione, ma anche della realtà che vi sta alla base, cfr. DAVID, *Le droit du commerce international, Réflexions d'un comparatiste sur le droit international privé*, Paris, 1987, p. 9 ss.; e, per punti di vista diversi e più ampi, DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali*, 3 volumi, Padova, 1984-1988; FRIGNANI, *Il contratto internazionale*, Padova, 1990.

² Per un tentativo di precisazione v. R. DE NOVA, *Quando un contratto è «internazionale»?», in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1978, p. 665 ss.*

ca, un siffatto connotato di tipo sociologico può divenire giuridicamente rilevante soltanto dal punto di vista dell'uno o dell'altro sistema giuridico statale. Ciò può aver luogo, peraltro, in modi fra loro diversi. Può darsi anzitutto che un dato sistema ricollegli al carattere internazionale di un certo rapporto o di una certa situazione una disciplina di tipo sostanziale diversa da quella che sarebbe loro applicabile ove l'elemento di internazionalità mancasse: notissimo è, in questo senso, e per limitarsi al campo contrattuale, l'esempio francese, che esclude l'applicazione di certe norme sostanziali interne a contratti che siano qualificabili come internazionali³, o quello cecoslovacco, che vede dedicato ai rapporti propri del commercio internazionale un vero e proprio «codice» persino più esteso del codice civile (in vista della rigida sottoposizione al piano dei rapporti puramente «interni» e della conseguente eliminazione della sfera riservata entro tale ambito all'autonomia privata)⁴. Ma può egualmente avvenire, ed è notoriamente l'ipotesi più frequente in pratica, che all'esistenza di un connotato di internazionalità nel senso indicato venga ricollegato il sorgere di un problema di conflitto di leggi, nel senso che di fronte ad una situazione «internazionale» viene posta in questione l'applicabilità dell'intero sistema di norme sostanziali facenti parte di un dato sistema giuridico, per chiedersi se la situazione stessa non ricada nell'ambito di applicazione di un sistema diverso. È il procedimento tipico del diritto internazionale privato, che – a prescindere dalla configurazione del modo di operare delle relative norme dal punto di vista strettamente tecnico – è fondato sull'assegnazione di determinate serie di rapporti o situazioni sociali alla sfera di applicazione di sistemi giuridici diversi, in base a criteri stabiliti liberamente, salvi eventuali limiti internazionali, dai sistemi medesimi.

Le stesse due possibilità si riproducono poi, com'è naturale, a livello di convenzioni internazionali. Anche in questa sede, è infatti possibile che la stessa nozione di internazionalità sociologicamente intesa venga utilizzata dai redattori delle convenzioni intese a porre norme uniformi per gli Stati contraenti o per definire il presupposto di applicazione di norme sostanziali uniformi, oppure invece al fine di individuare quello dell'applicazione di norme di conflitto (si vedano ad esempio, in materia di vendita internazionale di cose mobili, nel primo senso le convenzioni dell'Aja del 1964 e di Vienna del 1980, e nel secondo quella dell'Aja del 1955)⁵. Le convenzioni internazionali offrono poi un esempio particolarmente si-

³ Cfr. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *À propos du contrat international*, in *Clunet*, 1951, p. 4 ss.; DELAUME, *What is an International Contract? An American and a Gallic Dilemma*, in *Int. Comp. L. Quart.*, 1979, p. 258 ss.

⁴ Si tratta del codice per il commercio internazionale del 4 dicembre 1963, sul quale cfr. KALENSKY, *Les traits essentiels des nouvelles codifications tchécoslovaques du droit du commerce international et du droit international privé*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1964, p. 565 ss. Analoga via era stata seguita dal legislatore tedesco-orientale con la legge del 5 febbraio 1976 (*Gesetz über internationale Wirtschaftsverträge, GIW*), sulla quale ENDERLEIN, *La réglementation juridique des relations économiques internationales en République démocratique allemande*, in *Clunet*, 1977, p. 390 ss.

⁵ In generale si veda VAN HECKE, *Principes et méthodes de solution des conflits de lois*, in *Re-*

gnificativo di come il legislatore internazionale provveda a «ritagliare», nel più vasto quadro della situazione di internazionalità, quelle specifiche note che esso considera più significative e rilevanti ai propri fini⁶. Al contrario il legislatore interno mantiene spesso il silenzio in ordine alla determinazione dei profili di internazionalità rilevanti, partendo implicitamente dal presupposto della «universalità» almeno potenziale della disciplina sostanziale da esso posta e lasciando così interamente all'interprete la soluzione del relativo problema (neppure provvedendo a chiarire, ad esempio, se le circostanze assunte quali criteri di collegamento da una data norma di diritto internazionale privato indichino esse sole i criteri ed i profili di internazionalità rilevanti, oppure operino sul presupposto che esista una situazione qualificabile come internazionale: in questo secondo caso, aprendo l'ulteriore problema della definizione di quest'ultima. È quanto si verificava in Italia in materia di obbligazioni contrattuali sulla base dell'art. 25, primo comma disp. prel.)⁷.

Il carattere di internazionalità riferito a un contratto e, come si è visto, ad un qualsiasi altro rapporto privatistico rileva in questa prospettiva al solo fine di individuare le norme sostanziali applicabili nell'ambito di un sistema dato, oppure l'insieme delle norme di un sistema, che si tratta allora di determinare come tale.

Comune a entrambe queste ipotesi, e alle impostazioni che le sorreggono, è il postulato che il carattere internazionale di una data situazione privatistica sia di per sé privo di significato e di conseguenze giuridiche (in una parola, di rilevanza) sino a che non venga assunto da una data norma facente parte di un sistema giuridico statale come parte della propria fattispecie. Sino a che, in altri termini, non venga a costituire il presupposto cui la norma collega certe conseguenze, in termini di scelta fra l'una o l'altra norma, o fra l'uno o l'altro sistema.

Gli strumenti di analisi indicati sinora, però, si dimostrano inadeguati rispetto alle esigenze di una descrizione e ricostruzione giuridica della realtà attuale del commercio internazionale. L'ottica puramente «nazionale» – quale, in definitiva, è anche quella propria del meccanismo del diritto internazionale privato, che si risolve in una mera «localizzazione» di situazioni e rapporti nell'ambito dell'uno o dell'altro sistema⁸ – oltre a non essere in grado di soddisfare tutta una serie di

cueil des Cours, 1969, I, p. 401 ss. Per una sintesi circa le convenzioni in materia di vendita cfr. LUZZATTO, *Vendita (dir. int. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 502 ss.

⁶ Gli esempi più significativi riguardano, ancora una volta, la vendita internazionale (cfr. le convenzioni dell'Aja del 1964 e di Vienna del 1980) e il trasporto internazionale (*infra*, cap. II, par. 2).

⁷ È d'obbligo la citazione almeno di MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, 12^a ed., Napoli, 1986, p. 60 ss., per la tesi che vede nella volontà delle parti intesa a richiamare un diritto straniero l'elemento di internazionalità necessario e sufficiente al fine del richiamo ex art. 25 disp. prel., di BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato italiano*, Milano, 1974, p. 314 ss., e di R. DE NOVA, *Obbligazioni (dir. int. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 462 ss., per tesi diverse.

⁸ Per l'accentuazione, in questa ottica, dell'incongruenza insita nel ricorso esclusivo alle tecniche internazionalprivatistiche, che sono di origine essenzialmente nazionale – e quindi assegnano la disciplina dei vari rapporti «internazionali» ad ordinamenti nazionali – cfr. DAVID, *Le droit du*

esigenze (ma ciò sarebbe soprattutto ragione di critica *de jure condendo*), non consente di offrire una spiegazione adeguata ad un insieme di fenomeni verificabili sulla base dell'esperienza. Più in particolare, essa non è in grado di spiegare compiutamente dal punto di vista giuridico il ruolo dell'autonomia privata nel quadro delle operazioni del commercio internazionale, l'ambito della sua possibile esplicazione e i condizionamenti e i limiti che essa incontra, in dipendenza di fattori sia interni, sia internazionali⁹.

A questo fine, si deve partire dalla constatazione che la prassi procede da una prospettiva che, come già ricordato, ha carattere internazionale perché tale è per definizione il quadro di riferimento dell'operazione economica che si tratta di regolare giuridicamente. Nel perseguire concretamente, entro questo ampio quadro, le finalità che sono proprie dell'operazione, e nel porre in essere la relativa autoregolamentazione di interessi, le parti incontrano una serie di problemi di ordine giuridico, ai quali sono chiamate a dare soluzione. Si tratta appunto di individuarli e di esaminare le relative possibilità di soluzione alle quali l'autonomia delle parti può ricorrere. Ma tale valutazione non può che tener conto del punto di vista delle parti, e del carattere internazionale del quadro di riferimento. Occorre pertanto abbandonare il punto di vista puramente nazionale e, per così dire, «conflittuale», tenendo invece conto della concretezza dei rapporti e dei problemi, e delle loro soluzioni, in vista sia dell'esercizio dell'autonomia delle parti sia dell'impatto che i vari ordinamenti possono avere sulla stipulazione e sull'esecuzione dei contratti con connotati di internazionalità.

Oggetto principale dell'indagine dovranno essere pertanto le diverse metodologie e tecniche normative con le quali le parti del rapporto contrattuale, da un lato, e gli ordinamenti giuridici ad esso collegati, dall'altro, mirano a realizzare una disciplina adeguata delle situazioni attinenti al commercio internazionale (al di là del puro e semplice ricorso alla tecnica «conflittuale» di tipo classico). Rilevano sotto questo profilo anzitutto le varie possibili direzioni e modi di esplicazione dell'autonomia delle parti, sia nel senso della scelta della disciplina applicabile al rapporto contrattuale¹⁰, sia in quello del ricorso a varie tecniche di «delocalizza-

commerce international, cit., p. 24 ss. Su di un piano ancor più generale, circa l'adeguatezza del metodo tradizionale del diritto internazionale privato rispetto ai suoi fini, si veda lo studio di R. DE NOVA, *Soluzione del conflitto di leggi e regolamento confacente del rapporto internazionale* (1947), ora in *Scritti di diritto internazionale privato*, Padova, 1977, p. 3 ss., che contiene un'approfondita analisi del pensiero di autori quali lo Jitta, lo Hijmans e il Cavers, critici quanto all'utilità della mera tecnica internazionalprivatistica. Dello JITTA, in particolare, si vedano *La méthode du droit international privé*, La Haye, 1890, e *La substance des obligations dans le droit international privé*, I e II, La Haye, 1906-1907, e di CAVERS, *A Critique of the Choice-of-Law Problem*, in *Harvard L. Rev.*, 1933, p. 173 ss.

⁹ Da tale situazione deriva il ricorrente disagio, e le connesse polemiche, circa il ruolo dell'autonomia delle parti nel quadro del diritto internazionale privato, resi evidenti, ad esempio, dalla sintesi di BALLADORE PALLIERI, *Diritto*, cit., p. 291 ss.

¹⁰ A questo riguardo, anche per ricchi riferimenti bibliografici, cfr. soprattutto CURTI GIALDINO, *La volonté des parties en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1972, III, p. 743 ss.

zione» del contratto¹¹; ma anche altri fenomeni, quale quello delle c.d. regole oggettive del commercio internazionale¹² e le diverse forme di unificazione normativa di certe categorie di rapporti a vocazione sostanzialmente internazionale. È però importante sottolineare che lo studio dei tali problemi deve essere effettuato, in aderenza alle premesse, evitando di adottare un'ottica puramente unilaterale: in altri termini, non valutandoli esclusivamente come farebbe il giudice di uno Stato, al quale fosse deferita la cognizione di una controversia attinente ad un rapporto del commercio internazionale. Interessa, infatti, determinare non tanto, come si è detto, la soluzione propria di un determinato ordinamento statale, quanto le tecniche di soluzione che le parti adottano proprio in considerazione dell'esistenza di contatti della situazione con più di un ordinamento. È ben noto, inoltre, che lo strumento d'elezione per la soluzione delle controversie attinenti al commercio internazionale è quello dell'arbitrato internazionale: e gli arbitri internazionali, come l'esperienza dimostra, proprio in quanto amministrano una giustizia «privata», non sono incardinati in un sistema giuridico dato.

Da queste ultime considerazioni risulta già tracciato il programma dell'indagine. Si partirà da alcune considerazioni di ordine generale in merito all'autonomia esercitata dalle parti nel realizzare, attraverso lo strumento contrattuale, le varie operazioni del commercio internazionale (cap. I). Non verrà invece considerato in questa sede il – pure assai interessante – aspetto consistente nell'esame della prassi posta in essere dai soggetti nella stipulazione e nell'esecuzione dei contratti internazionali, sotto il profilo della determinazione di regole concernenti la formazione, le vicende e l'esecuzione di tali contratti: tale esame richiederebbe un'ampia indagine apposita, ed è stato comunque in gran parte già compiuto da altri¹³. Successivamente, verrà considerato l'esercizio dell'autonomia delle parti nel quadro del diritto materiale uniforme posto in essere in sede internazionale, nei vari aspetti in cui il rapporto fra i due fenomeni può manifestarsi (cap. II). Seguirà l'esame della tendenza verso la creazione di una disciplina transnazionale dei contratti internazionali, sotto l'aspetto della «delocalizzazione» della disciplina, del rilievo delle c.d. regole oggettive del commercio internazionale e dei rapporti contrattuali fra privati e Stati (o enti pubblici) stranieri (cap. III), nonché dei limiti alla possibile delocalizzazione della disciplina (cap. IV). Infine verranno dedicate alcune considerazioni all'incidenza sulla disciplina dei contratti internazionali di principi e aspetti attinenti al diritto internazionale generale (cap. V).

Il metodo seguito non è dunque quello di descrivere e indagare specifici settori dell'uno o dell'altro sistema normativo (interno o internazionale) in quanto relati-

¹¹ Sul collegamento logico di tale questione con quella generale del ruolo dell'autonomia cfr. R. DE NOVA, *Obbligazioni*, cit., p. 462 ss.

¹² Su cui BONELL, *Le regole oggettive del commercio internazionale. Clausole tipiche e condizioni generali*, Milano, 1976. Si veda anche SCHMITTHOFF, *Export Trade*, 9^a ed., London, 1990, spec. p. 9 ss.

¹³ Si vedano i tre volumi di DRAETTA, *Il diritto*, cit.

vi alla disciplina del commercio internazionale e dei contratti che lo riguardano. Si cercherà invece di seguire il percorso che è proprio dei soggetti che, con la loro attività, danno vita ai vari fenomeni nei quali il commercio internazionale si articola, dipanando via via i nodi che lungo tale percorso si possono presentare.

Per l'operatore che si inoltra in tale percorso i vari ordinamenti giuridici degli Stati rappresentano delle realtà che, in quanto l'operazione venga ad interessarli all'uno o all'altro titolo, non possono essere ignorate, e con le quali occorre fare i conti. Ma, a meno che non sia stata consapevolmente effettuata dai soggetti la scelta di localizzare l'intero rapporto all'interno di uno di tali ordinamenti (cosa peraltro ben difficile, ove si tratti di rapporti del commercio internazionale), nessuno di essi può essere visto come universo che costringe nei propri confini la disciplina dell'intera operazione, imponendo all'interprete di porre e risolvere ogni problema attraverso la lente costituita dai suoi principi relativi ai rapporti con altri ordinamenti statali. I soggetti si muovono invece entro un quadro di riferimento ben più ampio, nel quale la vita giuridica internazionale, pur non potendo ovviamente non tener conto del peso esercitato dalla presenza degli Stati e dei loro sistemi giuridici, si manifesta in forme che sono, anzitutto, spontanee. L'incidenza che su queste forme esercitano azioni e norme degli Stati si colloca accanto a quella che deriva dalla presenza e dall'attività di altri enti, quali comunità sopranazionali, organizzazioni internazionali di vario genere e la stessa comunità degli Stati nel suo insieme. L'incidenza statale, pur relevantissima, non può essere vista come assunzione di disciplina giuridica, capace di cancellare il rilievo di ogni altro fattore presente nella realtà.

Un'indagine giuridica che volesse tener conto della sola disciplina normativa propria dei vari Stati (da sola o anche considerata nei suoi rapporti con le fonti internazionali o sopranazionali) in omaggio ad un'impostazione fedele al superato principio del monopolio statale del diritto, farebbe grave torto alla realtà e costringerebbe a fornire uno specchio deformante di quanto accade in essa. Sotto il profilo teorico, poi, è soltanto il caso di chiarire che il punto di vista adottato in questa indagine importa uno spostamento di accento dal diritto che fa parte di un sistema statale dato nei suoi aspetti strettamente normativi, al più ampio fenomeno giuridico rilevabile, per così dire, allo stato puro nella realtà economico-sociale che interessa. A nostro giudizio, un simile mutamento di prospettiva è, non soltanto legittimo, ma addirittura necessitato se si vuole rimanere aderenti alla realtà. Esso, inoltre, consente di avvalorare nel settore di esperienza che qui si considera l'ipotesi dell'esistenza di veri e propri principi ed «istituti» della vita giuridica internazionale intesi quali espressioni elementari del fenomeno giuridico al di là, e al di fuori, di un vero e proprio ordinamento giuridico determinato, e costituenti nel loro insieme un diritto comune della società internazionale¹⁴.

¹⁴ Si vedano al riguardo le indagini di ZICCARDI, *Diritto internazionale in generale*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, spec. p. 1012 ss., ora in *Vita giuridica internazionale*, I, Milano, 1992, p. 5 ss., a p. 56 ss.

2. *Autonomia privata, commercio internazionale e contratti internazionali.* *Cenni storici*

La traduzione in forma contrattuale delle operazioni del commercio internazionale – dalle più semplici alle più complesse – è ancor oggi un dato costante di questo settore dell'esperienza. In questo modo, tali operazioni si caratterizzano per essere tipicamente esercizio di autonomia. Anche dal punto di vista storico è proprio il ruolo dell'autonomia privata a contraddistinguere, in epoca medievale, il sorgere e il diffondersi dell'antico *ius mercatorum*, che consentì il passaggio da un sistema fondato sulla staticità dei rapporti economici determinati dallo *status* dei soggetti (ossia dalla loro appartenenza a una data comunità sociopolitica) a un sistema dinamico fondato sulla circolazione della ricchezza e sul disancoramento dei rapporti dalla condizione di dipendenza rispetto alle organizzazioni politiche¹⁵. E quando, molto più tardi nel corso della storia, si profilò il predominio del monopolio statale del diritto, e l'antico *ius mercatorum* cedette il passo al momento politico rappresentato dalle codificazioni nazionali del diritto commerciale, fu ancora una volta l'autonomia privata a rappresentare il momento di reazione nei confronti della chiusura insita nelle concezioni statalistiche del diritto e delle sue fonti e del rischio di ritorno a forme di organizzazione economico-sociale di carattere chiuso e necessariamente statico¹⁶.

In questa rivendicazione di libertà rispetto all'idea del monopolio statale del diritto, la concezione dell'autonomia privata subiva naturalmente l'influenza di dottrine filosofiche (quale quella kantiana) ed economiche (quali quelle ispirate al liberalismo puro) che tendevano ad imprimerle caratteri di assolutezza oggi sicuramente anacronistici e non più accettabili. Basti pensare all'idea che il diritto delle obbligazioni costituisse una sfera interamente affidata all'esplicazione della libera iniziativa delle parti, entro la quale il diritto dello Stato non avrebbe avuto possibilità di entrare: che, in altri termini, il legislatore fosse tenuto ad arrestare il proprio intervento là dove può giungere l'autoregolamentazione dei rapporti patrimoniali fra i privati, riconoscendo che questi sono liberi di vincolarsi alle condizioni che vogliono¹⁷. In altri termini, nella fase storica dell'affermazione delle dottrine giusnaturalistiche e, successivamente, delle concezioni di matrice idealistica e/o liberale, la volontà viene identificata nello stesso fondamento del rapporto contrattuale e in particolare della sua efficacia obbligatoria, e ne viene a costi-

¹⁵ Cfr. in generale GRAVESON, *Status in the Common Law*, London, 1953; SUMNER MAINE, *Ancient Law: its Connections with Early History of Society and its Relations to Modern Ideas*, London, 1905.

¹⁶ Cfr. la trattazione generale di GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, 2^a ed., Bologna, 1980.

¹⁷ Per tutti si vedano le affermazioni di MANCINI, *De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles*, in *Clunet*, 1874, pp. 221 ss., 285 ss.; e di LAURENT, *Le droit civil international*, VII, Bruxelles-Paris, 1881, p. 512 ss.

tuire la causa. Tanto che le più autorevoli dottrine dell'epoca non esitavano ad affermare che l'effetto giuridico del contratto – e in particolare la sua portata precettiva – trovava nella stessa volontà dei soggetti contraenti la sua causa giustificativa oltretutto la sua fonte esclusiva e originaria¹⁸. In questa prospettiva, il contratto non solo ha «forza di legge» fra le parti, secondo la formula dell'art. 1372 del codice civile italiano del 1942, ma addirittura occupa nei confronti delle parti lo spazio che naturalmente è proprio della legge e ne prende il posto secondo l'antica formula dell'art. 1134 del Codice Napoleone, che sembra esprimere in modo immediato l'antica idea del primato dell'autonomia¹⁹.

Sul piano del commercio internazionale un'impostazione di questo genere era singolarmente idonea a favorire le esigenze di un sistema capitalistico in via di espansione e alla ricerca della conquista di sempre nuovi mercati, in cui era necessario garantire sicura e intensa circolazione della ricchezza. Tale impostazione, infatti, era particolarmente idonea a garantire che rapporti contrattuali relativi al commercio internazionale, pur preclusi a causa di «vincoli di gruppo» o in funzione dell'appartenenza di un determinato soggetto a un particolare ordinamento statale, potessero trovare in sé una sufficiente causa giustificativa che ne legittimasse la portata precettiva consentendo loro di operare in modo decisivo e senza vincoli anche sui rapporti macroeconomici nell'ambito della comunità internazionale. Il che, peraltro, spesso avveniva in spregio a un equilibrato assetto dei rapporti economici internazionali e senza tener conto delle effettive esigenze delle varie comunità nazionali coinvolte nei vari trasferimenti di ricchezza che stanno alla base dei rapporti in esame²⁰.

È facile comprendere, così, come il mutare dei presupposti politici, filosofici ed economici che costituivano il fondamento delle posizioni appena ricordate abbia portato con sé anche una crisi del principio dell'autonomia privata nei rapporti contrattuali del commercio internazionale, e un suo notevole ridimensionamento. Infatti, da un lato, anche i più convinti assertori della teoria precettiva del contratto non hanno esitazione nel ricondurne l'efficacia normativa non già alla forza originaria ed esclusiva della volontà delle parti (e/o della c.d. autonomia privata), bensì al rapporto tra tale volontà (e/o autonomia privata) e l'ordinamento giuridico in cui essa si inserisce e da cui deriva la propria efficacia giuridica²¹. Dall'altro lato interventi pubblici nella disciplina dei rapporti economici nell'ambito di tutti i maggiori Stati, specie in periodi di crisi e in forme sempre più intense a partire dalla fine dell'Ottocento e nel corso della prima parte del se-

¹⁸ Cfr. per una recente, efficace sintesi D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992, p. 36 ss.

¹⁹ Cfr. G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, p. 9 (anche in *Studi in onore di Rodolfo Sacco*).

²⁰ Si veda *infra*, cap. II, par. 10.

²¹ Sul problema generale dell'autonomia privata e del suo riconoscimento giuridico cfr. le classiche pagine di BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, pp. 40 ss., 51 ss.

colo successivo; diffusione delle dottrine collettivistiche sul piano politico ed economico; attenzione crescente alle esigenze dello sviluppo, e della cooperazione allo sviluppo, a partire dagli anni cinquanta, quale conseguenza della creazione della miriade di nuovi Stati sorti dal processo di decolonizzazione, costituiscono altrettanti fattori che hanno concorso a una radicale trasformazione della realtà politica, sociale ed economica che aveva espresso il principio dell'autonomia privata nelle sue forme più accentuate. Sul piano strettamente giuridico, questa trasformazione significa ovviamente moltiplicazione degli interventi legislativi che comprimono la libera scelta delle parti, progressivamente limitata da tendenze di carattere «dirigistico» anche nell'ambito di quei sistemi, come quelli anglosassoni, nei quali il contratto si era affermato come vero e proprio «principio di ordine sociale»²². Significa, insomma, moltiplicazione di disposizioni di ordine pubblico, o in genere di «protezione», intese ad assicurare la coerenza degli assetti di interessi frutto dell'autoregolamentazione dei privati con l'interesse generale²³. Tutto ciò ha indotto a parlare di «declino», se non addirittura di «morte» del contratto²⁴. Tuttavia, dal punto di vista dei rapporti economici internazionali, non vi può essere dubbio che lo strumento contrattuale – e il principio di autonomia che sta alla sua base – continui a dimostrare la sua permanente vitalità, e a costituire la base fondamentale delle operazioni attraverso le quali si attua la circolazione internazionale della ricchezza. Del resto, da un punto di vista più generale, il valore permanente dello strumento contrattuale risulta dal ricorso che con sempre maggior larghezza vi fanno Stati ed enti pubblici anche al fine di realizzare scopi di interesse pubblico. Sul piano della organizzazione economica, poi, il principio dell'autonomia contrattuale conserva il suo significato e valore di strumento di efficienza.

L'autonomia privata conferma così il suo ruolo determinante tanto a livello di fenomeni macroeconomici, quanto a livello di fenomeni microeconomici, e il profondo mutamento intervenuto rispetto all'epoca in cui essa si affermò per la prima volta nel commercio internazionale non significa scomparsa del principio, ma soltanto esigenza di determinarne, alla luce del mutamento stesso, valore attuale e limiti.

²² ALPA, *Contratto nei sistemi di Common Law*, in *Digesto*, 4^a ed., *Discipline privatistiche*, Sez. civile, IV, Torino, 1989, p. 148 ss., anche per tutti i riferimenti.

²³ Cfr. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, 3^a ed., Oxford, 1981, spec. p. 25 ss.; TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, 9^a ed., 1991, p. 284 ss.

²⁴ È il titolo del famoso libro di GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio, 1974.

3. Continua: *La distinzione fra le diverse direzioni dell'autonomia privata e l'approfondimento delle sue conseguenze: soggettivismo e oggettivismo*

Finché si volesse attribuire al principio di autonomia contrattuale valore assoluto, quale espressione di una sfera di libertà individuale che lo stesso legislatore non ha il potere di intaccare, ben poco importava distinguere fra le diverse direzioni nelle quali esso poteva esercitarsi. Sostanzialmente priva di rilievo rimaneva quindi la distinzione fra autonomia privata in quanto intesa a determinare il contenuto della regolamentazione convenzionale ricercata dalle parti, e autonomia privata in senso internazionalprivatistico, in quanto intesa a rendere applicabile al regime contrattuale la disciplina contenuta in un dato sistema giuridico, sottoponendo a questa il contratto nel suo insieme²⁵. Partendo da un punto di vista assolutamente soggettivistico, secondo il quale l'autonomia costituiva l'esplicazione di una vera e propria libertà individuale, non potrebbe che apparire priva di rilievo sostanziale la circostanza che la disciplina contrattuale fosse posta direttamente dalle parti stesse, oppure da esse determinata attraverso un riferimento a un ordinamento giuridico dato, ossia a una forma di rinvio. È dunque facile comprendere come i contorni delle due figure risultino ancora parzialmente confusi in una nota decisione della Corte di cassazione di Francia del 1910, che enunciò per la prima volta il principio della sottoponibilità di un regime contrattuale a un diritto straniero, in un momento in cui il carattere assoluto dell'autonomia contrattuale e la sua attinenza a una sfera soggettiva di libertà corrispondevano a valori ancora profondamente sentiti²⁶.

Il diverso inquadramento teorico del principio di autonomia (al quale finirà per conseguire il ridimensionamento di cui si è detto nel paragrafo precedente) e la sua riconduzione nell'ambito di regolamentazione dei vari ordinamenti giuridici statali portarono alla necessità di approfondire la distinzione tra i due aspetti del principio e le due direzioni nelle quali l'autonomia può venire espressa. Al tempo stesso, si accresceva il rilievo della distinzione, in quanto venivano a differenziarsi le conseguenze ricollegabili all'uno e all'altro aspetto.

²⁵ Per la ricostruzione delle vicende della distinzione ed i relativi riferimenti cfr. CURTI GIALDINO, *La volonté des parties*, cit., p. 765 ss.; GIULIANO, *La loi applicable aux contrats: problèmes choisis*, in *Recueil des Cours*, 1977, V, p. 195 ss. (cfr. anche *La loi d'autonomie: le principe et sa justification théorique*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1979, p. 217 ss.).

²⁶ Cass., 5 dicembre 1910, *American Trading Co. c. Québec Steamship Co. Ltd.*, in *Revue critique*, 1911, p. 395 ss., e *Clunet*, 1912, p. 1156 ss. Sulla decisione cfr. BATIFFOL, LAGARDE, *Traité de droit international privé*, II, 7^a ed., Paris, 1983, p. 260 ss. Lo svolgimento successivo della giurisprudenza francese si trova sintetizzato in FOUCHARD, *La loi régissant les obligations contractuelles en droit international privé français*, in *Colloque de Bâle sur la loi régissant les obligations contractuelles (30 et 31 octobre 1980)*, Bâle-Frankfurt am Main, 1983, p. 81 ss. Cfr. anche POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, 1992, p. 40 ss.

Venne anzitutto messa in risalto la necessaria dipendenza dell'autonomia contrattuale della previsione normativa di un ordinamento giuridico, che ne determina l'ambito di libera esplicazione e i necessari limiti. In questo modo rimane chiarito che l'autonomia non significa affatto che la volontà delle parti sia fonte originaria di norme, ma semplicemente che essa opera in virtù di un principio posto dal legislatore e consacrato dall'ordinamento, e soltanto sul fondamento di esso. Ne consegue che la volontà delle parti può essere presa in considerazione dall'ordinamento, sia come idonea a porre in essere l'autoregolamentazione di interessi voluta dalle parti stesse – e dunque, in una funzione prettamente sostanziale –, sia come idonea invece a individuare essa stessa il sistema di diritto applicabile a un dato contratto, dunque in funzione internazionalprivatistica²⁷.

Una volta chiarito che in entrambi i casi si tratta semplicemente di effetti ricollegati dal sistema giuridico di uno Stato alla volontà dei privati interessati, e dunque di una questione da risolversi in base al diritto positivo, scompaiono quelle difficoltà logiche che una parte della dottrina meno recente aveva opposto al riconoscimento all'autonomia privata del potere di designare la legge applicabile al contratto. Non è infatti possibile opporre a tale riconoscimento che, quanto alle questioni contemplate da norme imperative, «queste comandano ai rispettivi destinatari e quindi non dipendono per la loro efficacia da una specie di investitura da parte di questi»; e, quanto al regolamento di questioni contemplate da norme facoltative, «il potere dei destinatari di queste di accettarle o di sostituirle con regole diverse non deriva dal sistema di diritto internazionale privato, bensì dal sistema di diritto privato che nel caso specifico, ipotetico o reale, è già investito della competenza a regolare il rapporto o quel suo aspetto particolare»²⁸. È evidente che la pretesa difficoltà logica deriva esclusivamente dalla confusione delle due possibili e diverse direzioni della volontà, entrambe – ma distintamente fra loro – suscettibili di utilizzazione da parte del diritto positivo. Nulla vieta all'ordinamento di conferire alla volontà delle parti un dato effetto in termini di applicabilità di un certo diritto: ed è chiaro che tale effetto dipende dalla regola di diritto internazionale privato che appartiene all'ordinamento stesso, e non certamente dalle regole sostanziali appartenenti al diritto applicabile.

D'altra parte, come si è accennato, il chiarimento della duplice possibile direzione dell'autonomia delle parti consente di approfondire la diversità delle conseguenze che vi si ricollegano. Ricondotta infatti la sfera in cui opera il principio di autonomia al diritto positivo, la confusione fra il profilo sostanziale e quello in-

²⁷ Si tratta della nota distinzione fra *materiellrechtliche* e *Kollisionsrechtliche Verweisung* elaborata nei primi decenni dalla dottrina, specie in Italia e in Germania. Cfr. PERASSI, *Sull'autonomia dei contraenti*, in *Riv. dir. int.*, 1928, p. 516 ss., ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1958, p. 173 ss.; LEWALD, *Règles générales de conflits de lois*, in *Recueil des Cours*, 1939, III, p. 85 ss.; KEGEL, *Einführungsgesetz*, in SOERGEL, SIEBERT, *Kommentar zum BGB*, 11^a ed., VIII, 1984, p. 222 ss. V. anche CURTI GIALDINO, *La volontà des parties*, cit., p. 762 ss. Per le vicende del principio di autonomia cfr. anche la sintesi di VITTA, *Diritto internazionale privato*, III, Torino, 1975, p. 233 ss.

²⁸ R. DE NOVA, *Obbligazioni*, cit., p. 458.

ternazionalprivatistico del principio ha come naturale conseguenza quella di ammettere l'operatività dell'autonomia privata in questo secondo senso al solo ambito delle norme suppletive, e di negarla invece per tutto ciò che attiene a quelle imperative. Ora una limitazione di questo tipo non trova più alcuna giustificazione, una volta che si individui correttamente il ruolo dell'autonomia in quanto utilizzata da un sistema giuridico dato al fine di determinare il diritto applicabile alla materia contrattuale. Non vi è dubbio, pertanto, che ai fini del funzionamento di una norma di diritto internazionale privato che adotti quale criterio di collegamento per la materia contrattuale la volontà delle parti, la distinzione fra norme imperative e norme dispositive (o suppletive) è priva di qualsiasi rilievo. Essa tornerà ad assumere significato soltanto nell'ambito del diritto designato come applicabile, e ai fini della valutazione delle clausole contrattuali alla luce di questo diritto²⁹.

Sul versante opposto rispetto agli eccessi di carattere soggettivistico, stanno le costruzioni del criterio internazionalprivatistico dell'autonomia in termini interamente «oggettivistici». Secondo queste diverse impostazioni, la volontà delle parti non avrebbe, dal punto di vista del diritto internazionale privato, il ruolo di elemento capace di condurre all'identificazione del diritto applicabile al contratto: ma soltanto quello di evidenziare elementi oggettivi di appartenenza del contratto a un dato ordinamento, ossia di localizzare il rapporto contrattuale. In mancanza di conformità alla realtà obiettiva, la scelta di legge sarebbe destinata a rimanere senza effetto³⁰.

Ma una costruzione del genere sembra a sua volta deformare la realtà, non meno di quella che vede nella volontà delle parti un mero fatto equiparabile a qualsiasi altro elemento utilizzato per il collegamento internazionalprivatistico, e come tale valutato³¹.

Un superamento definitivo dei diversi estremi rappresentati sul piano teorico appare ormai raggiunto dallo stesso diritto internazionale convenzionale, oltre che

²⁹ GIULIANO, *La loi applicable*, cit., p. 206 ss.

³⁰ È la nota costruzione di BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats. Etude de droit international privé comparé*, Paris, 1938, spec. p. 38 ss.; ID., *Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats*, in *Mélanges J. Maury*, Paris, 1960, I, p. 39 ss. (e in *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, Paris, 1976, p. 249 ss.); BATIFFOL, LAGARDE, *Traité de droit international privé*, cit., II, p. 265 ss. Per una tesi in qualche modo coincidente, che rimase peraltro isolata in Italia, cfr. ANZILOTTI, *Il principio dell'autonomia dei contraenti nei rapporti fra l'art. 9 delle disposizioni preliminari al codice civile e l'art. 58 del codice di commercio* (1904), ora in *Opere di Dionisio Anzilotti*, III, *Scritti di diritto internazionale privato*, Padova, 1960, p. 621 ss. Orientamenti del genere, oltre a riprendere spunti nascenti dall'opera del von Savigny, utilizzano motivi noti all'esperienza anglosassone, e in essa espressi mediante il ricorso all'idea della *proper law of the contract* (su ciò cfr. la famosa decisione resa dal *Privy Council* il 30 gennaio 1939 nel caso *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.*, [1939] A.C. 277, 289). In generale CURTI GIALDINO, *La volonté des parties*, cit., p. 822 ss.

³¹ Secondo la costruzione di PERASSI, *Sull'autonomia della volontà*, cit., largamente ripresa in Italia.

dalle più moderne codificazioni nazionali. L'art. 3, par. 1 della convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, conclusa il 19 giugno 1980 fra gli Stati membri della Comunità europea, stabilisce in termini inequivoci che «il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti»; mentre la menzione del potere delle parti di «designare la legge applicabile» al contratto (o a una parte soltanto di esso: art. 3, par. 1 in fine) nonché quella del potere di «convenire» in qualsiasi momento di sottoporre il contratto a una legge diversa da quella che lo regolava in precedenza (art. 3, par. 2), o quella del problema della esistenza e validità del consenso delle parti sulla legge applicabile al contratto, non possono lasciar dubbi sul carattere negoziale attribuito dalla convenzione all'accordo delle parti³².

4. *Il ruolo dell'autonomia privata in senso internazionalprivatistico e la sua crisi*

Il consenso ormai raggiunto a livello internazionale sul ruolo e il carattere dell'autonomia privata ai fini della determinazione della legge applicabile al contratto si accompagna però a una sostanziale crisi dell'autonomia come criterio capace di operare in misura soddisfacente sul solo terreno internazionalprivatistico in modo da assicurare coerenza, certezza e unitarietà di disciplina del rapporto contrattuale nel suo insieme. Il fenomeno dipende da vari fattori, dei quali vanno ricordati quelli più direttamente connessi agli aspetti di diritto internazionale privato in senso stretto.

In primo luogo, la crisi dipende dai caratteri propri dello stesso meccanismo delle norme di conflitto. Nella loro configurazione tradizionale, presente fondamentalmente ancor oggi, tali norme operano attraverso una semplice localizza-

³² La convenzione conclusa a Roma il 19 giugno 1980 in materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali è entrata in vigore il 1° aprile 1991 (per l'Italia, autorizzazione alla ratifica ed ordine di esecuzione interna vennero dati con l. 18 dicembre 1984, n. 975, in *Gazz. Uff.*, suppl. ord. n. 6 al n. 25 del 30 gennaio 1985). La relazione illustrativa redatta dai professori Giuliano e Lagarde si legge in *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. C 282 del 31 ottobre 1980, e contiene, oltre che un'esauriente spiegazione dei motivi ispiratori della convenzione nel suo insieme e dei singoli articoli, anche un completo resoconto delle vicende che condussero alla sua conclusione. Per commenti di carattere generale cfr., in Italia, *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983; Consiglio Nazionale del Notariato, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 1983 (ed ivi CONFORTI, *La volontà delle parti come criterio di collegamento*, p. 177 ss.); SACERDOTI, FRIGO (a cura di), *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, 2ª ed., Milano, 1994. Nella dottrina straniera recente cfr. PLENDER, *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, London, 1991; KAYE, *The New Private International Law of Contract of the European Community*, Aldershot, 1993; KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, 1993, p. 246 ss. Per la considerazione delle soluzioni raggiunte dalla convenzione di Roma circa il ruolo dell'autonomia nella prospettiva del dibattito teorico e delle vicende pratiche precedenti cfr. POMMIER, *Principe d'autonomie*, cit., p. 95 ss.

zione di situazioni e rapporti giuridici nei vari ordinamenti, attraverso l'individuazione di aspetti rilevanti a tal fine. Il meccanismo è dunque neutro, nel senso che – almeno nel suo schema astratto – prescinde interamente dai valori sostanziali in giuoco e da quelli espressi dai vari diritti designati come applicabili: considerazioni relative a questi valori possono rilevare, nello schema classico, soltanto in via di eccezione e come correttivo rispetto al normale funzionamento del sistema.

Inoltre, le norme di conflitto operano per grandi categorie generali di situazioni e rapporti. Ora tali categorie presuppongono una larga omogeneità dei vari sistemi giuridici e dei valori da questi tutelati. La categoria tecnico-giuridica impiegata nella materia che qui interessa è quella delle obbligazioni nascenti da contratto. Nei suoi connotati puramente tecnici, questa esprime però realtà che hanno acquistato ormai aspetti largamente eterogenei e non individuano fenomeni giuridici fra loro comparabili: basti pensare alle profonde differenze che intercorrono fra rapporti di scambio fra individui, e rapporti che coinvolgono invece attività di imprese. Sotto questo profilo, è il diritto dell'impresa e del mercato che tende ad acquistare rilievo preminente, affermando però principi che ben poco hanno a che vedere con quelli propri dei rapporti tradizionali di carattere puramente contrattuale. Una tale eterogeneità non può non riflettersi anche sulla sfera di applicazione spaziale delle norme³³.

Come conseguenza di quest'insieme di fattori, si moltiplicano i fenomeni di applicazione puramente territoriale di norme: tipico quello delle regole attinenti al funzionamento del mercato³⁴ e all'esercizio di determinate attività di impresa, come ad esempio il *factoring*³⁵. Notevole attenzione viene data inoltre agli aspetti concernenti la disciplina sostanziale dei rapporti, in relazione alle esigenze tipiche di ciascuna categoria. Così la disciplina internazionalprivatistica di contratti come quelli di lavoro, di assicurazione, o quelli conclusi dai consumatori, si pone – secondo la convenzione di Roma del 1980, già ricordata (articoli 5 e 6) – con carattere di specialità e connotati propri rispetto a quella generale, ispirandosi al fine di non privare la parte più debole di una certa protezione a essa spettante secondo la legge applicabile in assenza di scelta³⁶. In questo modo viene dato ampio rilievo

³³ Cfr. LUZZATTO, *Le norme di diritto internazionale privato*, in *I cinquant'anni del codice civile. Atti del convegno di Milano del 4-5 giugno 1992*, I, Milano, 1993, p. 71 ss.

³⁴ V. ad esempio la l. 2 gennaio 1991, n. 1 sull'attività di intermediazione e sull'organizzazione del mercato mobiliare.

³⁵ L. 21 febbraio 1991, n. 52 sulla cessione di crediti di impresa.

³⁶ Di recente sottolinea in modo particolare il rilievo e le caratteristiche di queste ipotesi, in relazione alla generale diversificazione dei metodi di disciplina dei rapporti privati internazionali, PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel. De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, Genève, 1985, spec. p. 128 ss. Sulle regole speciali della convenzione in materia di contratti conclusi da consumatori e di contratti di lavoro, cfr. BONOMI, *Il nuovo diritto internazionale privato dei contratti: la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 è entrata in vigore*, in *Banca, borsa*, 1992, I, p. 36 ss., a

alle norme c.d. di applicazione necessaria, che esprimono proprio la presenza di valori ritenuti essenziali dai vari sistemi e di specificità nazionali nei confronti di una più ampia comunità di diritto, che il meccanismo tradizionale di conflitto presupponeva.

La presenza di norme di questo genere rappresenta certo uno dei fattori più rilevanti di riduzione del ruolo che l'autonomia contrattuale può svolgere sul piano puramente internazionalprivatistico nella disciplina dei contratti del commercio internazionale. Esse restringono infatti lo spazio entro il quale le parti possono determinare liberamente l'applicabilità dell'uno o dell'altro diritto, e quindi il significato stesso della scelta. Ma la loro presenza sottolinea in modo particolare il limite proprio dello stesso meccanismo delle norme di conflitto, che operano collocando la situazione contrattuale nell'ambito di un dato ordinamento, e di uno solo di essi. Da un lato, le norme di applicazione necessaria riducono l'area entro la quale il diritto designato può essere applicato. Ma dall'altro, e al tempo stesso, esse – in quanto appartengano a ordinamenti diversi da quello applicabile in virtù della scelta, ma connessi a vario titolo con il rapporto contrattuale o con l'esecuzione dei suoi vari aspetti – pongono in risalto resistenza di altrettanti collegamenti significativi e rilevanti dal punto di vista sostanziale, dei quali la scelta di una sola legge applicabile non è in grado di tener conto.

La localizzazione volontaria della situazione contrattuale nell'ambito di un dato sistema giuridico si rivela, così, assai spesso illusoria al fine di garantire sicurezza e unitarietà di disciplina del rapporto. La presenza, sempre più diffusa, di norme di applicazione necessaria interferisce infatti con l'applicazione della disciplina di quel sistema, escludendola o sovrapponendovisi, in virtù dei principi sempre più largamente accolti a livello internazionale circa l'efficacia di quelle norme (cfr. art. 7, par. 1 e 2 della convenzione di Roma del 1980)³⁷. Quella localizzazione, poi, non è in grado di tener conto in modo adeguato della possibile – e normale, trattandosi di rapporti del commercio internazionale – pluralità di connessioni della situazione contrattuale con più di un ordinamento. Questa incapacità, come si è detto, è connessa al modo di essere del meccanismo delle norme di conflitto, ma rivela in modo del tutto particolare i suoi inconvenienti nella materia contrattuale.

5. *L'autonomia delle parti quale strumento inteso ad assicurare coerenza e certezza dell'operazione economica: tecniche utilizzate a questo fine*

Nei contratti del commercio internazionale le parti ricorrono di frequente, al

p. 81 ss.; MORSE, *Consumer Contracts, Employment Contracts and the Rome Convention*, in *Int. Comp. L. Quart.*, 1992, p. 1 ss.

³⁷ Sul punto cfr. in particolare TREVES, *Norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, in *Verso una disciplina comunitaria*, cit., p. 25 ss.

fine di assicurare il raggiungimento dell'essenziale finalità di coerenza e certezza dell'operazione, a tecniche diverse dal mero esercizio dell'autonomia intesa a localizzare il contratto nell'ambito di un ordinamento dato. La tecnica più vicina a questo strumento tradizionale consiste nella scomposizione della disciplina del rapporto contrattuale in un numero di componenti pari a quelle necessarie per il soddisfacimento delle esigenze che le parti intendono raggiungere attraverso l'operazione economica posta in essere. Con il ricorso a una tecnica di questo genere si rinuncia coscientemente a una unitarietà realizzata attraverso l'applicazione delle norme di un solo ordinamento, per recuperare la coerenza e la certezza della disciplina dell'operazione all'interno dello stesso rapporto contrattuale.

Tale scomposizione può essere attuata in modi diversi, che a volte vengono accomunati dalla dottrina internazionalprivatistica sotto l'unica nozione di *dépeçage*³⁸, ma in realtà ricoprono realtà e strumenti differenti fra loro. In un primo gruppo di casi, si è di fronte semplicemente a una pluralità di rapporti contrattuali, fra loro collegati nell'ambito di una operazione economica unitariamente concepita, ma in sé distinti e pertanto sottoposti a diversa regolamentazione internazionalprivatistica. Così accade, ad esempio, nell'ipotesi di rapporto di garanzia disciplinato da un diritto diverso da quello che regola l'obbligazione garantita; o ancora nell'ipotesi di un rapporto di agenzia sottoposto a diritto diverso da quello che regola i rapporti fra terzi e agente, anche per quanto riguarda la responsabilità del proponente nei confronti dei terzi. Qui non si tratta tanto di frazionare l'unitarietà del medesimo rapporto, quanto di valorizzare quanto di autonomo vi è nei rapporti fra loro collegati allo scopo di riconoscere la sfera di operatività di ordinamenti diversi. E al riguardo l'autonomia privata è in grado di svolgere sicuramente un ruolo significativo almeno nella misura in cui essa, da un lato, provvede a indicare le regole delle relazioni tra le discipline applicabili ai diversi rapporti contrattuali e alla complessiva operazione economica e, dall'altro, precisa le conseguenze e gli effetti della scomposizione di tale unitaria operazione economica in vari rapporti, oltreché le reciproche influenze delle varie vicende che ne possono caratterizzare l'esecuzione. In tal modo viene escluso al riguardo il ricorso a scelte logico-formali adottate da giudici o legislatori nazionali a favore di soluzioni coerenti con il rispetto dell'assetto negoziale voluto dalle parti.

In una seconda categoria di situazioni, le parti prendono atto di condizionamenti che il regime contrattuale può subire quanto alla sua efficacia, a opera di ordinamenti diversi da quello che è competente a regolare il rapporto contrattuale

³⁸ Fondamentale al riguardo lo studio di LAGARDE, *Le «dépeçage» dans le droit international privé des contrats*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1975, p. 649 ss.; si vedano inoltre JAYME, *Betrachtungen zur «dépeçage» im internationalen Privatrecht*, in *Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1987, p. 253 ss.; EKELMANS, *Le dépeçage du contrat dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, in *Mélanges offerts à Raymond van der Elst*, I, Bruxelles, 1986, p. 243 ss.

in sé stesso: e ricollegano a questa situazione determinate conseguenze sul piano contrattuale, senza direttamente incidere sull'unità dello statuto del contratto. Quest'ultimo, in quanto tale, rimane sottoposto a un unico sistema normativo: ma le parti provvedono a dare rilevanza a vari fini a fenomeni che di per sé si svolgono nell'ambito di ordinamenti diversi, e in base alle norme di questi. Tale fenomeno può accadere, ad esempio, quando l'efficacia del contratto sia dalle parti subordinata al rilascio di autorizzazioni di varia natura da parte delle autorità competenti di Stati, diversi da quello il cui diritto regola il contratto, nell'ambito dei quali l'esecuzione del rapporto contrattuale sia destinata ad aver in qualche modo luogo. Gli ordinamenti di questi Stati acquistano così rilievo, non in quanto di per sé applicabili in base a richiami di carattere internazionalprivatistico, ma in virtù di specifiche previsioni contrattualmente poste dalle parti. Lo stesso fenomeno si verifica, ancora, nelle ipotesi nelle quali le parti abbiano preso in considerazione l'eventuale incidenza di norme e provvedimenti di autorità sulla regolare esecuzione del contratto o sulla possibilità di realizzazione di presupposti del medesimo, e l'abbiano fatta oggetto di apposito regolamento contrattuale, in particolare addossandone all'una o all'altra parte il rischio. Si pensi, a questo riguardo, all'incidenza che sull'esecuzione o sui presupposti di un contratto di trasferimento del pacchetto azionario di una società avente carattere internazionale possono avere autorizzazioni o licenze, oppure provvedimenti statali di qualsiasi natura (tributaria, valutaria o altro) capaci di ostacolare l'attività della società oggetto dell'operazione o di incidere negativamente sul valore patrimoniale della stessa, o sul suo avviamento. In ipotesi di questo genere, le parti provvedono assai frequentemente a porre in essere nell'ambito del contratto le clausole necessarie al fine di regolare gli effetti di eventi del tipo menzionato, nel senso soprattutto di ripartirne i rischi sui soggetti dell'operazione³⁹. Ciò accade in considerazione del rapporto in cui i vari ordinamenti interessati al rapporto contrattuale si pongono rispetto a quest'ultimo, dal proprio punto di vista e in base ai criteri di applicazione loro propri, e pertanto in completa indipendenza rispetto al rilievo che a tali norme e provvedimenti potrebbe in ipotesi essere riconosciuto in base ai principi di diritto internazionale privato dell'uno o dell'altro sistema nel quale il problema possa essere posto. Ancora una volta, dunque, non si tratta di vera e propria scomposizione del rapporto dal punto di vista della determinazione della legge applicabile, ma piuttosto di regolamentazione contrattuale delle conseguenze sull'operazione complessiva dell'incidenza dei vari ordinamenti a vario titolo rilevanti per la disciplina del rapporto⁴⁰.

³⁹ Si veda al proposito CARBONE, *Conflitti di leggi e tra giurisdizioni nella disciplina dei trasferimenti di pacchetti azionari di riferimento*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 777 ss.

⁴⁰ Sicché non sembrano opponibili ostacoli alla legittimità di tale operazione, neppure nell'ambito di ordinamenti che non ammettano in via di principio il *dépeçage* volontario vero e proprio (CARBONE, LUZZATTO, *Obbligazioni*, VI. *Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, par. 2.6).

Di un vero e proprio *dépeçage* volontario, ossia di una scomposizione dell'unità della disciplina del rapporto contrattuale in senso internazionalprivatistico, è possibile invece parlare a proposito di una terza ipotesi. Precisamente, nell'ipotesi in cui le parti abbiano provveduto a designare espressamente o implicitamente leggi diverse, attraverso designazioni rilevanti dal vero e proprio punto di vista internazionalprivatistico, per le diverse parti del contratto⁴¹. Si tratta in queste ipotesi di un vero e proprio collegamento separato delle varie porzioni del contratto, in ragione e in vista dell'autonomia di ciascuna di queste rispetto alle altre e della maggiore attinenza che ciascuna può presentare con un dato ordinamento nei confronti degli altri.

Dell'ammissibilità in sede di diritto positivo di un procedimento del genere si è in passato dubitato, nell'ambito dell'ordinamento italiano: ritenendosi normalmente che un isolamento di parti o elementi del contratto (al di là degli aspetti relativi a capacità e forma, espressamente disciplinati in sede legislativa) non potesse essere giustificato in base a una mera interpretazione estensiva del principio dell'autonomia riconosciuta alle parti, anche in vista dell'atteggiamento generale mostrato dal legislatore del 1942⁴², oltre che in considerazione della possibilità di contrarietà di risultati e di disciplina nell'ipotesi che la scomposizione venisse operata con riguardo a elementi del contratto strettamente collegati fra loro⁴³.

Peraltro, la possibilità del *dépeçage* volontario è oggi positivamente ammessa dalla disciplina posta dalla convenzione di Roma del 1980, che all'art. 3, par. 1 espressamente riconosce la libertà delle parti di «designare la legge applicabile a tutto il contratto ovvero a una parte soltanto di esso»⁴⁴. Tale disposizione è parallela a quella (art. 4, par. 1) che riconosce all'interprete una facoltà di determinare una scomposizione del contratto ai fini della legge applicabile qualora la si debba determinare, non sulla base della scelta delle parti, ma in base al principio del collegamento più stretto, «qualora una parte del contratto sia separabile dal resto e presenti un collegamento più stretto» con paese diverso da quello nei confronti del quale tale collegamento sussiste per quanto riguarda il contratto nel suo insieme (e anche se la norma prevede che ciò accada «in via eccezionale»)⁴⁵.

⁴¹ A prescindere, naturalmente, dal collegamento separato di capacità e forma del contratto, che è legislativamente disposto – nel nostro sistema attuale – dagli articoli 17 e 26 disp. prel., in analogia a quanto accade negli altri sistemi continentali e, almeno per la forma, nella stragrande maggioranza anche degli altri.

⁴² Cfr. R. DE NOVA, *Obbligazioni*, cit., p. 469.

⁴³ Il principio dell'«unità» del contratto è stato infatti sempre visto come uno dei principali ostacoli che, dal punto di vista teorico e pratico, si frappongono all'ammissibilità del frazionamento: cfr. LAGARDE, *Le «dépeçage»*, cit., p. 666 ss.

⁴⁴ Per il punto di vista dei redattori della convenzione cfr. la relazione Giuliano-Lagarde, par. 4, in cui il frazionamento viene considerato come aspetto particolare del principio di autonomia, riconosciuto come tale dalla convenzione.

⁴⁵ Si tratta qui di una sorta di frazionamento operato dal giudice, anziché dalle stesse parti, per usare la terminologia di LAGARDE, *Le «dépeçage»*, cit., p. 655 ss., con riferimento ad una serie di ipotesi rivelate dall'esame della giurisprudenza.

Il potere di «frazionamento» riconosciuto alle parti dalla convenzione – che, com'è ben noto, ha carattere universale secondo quanto previsto dal suo art. 2 – viene pertanto ormai a costituire la regola nell'ambito del nostro sistema giuridico positivo. Ed esso appare ammesso nei termini più ampi, e dunque non solo quale potere di designare la legge applicabile a una parte soltanto del contratto, lasciando le altre parti sottoposte alla legge determinata in base alle altre regole convenzionali, ma anche quale potere di designare più leggi diverse applicabili alle varie parti.

Un'ampiezza ancor maggiore è attribuita all'autonomia delle parti dall'art. 3, par. 2 della convenzione, che riconosce il potere delle parti di sottoporre in qualsiasi momento il contratto a una legge diversa da quella che lo regolava in precedenza, vuoi in funzione di una scelta anteriore, vuoi in funzione di altre disposizioni convenzionali.

Infine va ricordato che l'ampiezza del riconoscimento dell'autonomia delle parti risulta ancora da altri aspetti: sia il fatto che la convenzione vede nella scelta operata dalle parti circa la legge applicabile un fenomeno di carattere negoziale, sottoponendolo alla stessa legge che regola il contratto (art. 3, par. 4); sia l'esclusione della necessità di altri collegamenti fra contratto e legge designata, sia infine il riconoscimento della possibilità di ricavare l'esistenza della scelta dalle clausole contrattuali nel loro complesso, dalle quali si desuma una volontà implicita (art. 3, par. 1)⁴⁶. Tutto ciò sottolinea ulteriormente, oltre all'ampiezza attribuita al ruolo dell'autonomia privata, anche la stretta attinenza dell'accordo al fenomeno contrattuale nel suo insieme.

6. *La funzione e gli effetti del «frazionamento» del regime contrattuale ai fini internazionalprivatistici*

Il riconoscimento positivo così effettuato dell'ammissibilità del *dépeçage* volontario, che la stessa relazione alla convenzione di Roma ricollega al contenuto del principio di autonomia, induce peraltro ad alcune considerazioni circa la fisiologia che quest'ultimo viene ad assumere. Una volta che l'evoluzione normativa sia pervenuta ad ammettere una tale estensione del ruolo della volontà delle parti nella disciplina dei contratti internazionali, non appare più possibile continuare a descriverlo nei termini, ancor oggi consueti, di un mero criterio di collegamento che il sistema utilizza, al pari di tutti gli altri, al fine di determinare la legge appli-

⁴⁶ Sull'insieme dei problemi indicati a proposito del funzionamento del principio di autonomia cfr. GIARDINA, *Volontà delle parti, prestazione caratteristica e collegamento più significativo*, in *Verso una disciplina comunitaria*, cit., p. 4 ss.; BONOMI, *Il nuovo diritto*, cit., p. 50 ss.; NORTH, *Varying the Proper Law*, in *Multum non Multa. Festschrift für K. Lipstein*, Heidelberg-Karlsruhe, 1980, p. 205 ss. Si veda anche FORLATI PICCHIO, *Contratto nel diritto internazionale privato*, in *Digesto*, 4^a ed., *Discipline privatistiche, Sez. civile*, IV, Torino, 1989, p. 199 ss., a p. 214 ss.

cabile al contratto e alle obbligazioni che ne scaturiscono. Formalmente, certo, una descrizione in questi termini riflette ancora lo stato del diritto positivo: ma dal punto di vista sostanziale, non ne coglie più gli aspetti caratterizzanti. Il riconoscimento della scomposizione del contratto significa, in realtà, che questo non viene più inquadrato nell'ambito di un (solo) ordinamento giuridico. La volontà delle parti non opera dunque, in caso di *dépeçage*, soltanto al fine di localizzare il contratto nell'ambito di quest'ultimo⁴⁷. La funzione che il diritto internazionale privato viene ormai a riconoscere alla volontà delle parti recupera posizioni più antiche, valorizzandone la funzione sostanziale al di là del mero strumento del rinvio all'ordinamento straniero. Tale rinvio si manifesta come strumento per realizzare gli specifici interessi che le parti hanno inteso perseguire con il regolamento contrattuale, non già come elemento che il diritto obiettivo assume al fine di porre in essere la disciplina del rapporto. Esso è riconosciuto quale particolare mezzo mediante il quale le parti hanno voluto disciplinare in un certo modo l'operazione, non quale fattore che l'ordinamento utilizza in modo oggettivo alla stregua di qualsiasi altro criterio di collegamento, al solo fine di superare i dubbi che le altre possibili scelte legislative provocherebbero. Si realizza, in questo modo, una sorta di ritorno alla prevalenza degli interessi e del punto di vista delle parti, di fronte all'idea che la volontà sia assunta dal sistema nella sua semplice oggettività al fine di realizzare il collegamento fra sistemi nella disciplina del rapporto contrattuale.

Il richiamo del diritto straniero ad opera della volontà delle parti opera, così, al fine di ricavare le norme contrattuali volute dalle parti da un solo, o più, ordinamenti: e questi operano, non come ordinamenti «competenti» dal punto di vista del diritto internazionale privato⁴⁸, ma quali fonti di un regolamento che le parti richiamano anzitutto in considerazione del suo contenuto sostanziale, e che a questo titolo sono resi rilevanti. Da questo punto di vista, il diritto internazionale privato nella sua più recente configurazione offerta dalla convenzione di Roma del 1980 si dimostra capace di fornire una disciplina dei contratti internazionali che va al di là del tradizionale meccanismo internazionalprivatistico. Non si tratta più,

⁴⁷ Sotto questo profilo, trovano piena giustificazione le obiezioni avanzate di recente contro la configurazione del principio di autonomia come vera e propria regola di conflitto, accentuandone invece il carattere di norma di diritto internazionale privato materiale (DEBY-GERARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, 1973, spec. p. 255) o di norma di collegamento «a carattere sostanziale» particolare (PATOCCHI, *Règles de rattachement*, cit., p. 121 ss.). Cfr. anche JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, 1983, spec. p. 114 ss.

⁴⁸ La terminologia è ripresa dagli studi di PICONE, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, 1986, il quale la riferisce peraltro ad una particolare ipotesi di coordinamento fra sistemi, diverso da quello della scelta della legge applicabile: per la descrizione dei vari possibili metodi cfr. anche PICONE, *I metodi di coordinamento tra ordinamenti nel progetto di riforma del diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. int.*, 1990, p. 639 ss., e in *La riforma del diritto internazionale privato e processuale. Raccolta in ricordo di E. Vitta*, a cura di Gaja, Milano, 1994, p. 173 ss.

infatti, sempre e soltanto, dell'inquadramento dei rapporti contrattuali nell'ambito dell'uno o dell'altro sistema. Ma di un meccanismo che, valorizzando al massimo l'intento pratico perseguito dalle parti, è capace di condurre all'individuazione di una disciplina appositamente creata in vista dell'operazione concretamente posta in essere, non necessariamente coincidente con quella fornita dall'uno o dall'altro ordinamento, ma ottenuta attraverso specifici riferimenti a questi. La volontà nella sua funzione strettamente internazionalprivatistica (*kollisionsrechtliche Parteiautonomie*) e la volontà nella sua direzione e funzione sostanziale (*materiellrechtliche Parteiautonomie*) non sono più nettamente distinguibili fra loro, posto che le due funzioni si dimostrano fra loro strettamente collegate.

Sotto un certo profilo, come si è accennato, l'evoluzione ricordata finisce per riportare a posizioni più antiche, proprie di epoche e di impostazioni nelle quali l'autonomia contrattuale veniva considerata unitariamente senza distinguere le diverse direzioni della volontà. È però opportuno rilevare che non per questo possono venire riprodotti i problemi e gli equivoci propri di tali fasi ormai superate di evoluzione del pensiero giuridico. In particolare, nel sistema della convenzione di Roma, è da escludere che possano venire riproposti l'antico dubbio e le ricorrenti confusioni circa la pretesa capacità delle parti di sottrarsi alle norme imperative contenute nella legge normalmente applicabile. Si è già ricordato che proprio questo aspetto aveva in passato stimolato la dottrina ad affinare la distinzione fra i due diversi ruoli della volontà delle parti nella disciplina dei contratti internazionali⁴⁹. La convenzione di Roma provvede a disciplinare con chiarezza la materia dell'interferenza delle norme imperative e di applicazione necessaria, eliminando ogni dubbio al riguardo. Essa infatti stabilisce in certe ipotesi la necessità del rispetto delle norme imperative della legge che sarebbe stata applicabile al contratto in mancanza della diversa scelta delle parti (art. 3, par. 3, art. 5, par. 2, art. 6, par. 1); e prevede in via generale l'applicazione «necessaria» delle «norme in vigore nel paese del giudice, le quali disciplinano imperativamente il caso concreto indipendentemente dalla legge che regola il contratto» (art. 7, par. 2) nonché la possibilità di dare «efficacia alle norme imperative di un altro paese con il quale la situazione presenti uno stretto legame, se e nella misura in cui, secondo il diritto di quest'ultimo paese, le norme stesse siano applicabili quale che sia la legge regola-

⁴⁹ Si veda *supra*, par. 3 e nota 27. D'altra parte, è sempre lo stesso aspetto che viene evocato in relazione al già citato problema del frazionamento del contratto, tutte le volte che esso viene esaminato sotto il profilo del rischio che, attraverso il ricorso ad esso, le parti cerchino di sottrarsi a norme imperative altrimenti applicabili: al riguardo LAGARDE, *Le «dépeçage»*, cit., p. 670 ss.; LANDO, *The EC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations. Introduction and Contractual Obligations*, in *RebelsZ*, 1974, p. 9 ss. Cfr. anche, a proposito di un caso famoso (*Sayers v. International Drilling Co. N.V.*, [1971] 1 *W.L.R.* 1176, deciso con sentenza resa dalla *Court of Appeal* inglese il 10 maggio 1971, riprodotta anche in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1972, p. 614 ss.), gli studi di COLLINS, *Exemption Clauses, Employment Contracts and the Conflict of Laws*, in *Int. Comp. L. Quart.*, 1972, p. 320 ss.; e di WENGLER, *Immunité législative des contrats multinationaux*, in *Revue critique*, 1971, p. 637 ss.

trice del contratto» (art. 7, par. 1)⁵⁰. In questo modo, le esigenze fondamentali tutelate da norme imperative di ordinamenti a vario titolo collegati con il contratto vengono adeguatamente salvaguardate, ma rimane al tempo stesso chiarito al di là di ogni possibile dubbio che in tutti gli altri casi la volontà delle parti è idonea a escludere l'applicazione di tutte le norme imperative degli ordinamenti che sarebbero applicabili in mancanza di scelta, anche nelle ipotesi in cui la designazione operata dalle parti cada su di una pluralità di sistemi in base al potere loro riconosciuto dall'art. 3, par. 1 della convenzione.

7. Conclusione sul ruolo del nuovo diritto internazionale privato europeo dei contratti e i suoi vari aspetti. Riflessi sul problema della c.d. delocalizzazione del contratto e su quello della sua interpretazione e integrazione

Il nuovo diritto internazionale privato dei contratti posto su base europea della convenzione di Roma si dimostra, sotto i profili sin qui sottolineati, particolarmente attento alle esigenze dei contratti del commercio internazionale e della loro disciplina. Attraverso l'ampio ruolo attribuito all'autonomia delle parti, nelle sue molteplici proiezioni e possibilità di manifestazione, esso apre la via al riconoscimento di una disciplina contrattuale che non coincide con quella propria di uno specifico ordinamento giuridico, come accade quando essa risulti dal frazionamento del contratto attuato dalle parti valendosi del potere loro attribuito dall'art. 3, par. 1 della convenzione. Il richiamo, per parti diverse del contratto, a una pluralità di leggi statali si traduce infatti nella sottrazione del contratto nel suo insieme alla disciplina unitariamente dettata in materia da una sola di queste.

Ciononostante, è inevitabile riconoscere che la convenzione si muove pur sempre in un'orbita internazionalprivatistica in quanto limita le possibilità di richiamo alle leggi di uno Stato, o – secondo la sua particolare terminologia – di un «paese» determinato. Non è pertanto possibile che le parti utilizzino il potere di autonomia riconosciuto loro dalle norme convenzionali nel senso di sottrarre il contenuto del rapporto contrattuale alla disciplina prevista da qualsiasi diritto statale, attuando l'una o l'altra delle tecniche di frequente usate sul piano del commercio internazionale, delle quali si dirà oltre⁵¹.

Questa conclusione, imposta dal tenore delle norme convenzionali, non significa però che le tendenze a quella che viene spesso indicata come «delocalizza-

⁵⁰ Per un esame di tali norme, e dei problemi che ne derivano, cfr. TREVES, *Norme imperative*, cit., p. 25 ss.; SIEHR, *Ausländische Eingriffsnormen im inländischen Wirtschaftskollisionsrecht*, in *RabelsZ*, 1988, p. 41 ss.; da ultimo KAYE, *The New Private International Law of Contract*, cit., p. 239 ss. Cfr. anche MENGOZZI, *Le disposizioni sulla legge in generale: gli articoli da 16 a 31*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, I, Torino, 1982, p. 271 ss., a p. 441 ss.

⁵¹ Sul tema cfr. GIARDINA, *Volontà delle parti*, cit., p. 7 ss., e ivi ulteriori riferimenti.

zione» della disciplina del contratto internazionale rimangono del tutto prive di rilievo anche nel quadro della regolamentazione della convenzione di Roma.

In primo luogo, va considerato che la disciplina della convenzione riguarda la soluzione del problema internazionalprivatistico relativo ai contratti internazionali dal punto di vista del giudice statale, e tutte le volte che il problema debba essere da lui risolto. Essa, però, non tocca per nulla la soluzione del problema, quando questa sia di competenza di arbitri in virtù di accordi compromissori stipulati dalle parti: ipotesi questa, com'è ben noto, frequentissima sul piano del commercio internazionale. La convenzione di Roma non incide sull'applicabilità della consueta e apposita disciplina, contenuta anzitutto nelle convenzioni internazionali in materia di arbitrato, che riguarda la soluzione arbitrale delle controversie e il diritto applicabile da parte degli arbitri internazionali⁵².

Inoltre, come già si è detto, già attraverso l'esercizio del potere di frazionare la disciplina del contratto dal punto di vista internazionalprivatistico può considerarsi realizzata una forma, sia pur limitata, di «delocalizzazione». In questo caso, infatti, la disciplina dell'insieme dell'operazione, ancorché realizzata attraverso il richiamo di materiali normativi appartenenti a sistemi di diritto statali non coincide con nessuno di questi. Pertanto, il riconoscimento, che la convenzione di Roma effettua, della possibilità del frazionamento significa riconoscimento della rilevanza ai suoi particolari fini della stessa figura del contratto internazionale, come fenomeno non necessariamente inquadrato in via esclusiva nell'ambito di un solo ordinamento statale.

Da ciò possono essere tratte alcune conseguenze. In primo luogo, qualora le parti abbiano fatto ricorso a tecniche di «delocalizzazione» del contratto internazionale, secondo la varia tipologia nota alla prassi contemporanea⁵³, di questa loro volontà dovrà tenersi il massimo conto possibile anche nell'ambito del sistema convenzionale, che pure rimane di per sé ancorato al principio internazionalprivatistico del richiamo a un diritto statale. L'intenzione così espressa dalle parti non dovrà dunque, neppure nell'ambito del giudizio avanti al giudice statale, essere semplicemente ignorata (e considerata come «non scelta»), in quanto incapace di condurre all'individuazione del diritto dell'uno o dell'altro Stato ricorrendo senz'altro ai criteri di individuazione previsti in mancanza di scelta. Al contrario, se ne dovrà tener conto al fine di pervenire a una soluzione che valorizzi nella massima misura possibile – perlomeno sotto il profilo di una scelta che risulti «in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze» (art. 3, par. 1) – la specifica direzione della comune volontà dei contraenti⁵⁴.

In secondo luogo, la rilevanza attribuita dalla convenzione al fenomeno del contratto internazionale nel modo indicato può manifestarsi sul piano dell'inter-

⁵² CARBONE, *Il «contratto senza legge» e la convenzione di Roma del 1980*, in *La Convenzione di Roma*, cit., p. 109 ss. (ed in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1983, p. 279 ss.).

⁵³ Sulla quale cfr. oltre, cap. III.

⁵⁴ Cfr. CARBONE, *ibid.*, p. 117 ss.

pretazione e dell'integrazione del contratto. L'autonomia delle parti – lo si è visto – non è, infatti, presa in considerazione dalle norme convenzionali ai fini di instaurare un mero collegamento con un dato sistema giuridico statale, inquadrando formalmente in quest'ultimo il rapporto obbligatorio. Essa viene valorizzata da quelle norme, al di là della sua funzione di rinvio in senso stretto, nella sua specifica direzione sostanziale, ossia ai fini e nella prospettiva della creazione di una disciplina appropriata dell'operazione economica internazionale considerata. Entro i limiti segnati dalle norme imperative che la convenzione, in parte impone, e in parte consente, di applicare, l'autonomia privata è resa rilevante quale fonte e fondamento della regolamentazione applicabile. Ciò comporta che quest'ultima va considerata come un tutto, ossia nella sua funzione di coerente e organica disciplina giuridica dell'operazione economica.

Tale disciplina giuridica deve essere ricostruita nella sua portata complessiva alla luce di criteri interpretativi generali dettati dal carattere internazionale del contratto e del carattere completo e unitario che deve, in linea di principio, essere riconosciuto all'operazione. In questo senso, in primo luogo, la portata e il significato della disciplina devono essere determinati senza alcun riferimento esclusivo a un singolo ordinamento statale, ma con l'utilizzazione di un metodo idoneo ad attribuire alle singole categorie e nozioni proprie di ciascuno di questi la portata e i profili più ampi ricavabili in base alla determinazione dei profili di base comuni a tutte, ossia le qualificazioni comuni ai vari sistemi a vario titolo interessati. A questi fini, fondamentale importanza va, naturalmente, attribuita alle norme di diritto uniforme elaborate nell'ambito di apposite convenzioni internazionali, quali quelle ben note in tema di vendita e trasporto, e alle clausole uniformi e standardizzate elaborate nell'ambito di modelli contrattuali internazionali⁵⁵.

Inoltre, il carattere tendenzialmente completo e autosufficiente che deve essere in via di principio riconosciuto alla disciplina contrattuale e valorizzato nel suo ambito – sempre, beninteso, nel quadro delle norme imperative dei vari ordinamenti capaci di venire a vario titolo in rilievo – importa la conseguenza che gli eventuali problemi di interpretazione non debbano essere risolti puramente e semplicemente sulla base della meccanica applicazione di principi e regole esterni, relativi all'interpretazione del contratto o alla determinazione del suo contenuto precettivo, contenuti in un singolo ordinamento giuridico quand'anche rilevante per la disciplina dell'uno o dell'altro aspetto del rapporto contrattuale. La ricostruzione dell'insieme della disciplina posta in essere dalle parti, intesa come autoregolamento dotato di propria intrinseca coerenza e almeno tendenziale completezza al di là e al di sopra dell'eventuale molteplicità delle fonti normative utilizzate, deve aver luogo soprattutto in base a criteri interni allo stesso regolamento contrattuale. Criteri di questo genere possono risultare dall'applicazione di tecniche interpretative (largamente sperimentate soprattutto ma non soltanto nel qua-

⁵⁵ Si vedano le opere citate *supra*, nota 12. Cfr. anche CARBONE, *L'avvocato e il diritto privato del commercio internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 1991, p. 49 ss.

dro dei sistemi di *common law*), che attengono all'ambito e alla logica propri dell'autonomia normativa dei contraenti⁵⁶. Con il ricorso a tecniche di questo tipo è possibile pervenire all'individuazione di una serie di regole, che, pur fondate sull'interpretazione delle clausole contrattuali nel loro complesso, non rientrano nell'enunciato di queste, ma ne costituiscono integrazione. Si tratta tuttavia, e pur sempre, di regole desumibili dalla stessa fonte contrattuale, e non esterne rispetto a essa, che i procedimenti interpretativi indicati sono volti a individuare, al di là di qualsiasi ricostruzione in termini di volizioni ipotetiche o presunte dei contraenti⁵⁷.

Anche sotto il profilo dell'interpretazione e dell'integrazione, dunque, la considerazione dell'autonomia contrattuale come strumento per la disciplina del contratto, non limitato alla localizzazione in senso stretto di questo, si rivela ricca di risultati. Il contratto internazionale si riconferma fenomeno dotato di propria specifica rilevanza sociale e giuridica, in virtù dell'atteggiamento adottato dal nuovo diritto internazionale privato europeo nato dalla convenzione di Roma: che non si limita a coordinare fra loro i tradizionali sistemi internazionalprivatistici, ma provvede direttamente a tracciare i confini fra manifestazione di autonomia giuridicamente rilevante e principi del diritto statale dettati a tutela di valori essenziali dei rispettivi sistemi.

⁵⁶ Ad esempio, le operazioni interpretative tendenti a ricostruire i c.d. *implied terms* di un contratto ossia quegli obblighi che il giudice ritiene che le parti debbono aver contemplato per dare efficacia al contratto (DENNING, *The Discipline of Law*, London, 1979, p. 33 ss.; ATIYAH, *An Introduction*, cit., p. 207 ss.), oppure le *constructive conditions* secondo l'espressione preferita negli Stati Uniti (cfr. PATTERSON, *Constructive Conditions in Contracts*, in *Columbia L. Rev.*, 1942, p. 903 ss.; ID., *The Interpretation and Construction of Contracts*, *ibid.*, 1964, p. 833 ss.). Sull'evoluzione della prassi angloamericana e la progressiva distinzione fra *implied terms* «*in fact*» e «*in law*» cfr. anche G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 35 ss.

⁵⁷ In questo senso, pertanto, l'«integrazione» di cui è detto nel testo si distingue dall'operazione prevista dall'art. 1374 cod. civ. italiano, nel quale il ricorso è fatto ad una fonte esterna rispetto al contratto, sia essa la legge, o gli usi, o l'equità. D'altronde, è noto che il confine fra attività di interpretazione e attività di integrazione è assai difficile da tracciare. Cfr. da ultimo BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto – Articoli 1363-1371*, in *II Codice Civile*, Commentario diretto da Schlesinger, Milano, 1991, spec. p. 23 ss.

Capitolo II

Contratti e diritto internazionale pattizio: diritto materiale uniforme, *framework agreements* e autonomia privata

SOMMARIO: 1. Autonomia privata e diritto materiale uniforme. La c.d. specialità del diritto materiale uniforme e le diverse categorie di diritto uniforme. – 2. La rilevanza della prospettiva volontaria e delle determinazioni delle parti con riguardo alla internazionalità del rapporto rilevante ai fini dell'applicazione della normativa di diritto uniforme. – 3. La normativa di diritto materiale uniforme a contenuto «imperativo»: le sue caratteristiche e i suoi effetti sui contratti del commercio internazionale. – 4. Autonomia privata e ampliamento dell'ambito di applicazione del diritto uniforme a contenuto imperativo. – 5. Autonomia privata ed efficacia extraterritoriale del diritto uniforme a contenuto imperativo. – 6. Autonomia privata ed estensione tipologica della normativa di diritto uniforme a contenuto imperativo. – 7. Autonomia privata e diritto uniforme a contenuto «derogabile»: criteri e limiti. – 8. *Continua*: La generale *vis expansiva* del diritto uniforme a contenuto derogabile e alcuni specifici problemi interpretativi. – 9. Gli effetti e i criteri interpretativi delle deroghe contrattuali alle norme di diritto uniforme a contenuto imperativo. – 10. Il diritto internazionale pattizio e la garanzia di «conformità» agli interessi interstatali dell'esercizio dell'autonomia privata nei contratti internazionali. – 11. *Continua*: La disciplina di diritto internazionale pattizio e il suo rilievo sull'esercizio dell'autonomia privata in occasione della conclusione dei contratti del commercio internazionale relativi ai traffici marittimi. – 12. *Continua*: La disciplina di diritto internazionale pattizio e il suo rilievo nell'esercizio dell'autonomia privata in occasione di contratti sul trasferimento di materiali e tecnologie nucleari.

1. *Autonomia privata e diritto materiale uniforme. La c.d. specialità del diritto materiale uniforme e le diverse categorie di diritto uniforme*

Per quanto riguarda la normativa internazionale destinata a incidere sulla disciplina dei contratti del commercio internazionale e a condizionare in essa l'esercizio dell'autonomia privata merita, anzitutto, di essere ricordato – per la sempre maggiore rilevanza che assume in quella disciplina – il c.d. diritto materiale uniforme adottato in virtù di convenzioni internazionali e operante nell'ambito dei vari ordinamenti statali a seguito di uno specifico atto di adesione e di adattamento ad esse. Questa normativa, com'è noto, è formulata in funzione dell'«internazionalità» di determinati rapporti contrattuali (particolarmente frequenti nel commercio internazionale) in modo da realizzare e garantire un identico trattamento di tali rapporti nell'ambito dei vari ordinamenti statali interessati alla loro esecuzione o alla soluzione delle controversie ad essi relative con applicazione di una spe-

cifica disciplina elaborata al riguardo al di fuori della logica esclusiva di un determinato ordinamento statale¹.

In questa prospettiva, pertanto, al fine di consentire il perseguimento degli accennati obiettivi, la dottrina non ha esitato ad affermare che la normativa di diritto materiale uniforme, fino a quando ad essa partecipano e nella misura in cui ad essa sono vincolati i vari ordinamenti statali², necessariamente deroga, nell'ambito e secondo i suoi criteri di applicazione, alla corrispondente normativa interna. L'affermazione di tale «prevalenza», in caso di sovrapposizione degli ambiti rispettivi di competenza, del diritto materiale uniforme rispetto alla disciplina di diritto comune (eventualmente anche successiva) dotata del medesimo grado di «resistenza» normativa, è stata, così, unanimemente riconosciuta e motivata anche dalla giurisprudenza già in tempi risalenti³. L'argomento formale più ricorrente al riguardo è quello della «specialità» inerente alla natura e derivazione internazionale che caratterizza la normativa di diritto uniforme⁴. Il che, d'altronde, risulta perfettamente in linea anche con quanto la Corte di Cassazione italiana già in passato ha precisato – e ancora di recente ha confermato⁵ senza alcuna esitazione – in termini del tutto espliciti.

Nessuno stupore, quindi, se si è decisamente affermato in proposito – in sostanziale coerenza con quanto affermato dalla giurisprudenza straniera⁶ – che

¹ In merito alla funzione e ruolo del diritto materiale uniforme si veda, ad esempio, il classico contributo di DAVID, *The International Unification of Private Law*, in *Int. Enc. Comp. L.*, II, ch. 5, Tübingen-The Hague-Paris-New York, 1971. Con particolare riferimento ai rapporti del commercio internazionale cfr. GILES, *Uniform Commercial Law*, Leyden, 1970.

² Come è noto, al riguardo, rileva in modo particolare la presenza di un obbligo internazionale assunto da parte degli Stati in virtù di un trattato internazionale di dare attuazione nell'ambito del proprio ordinamento a una specifica normativa di diritto uniforme. In tal senso, la dottrina ha unanimemente riconosciuto alle convenzioni internazionali la caratteristica di atto particolarmente idoneo a garantire la presenza di uno specifico obbligo rivolto a ottenere l'effettivo «inserimento» della disciplina di diritto materiale uniforme nei vari ordinamenti statali: tra i vari si veda, ad esempio, DAVID, *The International*, cit., spec. p. 88 ss.; MALINTOPPI, *Diritto uniforme e diritto internazionale privato in tema di trasporto*, Milano, 1955, spec. p. 35 ss.; da ultimo, nella dottrina italiana, BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, 1986, spec. p. 44 ss.; e CONFORTI, *Obblighi di mezzi e obblighi di risultato nelle convenzioni di diritto uniforme*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1988, p. 233 ss.

³ Si veda App. Genova, 27 giugno 1970, *Itavia c. Bracci*, in *Dir. mar.*, 1971, p. 559 ss.; Cass. (S.U.), 11 ottobre 1979, n. 5274, *Bianco c. Kufferath KG et al.*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1980, p. 82 ss.; Cass., 17 gennaio 1980, n. 383, *Lafragola c. Soc. Reale Mutua di Assicurazioni*, in *Dir. mar.*, 1980, p. 478 ss.; App. Brescia, 27 dicembre 1981, *Soc. Italo-Belge pour le Commerce et l'Industrie c. I.G.O.R.*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1981, p. 781 ss.

⁴ Vedi in dottrina, per tutti, il contributo di CONFORTI, *La «specialità» dei trattati internazionali eseguiti nell'ordine interno*, in *Studi in onore di G. Balladore Pallieri*, II, Milano, 1978, p. 187 ss.

⁵ Vedi, da ultimo, Cass., 18 giugno 1987, n. 5357, *Navigazione Alga c. Rhin et Moselle*, in *Dir. mar.*, 1988, p. 1107 ss.

⁶ Per quanto riguarda le esperienze straniere è sufficiente, in questa sede, ricordare – anche per le evidenti e note analogie che l'ordinamento francese ha con l'ordinamento italiano – quanto deciso da App. Rouen, 15 aprile 1982, *Pancarib c. Compagnie Gén. Mar. Fin.*, in *Droit mar. fr.*, 1982, p. 744 ss.; e Cass., 19 aprile 1988, *Roho c. Caron et al.*, in *Revue critique*, 1989, p. 68 s. Cfr. le osser-

ogni sistema di diritto materiale uniforme oggetto di una convenzione internazionale introdotta nell'ordinamento italiano in virtù di ordine di esecuzione, proprio in quanto tale e in virtù delle ragioni sopra ricordate, rende inapplicabile le altre norme del nostro ordinamento o di altro ordinamento statale se non nella misura prevista e consentita da tale disciplina. In questa prospettiva e in questo senso appare, così, naturale che si sia affermato che la normativa di diritto materiale uniforme esclude l'operatività anche delle norme di diritto internazionale privato dello Stato, salvo specifiche ed espresse indicazioni normative in senso contrario da parte dello stesso diritto uniforme, che si pone, rispetto ad esse come alle altre norme sostanziali, quale «legge speciale».

La stessa dottrina che si è occupata di questo tema – come si è già accennato – è giunta in sostanza alle medesime conclusioni, valorizzando, nella direzione ora indicata, soprattutto elementi interpretativi, oltreché specifici argomenti testuali, ricavati da una lettura sistematica e coordinata delle varie normative di diritto materiale uniforme⁷. In particolare, così, si è sottolineato che la specialità e la prevalenza delle norme internazionalmente uniformi rispetto a quelle di diritto interno, prima ancora che con riferimento alle connotazioni formali loro inerenti, va ricostruita intorno alla *ratio* che sta alla loro base. E cioè, sulla base della loro caratteristica di prevedere una regolamentazione dei fatti e dei rapporti ricompresi nel loro ambito di applicazione derogabile dagli Stati e dai privati nei soli limiti da essa indicati in quanto risulta essere comunque la «più appropriata ... non a ragione del suo contenuto intrinseco» (che potrebbe ragionevolmente venir posto in discussione, dall'angolo visuale dei singoli ordinamenti interni), ma perché solo in tal modo si può garantire ad essa la stessa applicazione permettendo a tale normativa di essere «la medesima, negli ordinamenti interni degli Stati contraenti, realizzando pertanto una migliore prevedibilità del diritto»⁸.

Le norme in esame, peraltro, sono destinate a operare con effetti diversi sui vari rapporti contrattuali da esse regolati, e in particolare sull'esercizio dell'autonomia privata, a seconda delle specifiche caratteristiche della corrispondente disciplina di diritto uniforme nell'ambito della quale esse sono inserite. Infatti, in funzione del tipo di rapporto contrattuale in concreto oggetto di tale normativa e della specifica posizione delle parti nella (e in particolare della loro possibilità di contribuire effettivamente alla) determinazione sia dei contenuti del rapporto sia degli esiti normativi cui giungono al riguardo tradizione e pratica del commercio internazionale (ai quali, normalmente, si ispira – e da cui in particolare trae spunti e stimoli – l'elaborazione del diritto materiale uniforme relativo ai contratti del commercio internazionale la cui disciplina è oggetto di una convenzione interna-

vazioni al riguardo di tale evoluzione giurisprudenziale di DEHAUSSY, *La supériorité des normes internationales sur les normes internes: à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 20 octobre 1989*, Nicolò, in *Clunet*, 1990, p. 5 ss.

⁷ Si vedano le citazioni riportate alla precedente nota 2.

⁸ Si veda MALINTOPPI, *Diritto uniforme*, cit., p. 64 ss.

zionale), sono modulati gli effetti più o meno inderogabili dalle parti e dagli Stati della disciplina di diritto materiale uniforme e i suoi interventi correttivi sulle regole abitualmente adottate nel commercio internazionale.

Infatti, da un lato, esiste una normativa di diritto materiale uniforme (da alcuni addirittura definita come dotata di «carattere meramente suppletivo»)⁹ ampiamente ricognitiva dei risultati cui perviene la pratica allorché i rapporti contrattuali del commercio internazionale sono sostanzialmente equilibrati tra le parti partecipi ad essi. In tal caso, ci si limita a razionalizzare questi risultati e valutare le corrispondenti esperienze precisando ed elaborando al riguardo semplicemente modelli normativi che ne recepiscono i contenuti in modo adeguato a garantirne l'applicazione senza discontinuità nell'ambito dei vari ordinamenti statali, ma senza limitare, al tempo stesso, le ulteriori potenzialità espansive ed evolutive degli esiti normativi dell'autonomia privata in qualsiasi direzione e quindi anche in senso derogatorio rispetto alla disciplina di diritto uniforme. È l'ipotesi della normativa in tema di vendita internazionale di cose mobili.

D'altro lato, esiste invece un altro tipo di normativa di diritto materiale uniforme che impone, con portata e contenuti «imperativi»¹⁰, la propria disciplina a rapporti contrattuali del commercio internazionale in cui la posizione dei soggetti contraenti risulta storicamente, e per varie ragioni, «sperequata». In presenza di tali situazioni, infatti, le convenzioni internazionali di diritto materiale uniforme si limitano a ricavare spunti e stimoli dai risultati cui perviene la pratica del commercio internazionale, al fine di recepirne solamente i contenuti condivisi dalla maggior parte degli Stati interessati a tali rapporti e correggerne le distorsioni normative in modo identico nell'ambito dei vari ordinamenti statali interessati alla loro esecuzione. Il che è rivolto sia a riequilibrare le differenti posizioni contrattuali sia a evitare «undue competition» a favore di imprese che, potendo giovare di una disciplina più penalizzante nei confronti dei loro contraenti, sono in grado di offrire le loro prestazioni a prezzi più convenienti rispetto ai loro concorrenti sul mercato internazionale o sono comunque portate ad abusare della posizione dominante o monopolistica in cui si trovano. È l'ipotesi della normativa uniforme in materia di trasporto internazionale, in particolare marittimo.

⁹ Nel senso indicato nel testo, peraltro eccessivamente svalutativo del ruolo e della portata del diritto uniforme in esame, vedi ad esempio TUNC, *Commentaire sur les Conventions de La Haye du 1^{er} juillet 1964 sur la Vente internationale des objets mobiliers corporels et la Formation du contrat de vente*, in *Conférence diplomatique sur l'unification du droit en matière de la vente internationale (La Haye, 2-25 avril 1964)*, I, *Actes*, La Haye, 1966, p. 355 ss., in lingue inglese e francese a cura del Ministero della giustizia olandese; e RIGAUX, *Le domaine d'application de la loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels et de la loi uniforme sur la formation de ces contrats de vente*, in *Journal des Tribunaux*, 1972, p. 561 ss.

¹⁰ Questa caratteristica, a volte, è posta in rilievo da parte di alcuni autori anche al fine di giustificare la prevalenza rispetto alla corrispondente normativa interna: ad esempio, COLLINS, *Admiralty – International Uniformity and the Carriage of Goods by Sea*, in *Tulane L. Rev.*, 1985-1986, p. 171 ss.; e IVALDI, *Diritto uniforme dei trasporti e diritto internazionale privato*, Milano, 1990.

2. La rilevanza della prospettazione volontaria e delle determinazioni delle parti con riguardo alla internazionalità del rapporto rilevante ai fini dell'applicazione della normativa di diritto uniforme

Peraltro, con riferimento a entrambi i tipi di disciplina ora accennati, e nonostante le differenze tra loro intercorrenti, un ruolo essenziale assumono, comunque, le determinazioni delle parti, e in particolare le modalità e gli effetti con cui si è manifestato l'esercizio della loro autonomia privata, ai fini di stabilire se i rapporti contrattuali del commercio internazionale da esse conclusi sono ricompresi nell'ambito di applicazione della specifica normativa di diritto uniforme che li riguarda.

Come è noto, in proposito, rileva in modo particolare la valutazione dell'internazionalità del rapporto contrattuale in funzione della quale è elaborata la stessa normativa di diritto uniforme e dal quale dipende l'operatività di essa. Tale internazionalità, peraltro, non è valutata secondo parametri identici nell'ambito delle varie convenzioni internazionali di diritto uniforme. In alcuni casi è previsto un approccio c.d. *erga omnes*¹¹, per cui un qualsiasi elemento di internazionalità obiettiva o soggettiva del rapporto contrattuale, al di là del suo collegamento con uno Stato contraente della convenzione, ne consente l'operatività. In altri casi, invece, l'approccio accolto è *inter partes* e pertanto l'internazionalità del rapporto contrattuale rileva soltanto se collegata agli ordinamenti degli Stati contraenti. In altri casi ancora la soluzione accolta presenta una commistione di entrambi i sistemi ora accennati.

Questa diversità di possibili soluzioni spesso ha creato, e tutt'ora crea, difficoltà interpretative notevoli nell'individuazione degli elementi di internazionalità di un determinato rapporto contrattuale rilevanti ai fini di assoggettarne la disciplina alla normativa di diritto uniforme¹²: in ogni caso, al riguardo, assumono un rilievo

¹¹ Vedi in merito a tale approccio, e alla sua condivisione quanto meno con riguardo ad alcune «materie», anche se la scelta in esame non ha trovato grandi riconoscimenti normativi, VITTA, *International Conventions and National Conflict Systems*, in *Recueil des Cours*, 1969, I, p. 172 ss.; VON OVERBECK, *L'application par le juge interne des Conventions de droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1971, I, p. 29 ss.; e CARBONE, *L'ambito di applicazione e i criteri interpretativi della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*, in *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980* (Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure, 26-28 settembre 1980), Milano, 1981, p. 63 ss.

¹² Con riferimento alla rilevanza dell'internazionalità del rapporto ai fini di assoggettarne la disciplina alla normativa di diritto uniforme si veda il classico contributo di BATIFFOL, *Le pluralisme des méthodes en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1973, II, spec. p. 107 ss. Nella dottrina italiana, in merito alla portata della «internazionalità» del contratto e agli elementi che la caratterizzano, sia ai fini di determinare l'ambito di applicazione della normativa uniforme, sia ai fini di dare rilievo alle specifiche soluzioni di diritto internazionale privato, si veda per tutti R. DE NOVA, *Obbligazioni (dir. int. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 456 ss. Infine, con specifico riferimento alla nozione di «contratto internazionale», cfr. P. LALIVE, *Sur une notion de contrat international*, in *Multum non multa. Festschrift für K. Lipstein*, Heidelberg-Karlsruhe, 1980, p. 135 ss.

vo essenziale le determinazioni delle parti e la posizione contrattuale che esse hanno in riferimento a tali rapporti.

Problemi particolarmente delicati, ad esempio, si sono posti nell'ambito del nostro ordinamento a proposito della verifica degli elementi di internazionalità che devono caratterizzare il trasporto marittimo retto dalla disciplina normativa uniforme nell'ambito dell'originaria formulazione della convenzione di Bruxelles del 1924 sul trasporto marittimo di cose. Infatti, in merito ad essa, è esistita una notevole divergenza a proposito dell'esigenza che, oltre ai requisiti di internazionalità di tipo oggettivo, il trasporto marittimo dovesse essere caratterizzato anche da elementi di internazionalità soggettiva per essere ricompreso nel suo ambito di applicazione. Quest'ultima soluzione è stata proposta in dottrina, ove è stata ampiamente teorizzata nell'ambito della c.d. scuola napoletana di diritto della navigazione riprendendo lo spunto contenuto in un insegnamento di Antonio Scialoja (a giudizio del quale il diritto uniforme della convenzione di Bruxelles conteneva «norme destinate a eliminare i conflitti di leggi che si presentano nel campo dei rapporti tra soggetti di nazionalità diversa»), e ha trovato accoglimento anche in alcune sentenze in cui, tra l'altro, si è rilevato che non può ritenersi sufficiente, perché sia regolato dalla convenzione, che il trasporto sia internazionale in senso obiettivo (e cioè, si svolga tra due porti siti in due Stati diversi), ma occorre anche la partecipazione al contratto di soggetti di cittadinanza diversa¹³.

Tale soluzione peraltro è stata decisamente avversata da una parte della dottrina con argomenti in realtà assai convincenti che si fondano, soprattutto, sulla pratica normativa e giurisprudenziale degli Stati contraenti della convenzione di Bruxelles, oltretutto sulla *ratio* alla base della (e comune a tutta la) normativa di diritto uniforme relativa ai rapporti del commercio internazionale che, a differenza delle convenzioni sul trattamento reciproco dei cittadini, si caratterizza proprio per il fatto di non attribuire rilevanza agli elementi di estraneità soggettivi dipendenti dalla nazionalità dei contraenti¹⁴.

Di fronte a questa decisa presa di posizione notevoli perplessità si sono manifestate al riguardo anche in giurisprudenza ove non sono mancate decisioni che espressamente hanno accolto le ora ricordate critiche, escludendo la rilevanza degli elementi di internazionalità soggettiva per determinare l'ambito di operatività della convenzione di Bruxelles del 1924¹⁵.

Tanto più che un ulteriore argomento a favore dell'irrelevanza dell'interna-

¹³ Si veda in giurisprudenza, ad esempio, Trib. Napoli, 19 giugno 1967, *Holme c. Scinicariello*, in *Dir. giur.*, 1967, p. 659 ss., e ancora da ultimo Cass., 17 gennaio 1980, n. 383, *Lafragola c. Soc. Reale Mutua di Assicurazioni*, in *Dir. mar.*, 1980, p. 478 ss. In dottrina, per tutti, RICCARDELLI, *I presupposti per l'applicazione della legge 19 luglio 1929, n. 1638 per l'esecuzione della Convenzione di Bruxelles sulla polizza di carico*, in *Foro it.*, 1955, I, 34 ss.

¹⁴ Al riguardo si veda MALINTOPPI, *Diritto uniforme*, cit., p. 130 ss.; e, da ultimo, CARBONE, *Contratto di trasporto marittimo di cose*, Milano, 1988, spec. p. 56 ss.

¹⁵ Si veda, soprattutto, la fondamentale decisione della Cass., 26 luglio 1960, n. 2164, *Soc. di Navigazione Salvago c. S.r.l. Enrico Sperco & Figli*, in *Dir. mar.*, 1961, p. 579 ss.

zionalità soggettiva è stato individuato nella circostanza che un tale elemento creerebbe solo incertezze di disciplina specialmente nei casi (in realtà assai frequenti nella pratica) di polizza all'ordine con girata in bianco, il cui regime, insieme alla disciplina del trasporto a essa relativo, verrebbe in continuazione a mutare a seconda della nazionalità del beneficiario¹⁶.

In base a tali considerazioni, è risultata, così, non appagante la diversa opinione, innanzi accennata, secondo cui l'internazionalità dei trasporti e i conflitti di leggi (rispetto ai quali il diritto materiale uniforme si pone come momento di superamento e prevenzione secondo quanto indicato nel precedente paragrafo) devono necessariamente presupporre una loro connotazione soggettiva internazionale in quanto soltanto in presenza di tale ulteriore specifico requisito delle fattispecie deve essere affrontato e risolto il problema della scelta tra più sistemi normativi (nazionali) dei quali, a diverso titolo, è ipotizzabile l'applicabilità con riguardo al caso concreto.

Nessuno stupore, quindi, se il protocollo di Visby del 1968 (che – come è noto – ha apportato importanti modifiche all'originaria formulazione della convenzione di Bruxelles del 1924) ha assunto nel senso ora indicato una decisa e definitiva (oltretutto, anche per l'ordinamento italiano, specificamente vincolante) presa di posizione sull'argomento. In tale sede, infatti, è stata codificata una specifica norma in virtù della quale non solo è stato accordato rilievo, ai fini dell'applicazione del diritto uniforme, ai soli elementi di internazionalità c.d. oggettiva del trasporto, ma si è addirittura esplicitamente esclusa al riguardo qualsiasi rilevanza agli elementi «soggettivi» del rapporto e/o alla stessa nazionalità della nave¹⁷.

Il che è sicuramente da condividere. Tanto più che dall'esame comparato delle varie convenzioni di diritto uniforme relative ai trasporti, secondo una logica sostanzialmente coincidente, è sempre il solo profilo di «internazionalità oggettiva» loro inerente a fornire il presupposto della rilevanza della normativa di diritto uniforme anche se al riguardo si deve pur sempre trattare di internazionalità fornita di elementi impicanti profili di collegamento con (uno o più) Stati contraenti.

Ma è proprio tale prospettiva che consente di porre in rilievo la portata e gli effetti che hanno, comunque, le determinazioni delle parti contraenti sull'ambito di applicazione della normativa di diritto materiale uniforme. Infatti, al riguardo, l'esistenza dei prescritti requisiti di internazionalità oggettiva dovrà accertarsi dando rilievo prioritario e assoluto alla prospettazione che le parti si sono date in ordine alle modalità di esecuzione del rapporto rispetto a quanto (eventualmente in senso difforme) si verifica in concreto. Per stabilire, così, se un trasporto marittimo o

¹⁶ Si veda al riguardo CARBONE, *Contratto di trasporto*, cit., p. 57.

¹⁷ Come è noto, infatti, la nuova versione dell'art. 10 della convenzione di Bruxelles (introdotta nell'ambito dell'ordinamento italiano in virtù di ordine di esecuzione adottato con l. 12 giugno 1984, n. 243) prevede la rilevanza ai fini della sua applicazione a) del luogo di emissione della polizza, b) del luogo di partenza del trasporto e c) del rinvio ad essa operato dalle parti «quelle que soit la nationalité du navire, du transporteur, du chargeur, du destinataire ou de toute autre personne intéressée».

aereo presenta i requisiti di internazionalità richiesti, e sia inoltre legato a uno Stato contraente in modo rilevante ai fini dell'applicazione della normativa di diritto uniforme, si dovrà accordare rilievo e prevalenza, rispetto a qualsiasi altra circostanza, a quanto convenuto dalle parti a proposito dell'itinerario effettivo del trasporto¹⁸.

Il che appare funzionale non solo all'esigenza di rispettare al riguardo la volontà e le determinazioni delle parti, ma anche alla necessità di garantire *ab initio* al trasporto quella certezza e prevedibilità di disciplina, che verrebbe meno se si ammettesse soltanto una verifica *ex post* delle caratteristiche «internazionali» del rapporto rilevanti ai fini di assoggettarlo alla normativa uniforme in materia.

D'altro canto, le espressioni utilizzate dalle disposizioni di diritto materiale uniforme che si sono date carico di disciplinare espressamente questo problema (sempre in materia di trasporti) non sembrano lasciar adito a dubbi sull'esattezza di questa soluzione: la convenzione di Varsavia¹⁹, ad esempio, prevede espressamente (al suo art. 1, par. 2) che siano le «*stipulations des parties*» a fornire in modo esauriente ogni utile indicazione allo scopo di accertare se un trasporto aereo rivesta o meno le caratteristiche di «internazionalità obiettiva» richieste ai fini della sua riconduzione nell'ambito di operatività della normativa di derivazione pattizia.

Infatti, «*under the "Warsaw System" the place of departure, destination, and stopover where applicable, must have been agreed beforehand by the carrier and his customer*»²⁰. Pertanto, gli eventuali mutamenti di percorso verificatisi incidentalmente durante l'esecuzione del trasporto, o quelli comunque dovuti alla sola decisione unilaterale del vettore, non rilevano e non possono essere considerati nella prospettiva di verificare l'esistenza dell'internazionalità e del collegamento con uno Stato contraente ai fini dell'operatività della normativa di diritto uniforme²¹.

Muovendo in tale direzione si dovrà quindi, e a maggior ragione, riconoscere

¹⁸ Valgono al riguardo gli stessi argomenti impiegati sotto il profilo più strettamente internazionale-privatistico da dottrina e giurisprudenza relativamente alla valutazione della c.d. internazionalità del rapporto contrattuale per giustificare al riguardo la legittimità della scelta della legge applicabile operata dalle parti ad esso interessate. Si veda, ad esempio, LANDO, *The EC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations. Introduction and Contractual Obligations*, in *RebelsZ*, 1974, p. 9 ss.; R. DE NOVA, *Obbligazioni*, cit., p. 464; e CARBONE, *L'autonomia privata nel diritto internazionale privato delle obbligazioni*, in *Dir. com. scambi int.*, 1982, spec. p. 21-22.

¹⁹ La convenzione di Varsavia del 12 ottobre 1929 sul trasporto aereo è stata introdotta nell'ordinamento italiano, nel suo testo originario, con l. 19 maggio 1933, n. 81. Tale convenzione è stata poi modificata dal protocollo dell'Aja del 28 settembre 1955 (la cui autorizzazione alla ratifica e il cui ordine di esecuzione sono contenuti nella l. 3 dicembre 1962, n. 1832) e dalla convenzione di Guadalajara del 18 settembre 1961 (la cui autorizzazione alla ratifica e il cui ordine di esecuzione sono stati adottati in virtù della l. 11 giugno 1967, n. 459). Peraltro, a seguito della predetta evoluzione normativa i profili di cui al testo sono rimasti invariati e i relativi contenuti normativi confermati.

²⁰ Si veda MANKIEWICZ, *The Liability Regime of the International Air Carrier*, Deventer-Antwerp-Boston-London-Frankfurt, 1981, p. 6 ss.

²¹ Si veda, ad esempio, per i contenuti particolarmente significativi al riguardo di quanto indicato nel testo, la decisione canadese nel caso *Stratton v. Trans Canada Air Lines*, [1961] 27 D.L.R. 2d 670.

alle indicazioni contenute nel documento di trasporto (la cui mancata emissione, peraltro, «n'affecte ni l'existence, ni la validité du contrat de transport»)²² il valore di un elemento presuntivo circa la volontà reale delle parti, per il cui definitivo accertamento potrà essere utilizzato qualsiasi indizio rivelatore (del contenuto) degli accordi intercorsi. Si ammette così che la volontà dei contraenti nella determinazione dell'itinerario del percorso possa essere ricostruita dall'interprete senza limiti di forma e specifiche preclusioni.

In una prospettiva del tutto analoga, anche la convenzione di Ginevra del 1956²³ sul trasporto terrestre di merci (CMR) si richiama a quanto «specified in the contract» a proposito dei luoghi rilevanti ai fini della valutazione della internazionalità oggettiva del trasporto in funzione della localizzazione della presa in carico e della riconsegna della merce oggetto del trasporto su strada. Quindi, per delimitare la sfera di competenza riservata alla CMR, ciò che conta sono soltanto gli elementi desumibili dagli accordi intervenuti, eventualmente anche durante il trasporto, tra i soggetti che sono parti del relativo contratto. E per converso, dalla medesima disposizione si desume anche, in termini inequivocabili, che il verificarsi soltanto accidentale dell'internazionalità del trasporto terrestre e del suo collegamento con (almeno) uno Stato contraente, non riveste alcun valore ai fini di rendere applicabile la normativa di diritto uniforme²⁴.

Secondo la stessa logica, allo scopo di individuare i trasporti ferroviari inderogabilmente soggetti alla disciplina prevista dalle RU/CIM²⁵, deve aversi esclusivo riguardo, in virtù del combinato disposto dei suoi articoli 1 e 11, all'itinerario determinato dal mittente, cui la ferrovia abbia aderito e alla cui esecuzione si sia impegnata accettando la merce accompagnata da una lettera di vettura «diretta» (cioè emessa sulla base di un contratto di trasporto da considerarsi come unitario,

²² In tal senso, infatti, si esprime l'art. 3, par. 2 della convenzione di Varsavia in merito al cui contenuto si segnala, in particolare, la recente sentenza del *Tribunal Supremo Civil* spagnolo del 14 luglio 1987, in *Rev. droit uniforme*, 1987, II, p. 743 ss.

²³ Si tratta dei testi della normativa originaria di diritto uniforme sul trasporto su strada, il cui provvedimento normativo di esecuzione nell'ambito dell'ordinamento italiano è la l. 6 dicembre 1960 n. 1621. Tale normativa è stata integrata da quanto disposto nel protocollo di Ginevra del 5 luglio 1978, cui l'Italia ha provveduto ad adattarsi mediante l. 27 aprile 1982, n. 242.

²⁴ In realtà, l'art. 1, par. 1 della convenzione di Ginevra in cui si prescrive l'applicazione della disciplina di diritto uniforme a contratti di trasporto di merci su strada «lorsque le lieu de la prise en charge de la marchandise et le lieu prévu pour la livraison, tels qu'ils sont indiqués au contrat, sont situés dans deux pays différents dont l'un au moins est un pays contractant». Vedi, al riguardo, per tutti, SILINGARDI, RIGUZZI, GRAGNOLI, *Il contratto di trasporto internazionale di merci su strada: trent'anni di dottrina e giurisprudenza sulla CMR*, s.d., ma Roma, 1989, p. 15.

²⁵ Si tratta della più recente – e attualmente in vigore – normativa di diritto uniforme relativa al trasporto ferroviario adottata a Berna il 9 maggio 1980 e introdotta nell'ordinamento italiano con l. 18 dicembre 1984, n. 976. Come è noto, tale normativa contiene due appendici: la prima (appendice A) contiene le regole uniformi concernenti il contratto di trasporto ferroviario dei viaggiatori e dei bagagli (RU/CIV) e la seconda (appendice B) prevede invece le regole uniformi concernenti il contratto di trasporto ferroviario internazionale di merci (RU/CIM). È a quest'ultima disciplina che si riferiscono le osservazioni di cui al testo.

anche se la sua esecuzione richiede l'intervento di più ferrovie e interessa il territorio di più Stati contraenti).

Peraltro, a differenza di quanto è stato posto in evidenza a proposito delle altre convenzioni in tema di trasporto fin qui esaminate, dottrina e giurisprudenza rilevano che, con riferimento al trasporto ferroviario, la volontà delle parti, rilevante nella ricostruzione dell'internazionalità del rapporto, debba necessariamente essere determinata solamente sulla scorta di quanto previsto nella lettera di vettura, la cui emissione e debita compilazione (almeno in quelle parti, ritenute «absolument indispensables» per la formazione del contratto, riguardanti determinate informazioni relative alla stazione destinataria, alla merce e al mittente) sembrano tra l'altro costituire, quanto meno secondo l'orientamento prevalente in dottrina²⁶, altrettante ulteriori condizioni di applicabilità della normativa in oggetto.

Risulta, così, confermato e ulteriormente precisato il ruolo centrale riconosciuto alla volontà delle parti e all'autonomia privata, pur in presenza di una normativa di diritto materiale uniforme che evolve in senso sempre più marcato verso soluzioni normative che ne determinano l'ambito di applicazione, con esclusivo riferimento agli elementi di internazionalità oggettiva del rapporto da disciplinare. Ciò che, infatti, rileva al riguardo è solamente la «prospettazione soggettiva» di tale «internazionalità oggettiva» del rapporto e del suo collegamento con almeno uno Stato contraente.

3. *La normativa di diritto materiale uniforme a contenuto «imperativo»: le sue caratteristiche e i suoi effetti sui contratti del commercio internazionale*

Nella logica indicata nel paragrafo precedente, così, l'autonomia privata, sotto il profilo della prospettazione soggettiva del rapporto contrattuale, assume uno specifico e determinante rilievo ai fini di definire l'ambito di applicazione di qualsiasi tipo di normativa di diritto uniforme. Si limita, invece, o addirittura si esclude, un qualsiasi ulteriore ruolo e/o intervento correttivo da parte dell'autonomia privata, quanto meno in senso riduttivo rispetto all'assetto dei rapporti contrattuali adottato nell'ambito di operatività della disciplina di diritto materiale uniforme caratterizzato per i suoi contenuti imperativi. Il che viene giustificato, come già accennato nel par. 1, dall'esigenza di garantire l'applicazione di parametri normativi relativi ad alcuni contratti del commercio internazionale conformi a *standards* minimi internazionalmente accettabili (tendenti a stabilire un equilibrato rapporto tra le aree di rischio e le responsabilità dei soggetti contraenti) e coerenti con l'esercizio di una corretta concorrenza tra le imprese sul mercato internazionale.

²⁶ Si veda, ad esempio, WICK, *Le droit international des transports par chemin de fer* (trad. fr. di Favre e Ingold), Neuchâtel, 1976, p. 64.

Con specifico riferimento a quest'ultima categoria di diritto materiale uniforme vale, infatti, la pena di ricordare e di precisare che essa si qualifica proprio, in particolare, in quanto assicura l'esistenza di uno spazio applicativo riservato alla normativa in esame, non modificabile in senso riduttivo né dagli Stati né, tanto meno, dai privati interessati al rapporto, e l'identità di trattamento delle situazioni «attratte» nella sua sfera di competenza esclusiva. Tale normativa risulta, così, caratterizzata dall'inderogabilità di un nucleo (almeno minimo) di disciplina sostanziale concordata a livello internazionale al fine di «imporre» un equilibrato assetto tra le diverse posizioni contrattuali coinvolte nella conclusione e nell'esecuzione del rapporto, nonché dalla previsione di un'area di rischio che, nell'ottica ora indicata, risulta incomprimibile e necessariamente accollata (in presenza dei presupposti cui è condizionata l'operatività della normativa uniforme) alle imprese interessate al rapporto e/o coinvolte nella sua esecuzione per garantire tra loro una concorrenza che non privilegi sul mercato internazionale l'impresa che riesce a garantirsi una più favorevole disciplina applicabile ai suoi rapporti contrattuali, con pregiudizio intollerabile degli utilizzatori delle relative attività²⁷.

Questa disciplina, quindi, presenta (secondo quanto si verifica a proposito di qualsiasi convenzione internazionale di diritto materiale uniforme) contenuti propri di una normativa sostanziale (relativa ad alcuni aspetti fondamentali dei rapporti del commercio internazionale in essa regolati) che risulta non solo ad essi appropriata, ma anche idonea ad essere applicata con identici risultati operativi nei vari ordinamenti interni degli Stati contraenti realizzando, in tal modo, il livello massimo possibile di certezza e prevedibilità quanto al diritto applicabile.

Ma è altrettanto vero che la disciplina in esame si caratterizza soprattutto per indicare in via diretta e immediata (senza utilizzare, cioè, il tramite della disciplina nazionale eventualmente rilevante al riguardo) un proprio ambito normativo (almeno minimo) di operatività inderogabile sia da parte delle imprese e, più in generale, dei soggetti interessati al trasporto, sia da parte degli stessi Stati contraenti. Pertanto, questa normativa di diritto uniforme esclude in modo molto netto – e nei limiti del suo specifico ambito di operatività – qualsiasi «interferenza» da parte degli Stati e dei soggetti partecipi del rapporto contrattuale, di segno riduttivo rispetto all'ambito di applicazione e agli *standards* normativi in essa adottati. E in questo senso sembra corretto qualificarla, come già accennato nel precedente par. 1, come normativa di diritto uniforme a contenuto «imperativo».

Infatti, il diritto uniforme in esame è fornito di una complessiva imperatività che comporta una valutazione «esclusiva» da parte sua delle situazioni e dei rapporti in esso contemplati anche con particolare riguardo ai limiti e alle condizioni

²⁷ La dottrina ha messo in rilievo questa circostanza come particolarmente rilevante nel determinare l'opzione della disciplina di diritto uniforme nel senso di prevederne l'assoluta inderogabilità in senso deteriore per i soggetti interessati al carico a proposito della normativa relativa ai trasporti su strada. Vedi al riguardo, ad esempio, SILINGARDI, RIGUZZI, GRAGNOLI, *Trasporto internazionale*, cit., p. 19, e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

di esercizio dell'autonomia privata nei rapporti del commercio internazionale da esso disciplinati. Il che è reso possibile dalla circostanza per cui tali norme:

– sono considerate come fornite di un'intensità valutativa che consente di qualificarle come «norme di applicazione necessaria» provviste di un'area di operatività incomprimibile e inderogabile, tale cioè da escludere dal suo ambito di applicazione la rilevanza di norme statali se non nella misura prevista dalla stessa disciplina di diritto uniforme. In particolare, così, le norme in esame si sovrappongono alla normativa di origine statale, senza abrogarla, sia con riguardo alla regolamentazione materiale del rapporto da esse disciplinato sia con riguardo alla disciplina dei poteri dell'autonomia privata in senso derogatorio a tale regolamentazione: esse, pertanto, consentono di circoscrivere anche l'ambito residuale di operatività della disciplina statale e di identificare l'area entro cui è ammesso l'esercizio dell'autonomia privata;

– impongono la propria disciplina inderogabile e cogente nei riguardi delle parti interessate alle situazioni e ai rapporti cui si riferiscono con propri criteri di valutazione degli effetti che tale normativa è destinata a produrre su di essi e in particolare – come già accennato – con individuazione dei precisi limiti di operatività al riguardo dell'autonomia privata.

Quanto ora indicato, peraltro, non esclude che, anche con particolare riferimento alla normativa in esame, sia proprio l'autonomia privata ad avere uno specifico ed essenziale ruolo nel determinare la presenza delle circostanze rilevanti ai fini di stabilire l'ambito di applicazione della normativa di diritto uniforme. Al riguardo, infatti, secondo i risultati cui siamo giunti in occasione del precedente par. 2, si dovrà tenere esclusivamente conto di quanto indicato nelle «previsioni contrattuali» non rilevando, invece, ciò che effettivamente si verifica, nonostante tali intese, nell'esecuzione del rapporto a seguito di eventi estranei alla volontà delle parti.

Ma soprattutto la volontà delle parti e l'autonomia privata sono spesso in grado – e sono di fatto impiegate al fine – di estendere gli effetti della normativa di diritto uniforme in esame anche oltre il suo normale ambito di applicazione. Il che si verifica nella pratica essenzialmente nelle seguenti situazioni. E cioè allorché:

a) le parti ne ampliano volontariamente la portata e gli effetti con riferimento a rapporti intercorrenti tra luoghi di Stati (diversi ma) non contraenti (e, in quanto caratterizzati nel senso ora indicato, di per sé non direttamente ricompresi nell'ambito di operatività della normativa di diritto uniforme);

b) le parti rafforzano la portata e gli effetti di tale normativa con rinvio volontario ad essa rivolto a garantirne l'applicazione allorché controversie relative a rapporti per loro caratteristiche oggettive ricompresi nell'ambito di operatività della normativa di diritto uniforme in esame devono essere (o sono comunque) decise in ordinamenti di Stati non contraenti;

c) le parti estendono con rinvio volontario la normativa di diritto uniforme a contenuto imperativo a rapporti contrattuali del commercio internazionale con caratteristiche simili a quelle dei rapporti previsti nel suo ambito di operatività, ma

non necessariamente ricompresi in esso (anzi, in linea di principio esclusi da tale ambito di applicazione) perché le parti contraenti non sono in posizione squilibrata e perché al riguardo la concorrenza tra imprese sul mercato internazionale opera correttamente.

È opportuno, quindi, in funzione della rilevanza che tali situazioni hanno nel determinare il ruolo e la portata dell'autonomia privata sulla disciplina dei contratti del commercio internazionale regolati da normativa di diritto uniforme a contenuto imperativo, precisare meglio, sia tali tecniche operative, sia gli effetti che esse producono sulla base della pratica relativa al loro impiego.

4. Autonomia privata e ampliamento dell'ambito di applicazione del diritto uniforme a contenuto imperativo

In particolare, a proposito dell'impiego dell'autonomia privata in funzione espansiva dell'operatività del diritto uniforme a contenuto imperativo secondo i criteri di cui al par. 3 *sub a*), un esempio molto significativo è fornito ancora una volta dalla normativa uniforme e dalla pratica contrattuale relativa ai trasporti.

Tanto più che è proprio lo stesso diritto uniforme relativo ai trasporti che agevola in modo puntuale gli effetti delle specifiche tecniche contrattuali normalmente impiegate al riguardo, e ne favorisce l'adozione.

Particolare rilievo assume, in questo senso, anzitutto l'art. 10 della convenzione di Bruxelles del 1924 (nel testo modificato dal protocollo di Visby del 1968 e attualmente in vigore nell'ordinamento italiano) allorché consente di estendere il proprio ambito di applicazione in funzione, e sulla scorta, del rilievo diretto e immediato assegnato al rinvio operato dall'autonomia privata allo stesso sistema di diritto uniforme a prescindere da qualsiasi intermediazione (o tramite) da parte di uno specifico ordinamento statale e da qualsiasi collegamento del trasporto con uno Stato contraente²⁸. Ciò è stato ulteriormente confermato dall'art. 2, par. 1, lett. *e* della convenzione di Amburgo del 1978 (entrata di recente in vigore internazionalmente, ma non ratificata dall'Italia). Tale norma, da un lato, contempla la diretta e immediata rilevanza del rinvio operato dall'autonomia privata alla disciplina di diritto uniforme prevista nella stessa convenzione di Amburgo e, dall'altro, prescrive l'idoneità di tale rinvio a garantire, di per sé, l'operatività della normativa uniforme in presenza di un trasporto oggettivamente internazionale anche in difetto di qualsiasi suo collegamento con almeno uno Stato contraente²⁹.

²⁸ Come è noto, infatti, in virtù della nuova versione dell'art. 10 (nella formulazione adottata dal protocollo di Visby) si prevede l'applicazione e l'operatività della disciplina di diritto uniforme allorché «la polizza prevede che le disposizioni della presente convenzione o di qualsiasi altra legge che ha dato alla stessa esecuzione saranno applicabili al contratto» di trasporto marittimo. Si veda al riguardo nella dottrina italiana CARBONE, *Contratto di trasporto*, cit., p. 68 ss.

²⁹ In realtà, la convenzione di Amburgo (all'art. 2, lett. *e*) precisa che essa è direttamente e im-

Anzi, in tale sede il rilievo della volontà ai fini e con gli effetti ora indicati è ulteriormente precisato (rispetto alla formulazione adottata nel protocollo di Visby) nel senso che in conseguenza di esso viene imposta agli Stati contraenti l'immediata ed esclusiva applicazione della normativa di diritto uniforme; e ciò sia nel caso in cui le parti hanno direttamente richiamato tale disciplina sia nel caso in cui esse hanno operato un rinvio a un ordinamento giuridico statale che, a sua volta, comprende nel suo ambito di operatività la normativa di diritto uniforme³⁰. Pertanto, si deve ritenere che il ruolo e gli effetti assegnati alla volontà delle parti, nell'ambito degli ordinamenti degli Stati contraenti della normativa di diritto uniforme da esse richiamata, sono tali per cui si potrà autonomamente provvedere all'applicazione di tale normativa anche nei casi in cui le parti abbiano direttamente rinvio ad essa pur in presenza di un rapporto fornito di elementi di internazionalità oggettiva non riconducibili ad alcuno Stato contraente. E ciò, si noti bene, potrà avvenire anche allorché la concreta disciplina adottata dal sistema di diritto uniforme, di fatto, non solo non coincida, ma addirittura sia in contraddizione con quanto previsto dall'ordinamento statale competente a regolare il rapporto in virtù della normale operatività delle norme di diritto internazionale privato del foro.

Si deve, quindi, ritenere che, quando le parti operano nel senso ora indicato, quanto meno nell'ambito degli ordinamenti giuridici degli Stati contraenti di tali convenzioni, il combinato effetto, da un lato, della prevalenza e della priorità di applicazione delle norme di diritto materiale uniforme a contenuto imperativo sulle norme di diritto internazionale privato (e quindi sulla disciplina degli ordinamenti statali da esse richiamati) e, dall'altro, della rilevanza assegnata (dalla disposizione sull'ambito di operatività delle convenzioni in esame) al diretto rinvio alla normativa di diritto uniforme effettuato dalle parti interessate a un rapporto oggettivamente internazionale (a prescindere da qualsiasi collegamento con gli Stati contraenti), consente a tali soggetti di incidere direttamente e immediata-

mediatamente applicabile ai contratti di trasporto marittimo per i quali «la polizza di carico o altro documento probatorio del contratto di trasporto per mare prevede che il contratto è disciplinato dalle norme di questa convenzione o dalla legge di uno Stato che ha dato esecuzione a tali norme». Quindi tale disciplina legittima l'autonomia privata a consentire la diretta applicazione della normativa di diritto uniforme che rileva come tale (si veda CARBONE, *Contratto di trasporto*, cit., p. 71 ss.) e non già solamente «as a matter of contract» (come invece, a nostro avviso erroneamente, afferma MANKABADY, *Comments on the Hamburg Rules*, in MANKABADY (a cura di), *The Hamburg Rules on the Carriage of Goods by Sea*, Leyden-Boston, 1978, p. 44-45).

³⁰ Rileva, peraltro, BERLINGIERI, *Territorial scope (of application)*, in *Dir. mar.*, 1983, p. 175-176, che in quest'ultimo caso (e cioè allorché le parti rinviano all'ordinamento di uno Stato contraente della convenzione di Amburgo) è la disciplina dello Stato nel cui ambito il diritto uniforme è stato adottato che deve essere applicata e non già direttamente e immediatamente la stessa normativa di diritto uniforme. Nel senso di cui al testo, invece, oltre a CARBONE, *Contratto di trasporto*, cit., p. 64 ss., si veda CLERICI, *Sull'entrata in vigore delle nuove regole uniformi relative alla polizza di carico*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1986, p. 21 ss.; IVALDI, *La volontà delle parti nel contratto di trasporto marittimo: note sulla paramount clause*, *ibid.*, 1985, p. 799 ss.; e BOSCHIERO, *Il coordinamento delle norme in materia di vendita internazionale*, Padova, 1990, p. 452 ss.

mente sulla normativa di diritto uniforme estendendone l'operatività al contratto del commercio internazionale tra loro intercorrente senza la mediazione di qualsiasi ordinamento statale o il rinvio ad esso. Il che autorizza ad affermare, in deroga alla regola generale del diritto internazionale privato in virtù della quale le parti possono designare solamente la legge di uno Stato per la disciplina dei loro rapporti contrattuali, che l'autonomia privata può legittimamente e direttamente incidere sui rapporti contrattuali internazionali estendendo ad essi *standards* normativi internazionalmente codificati e accettati (anche in deroga alle normative statali altrimenti applicabili e pur in difetto di qualsiasi elemento oggettivo di collegamento che legittimi tale scelta, ma) in virtù (e sulla base) della sola concorrente presenza di una c.d. «internazionalità oggettiva» del rapporto (sulla cui definizione già ci siamo soffermati nei precedenti paragrafi) e di una clausola di rinvio alla normativa di diritto uniforme rilevante in materia.

5. *Autonomia privata ed efficacia extraterritoriale del diritto uniforme a contenuto imperativo*

Sotto un differente profilo, secondo quanto indicato al par. 3 *sub b*), la stessa autonomia privata è (anche e ulteriormente) utilizzata al fine di estendere l'applicazione della normativa di diritto uniforme relativa ai rapporti contrattuali in essa previsti in un ambito extraterritoriale rispetto a quello degli Stati contraenti. È in questo senso, infatti, che sono impiegate alcune c.d. *paramount clauses* abitualmente adottate nella pratica³¹. E cioè, clausole in virtù delle quali si intende garantire almeno valore di disciplina contrattuale al contenuto normativo delle convenzioni di diritto uniforme in quegli Stati che di tali convenzioni non sono contraenti, ma nel cui ambito possono sorgere controversie relative ai rapporti ricompresi nell'ambito di applicazione delle convenzioni in esame.

In presenza delle clausole ora indicate, infatti, anche se i giudici di uno Stato non contraente non applicano direttamente la normativa di diritto uniforme – in quanto lo Stato non sia partecipante alla convenzione ad essa relativa oppure non sia vincolato, in virtù delle proprie norme di diritto internazionale privato, a localizzare la disciplina del rapporto controverso nell'ambito di un ordinamento statale per il tramite del quale la disciplina in esame risulta ad esso applicabile – sono quanto meno costretti a tener conto della disciplina di diritto uniforme oggetto del rinvio ad essa operato dalle parti contraenti e contenuto nelle pattuizioni contrattuali dei soggetti interessati al rapporto e a farne applicazione. Il che produrrà gli effetti voluti dalle parti almeno nella misura in cui tale applicazione non contrasti

³¹ In merito a tali clausole e al loro impiego nella disciplina dei trasporti marittimi di linea si veda, ad esempio, BERLINGIERI, *Note sulla «Paramount Clause»*, in *Dir. mar.*, 1987, p. 938 s.; e CELLE, *La paramount clause nell'evoluzione della normativa internazionale in tema di polizza di carico*, in *Dir. mar.*, 1988, p. 11 ss.

con principi di ordine pubblico internazionale, o disposizioni di applicazione necessaria, della *lex fori* oppure con norme inderogabili dalla volontà delle parti contenute nell'ordinamento statale applicabile al rapporto in virtù delle norme di diritto internazionale privato operanti nell'ambito della *lex fori*.

L'importanza e il rilievo di tali clausole al fine di garantire, nella massima misura possibile, gli effetti della normativa di diritto uniforme anche al di fuori dei territori degli Stati contraenti è tale che lo stesso diritto uniforme a volte ne propone, o addirittura ne impone, l'inserimento nell'ambito della disciplina contrattuale dei rapporti ricompresi nel suo ambito di applicazione *ratione loci e ratione materiae*.

Le clausole in esame sono, infatti, spesso «imposte» dallo stesso diritto uniforme alle parti contraenti in virtù del collegamento che il rapporto del quale sono partecipi ha con almeno uno Stato contraente, al fine di garantire – nel senso sopra precisato – il massimo di effettività all'ambito di applicazione della normativa di diritto uniforme anche nei casi in cui una controversia relativa a un rapporto sottoposto alla sua operatività, secondo i criteri da essa autonomamente adottati, è proposta innanzi a un giudice di uno Stato non contraente. Di uno Stato, cioè, nel cui ordinamento la relativa disciplina di diritto uniforme non è in grado di operare con quella immediatezza e forza normativa che le è invece propria nell'ambito degli ordinamenti degli Stati contraenti.

Un esempio particolarmente significativo di quanto ora indicato è l'art. 6, par. 1, lett. *k* della CMR del 16 maggio 1956, in vigore dal 27 luglio 1961.

In virtù di tale norma, infatti, si prescrive che la «lettera di vettura» debba contenere «a statement that the carriage is subject, notwithstanding any clause to the contrary, to the provisions of this Convention». Il che, appunto, è stato inteso dalla dottrina e dalla giurisprudenza assolutamente prevalenti come l'esempio più significativo di estensione contrattuale dell'ambito di operatività della normativa di diritto uniforme direttamente prevista da quest'ultima³². Tanto che si osserva al riguardo che «the statement required by par. (k) known as the “paramount clause” is to promote the application of the provision of CMR as the proper law of the contract or as terms of the contract of carriage in the courts of non-CMR States»³³.

Nessuno stupore, quindi, se anche la più recente formulazione della normativa di diritto uniforme relativa al trasporto marittimo (articoli 15, par. 1, lett. *l* e 23,

³² In merito a tale norma e ai suoi effetti sul rapporto contrattuale di trasporto di merci nel senso di cui al testo si veda, ad esempio, SILINGARDI, RIGUZZI, GRAGNOLI, *Trasporto internazionale*, cit., p. 21 ss.; FADDA, *Presupposti per l'applicazione della CMR*, in *Dir. mar.*, 1982, p. 418 ss.; MARESCA, *Ambito di applicazione della Convenzione di Ginevra sul trasporto di merci su strada del 1956 e ruolo della volontà delle parti*, in *Dir. mar.*, 1981, p. 366 ss.; PESCE, *Il contratto di trasporto internazionale di merci su strada*, Padova, 1984, p. 55 ss.; e IVALDI, *Diritto uniforme dei trasporti*, cit., p. 76 ss.

³³ Si veda CLARKE, *International Carriage of Goods by Road: CMR*, 2^a ed., London, 1991, spec. p. 97.

par. 3 della convenzione di Amburgo del 31 marzo 1978)³⁴ prescriba – analogamente alla accennata disciplina della CMR – che la polizza di carico «deve contenere una dichiarazione in virtù della quale il trasporto è soggetto alle norme di diritto uniforme di cui alla convenzione di Amburgo che rendono nulla qualsiasi stipulazione in deroga alle stesse a danno del caricatore o del destinatario». In tal modo, infatti, si è inteso condividere una scelta normativa in virtù della quale, per volontà delle parti e in virtù di recezione negoziale da porsi debitamente in evidenza nei confronti di qualsiasi soggetto partecipe del trasporto e in particolare dei soggetti interessati alle merci, la normativa di diritto uniforme è in grado di rappresentare il contenuto minimale della responsabilità del vettore marittimo anche nell'ambito di ordinamenti statali che non hanno aderito a tale normativa, o non l'hanno adottata³⁵.

In tale prospettiva, pertanto, appare logico ritenere che, al mancato impiego dell'autonomia privata nel senso ora indicato, debbano conseguire gli effetti specificamente previsti nell'art. 23, par. 4 della convenzione di Amburgo che, in questo senso, sembra codificare il solo regime giuridico coerente con la portata delle norme in esame. E cioè, la mancata previsione delle *paramount clauses* nei termini ora indicati, in contrasto con le prescrizioni delle norme di diritto uniforme, comporta una responsabilità del contraente che da tale circostanza trae un ingiustificato vantaggio. Il che si verifica nei confronti del contraente che può giovare – e di fatto si giova – nell'ambito di uno Stato non contraente di un regime giuridico più riduttivo dell'area di rischio ad esso riservata dalla normativa di diritto uniforme³⁶.

Appare, infatti, naturale che gli effetti conseguenti alla non raggiunta efficacia extraterritoriale del diritto uniforme dipendente dal mancato impiego delle *paramount clauses* (la cui adozione è prevista e imposta dalla stessa normativa di diritto uniforme) debbano necessariamente ricadere sulle parti contraenti in modo, e secondo criteri tali, da ristabilire, e garantire tra esse, quel minimo assetto normativo non altrimenti riducibile con riferimento (e secondo le disposizioni di diritto uniforme a contenuto «imperativo» applicabili) a tali rapporti contrattuali.

Del tutto ingiustificate, e assolutamente non condivisibili, appaiono, pertanto,

³⁴ In realtà, la convenzione di Amburgo è entrata in vigore il 1° novembre 1992. Essa ha costituito l'oggetto della l. 25 gennaio 1983, n. 40 che ne aveva autorizzato la ratifica. Peraltro, lo strumento di ratifica dell'Italia non è mai stato depositato. Al contrario, è stato depositato lo strumento di ratifica del protocollo di Visby che – come è noto e già osservato – ha aggiornato i contenuti normativi dell'originaria disciplina della convenzione di Bruxelles del 1924. «Con il che – ha osservato il Ministero degli Esteri con comunicato pubblicato sulla *Gazz. Uff.* n. 134 del 10 giugno 1989 – la legge n. 40 del 1983 è restata senza effetto essendo mancata la condizione internazionale al cui realizzarsi era legata la sua operatività».

³⁵ Si veda CARBONE, *Contratto di trasporto*, cit., p. 108 ss., *passim*.

³⁶ Tale soggetto, quindi, «deve corrispondere una indennità nella misura necessaria al fine di risarcire» il soggetto interessato alle merci di quanto non è riuscito a ottenere secondo il regime giuridico di diritto uniforme.

le differenti conclusioni cui giunge la giurisprudenza italiana allorché afferma che le norme in cui si prevede l'inserimento di *paramount clauses* del tipo ora in esame nei rapporti contrattuali del commercio internazionale garantiscono all'autonomia privata e alla volontà delle parti l'opzione di assoggettarli al diritto uniforme a contenuto «imperativo» oppure di sottrarli ad esso per ricondurli alla disciplina di una delle varie normative statali rilevanti al riguardo. E cioè – secondo le stesse espressioni impiegate in proposito dalla Corte di Cassazione con riferimento alla normativa di diritto uniforme relativa ai trasporti terrestri – «l'applicazione o meno di tale normativa dipende dalla scelta che le parti possono fare tra normativa internazionale e le varie possibili normative nazionali»³⁷.

Tale conclusione, infatti, da un lato, appare in contrasto con le più volte riportate caratteristiche della normativa di diritto uniforme a contenuto «imperativo» applicabile ai trasporti terrestri e, dall'altro, non valorizza il significato e gli effetti voluti da tale normativa, che, attraverso l'impiego dell'autonomia privata, intende estendere i suoi effetti al di là degli ambiti territoriali dei soli Stati contraenti³⁸. In realtà, la soluzione ora riportata della giurisprudenza italiana risente del grave vizio di fondo che assimila anche la disciplina di diritto uniforme a contenuto «imperativo» a un regime pattizio condizionato nella sua operatività al consenso delle parti. Si mette, così, in discussione un principio ormai da tempo acquisito in virtù del quale le norme di diritto uniforme a contenuto imperativo (quali sono, appunto, quelle adottate in tema di trasporti) sono disposizioni di applicazione necessaria e, pertanto, applicabili nei limiti della loro operatività a prescindere da qualsiasi rinvio operato dalle parti. Il che trova ulteriore e specifica conferma nella circostanza che tale normativa determina e disciplina – secondo propri criteri e con effetti direttamente riconducibili ad essa – la propria inderogabilità da parte dei soggetti contraenti nell'ambito della sua necessaria e incomprimibile applicazione che, in tal senso, non può essere affidata alla loro volontà. Tale volontà, pertanto, potrà operare solamente – come appunto si è cercato di precisare in questo paragrafo – in senso estensivo dell'efficacia di tale normativa e mai con portata riduttiva di essa. E le norme che prevedono, disciplinano o addirittura impongono l'impiego delle c.d. *paramount clauses* non possono, pertanto, che essere intese in tal senso.

³⁷ Si veda al riguardo Cass., 28 novembre 1975, n. 3983, *Messaggeria Emiliana c. Arden Italia*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, II, p. 101 ss.; Cass., 26 novembre 1980, n. 6272, *Induma c. Ditta Wuethrich Transport*, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 291 ss.; e Cass., 10 aprile 1986, n. 2515, *Campanini c. Stalca*, in *Dir. comm. int.*, 1987, p. 613 ss.

³⁸ Vedi nello stesso senso di cui al testo la dottrina citata alla precedente nota 32, cui *adde* CLARKE, *International Carriage*, cit. pp. 49, in nota, e 98.

6. *Autonomia privata ed estensione tipologica della normativa di diritto uniforme a contenuto imperativo*

Anche sotto un differente profilo altre *paramount clauses* evidenziano un impiego dell'autonomia privata in funzione espansiva di alcuni effetti della normativa di diritto uniforme a contenuto imperativo, che altrimenti ne verrebbero espressamente esclusi.

Si tratta della situazione descritta e anticipata nel precedente par. 3 *sub c*); e cioè, dei casi in cui i contraenti di rapporti del commercio internazionale con caratteristiche simili a quelli che rientrano nell'ambito di operatività inderogabile del diritto uniforme a contenuto «imperativo» estendono anche ad essi la portata di tale disciplina.

In realtà, come già abbiamo anticipato nel precedente par. 1, la normativa di diritto uniforme a contenuto «imperativo» si preoccupa di determinare esattamente i suoi presupposti e le sue condizioni di operatività immediata ed esclusiva identificando e circoscrivendo esattamente i «tipi» contrattuali del commercio internazionale compresi nel suo ambito di applicazione necessaria in funzione di garantire, con riferimento ad essi, un assetto normativo equilibrato tra le parti interessate alla loro esecuzione (e sottratto alla disponibilità di queste), oltreché una concorrenza corretta tra le imprese coinvolte nell'esecuzione di tali rapporti. Queste ultime, infatti, dovranno non poter offrire prezzi più bassi, per vincere la concorrenza, giovandosi al riguardo di una disciplina più favorevole rispetto a quella prevista dalla normativa di diritto uniforme. E parimenti neppure la loro eventuale posizione dominante, o addirittura monopolistica, sul mercato potrà permettere loro di modificare tale assetto normativo.

Ciò comporta che rapporti aventi ad oggetto operazioni economiche sostanzialmente riconducibili ai «tipi» ora indicati, ma relativi a diversi modelli contrattuali e a situazioni che non presentano posizioni squilibrate tra le parti contraenti e/o un funzionamento scorretto del relativo mercato, siano addirittura espressamente esclusi dall'ambito di applicazione necessaria della normativa di diritto uniforme in esame. Non si vuole, infatti, «imporre» l'operatività e l'inderogabilità di questa normativa in tutti i casi in cui tali effetti non sono richiesti dalle specifiche circostanze che ne giustificano l'adozione.

Così accade che lo stesso diritto uniforme adotti al riguardo un approccio concettuale estremamente rigoroso, escludendo espressamente dall'ambito della sua applicazione rapporti non rigorosamente riconducibili ai tratti e agli elementi che contribuiscono alla definizione del «tipo» di rapporto contrattuale del commercio internazionale in funzione del quale la normativa di diritto uniforme a contenuto imperativo è stata adottata. Si intende, in tal modo, precludere all'interprete la possibilità di estendere – come altrimenti sarebbe logico avvenisse – il valore vincolante e la proprietà normativa di questa disciplina a rapporti contrattuali non corrispondenti esattamente al «tipo» previsto nel diritto uniforme a contenuto «imperativo».

È quanto, ad esempio, avviene a proposito dei contratti di noleggio (a viaggio

o a tempo) di nave (o di spazi di nave) – i c.d. (*time, voyage* o *space*) *charter parties* – allorché, diversamente da quanto si verifica per i trasporti di merci operanti sui traffici marittimi di linea (documentati nella pratica in virtù di polizza di carico) hanno ad oggetto trasporti marittimi modellati ed effettuati per soddisfare le esigenze di uno specifico caricatore di un determinato tipo di merci su un particolare tragitto. Si tratta pur sempre di rapporti riconducibili all'unitaria operazione economica del trasporto marittimo di merci che sta alla base di tutti i tipi di trasporto marittimo³⁹. E, sotto questo profilo⁴⁰, l'estensione ad essi da parte dell'interprete della normativa di diritto uniforme con gli stessi effetti previsti per la polizza di carico nell'ambito del sistema della convenzione di Bruxelles del 1924 o delle Regole di Amburgo del 1978 potrebbe sembrare più che giustificata.

Ma questa estensione degli effetti e dei contenuti «imperativi» propri della disciplina ora indicata è preclusa dalla stessa normativa di diritto uniforme. Questa – come accennato – esclude tale eventualità in quanto le condizioni e le circostanze (su cui ci siamo in precedenza soffermati) che ne hanno giustificato l'adozione, con contenuti normativi vincolanti ed effetti inderogabili a proposito dei trasporti marittimi di merci su traffici di linea, non sono presenti relativamente ai rapporti contrattuali del commercio internazionale che la pratica abitualmente riconduce ai, e formalizza nei, *charter-parties*⁴¹.

Ciò, peraltro, non impedisce che la stessa autonomia privata possa conseguire e consentire tale risultato altrimenti precluso all'interprete. È appunto quanto avviene in tutti i casi in cui i soggetti contraenti dei vari tipi di *charter-parties* adottano specifiche *paramount clauses* in virtù delle quali viene estesa a questi rapporti la disciplina di diritto uniforme a contenuto «imperativo» prevista nella convenzione di Bruxelles e/o nelle Regole di Amburgo.

La pratica ne conosce vari tipi. Mentre in alcuni casi il rinvio è diretto alla stessa normativa di diritto uniforme, in altri esso è operato solo indirettamente con riferimento a specifici testi legislativi nazionali che ne hanno consentito l'adattamento nell'ambito di un determinato ordinamento statale. In tali clausole, quindi,

³⁹ Quanto indicato nel testo, se pur con toni ed enfasi differenziati, è condiviso dalla dottrina italiana. Vedi al riguardo, per tutti, BERLINGIERI, *Sulla distinzione fra trasporto di carico e trasporto di cose determinate*, in *Dir. mar.*, 1952, p. 149 ss.; ROMANELLI, *Profili del noleggio*, Milano, 1979; BERLINGIERI, *Il noleggio*, in *Dir. mar.*, 1983, p. 108 ss.; e ancora ROMANELLI, *La disciplina dei contratti di utilizzazione della nave*, in *Dir. mar.*, 1987, p. 583 ss.

⁴⁰ Si tratta, come è noto, dell'impiego del c.d. metodo tipologico rivolto a individuare la disciplina applicabile a un contratto atipico attraverso la sua riconduzione a un «tipo legale». In merito a tale metodo e al suo impiego nelle più significative esperienze degli ordinamenti degli Stati europei si veda il contributo di G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 35 ss., spec. p. 42-48.

⁴¹ In merito alle ragioni che hanno condotto sia le normative interne sia la normativa internazionale a escludere l'applicazione necessaria delle disposizioni relative al trasporto di linea anche ai trasporti in virtù di *charter-parties*, si veda CARBONE, *Contratto di trasporto*, cit., p. 93 ss., spec. p. 99 ss., con specifico riguardo al dibattito sul tema di cui al testo che si è svolto in modo particolarmente approfondito in occasione dell'elaborazione delle c.d. Regole di Amburgo su sollecitazione della Repubblica Democratica Tedesca.

come ad esempio si verifica nella clausola 24 del formulario di *charter-party* c.d. *New York Produce*, oppure nella clausola 20 del *STB form of Tanker time charter*, oppure nella *paramount clause* del c.d. *Anglo-saxon Petroleum charter-party*, le parti sottopongono volontariamente, e in vario modo, il loro rapporto (di *charter-party* che, come in precedenza indicato, è in principio escluso dalla sua applicazione) alla normativa di diritto uniforme prevista nel «sistema» della convenzione di Bruxelles⁴².

La disciplina di diritto uniforme, così, a volte si applica, perché è dichiarata «incorporated *verbatim* or deemed incorporated by reference» nell'ambito della regolamentazione contrattuale e altre volte perché si precisa che a tale normativa «it is mutually agreed that this charter is subject to all the terms and provisions of and all the exemptions from liability contained» in essa. E al fine di eliminare equivoci o incertezze interpretative in merito alla prevalenza della normativa così richiamata rispetto alle altre clausole adottate nei rapporti in esame spesso si prevede anche che le altre clausole contrattuali non devono essere intese e/o interpretate in modo da risultare come un «surrender by the Owner or the Carrier of any of its rights or immunities or a increase of any of its responsibilities»⁴³ previste dalla richiamata disciplina di diritto uniforme.

Ma, anche in difetto di tale precisazione, il senso e la portata estensiva del rinvio contrattuale al diritto uniforme (relativo ai trasporti marittimi di linea) e la sua efficacia «prevalente» rispetto alle altre clausole contrattuali sono confermati dalle soluzioni giurisprudenziali adottate al riguardo. Tra le varie, una delle più importanti, per autorevolezza e per il seguito che ha avuto nella giurisprudenza degli altri Paesi, è quella relativa alla nave *The Saxon Star*.

In essa, infatti, si privilegia un'interpretazione delle clausole di rinvio al diritto uniforme (nel caso di specie si trattava di clausola sostanzialmente analoga a quella adottata nell'art. 24 del *New York Produce*) con una portata estensiva tale da garantire l'applicazione del diritto uniforme sia a tutti i trasporti relativi all'esecuzione del *charter-party* (*in ballast or with cargo*) sia a prescindere dalla circostanza che relativamente ad essi sia emessa (o meno) una polizza di carico o che i trasporti abbiano come porto di partenza e/o destinazione il porto di uno Stato contraente⁴⁴. Tanto che al riguardo un'autorevole dottrina non ha esitato ad affermare che l'approccio della *House of Lords* indica «that if the contract shows

⁴² Vedi i contenuti delle clausole ricordate nel testo nel volume di WILFORD, COGHLIN, HEALY, KIMBALL, *Time Charters*, 2ª ed., London, 1982, p. 355 ss. (con riferimento specifico all'art. 24 del *New York Produce*) e p. 478 ss. (con riferimento allo *STB form of Tanker time charter*) e ivi anche ampi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali in merito all'interpretazione, normalmente uniforme e tendenzialmente estensiva, del contenuto di tali clausole.

⁴³ È questa, ad esempio, la formula impiegata nell'art. 24 del *New York Produce* relativamente alla quale vedi il commento di WILFORD, COGHLIN, HEALY, KIMBALL, *Time Charters*, cit., spec. p. 357-358.

⁴⁴ Si tratta del caso *Adamastos Shipping v. Anglo-Saxon Petroleum (The Saxon Star)*, [1958] 1 *Lloyd's Rep.* 73, deciso dalla *House of Lords* con sentenza del 6 marzo 1958.

that the parties did intend the Hague Rules to apply to their charter the courts will strive to give effect to that intention as that can sensibly be done»⁴⁵. E in questa prospettiva la decisione in esame è stata unanimemente intesa come rivolta a garantire, senza equivoci, che le norme di diritto uniforme, in virtù del rinvio contrattuale ad esse, e salvo specifiche indicazioni in senso contrario, «are to prevail over any conflicting terms elsewhere in the charter»⁴⁶.

Quanto ora indicato, pertanto, conferma ed evidenzia un'ulteriore tecnica in virtù della quale l'autonomia privata è in grado di contribuire a un'estensione dell'ambito di operatività riservato alla normativa di diritto uniforme a contenuto «imperativo» consentendone l'applicazione in presenza di caratteristiche tipologiche del rapporto che altrimenti lo escluderebbero dall'ambito della sua disciplina.

7. Autonomia privata e diritto uniforme a contenuto «derogabile»: criteri e limiti

Una logica rivolta a riconoscere specifici, e per molti versi più rilevanti, spazi all'autonomia privata rispetto all'ambito di applicazione che le norme di diritto uniforme si ritagliano è, invece, quella che caratterizza il modo di essere della disciplina di diritto uniforme a contenuto, effetti e portata «derogabili».

Si tratta della normativa che ha per oggetto rapporti contrattuali del commercio internazionale in cui la posizione delle parti è sostanzialmente equilibrata e i cui contenuti si limitano – come già accennato – soprattutto a precisare al riguardo gli esiti della pratica del commercio internazionale, inquadrandone e razionalizzandone la portata secondo modelli normativi applicabili con risultati identici (o, quanto meno, maggiormente simili) nei vari ordinamenti statali interessati alla loro esecuzione senza, peraltro, in alcun modo intralciare le possibili ulteriori evoluzioni della pratica del commercio internazionale e le potenzialità normative dell'autonomia privata dei soggetti contraenti.

Il che deve essere inteso non tanto come un segno di timidezza (o di incertezza) del movimento di unificazione normativa internazionale, quanto piuttosto come il riscontro dell'importanza dell'autonomia privata nella formazione e nell'evoluzione del diritto del commercio internazionale oltretutto come riconoscimento di una precisa esigenza reale la cui soddisfazione è necessaria per lo stesso sviluppo del commercio internazionale.

Appare quindi naturale che la più compiuta elaborazione di diritto uniforme del tipo ora indicato riguardi la disciplina della compravendita internazionale di beni mobili, a proposito della quale esiste una grande ricchezza di contenuti normativi disponibili nella pratica: la razionalizzazione e selezione di tali contenuti

⁴⁵ Si veda WILFORD, COGHLIN, HEALY, KIMBALL, *Time Charters*, cit., spec. p. 357.

⁴⁶ Si veda WILFORD, COGHLIN, HEALY, KIMBALL, *ibid.*

nell'ambito di un unitario e coerente sistema normativo internazionalmente accettabile è sicuramente utile al fine di garantire all'operazione un trattamento identico e prevedibile nei vari ordinamenti statali rilevanti in occasione dell'esecuzione dei comportamenti ad essa conseguenti e/o della risoluzione delle relative controversie⁴⁷.

È naturale appare altresì che tale normativa codifichi compiutamente, secondo contenuti assai esemplari, i criteri secondo i quali gli usi e la pratica del commercio, oltreché l'autonomia privata, possono derogare alla stessa disciplina di diritto uniforme della vendita internazionale di beni mobili. Il che è possibile in quanto sono esclusi espressamente dall'ambito della sua operatività tutti quei rapporti di compravendita in cui la posizione dei contraenti è squilibrata (come, ad esempio, si verifica a proposito della vendita di beni mobili acquistati per uso familiare o domestico) e per tale motivo riconducibile necessariamente a specifiche disposizioni di contenuto «imperativo» formulate in funzione di tale caratteristica. Ma disposizioni di questo tipo non sono, allo stato, riscontrabili tra le norme di diritto materiale uniforme e, pertanto, nella stessa logica della normativa in esame, devono essere individuate solamente nell'ambito dell'ordinamento statale applicabile a tali rapporti in virtù di normali criteri internazionalprivatistici. Così, la specifica ragione dell'esclusione di tali rapporti dall'ambito di applicazione della normativa di diritto uniforme consente l'estensione volontaria ad essi di tale disciplina nella sola misura, nei soli limiti e alle condizioni previste dalla competente normativa statale applicabile e in particolare dalle specifiche norme inderogabili rilevanti al riguardo in tale ambito.

Con le precisazioni e nei limiti ora indicati, sembra, quindi, opportuno esaminare più da vicino i caratteri di derogabilità propri della specifica disciplina di diritto uniforme relativa alla compravendita internazionale di beni mobili proprio in quanto particolarmente significativa. Attraverso il suo esame, così, sarà possibile estrapolare criteri e principi in virtù dei quali la normativa internazionale di diritto uniforme a contenuto ed effetti dispositivi incide sui rapporti del commercio internazionale e condiziona l'esercizio dell'autonomia privata.

Già è stato indicato come le caratteristiche della disciplina in esame limitino –

⁴⁷ La bibliografia relativa alla disciplina di diritto uniforme relativa alla vendita di cose mobili (la cui più recente e significativa espressione è la convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili del 1980, resa esecutiva nell'ordinamento italiano con l. 11 dicembre 1985, n. 765) è sterminata. Precisi e completi riferimenti sono, comunque, facilmente rintracciabili con particolare riguardo alle origini dei contenuti di tale normativa e ai suoi rapporti con l'autonomia privata: ad esempio, si vedano i commentari elaborati in proposito. Tra questi ultimi si veda BIANCA, BONELL (a cura di), *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milano, 1987; BIANCA (a cura di), *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1989, p. 1 ss. Vedi, infine, nella letteratura italiana, i recenti contributi di BOSCHIERO, *Il coordinamento*, cit., spec. p. 385 ss.; e LANCIOTTI, *Norme uniformi di conflitto e materiali nella disciplina convenzionale della compravendita*, Perugia, 1992, spec. p. 145 ss. Per una sintesi LUZZATTO, *Vendita (dir. int. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 502 ss.

e condizionino – l'esercizio dell'autonomia privata nel senso e nella direzione di non consentirne l'applicazione a rapporti espressamente esclusi dalla sua operatività allorché tale esclusione è giustificata in funzione di garantire nei loro confronti l'applicazione di una disciplina a contenuti, almeno parzialmente, «imperativi» e inderogabili. Nessun condizionamento e nessun limite sono, invece, posti con riferimento all'ampliamento dell'ambito della disciplina in esame in virtù della sua estensione volontaria a operazioni contrattuali intercorrenti tra territori di Stati non contraenti⁴⁸. E nella stessa direzione devono essere valutate con estremo favore anche le clausole contrattuali rivolte a rafforzare, in virtù di specifico rinvio negoziale, la portata e gli effetti della normativa in esame allorché controversie relative a rapporti compresi nel suo ambito di operatività devono essere decise in Stati non contraenti.

Peraltro, l'espressione più evidente del massimo riconoscimento possibile degli effetti dell'esercizio dell'autonomia privata nella determinazione dei contenuti dei rapporti contrattuali del commercio internazionale previsti dalla normativa di diritto uniforme a contenuto dispositivo riguarda le specifiche regole in tale ambito direttamente operanti sui poteri derogatori assegnati all'autonomia privata rispetto alla stessa disciplina legale di diritto uniforme.

Sempre con riferimento alla normativa applicabile alla compravendita di beni mobili, infatti, non si ha alcuna esitazione nel riconoscere alle parti contraenti «la facoltà» di «escludere totalmente o parzialmente l'applicazione della convenzione»⁴⁹. Il che può avvenire, da un lato, derogando a tutte o ad alcune delle sue disposizioni (in tal senso tra l'altro legittimando, anche in questa particolare prospettiva, l'istituto del *dépeçage*), dall'altro, modificandone solamente alcuni effetti.

In tal senso si esprimeva già chiaramente l'art. 3 della Legge Uniforme sulla vendita internazionale di beni mobili (LUVI) del 1964. E ancora più chiaramente questi stessi principi sono stati ripresi nell'art. 6 della convenzione di Vienna del 1980 sui contratti di vendita internazionale di beni mobili che, attualmente in vigore, ha sostituito, anche nell'ambito dell'ordinamento italiano, la disciplina della LUVI. Si tratta, quindi, di norme che direttamente qualificano in modo particolarmente significativo la portata e il carattere oltreché gli effetti del diritto uniforme «derogabile» in quanto – con la sola e limitata eccezione di cui all'art. 12 della stessa convenzione di Vienna⁵⁰ – viene evidenziato molto chiaramente che le

⁴⁸ Si veda in questo senso HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 2^a ed., Deventer-Antwerp-Boston-London-Frankfurt, 1982, spec. p. 111; BONELL, *Commento all'art. 6*, in *Convenzione di Vienna*, cit., spec. p. 18-19: e, da ultimo, LANCIOTTI, *Norme uniformi*, cit., spec. p. 178 ss.

⁴⁹ È quanto, appunto, prevede l'art. 6 della convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di cose mobili.

⁵⁰ Tale norma, infatti, prevede l'inderogabilità della disciplina prevista dall'ordinamento statale competente a regolare la forma dell'atto allorché prescriva al riguardo necessariamente il requisito della forma scritta.

norme di questo tipo permettono alle parti contraenti dei rapporti del commercio internazionale interessate a tale normativa (nel caso specifico, le parti contraenti del contratto di vendita) di escluderne l'applicazione. Il che, per altro verso, consente di qualificare i principi accennati e le specifiche norme ora indicate alla stregua di vere e proprie disposizioni sui conflitti di leggi⁵¹ in quanto, in virtù di esse, tutta l'operatività della disciplina di diritto uniforme viene condizionata dalle determinazioni della c.d. «legge dell'autonomia privata» designata dalle parti.

8. Continua: *La generale vis espansiva del diritto uniforme a contenuto derogabile e alcuni specifici problemi interpretativi*

Peraltro, nonostante la chiara disciplina ora indicata che caratterizza la normativa di diritto uniforme a contenuto derogabile, non mancano specifici e delicati problemi interpretativi sugli effetti e sulla reale portata derogatoria della volontà delle parti rispetto all'altrimenti inevitabile incidenza di tale normativa sulla disciplina dei contratti del commercio internazionale.

Al riguardo, il problema più importante, anche per i risvolti operativi che presenta, è stato risolto secondo criteri che hanno trovato autorevole consenso in dottrina e nella giurisprudenza comparata oltretutto specifico riconoscimento nell'ambito della giurisprudenza italiana. E cioè, secondo criteri che impongono «al giudice nazionale, chiamato, in applicazione della *loi uniforme*, a conoscere di vendite internazionali, grande prudenza nell'interpretazione delle clausole al fine di ravvisare una deroga convenzionale e particolare attenzione nel desumere implicitamente dal contesto negoziale la volontà delle parti di discostarsi da quella uniformità di disciplina che rappresenta un valore di certezza»⁵² anche in funzione della «omogeneità delle regole normativamente fissate» dalla disciplina di diritto uniforme. Sembra, quindi, corretto ritenere che la volontà delle parti di derogare, parzialmente o integralmente, alla normativa di diritto uniforme non possa essere ricostruita secondo «criteri ipotetici», ma debba risultare in modo certo e assolutamente inequivoco⁵³. Il che, d'altro canto, trova ulteriore conferma nella stessa circostanza per cui la progressiva evoluzione normativa del diritto uniforme relativo alla vendita internazionale di beni mobili (che è passata, come già accennato, dal regime della LUVI alla disciplina della CVIM) non indica più, quanto meno apertamente, la facoltà delle parti di derogarne «implicitamente» la disciplina.

⁵¹ Nel senso di cui al testo si veda BONELL, *Commento all'art. 6*, cit., spec. p. 17-19; CARBONE, *L'ambito*, cit., p. 78 ss.; e LANCIOTTI, *Norme uniformi*, cit., spec. p. 157.

⁵² Si veda Cass., 20 marzo 1986, n. 1971, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 926-927, *Soc. Joseph Schnabels GmbH c. SAVICT*, e nello stesso senso la giurisprudenza tedesca ricordata da BOSCHIERO, *Il coordinamento*, cit., p. 430 ss., e LANCIOTTI, *Norme uniformi*, cit., spec. p. 168 ss.

⁵³ Il punto è pacifico. Vedi, comunque, ancora di recente nella letteratura BOSCHIERO, *ibid.*, e LANCIOTTI, *ibid.*

Sotto questo profilo, pertanto, sembra da escludere che la mera adozione di specifici formulari e/o condizioni generali di contratto, pur elaborati tenendo in particolare considerazione specifiche esperienze culturali di alcuni ordinamenti statali, possa comportare, di per sé, deroga rispetto al generale assoggettamento dei rapporti del commercio internazionale alla normativa di diritto uniforme in esame. Tali formulari e clausole contrattuali, così, sono destinati a operare in senso derogatorio a questa disciplina nei soli limiti chiaramente e inequivocamente espressi da esse.

Più problematiche si presentano, invece, le soluzioni relative ai casi in cui le parti hanno designato espressamente la legge di un determinato Stato quale ordinamento giuridico competente a disciplinare il rapporto. In proposito, in realtà, grandi incertezze non esistono allorché tale scelta è operata non solo espressamente, ma anche in termini tali da indicare una precisa volontà delle parti di riferirsi alla specifica normativa interna di uno Stato non contraente. In tal caso, infatti, risulta evidente e inequivoco il loro intento di derogare alla normativa di diritto uniforme, e in tal modo se ne esclude qualsiasi incidenza sul rapporto del commercio internazionale⁵⁴.

Nei casi, invece, in cui esiste un rinvio espresso alla normativa di uno Stato contraente, la portata di tale designazione appare più incerta. Peraltro, le stesse indicazioni normative spesso ricorrenti nella disciplina di diritto uniforme (specificate, ad esempio, nella convenzione di Vienna all'art. 1, par. 1, lett. *b*) e lo stesso criterio interpretativo innanzi indicato a proposito degli esiti giurisprudenziali relativi alle modalità delle determinazioni derogatorie del diritto uniforme manifestate dalle parti sembrano privilegiare in tali casi – almeno in linea di principio – una valutazione della scelta in tal modo operata dalle parti non già nel senso di escludere l'operatività della disciplina uniforme, ma solamente in direzione confermativa del suo rilievo normativo nel caso concreto con la precisazione delle norme statali applicabili a tutti quegli aspetti che non trovano una compiuta regolamentazione in tale sede.

Maggiori dubbi sussistono, invece, allorché la scelta del diritto applicabile riguarda l'ordinamento di uno Stato contraente con espresso rinvio alla normativa sostanziale in tale ambito in vigore. Infatti, da un lato, la circostanza per cui il rinvio all'ordinamento di uno Stato contraente sia considerato dalla stessa normativa di diritto uniforme quale specifico criterio di collegamento sufficiente e rilevante per giustificare l'applicazione (si veda l'art. 1, par. 1, lett. *b* della convenzione di Vienna) sembra indicare che tale situazione non debba essere intesa come derogatoria della disciplina di diritto uniforme. D'altra parte, la specifica rilevanza assegnata dalle parti contraenti alle norme nazionali di uno Stato, anche se contraente, con riferimento ai profili del rapporto contrattuale regolato dalla normativa di diritto uniforme, sembra indicare una chiara volontà, inequivoca ed espres-

⁵⁴ Nello stesso senso di cui al testo, si veda CARBONE, *L'ambito*, cit., p. 78 ss. e da ultimo, per tutti, BONELL, *Commento all'art. 6*, cit., p. 18.

sa, in senso derogatorio della sua operatività. E tale argomento, in realtà, appare convincente e decisivo. Quindi, a nostro avviso, in presenza delle circostanze ora indicate, la volontà manifestata deve essere valutata in senso derogatorio dell'applicazione del diritto uniforme⁵⁵.

Qualora, al contrario, la volontà delle parti sia genericamente rivolta alla scelta dell'ordinamento di uno Stato contraente e tale Stato abbia, per avventura, apposto una riserva in virtù della quale, quanto meno nel suo ambito di sovranità statale, la convenzione di diritto uniforme non è in grado di incidere sulla regolamentazione dei rapporti del commercio internazionale che presentino con gli Stati contraenti collegamenti rilevanti sul piano internazionalprivatistico (e siano privi di quelli specificamente previsti per definire il suo ambito di applicazione), la soluzione può apparire più incerta. Infatti, da un lato, si può osservare che la volontà di richiamare la disciplina di uno Stato partecipe del regime di diritto uniforme sembra indicare una volontà quanto meno non espressamente e inequivocabilmente derogatoria della normativa uniforme. D'altro canto, si può, invece, rilevare che il rinvio all'ordinamento di uno Stato contraente che, in virtù della riserva apposta, ha inteso escludere l'idoneità dei soli collegamenti internazionalprivatistici (tra cui la scelta operata dall'autonomia privata) a giustificare l'applicazione della normativa di diritto uniforme si presta a essere intesa come esclusione della sua operatività.

In realtà, la soluzione dipende, a nostro avviso, dalla sede in cui il problema deve essere in concreto affrontato e, pertanto, dal contesto normativo del foro in cui la volontà dei contraenti, espressa nel senso ora indicato, deve essere intesa. E cioè, se lo Stato del foro è uno Stato contraente che non ha apposto alcuna riserva del tipo di quella ora indicata, la circostanza che la riserva sia stata apposta da altro Stato contraente al cui ordinamento le parti hanno operato il rinvio non sembra escludere l'operatività del diritto uniforme. Anzi, si deve ritenere che la scelta così operata dalle parti contraenti ne costituisca, di per sé, criterio di applicazione.

Al contrario, se lo Stato del foro è uno Stato non contraente o uno Stato contraente (compreso lo stesso Stato contraente al cui ordinamento le parti hanno operato il rinvio) che ha apposto una riserva del tipo di quelle in esame sembra difficile evitare che la volontà delle parti così espressa venga intesa come derogatoria rispetto alla normativa di diritto uniforme. Infatti, in tal caso, né i criteri di collegamento operanti nell'ordinamento del foro né quelli dello Stato contraente richiamato consentono una (diversa) valutazione della volontà delle parti contraenti suscettibile di ricondurre tale situazione nell'ambito di applicazione della normativa di diritto uniforme. Pertanto, in tal caso, l'indicazione delle parti non potrà che essere valutata come derogatoria della disciplina di diritto uniforme.

⁵⁵ Si veda adesivamente a quanto esposto nel testo BONELL, *ibid.*, cit., p. 18; AUDIT, *La vente internationale de marchandise*, Paris, 1990, p. 40; e LANCIOTTI, *Norme uniformi*, cit., spec. p. 170.

9. *Gli effetti e i criteri interpretativi delle deroghe contrattuali alle norme di diritto uniforme a contenuto imperativo*

Così come il diritto uniforme a contenuto derogabile determina, secondo propri criteri, il senso, la portata e i limiti degli effetti derogatori consentiti all'autonomia privata rispetto alla normativa internazionale, anche il diritto uniforme a contenuto «imperativo» si preoccupa di precisare il senso e la portata dell'inderogabilità dei suoi effetti sui rapporti del commercio internazionale da esso regolati.

Il che è, ancora una volta, chiaramente descritto e codificato nell'ambito della disciplina di diritto uniforme relativa ai trasporti marittimi. Essa, infatti, risulta dotata non solo di specifiche disposizioni, ma anche caratterizzata da un'evoluzione che ottimizza e codifica gli esiti normativi e giurisprudenziali propri delle varie discipline di diritto materiale uniforme a contenuto «imperativo». In tali norme, così, si precisano in modo particolarmente puntuale (e in senso eventualmente derogatorio rispetto alle corrispondenti norme statali altrimenti applicabili) gli effetti del diritto materiale uniforme a contenuto «imperativo» sulla validità di clausole e/o della disciplina contrattuale e/o degli stessi rapporti del commercio internazionale che si pongano in contrasto con esso.

In particolare, vale, anzitutto, la pena di ricordare in questa sede i contenuti dell'art. 3, par. 8 della convenzione di Bruxelles del 1924, in cui si prevede che «qualsiasi clausola, convenzione o accordo che esoneri il vettore o la nave da responsabilità per perdita o danno alle merci ... o attenui tale responsabilità in modo divergente da quanto previsto dalla presente convenzione sarà nullo, non avvenuto e di nessun effetto»⁵⁶. Il che è stato ulteriormente precisato e rafforzato in occasione della formulazione del corrispondente art. 23 delle Regole di Amburgo, il quale, oltre a riprendere gli stessi contenuti della disposizione dell'art. 3, par. 8 ora ricordata, tra l'altro, prescrive, da un lato, all'art. 23, par. 3 l'obbligo a carico del vettore di inserire espressamente nella polizza di carico una «dichiarazione secondo cui il trasporto è soggetto alle norme di questa convenzione che rendono nulla qualsiasi stipulazione in deroga alle stesse a danno del caricatore o del destinatario» e, dall'altro, all'art. 23, par. 4 l'obbligo di risarcire tutti gli eventuali danni conseguenti al mancato inserimento di tale clausola in polizza di carico⁵⁷.

Ma non soltanto. Infatti, non ci si limita a estendere gli effetti della nullità anche a clausole relative ad altri rapporti contrattuali (e in particolare del contratto

⁵⁶ Ci sia consentito rinviare al riguardo a quanto osservato da CARBONE, *Contratto di trasporto*, cit., p. 104 ss.

⁵⁷ In merito al contenuto di tale articolo e alla condivisione dei suoi contenuti normativi in quanto codificatori di criteri generali relativi alla determinazione del danno risarcibile a seguito della mancata operatività della disciplina inderogabile di diritto uniforme dipendente da una omissione imputabile al vettore, si veda, per tutti, nella letteratura italiana, CARBONE, *Contratto di trasporto*, cit., p. 108-109. In merito all'applicazione di identici principi nell'ambito dell'applicazione della normativa uniforme relativa al trasporto terrestre si veda SILINGARDI, RIGUZZI, GRAGNOLI, *Trasporto internazionale*, cit., p. 22 ss.

di assicurazione, la cessione dei cui diritti comporta accollo di costi a danno di alcuni soggetti e vantaggi a favore di altri in modo incoerente rispetto all'area incomprimibile dei rischi loro assegnati dalle normative di diritto materiale uniforme a contenuto «imperativo»⁵⁸, ma ci si preoccupa di precisare che l'eventuale nullità di alcune clausole (nella specie limitative della responsabilità del vettore marittimo previste in polizza di carico) non implica la nullità dell'intero rapporto né tanto meno la invalidità delle altre clausole contrattuali eventualmente collegate senza vincolo di inscindibilità a quella colpita da nullità⁵⁹.

Si codificano e si consolidano in tal modo i risultati cui la giurisprudenza perviene in relazione alle regole proprie della disciplina di diritto materiale uniforme a contenuto imperativo quanto agli effetti conseguenti alla nullità delle clausole in esame. Infatti, già nel vigore della normativa della convenzione di Bruxelles, si è affermato non solo che la nullità di una clausola non incide sulla validità e sulla disciplina dell'intero rapporto, ma anche che quando una clausola è *severable* la relativa eventuale nullità colpisce solo quella parte di essa che si pone in contrasto con la normativa di diritto uniforme a contenuto imperativo⁶⁰. E ancora, si è affermato che una clausola colpita da nullità a causa di tale contrasto non può operare, nell'ambito dello stesso rapporto, con riferimento a parti dello stesso che non rientrano nell'ambito di applicazione della normativa di diritto uniforme a contenuto imperativo perché relative a profili contrattuali precedenti o successivi a quanto costituisce lo specifico oggetto di tale disciplina (come, ad esempio, si verifica per le fasi di caricazione, scarica e/o deposito rispetto al trasporto di merci)⁶¹.

Il che appare tanto più significativo in quanto tale disciplina è anche espressamente confermata dalle altre normative di diritto uniforme relative ai contratti del commercio internazionale in cui ci si è dati carico di operare una precisa codificazione degli aspetti ora indicati. Tra queste, sempre in materia di trasporti, vale la pena di essere ricordato l'art. 41 della CMR in cui si riproducono, sostanzialmen-

⁵⁸ È quanto, appunto, afferma l'art. 38 della versione della convenzione di Bruxelles conseguente alle modifiche del protocollo di Visby allorché dispone, ad esempio, che «una clausola portante cessione del beneficio dell'assicurazione in favore del vettore o qualsiasi altra clausola simile sarà considerata come clausola di esonero dalla sua responsabilità e, sotto questo profilo, pertanto, nulla».

⁵⁹ Vedi, in merito a quanto esposto nel testo con riferimento alla disciplina di diritto uniforme relativa al trasporto marittimo, TETLEY, *Marine Cargo Claims*, Montreal, 1988, spec. p. 844 ss., *passim*. Analoghe valutazioni sono state condivise con riferimento agli effetti delle clausole nulle relative ai contratti di trasporto terrestre perché in contrasto con norme inderogabili di diritto uniforme: si veda a quest'ultimo proposito, nella letteratura italiana, ad esempio, PESCE, *Il contratto*, cit., spec. p. 65 ss.

⁶⁰ Naturalmente quanto indicato nel testo presuppone che il contenuto della clausola di cui una parte è affetta da nullità sia, di per sé, con contenuti *severable*, altrimenti l'intera clausola è colpita da tale vizio. Si veda al riguardo le considerazioni e la giurisprudenza di cui a TETLEY, *ibid.*, cit., pp. 845 ss. e 857-858.

⁶¹ Si veda nel senso di cui al testo, per tutti, TETLEY, *Marine Cargo*, cit., p. 844.

te negli stessi termini e con le stesse espressioni, i contenuti normativi e gli esiti giurisprudenziali ora indicati.

In tale sede, infatti, si precisa che è «null and void» ogni stipulazione in deroga ai contenuti normativi di diritto uniforme della CMR con la precisazione, peraltro, che tale nullità non ne comporta l'estensione alle altre clausole contrattuali o all'intero rapporto⁶².

Questa soluzione è sicuramente da condividere e appare senz'altro opportuna – nella stessa logica dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha caratterizzato la disciplina di diritto uniforme relativa al trasporto marittimo – al fine di escludere qualsiasi difformità di trattamento degli effetti ora indicati nell'ambito degli ordinamenti statali che, a differenza di altri (quali ad esempio quello italiano o quello svizzero), non prevedono la nullità parziale del contratto e contemplano al riguardo la sola ipotesi di conversione del rapporto contrattuale.

Nella stessa logica ora indicata non stupisce, così, che le ulteriori regole proprie della valutazione dell'incidenza del diritto uniforme nella interpretazione delle clausole dei contratti del commercio internazionale, a maggior ragione, confermino, anche a proposito della normativa di diritto materiale uniforme a contenuto imperativo, la stessa *vis expansiva* di cui già abbiamo fatto cenno a proposito degli effetti del diritto uniforme a contenuto derogabile. In questa prospettiva, eventuali effetti derogatori di tale normativa, pur da essa espressamente previsti e consentiti, non potranno che operare in senso e con effetti limitati.

E a maggior ragione il riferimento contrattuale, in virtù di *paramount clauses*, alla disciplina di diritto uniforme a contenuto imperativo per confermarne, rafforzarne ed estenderne extraterritorialmente la portata dovrà essere inteso con una portata tale da garantire l'applicazione di tale disciplina secondo i contenuti della normativa più evoluta normalmente finalizzati a offrire un trattamento più favorevole per il soggetto che la disciplina di diritto uniforme a contenuto imperativo tende a proteggere. Tanto più che in tal senso opera anche il criterio della interpretazione *contra proferentem* delle clausole in esame.

Al riguardo, è particolarmente significativo il caso di recente deciso dalla *Trial Division della Federal Court of Canada*⁶³, le cui conclusioni meritano di essere condivise. Si trattava qui di valutare la portata di una *paramount clause* di cui erano incerti portata ed effetti, da un lato, essendo essa riferita in modo ambiguo sia all'originaria disciplina della convenzione di Bruxelles sia alla corrispondente normativa integrata dal protocollo di Visby, dall'altro, essendo operante nell'ambito di un rapporto la cui polizza di carico era stata emessa in uno Stato contraente della convenzione di Bruxelles (e non aderente al protocollo di Visby), pur essen-

⁶² In merito ai contenuti normativi di cui al testo vedi, per tutti, PESCE, *Il contratto*, cit., p. 65 ss.; CLARKE, *International Carriage*, cit., spec. p. 466-467; e SILINGARDI, RIGUZZI, GRAGNOLI, *Trasporto internazionale*, cit., p. 19 ss.

⁶³ *Ontario Bus Industries Inc. v. Federal Pacific Ltd.*, [1991] 1 *Federal Courts Rep.* 245 e *Rev. droit uniforme*, 1991, p. 200.

do relativa a merce imbarcata nel porto di uno Stato contraente del protocollo di Visby. In tale occasione, la naturale *vis expansiva* della disciplina di diritto uniforme nella sua formulazione più evoluta e la regola della protezione della parte contraente (alla tutela dei cui interessi è rivolta la normativa di diritto uniforme) che non ha predisposto la formulazione della *paramount clause* hanno indotto senz'altro i giudici canadesi a risolvere le indicate ambiguità della clausola applicando la disciplina risultante dalla combinazione dell'originario testo della convenzione di Bruxelles integrato dalle norme di cui al protocollo di Visby.

10. *Il diritto internazionale pattizio e la garanzia di «conformità» agli interessi interstatali dell'esercizio dell'autonomia privata nei contratti internazionali*

Oltre i profili ora accennati relativi alla disciplina di diritto uniforme sostanziale, che incide, con varia intensità, sui contenuti dei rapporti giuridici contrattuali, il diritto internazionale convenzionale incide anche per altri versi su molti contratti del commercio internazionale. Anzitutto, spesso contribuisce a favorirne la conclusione creando i presupposti solo in presenza dei quali ne è consentita l'operatività e la regolare esecuzione, condizionando grandemente l'esercizio al riguardo della sovranità degli Stati sino addirittura a escluderne l'interferenza sulla disciplina dei contratti oltre determinati e precisi limiti. Anzi, in alcuni casi impone addirittura specifici comportamenti agli Stati rivolti a garantire la loro preventiva adesione a determinati modelli contrattuali la cui adozione da parte dei soggetti interessati alla loro conclusione ne garantisce la coerenza con il contestuale perseguimento degli interessi degli Stati coinvolti nell'esecuzione di tali rapporti.

In realtà, sino da tempi risalenti, il diritto internazionale pattizio si è preoccupato di garantire che in determinati settori del commercio internazionale fossero presenti le migliori condizioni possibili al fine di consentire alle parti dei relativi rapporti contrattuali un efficace esercizio del principio di autoregolamentazione e del libero operare delle forze economiche. Infatti, al riguardo ci si è preoccupati soprattutto, nei tempi meno recenti in modo addirittura esclusivo, di porre precisi limiti all'intervento dei poteri normativi e amministrativi degli Stati allo scopo di garantire il libero operare dell'autonomia privata. Tanto che, in alcuni specifici settori, il diritto internazionale convenzionale non ha incertezza nel senso, da un lato, di favorire la rimozione di condizionamenti o interferenze «discriminatorie» da parte degli Stati rispetto a contratti del commercio internazionale e, dall'altro, di escludere misure normative statali «non necessarie» che possano restringere la libera determinazione delle parti nel definire un compiuto assetto dei loro rapporti contrattuali⁶⁴.

⁶⁴ Si veda *infra*, al paragrafo successivo.

Peraltro, nei tempi più recenti, la maturata consapevolezza della rilevanza di alcuni rapporti contrattuali del commercio internazionale su più generali assetti ed equilibri macroeconomici dei rapporti interstatali hanno imposto una più marcata attrazione della disciplina sostanziale di tali contratti nell'area di influenza del diritto internazionale pubblico convenzionale. Si pensi, ad esempio, ai contratti relativi ai settori strategici della collaborazione tecnologica. Oppure ai contratti che riguardano forniture di beni o servizi rilevanti ai fini di utilizzazioni di carattere militare. Oppure, ancora, ai contratti relativi alla organizzazione di servizi essenziali per il commercio di un Paese come sono, ad esempio, i trasporti marittimi e aerei.

Si tratta, infatti, di rapporti del commercio internazionale in cui il momento interindividuale della disciplina contrattuale tra imprese è difficilmente scindibile da quello interstatale; anzi, deve essere del tutto omogeneo e assolutamente connesso con quest'ultimo⁶⁵.

In tali settori, quindi, il diritto internazionale convenzionale si va progressivamente caratterizzando, in modo sempre più accentuato, nel senso di escludere che le imprese, e le forze economiche di cui esse sono espressione, possano essere in grado, attraverso il solo esercizio dell'autonomia privata (anche in virtù della sua valenza internazionalprivatistica), di modellare in modo significativo gli stessi assetti macroeconomici della comunità internazionale: e cioè, quegli stessi «equilibri entro cui si collocano e in funzione dei quali risultano regolate, in un determinato momento storico, le stesse attività e relazioni economiche reciproche degli Stati»⁶⁶. Tanto più che, altrimenti, si finirebbe per affidare all'autonomia privata e alle imprese una vera e propria «delega di funzioni» senza alcun «parametro di conformità» dei loro comportamenti e dei loro contenuti negoziali con le esigenze relative agli equilibri interstatali direttamente coinvolti⁶⁷. D'altro canto, la presenza di questi interessi pubblicistici e le possibili discrezionali interferenze unilaterali degli Stati sui contratti del commercio internazionale in esame, in difetto di specifici accordi multilaterali o internazionali, fanno sì che tale disciplina adottata

⁶⁵ In merito, e con specifico riguardo alla materia del trasferimento di tecnologie, si veda anche per riferimenti EBERT, *Rechtliche Beschränkungen des Technologietransfers im Außenwirtschaftsverkehr*, Baden-Baden, 1986; BLEIMAIER, *Legal Analysis of the Political Barriers to the International Transfer of Technology*, in *Annuaire de l'A.A.A.*, 1981/82/83, p. 55 ss.

⁶⁶ Così PICONE, *Diritto internazionale dell'economia e costituzione economica dell'ordinamento internazionale*, in *Comunicazioni e studi*, XVI, Milano, 1980, pp. 139 ss., 199.

⁶⁷ Il che, com'è noto, appare senz'altro inammissibile. La problematica dei limiti imposti unilateralmente dagli Stati ai privati assoggettati alla sovranità e/o giurisdizione dei primi nella stipulazione di contratti del commercio internazionale si pone soprattutto con riferimento alla materia dei controlli all'esportazione. In merito, e senza alcuna velleità di completezza, si veda per tutti e per riferimenti, FRANCHINI, *La disciplina giuridica del commercio con l'estero*, Padova, 1987; BIANCHI, *Esportazione e transito di materiali di armamento: profili di diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 1992, p. 65 ss.; MEESSEN (a cura di), *The International Law of Export Control. Jurisdictional Issues*, London-Dordrecht-Boston, 1992; MIGLIORINO, *Le restrizioni all'esportazione nel diritto internazionale*, Padova, 1993.

a livello internazionale sia la sola in grado di fornire il necessario *framework* normativo che garantisce e favorisce la loro conclusione e la loro compiuta esecuzione, oltretutto certezza e prevedibilità della loro disciplina normativa, con particolare riguardo ai limiti all'esercizio dell'autonomia privata che possono altrimenti essere posti in essere in virtù di interventi normativi e amministrativi da parte degli Stati nel cui ambito di sovranità gravitano i relativi rapporti contrattuali. In questo senso, quindi, la normativa di diritto internazionale convenzionale, per un verso, condiziona e limita l'autonomia privata, ma per altro verso ne promuove e ne consente l'esercizio, sia creando gli stessi presupposti perché possa operare⁶⁸, sia precisando i limiti entro cui gli Stati possono interferire sulla disciplina convenzionale dei relativi rapporti contrattuali.

Nelle specifiche norme di diritto internazionale convenzionale, non ci si limita, quindi, come avveniva nel passato, a ridurre (o addirittura escludere) alcuni condizionamenti del potere unilaterale degli Stati a qualsiasi titolo legittimati a intervenire, con misure normative, amministrative e giurisdizionali, sulla disciplina contrattuale e sull'esercizio dell'autonomia privata, ma si provvede anche a individuare e precisare parametri contrattuali (predeterminati e condivisi da parte degli Stati) entro i limiti dei quali può solo svolgersi l'esercizio dell'autonomia privata al fine di soddisfare le esigenze pubblicistiche e gli equilibri macroeconomici coinvolti negli specifici rapporti del commercio internazionale. A tali parametri e modelli, così, le parti contraenti devono «conformarsi» nell'esercizio della loro autonomia privata.

Esempi di quanto precede appaiono numerosi e frequenti: oltre agli accordi in tema di traffici marittimi e di trasferimenti di tecnologia («sensibile»), di cui si tratterà più ampiamente in appresso, un'altra serie di ipotesi assai importanti è data dai c.d. accordi di restrizione volontaria alle esportazioni, nell'ambito dei quali vengono determinati a livello interstatale sia i quantitativi sia le modalità, i criteri e i contenuti dei contratti di scambio di determinati prodotti venduti dalle imprese

⁶⁸ In questa prospettiva, giova ricordare che, in piena coerenza con quanto appena ricordato, si è correttamente affermato, a proposito del trasferimento internazionale di tecnologie (ma con una portata senz'altro tale da poter riguardare qualsiasi fenomeno del commercio internazionale oggetto del presente lavoro), che «[i]t has long been recognized that a principal factor promoting business activity is predictability. The focus of any effort to promote international transfer of new ... technology must, therefore, be the establishment of a mechanism whereby a potential investor can reliably determine his rights and responsibilities in advance. Obviously another important factor promoting business activity is profit. The amount of potential profit needed to stimulate a given business activity, however, is inversely proportional to the amount of risk involved. By establishing a mechanism to reduce the uncertainties of international ... technology transfer, a given level of business activity could be sustained at a lower potential rate of return to the private investors. This would benefit not only the countries receiving technology in terms of, for example, lower acceptable royalty rates, but the world Community at large because of the "deadweight" economic loss associated with high levels of uncertainty and resultant economic stagnation» (così SILVERSTEIN, *Sharing United States Energy Technology with Less Developed Countries: A Model for International Technology Transfer*, in *J. Int. L. Econ.*, 1977-1978, p. 363 ss., a 409-410).

del Paese esportatore sui mercati di quello importatore: si ha, in altri termini, una regolamentazione a livello interstatale che in particolare fissa livelli di *output* e *standards* produttivi alle imprese di un determinato Paese, nell'ottica di un condizionamento di livelli e caratteristiche di produzione e consumo di taluni prodotti all'interno di altri Paesi⁶⁹. Questi ultimi accordi possono essere multilaterali, come l'Accordo Multifibre negoziato in sede GATT, ovvero bilaterali e tra essi è particolarmente noto l'accordo tra Comunità europea e Giappone sull'esportazione di autoveicoli⁷⁰.

Le imprese, pertanto, in presenza della normativa di diritto internazionale patizio in esame, devono concludere i contratti del commercio internazionale nei limiti, secondo i criteri e sulla base dei principi in essa contenuti. Il che sembra affidare a tali contratti anche la funzione di più chiaramente definire la tutela degli interessi «pubblicistici» degli Stati in coerenza con i principi che hanno loro fonte nelle accennate norme di diritto internazionale convenzionale. Tanto più che, in alcuni casi, gli specifici contenuti e i relativi equilibri macroeconomici collegati a determinati rapporti contrattuali impongono non solo l'adozione di specifici «modelli strutturali» dalla cui utilizzazione l'esercizio dell'autonomia privata non può prescindere, ma anche una disciplina assai dettagliata alla quale i contratti del commercio internazionale dovranno conformarsi, con limitazione degli spazi residui aperti all'esercizio dell'autonomia privata.

Ma non soltanto. La presenza di interessi pubblicistici da tutelare, e l'esigenza di precisi equilibri macroeconomici, nell'ambito di determinati rapporti contrattuali – soprattutto se relativi alla disciplina dell'assetto organizzativo dei rapporti interstatali di un settore particolarmente rilevante del commercio internazionale – spesso comporta che l'esercizio dell'autonomia privata sia consentito solamente se, al tempo stesso, si garantisce e si rappresenta verso l'«esterno» un unitario disegno imprenditoriale da parte delle imprese operanti da uno stesso Stato. In altri termini, gli spazi commerciali e l'impiego al riguardo dell'autonomia privata relativamente a determinati settori dell'economia dipendono spesso da «vantaggi politici» definiti a livello interstatale dipendenti dall'effettiva integrazione unitaria

⁶⁹ I predetti accordi riguardano settori importanti, quali auto, prodotti tessili, acciaio, giocattoli, abbigliamento, materiale elettronico. Anche sugli accordi di restrizione volontaria alle esportazioni la letteratura è molto vasta. Per talune indicazioni, e per riferimenti, si veda MUNARI, *Il diritto comunitario antitrust nel commercio internazionale: il caso dei trasporti marittimi*, Padova, 1993, p. 39 ss.; QUICK, *Exportselbstbeschränkungen und Artikel XIX GATT*, Köln, 1983, ma v. anche i saggi di PETERSMANN e MOINUDDIN, in DICKE, PETERSMANN (a cura di), *Foreign Trade in the Present and a New International Economic Order*, Fribourg, 1988.

⁷⁰ Sull'Accordo Multifibre si veda ZHENG, *Legal Structure of International Textile Trade*, New York, 1988; BLOKKER, *International Regulation of World Trade in Textiles. Lessons for Practice. A Contribution to Theory*, Dordrecht-Boston-London, 1989; v. anche VÖLKER (a cura di), *Protectionism and the European Community*, 2ª ed., Deventer-Antwerp-London-Frankfurt-Boston-New York, 1988, ed ivi i lavori di VAN DARTEL, sull'Accordo Multifibre, e di BRONCKERS, sull'accordo tra la Comunità ed il Giappone sugli autoveicoli. Giova ricordare che in sede di Uruguay Round è prevista la rinegoziazione (e, in prospettiva, l'abrogazione) di entrambi gli accordi ora indicati.

delle imprese interessate nello specifico ambito statale che consente di godere di tali «vantaggi». E pertanto, solamente se viene garantita una preventiva integrazione (o quanto meno un coordinamento) tra le imprese interessate a operare da un determinato Paese in uno specifico settore economico cui si riferiscono i rapporti contrattuali del commercio internazionale in esame, ne è consentita la conclusione e l'esercizio al riguardo dell'autonomia privata. Il che potrà avvenire attraverso uno spontaneo adeguamento a tale esigenza da parte delle imprese interessate oppure attraverso specifici interventi autoritativi da parte dello Stato i cui interessi sono coinvolti nell'esecuzione dei rapporti contrattuali del commercio internazionale e al quale devono essere ricondotti i «vantaggi» di cui le imprese intendono giovare attraverso l'esercizio dell'autonomia privata. A questo proposito, gli esempi specifici analizzati nei paragrafi successivi consentiranno di meglio precisare quanto ora indicato.

D'altro canto, è importante in generale rilevare che le interferenze statali, previste e approvate dalle accennate regole internazionali pattizie, sulle modalità con cui avvengono le transazioni nel commercio internazionale e si esplica l'autonomia privata dei soggetti interessati, non si risolvono esclusivamente in norme e/o criteri «limitativi» di tale autonomia e libertà. Al contrario, essi tendono spesso proprio a *impedire* che limitazioni vengano imposte unilateralmente dagli Stati: si pensi, in particolare, alla disciplina di cui al già menzionato Accordo generale sulle tariffe e il commercio (GATT), e agli obblighi ivi previsti a carico degli Stati di non restringere in linea di principio il libero scambio e la libertà dei soggetti privati di operare nell'ambito del commercio internazionale⁷¹.

E in effetti, a rigore, norme internazionali pattizie condizionanti in senso restrittivo o limitative dell'autonomia privata nel commercio internazionale tendono a configurarsi come eccezionali e/o derogatorie rispetto alla disciplina-quadro costituita dal GATT. In tal senso, nelle materie coperte da tale disciplina, limiti e condizionamenti all'autonomia privata nei contratti del commercio internazionale risultano ammessi soltanto a fronte dell'esigenza di perseguire interessi «pubblicitici» *superiori* rispetto a quelli sulla base dei quali l'Accordo è fondato, ovvero già previsti all'interno del medesimo: è il caso, ad esempio, delle esigenze di sicurezza nazionale, espressamente considerate proprio nelle disposizioni del GATT, giustificative dei limiti al trasferimento di tecnologie «sensibili».

Altre volte, invece, gli accordi in cui si prevedono regole limitative della libertà e dell'autonomia privata nel commercio internazionale incidono su settori di quest'ultimo (allo stato) non disciplinati dall'Accordo: è il caso, ad esempio, dei traffici marittimi, di cui in appresso, che in quanto rientrante nella materia relativa

⁷¹ Ogni riferimento specifico al GATT esula evidentemente dall'oggetto del presente lavoro. Solo per limitarsi a taluna dottrina italiana, e soprattutto per riferimenti, si veda PICONE, SACERDOTI, *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1982, spec. p. 409 ss.; COMBA, *Il neo liberismo internazionale*, Milano, 1987; VENTURINI, *L'accordo generale sulle tariffe doganali e il commercio (GATT)*, Milano, 1988; MUNARI, *Il diritto comunitario*, cit., p. 26 ss.

alla prestazione di servizi è tuttora sottratto alle regole del GATT, le quali, come è noto, riguardano semplicemente operazioni economiche e contratti del commercio internazionale aventi ad oggetto il trasferimento di beni. E in proposito, giova, quindi, precisare che, nel momento in cui entreranno in vigore gli accordi sottoscritti a Marrakesh il 15 aprile 1994 a conclusione dei negoziati dell'Uruguay Round, l'ambito di operatività dei principi del GATT risulterà notevolmente ampliato, e così pure la capacità degli individui e delle imprese di esercitare la loro autonomia privata nella disciplina dei contratti del commercio internazionale relativi ai settori dei servizi attualmente sottratti, secondo quanto indicato, alla normativa in questione.

11. Continua: *La disciplina di diritto internazionale pattizio e il suo rilievo sull'esercizio dell'autonomia privata in occasione della conclusione dei contratti del commercio internazionale relativi ai traffici marittimi*

Per quanto riguarda la normativa di diritto internazionale convenzionale rivolta a disciplinare nel senso indicato nel paragrafo precedente i contratti internazionali relativi al traffico marittimo si deve, in primo luogo, precisare che, sino a quest'ultimo ventennio, la normativa internazionale pattizia si è limitata soltanto a creare le condizioni in presenza delle quali rendere possibile all'autonomia privata e alla libera iniziativa economica di realizzare compiutamente le relative potenzialità senza interferenze indebite o discriminatorie da parte degli Stati⁷². È sufficiente ricordare in proposito come in più occasioni, e addirittura nello Statuto di una istituzione internazionale (e cioè, l'IMCO, oggi IMO), si è convenuto di qualificare l'elaborazione dell'attività normativa pattizia nella direzione di rimuovere le restrizioni «discriminatory and unnecessary» poste dagli Stati alla «freedom of shipping» e in particolare alla compiuta realizzazione dell'autonomia privata nella disciplina dei contratti relativi ai traffici marittimi. Il che è stato, ancora di recente, espressamente ribadito anche nei vari accordi bilaterali concernenti la disciplina dei trasporti e della navigazione marittima. Si pensi, ad esempio, all'accordo tra Italia e Algeria del 28 febbraio 1987 (cui è stata data esecuzione nell'ordinamento italiano con l. 11 febbraio 1989, n. 74), in cui le Parti contraenti si sono impegnate non solamente a «eliminare gli ostacoli che possono portare pregiudizio allo sviluppo del trasporto marittimo», ma altresì a «cooperare all'eliminazione degli ostacoli suscettibili di impedire lo sviluppo degli scambi marittimi tra i due Paesi e le diverse attività che dipendono da tali scambi»⁷³.

⁷² In merito, e per più ampie indicazioni, si veda già CARBONE, *Modelli organizzativi del traffico marittimo, ruolo delle imprese e diritto internazionale dell'economia*, in *Dir. mar.*, 1985, p. 479 ss., a p. 484 ss.

⁷³ L'accordo è pubblicato nel Suppl. ordinario n. 14 alla *Gazz. Uff.* n. 53 del 4 marzo 1989, ma anche in CARBONE, MUNARI, *Regole e organizzazione dei trasporti marittimi internazionali*, Milano,

Peraltro, le stesse riserve apposte dagli Stati in occasione dell'approvazione dello Statuto dell'IMCO (ora IMO) in merito al diritto degli Stati interessati a un determinato traffico marittimo di incidere sulla disciplina dei relativi contratti e di condizionarla, in virtù di specifiche misure legislative e amministrative relative alla tutela di alcuni interessi primari degli Stati (quali, ad esempio, la crescita della flotta nazionale, l'equilibrio della bilancia valutaria pregiudicato dagli esborsi dei noli marittimi oppure le specifiche esigenze di un particolare carico vitale per gli interessi del Paese), hanno posto in rilievo l'esigenza di attrarre quest'area di intervento normativo (e in tal modo ricondurne la portata e gli effetti) nell'ambito dei limiti indicati da ulteriori e più precise norme di diritto internazionale pattizio. In tal modo, infatti, si esclude che misure unilateralmente adottate dagli Stati con contenuti imprevedibili possano pregiudicare la regolare esecuzione della disciplina contrattuale concordata tra le parti interessate ai rapporti relativi ai traffici marittimi. Ma non soltanto. Si permette anche che l'esercizio dell'autonomia privata avvenga in coerenza con gli assetti macroeconomici dei relativi rapporti interstatali e con le esigenze pubblicistiche degli Stati coinvolti nell'esecuzione di tali rapporti secondo criteri e parametri prefissati a livello internazionale. Il che garantisce, appunto, prevedibilità e certezza alla disciplina dei rapporti contrattuali relativi ai traffici marittimi che a tali parametri e criteri si adeguino e si conformino.

In tale prospettiva, la normativa di diritto internazionale pattizio relativa ai traffici marittimi non solo si preoccupa di indicare le condizioni e i limiti in cui operano «riserve di traffico» o interventi rivolti a incidere sul livello dei noli e sulle condizioni di esercizio dei contratti relativi ai servizi marittimi di linea, ma indica espressamente (e in modo cogente) il modello e i contenuti contrattuali cui le parti interessate devono «conformarsi» nella conclusione dei rapporti relativi al traffico marittimo intercorrenti sia tra le stesse imprese ad esso interessate sia nei riguardi dell'utenza. Tanto che tale modello contrattuale dei traffici marittimi non soltanto viene indicato come legittima manifestazione della loro volontà, ma viene addirittura imposto come «modello strutturale» dal cui impiego le imprese non possono prescindere nell'esercizio dell'autonomia privata⁷⁴. Si pensi, ad esempio, all'accordo italo-marocchino del 15 aprile 1982 (al quale è stata data esecuzione nell'ordinamento italiano con l. 24 luglio 1985, n. 433), in cui all'art. V si prevede l'obbligo di tutte le compagnie marittime dei due Paesi di comprendere la disciplina dei traffici (di linea, passeggeri e *tramps*) nell'ambito di un unico contratto di «*conference*» le cui regole e clausole devono conformarsi ad

1990, p. 225 ss., cui si rinvia (p. 69 ss.) anche per indicazioni ulteriori rispetto a quanto contenuto nel testo.

⁷⁴ Naturalmente quanto indicato nel testo presuppone che il contenuto della clausola di cui una parte è affetta da nullità sia, di per sé, con contenuti *severable*, altrimenti l'intera clausola è colpita da tale vizio. Si veda al riguardo le considerazioni e la giurisprudenza di cui a TETLEY, *ibid.*, cit., pp. 845 ss. e 857-858.

alcuni criteri di ripartizione del traffico, di determinazione dei noli e di esercizio dei servizi marittimi direttamente previsti nella stessa normativa adottata a livello internazionale⁷⁵.

Ma anche sotto un differente profilo l'evoluzione del diritto internazionale pattizio relativo ai traffici marittimi si segnala come esempio significativo di quanto esposto in termini generali nel paragrafo precedente. Infatti, nei più recenti trattati conclusi al riguardo, tra cui si segnala soprattutto la convenzione relativa al Codice di Condotta sulle Conferenze Marittime del 1974 (cui è stata data esecuzione nell'ordinamento italiano con l. 15 febbraio 1989, n. 92)⁷⁶, si prevede che le imprese partecipanti a un determinato traffico marittimo e appartenenti a uno degli Stati ad esso interessati, non possano concludere e instaurare rapporti contrattuali relativi a tale traffico con le compagnie marittime dell'altro Stato (o degli altri Stati) a titolo individuale, ma solamente se raggruppate tra loro sulla base di regole precise che ne garantiscano la comune rappresentanza verso l'esterno secondo un unitario disegno coerente con gli interessi macroeconomici dello Stato di appartenenza definiti nella stessa normativa di diritto internazionale pattizio. Il che deve essere garantito, e adeguatamente controllato, da parte degli Stati direttamente interessati a tali traffici che potranno (e anzi dovranno) intervenire al riguardo nei limiti e secondo i criteri di cui alla predetta normativa.

Quanto ora indicato, peraltro, deve essere inteso, come già accennato in precedenza, in senso non già riduttivo, ma solamente chiarificatore dei limiti relativi al ruolo dell'autonomia privata nella disciplina dei contratti del commercio internazionale. Infatti, tale normativa indica proprio i presupposti, le condizioni e i criteri per un positivo esercizio dell'autonomia privata. Questa, pertanto, se impiegata nei limiti e secondo i parametri previsti dalla disciplina di diritto internazionale pattizio, potrà realizzare il massimo delle sue potenzialità con la garanzia di non subire interventi normativi e amministrativi da parte degli Stati. Tanto più che specifiche disposizioni della normativa in esame assegnano ampio spazio e massima enfasi proprio all'esercizio dell'autonomia privata e alla «negoziiazione commerciale» (e, in caso di persistenti divergenze valutative, alla conciliazione e all'arbitrato) nella determinazione dei contenuti dei rapporti contrattuali relativi ai traffici marittimi internazionali dalla cui conclusione e corretta esecuzione dipende anche il perseguimento degli obiettivi e degli equilibri economici concordati a livello interstatale.

⁷⁵ L'accordo in esame è pubblicato nel Suppl. ordinario n. 72 alla *Gazz. Uff.* n. 197 del 22 agosto 1985, nonché in CARBONE, MUNARI, *ibid.*, p. 177 ss.

⁷⁶ Suppl. ordinario n. 18 alla *Gazz. Uff.* n. 62 del 15 marzo 1989, nonché in CARBONE, MUNARI, *ibid.*, p. 183 ss.

12. Continua: *La disciplina di diritto internazionale pattizio e il suo rilievo nell'esercizio dell'autonomia privata in occasione di contratti sul trasferimento di materiali e tecnologie nucleari*

Portata ed effetti analoghi a quelli esaminati nel precedente paragrafo con riferimento ai contratti relativi ai traffici marittimi caratterizzano anche la normativa internazionale pattizia relativa ai contratti del commercio internazionale che riguardano materiali e tecnologie di settori strategici. Anzi, in questo ambito l'efficacia «propositiva» di tale normativa nei riguardi dell'esercizio dell'autonomia privata è ancora più evidente. Infatti, in difetto di disciplina pattizia concordata a livello interstatale, la stessa conclusione di contratti del commercio internazionale è di fatto assolutamente preclusa.

Si pensi, come già accennato in precedenza, a quei settori a rilevanza strategica in cui gli Stati esercitano un controllo assai severo sul trasferimento delle relative tecnologie, dei componenti industriali e dei materiali impiegati nel loro sfruttamento. In tale ambito, infatti, i contratti del commercio internazionale sono in grado di operare solo in quanto previsti da trattati internazionali che, peraltro, nel consentirne la conclusione, ne condizionano grandemente anche i contenuti.

Un esempio particolarmente indicativo di quanto ora è accennato è quello dei rapporti contrattuali relativi all'impiego dell'energia nucleare. Infatti, in tale settore non si rinvenivano contratti del commercio internazionale relativi al trasferimento di tecnologie e materiali nucleari sino a quando, a seguito di una importante svolta politica concretatasi nell'ambito dell'ordinamento statunitense con l'approvazione del piano «*Atoms for Peace*» (e successivamente sviluppato a livello normativo con lo *U.S. Atomic Energy Act* del 1954), è stata adottata una serie di accordi bilaterali di diritto internazionale rivolti a creare i presupposti della conclusione di tali contratti e a promuoverla, al fine di consentire l'utilizzazione e l'impiego pacifico dell'energia nucleare. Si tratta di accordi (su cui sono basati i successivi trattati conclusi al riguardo non solo da parte degli altri Stati occidentali detentori di tecnologia e materiali nucleari, ma anche da parte della stessa *ex* Unione Sovietica) che si caratterizzano per alcune specifiche norme in cui è chiaramente indicata la sola disciplina contrattuale, la cui adozione da parte dei soggetti interessati a instaurare rapporti commerciali relativi al settore nucleare ne consente la conclusione e la regolare esecuzione in coerenza con il contestuale e necessario perseguimento degli interessi degli Stati coinvolti nell'esecuzione di tali rapporti.

Nell'ambito di tali accordi si prevede, infatti, che i contratti del commercio internazionale relativi ai materiali e alle tecnologie nucleari devono comunque necessariamente comprendere, da un lato, un intenso coinvolgimento (non correlato, peraltro, a corrispondente assunzione di responsabilità) dell'impresa, a qualsiasi titolo, fornitrice di tecnologia e/o materiali nucleari nel loro relativo sviluppo e impiego, oltreché nella loro conseguente commercializzazione all'interno dello Stato in cui l'indicata tecnologia e i materiali nucleari sono impiegati; dall'altro, precise e specifiche garanzie allo Stato e all'impresa da cui provengono i materiali

e le tecnologie, che questi non saranno utilizzati per fini confliggenti con i loro interessi politici, militari ed economici. Tra queste ultime assumono un particolare rilievo per il loro impatto sulla disciplina dei vari contratti rilevanti al riguardo le disposizioni convenzionali che: *a)* garantiscono un diritto di opzione a favore dello Stato dell'impresa fornitrice relativamente al «materiale nucleare» prodotto da reattori dotati di combustibile nucleare di sua provenienza; *b)* prevedono il divieto di trasferimento di combustibile nucleare, di componenti industriali appartenenti all'area «sensibile» e di tecnologia proliferante nei confronti di soggetti e imprese che si trovano nell'ambito di determinati ordinamenti giuridici senza il previo consenso dell'impresa fornitrice e del suo Stato di appartenenza, allorché in tali trasferimenti siano coinvolti materiali, prodotti o informazioni di loro appartenenza; *c)* escludono qualsiasi responsabilità da parte dello Stato e dell'impresa da cui provengono i materiali e le tecnologie nucleari (attraverso le c.d. *hold-harmless clauses*) a proposito sia della completezza e della accuratezza delle informazioni trasferite, sia dei danni che dovessero derivare dal funzionamento dei materiali nucleari e/o dei componenti industriali forniti; *d)* stabiliscono limiti precisi all'impiego delle informazioni trasferite e dei componenti industriali forniti, in merito ai quali sono disciplinate forme assai vincolanti di controllo (attualmente assegnati a enti internazionali, soprattutto la IAEA).

Un particolare rilievo meritano ancora le disposizioni contenute nei trattati in esame in virtù delle quali l'eventuale violazione da parte dello Stato destinatario dei materiali e delle tecnologie nucleari della disciplina delle salvaguardie e dei controlli internazionali legittima la risoluzione di qualsiasi contratto nel frattempo concluso e la restituzione dei materiali nucleari sino ad allora consegnati. Tali disposizioni, infatti, chiaramente evidenziano come non solo l'esistenza, ma anche il rispetto dei trattati internazionali relativi allo sfruttamento pacifico dell'energia nucleare condizionano grandemente i contratti del commercio internazionale che riguardano i trasferimenti tecnologici e di materiali nucleari. E cioè, la presenza di un trattato internazionale è indispensabile sia ai fini di legittimare e consentire la conclusione di tali contratti, sia ai fini di permetterne la corretta e regolare esecuzione. Tanto che l'eventuale inadempimento e/o violazione delle disposizioni del trattato da parte dello Stato della sede dell'impresa cessionaria della tecnologia e/o dei materiali nucleari legittima e impone la risoluzione dei corrispondenti contratti di cui fa venire meno l'efficacia.

In realtà, i contenuti normativi ora accennati sono stati oggetto di facili critiche proprio in quanto si ritiene che limitino eccessivamente l'esercizio dell'autonomia privata dei soggetti e/o degli enti interessati alla conclusione ed esecuzione dei contratti internazionali relativi ai materiali e alle tecnologie nucleari. Tanto più che tale autonomia appare del tutto priva di qualsiasi possibilità di esercizio non solo con riguardo ai contenuti più rilevanti dei contratti di fornitura e di trasferimento di materiali e tecnologie nucleari, ma anche a proposito della loro concreta autorizzazione relativamente alla quale i predetti contratti devono necessariamente contenere specifiche clausole e previsioni coerenti con le corrispondenti dispo-

sizioni dei trattati internazionali. Il che ha consentito ad alcuni di affermare che una tale disciplina non solo svilisce il principio e il ruolo dell'autonomia privata e della libertà di iniziativa economica (essenziali nel commercio internazionale), ma addirittura limita e condiziona indebitamente la stessa «sovranità» dello Stato nella cui giurisdizione i soggetti e/o enti cessionari del trasferimento tecnologico e/o industriale si trovano.

Eppure, proprio per evitare tali critiche, nell'art. 4 del Trattato sulla non proliferazione nucleare (TNP) del 1968⁷⁷ è stata prevista una specifica norma secondo la quale tutte le Parti contraenti detentrici di tecnologie e materiali nucleari si sono impegnate a facilitare il più completo scambio possibile di attrezzature, materiali, informazioni scientifiche e industriali per l'impiego pacifico dell'energia nucleare. In particolare, infatti, si stabilisce che a tal fine le parti contraenti dotate di tecnologia nucleare *debbono* prestare la loro collaborazione, sia a titolo individuale sia insieme ad altri Stati e organizzazioni internazionali, al fine di consentire la conclusione e la regolare esecuzione delle operazioni economiche aventi ad oggetto il trasferimento delle tecnologie e dei materiali nucleari, così da permettere l'ulteriore sviluppo delle applicazioni pacifiche dell'energia nucleare specialmente nel territorio degli Stati contraenti non dotati di armamento nucleare, anche in funzione delle specifiche necessità delle regioni del mondo in via di sviluppo. Il che appare essenziale a fronte delle importanti rinunce accettate dagli Stati non-nucleari sempre nell'ambito dello stesso TNP.

Peraltro, nonostante le grandi potenzialità espansive dell'autonomia privata previste nel settore in esame dalla ora ricordata disposizione, tale articolo è ben lungi da una sua completa ed effettiva attuazione. In realtà, non solo non è stato possibile per il suo tramite un compiuto impiego delle possibilità espressive dell'autonomia privata e dei contratti del commercio internazionale al fine di realizzare un effettivo accesso degli Stati non nucleari a un completo utilizzo dei materiali nucleari oltreché della tecnologia e dei componenti più importanti del sistema di arricchimento e di riprocessamento dell'uranio: ma non si è neppure favorita, in misura maggiore di quanto già avveniva in precedenza alla conclusione del TNP, l'intensificazione della collaborazione tecnologica, industriale e di approvvigionamento tra Stati nucleari e Stati non nucleari, tradizionalmente assai gelosi delle proprie tecnologie, dei materiali e dei componenti industriali relativi alle aree

⁷⁷ Vedilo in *Int. Leg. Mat.*, 1968, p. 809 ss. La letteratura sul TNP è vastissima. A mero titolo indicativo, e per limitarsi alla dottrina italiana, si veda anche per riferimenti MOSCONI, *Il trattato di non proliferazione nucleare*, in *Comunicazioni e Studi*, XII, Milano, 1969, p. 233 ss.; POLITI, *Diritto internazionale e non proliferazione nucleare*, Milano, 1984; BIANCHI, *Il trattato di non proliferazione nucleare vent'anni dopo: prospettive di efficacia ultra partes*, in *Studi senesi*, 1988, p. 1 ss.; ma sia consentito il rinvio anche a CARBONE, *Trattato sulla Non Proliferazione Nucleare, disciplina delle salvaguardie ed esportazione di impianti nucleari*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1979, p. 236 ss.; ID., *Trasferimento di tecnologia nucleare, disciplina delle salvaguardie e sviluppo economico: loro contraddizione o coerenza?*, in *Dir. com. scambi int.*, 1983, p. 81 ss.; ma anche RILEY, *The Legal Control of Nuclear Energy Between States*, in *California Western Int. L. J.*, 1991, p. 303 ss.

«sensibili» del «nucleare». E ciò per il progressivo irrigidimento statunitense (e in qualche misura dello stesso Canada) in merito agli impegni che avrebbero dovuto assumere gli Stati verso i quali era consentita l'esportazione di loro tecnologia «sensibile» e materiali nucleari con riguardo alle esportazioni da questi ultimi verso Paesi terzi non parti del TNP.

Con riguardo, invece, alle disposizioni normative contenute negli accordi internazionali in esame che si prestano a critiche assai serrate perché limitano grandemente non solo l'autonomia privata e la libertà di iniziativa economica dei soggetti partecipi ai rapporti contrattuali internazionali relativi al trasferimento di tecnologia e materiali nucleari, ma addirittura la «sovranità» dello Stato cui appartiene uno dei soggetti contraenti, sono da ricordare le c.d. clausole di salvaguardia. Si tratta, come è noto, di disposizioni in cui, tra l'altro, lo Stato fornitore di tecnologia, di componenti industriali e/o di materiali nucleari condiziona al proprio consenso (c.d. *supplier's consent*) il loro eventuale ulteriore trasferimento, o anche semplicemente l'impiego, in Stati diversi da quello di appartenenza dell'impresa e/o dell'ente destinatari dell'originario trasferimento avvenuto in virtù di un contratto internazionale (di licenza, di vendita e/o di cooperazione industriale). A tali limitazioni si è cercato di porre importanti condizionamenti, cercando di precisare, da un lato, gli «équipements ou matières spécialement conçus ou préparés spéciaux» il cui trasferimento da uno Stato nucleare a uno Stato non nucleare può essere legittimamente condizionato all'impegno di non consentirne l'esportazione ulteriore verso altri Stati e, dall'altro, la situazione e le garanzie giuridiche in presenza delle quali tale consenso non poteva essere negato. Si pensò, così, a un Comitato *ad hoc* nell'ambito della stessa IAEA e successivamente a una serie di negoziati attraverso i quali individuare i prodotti e i materiali oggetto delle misure di salvaguardia al momento della loro esportazione (la c.d. *trigger list*) e stabilire in maniera uniforme i tipi di controlli da esigere.

Tale complessa attività ha, infine, condotto alla conclusione (avvenuta tra la fine del 1975 e l'inizio del 1976) degli accordi di Londra⁷⁸, di incerto valore vincolante nell'ambito dell'ordinamento internazionale (e a maggior ragione nell'ambito dell'ordinamento interno in difetto di adeguati strumenti normativi che ne permettano l'attuazione nell'ordinamento interno italiano) trattandosi di accordi in forma semplificata, cui hanno aderito tutti i Paesi tecnologicamente sviluppati nel settore nucleare, che prevedono condizioni di stabilizzazione e di uniformità della disciplina giuridica delle limitazioni e dei condizionamenti relativi all'impiego dei materiali e delle tecnologie nucleari da adottarsi nei contratti relativi al loro trasferimento. In questa prospettiva sono individuati, in particolare, i soli casi in cui il *supplier's consent* può legittimamente precludere eventuali ritrasferimenti di materiali, impianti, tecnologie e componenti nucleari da parte dei soggetti che ne sono cessionari. Di tali beni, così, è redatto un elenco assai dettagliato e com-

⁷⁸ In merito, v. ancora ARANGIO-RUIZ, LONGO, SPAGNOLETTI-ZEULI, *Energia Nucleare*, in *No-viss. Digesto*, App., III, Torino, 1982, p. 366; POLITI, *Diritto internazionale*, cit., p. 198 ss.

pleto (attraverso l'individuazione della c.d. *trigger list*) con specifico riguardo a quanto deve essere oggetto delle precauzioni consistenti in una rigorosa applicazione della disciplina delle salvaguardie. Il che sicuramente ha contribuito a dare maggiore chiarezza e prevedibilità, oltrech  a precisare contenuti e limiti entro i quali le altrimenti vaghe e generiche disposizioni di diritto internazionale pattizio possono incidere, limitandole, sulle autonome scelte sia di politica commerciale degli Stati non nucleari sia dei soggetti industriali che loro appartengono. Peraltro, lo spregiudicato esercizio di quel margine di discrezionalit  tutt'ora riservato dagli accordi di Londra al c.d. *supplying country* relativamente ai vincoli contrattuali che pu  imporre di ottenere alle imprese esportatrici di materiali e tecnologie nucleari nei confronti di cessionari delle «tecnologie proliferanti», ha grandemente pregiudicato gli accennati effetti. Invero, per questo tramite, gli Stati nucleari sono in grado di estendere (anche al di l  di quanto convenzionalmente pattuito) il proprio controllo e il proprio condizionamento commerciale non solo a tutta quell'area indeterminata e sempre pi  importante del *know-how* nucleare relativo alla c.d. area sensibile, ma anche agli impianti e componenti la cui fabbricazione, montaggio e operativit  necessariamente implica l'uso del *know-how* nucleare pur senza essere compreso nell'apposita *trigger list*.

Capitolo III

Il contratto e la sua disciplina transnazionale

SOMMARIO: 1. Esercizio dell'autonomia privata e delocalizzazione della disciplina del rapporto contrattuale. – 2. La tendenziale autonomia e completezza della disciplina contrattuale dei rapporti del commercio internazionale. – 3. Il contratto internazionale e le regole oggettive del commercio internazionale applicabili ai rapporti interprivati. – 4. *Continua*: Valutazione critica delle teorie che affermano o negano l'esistenza di una vera e propria *lex mercatoria* e individuazione delle tecniche che consentono la sottoposizione del contratto a valori normativi extra-statali: conferma giurisprudenziale. – 5. *Continua*: La rilevanza del procedimento arbitrale quale condizione di efficacia della delocalizzazione normativa. – 6. Il contratto internazionale e la sua disciplina transnazionale nei rapporti tra privati e Stati esteri. – 7. *Continua*: Conferma del potere degli Stati di disporre dei valori giuridici che si vorrebbero indipendenti e del ruolo del meccanismo arbitrale di soluzione delle controversie del commercio internazionale.

1. *Esercizio dell'autonomia privata e delocalizzazione della disciplina del rapporto contrattuale*

Come è stato già indicato, sul piano del diritto internazionale privato inteso in senso stretto, al tradizionale principio dell'autonomia dei contraenti viene a tutt'oggi riconosciuto – almeno apparentemente e sul piano formale – un rilievo decisivo: basti considerare la riaffermazione che ne ha fatto la convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

Occorre peraltro esaminare ora l'ambito entro il quale l'autonomia delle parti opera, e il significato attuale che a essa può venire attribuito. E ciò, naturalmente, nella prospettiva generale sin qui seguita, che non vuole essere quella strettamente internazionalprivatistica. Fermo restando, perciò, che da quest'ultimo punto di vista l'autonomia delle parti continuerà a svolgere la sua tradizionale funzione di strumento di scelta della legge applicabile, a essa attribuito dalla regola di conflitto – sia pure connotata nel modo risultante dagli sviluppi più recenti che sono stati in precedenza esaminati –, rimane da vedere quali compiti, al di là e al di sotto di un siffatto ruolo formale, l'autonomia dei contraenti sia idonea a svolgere nella pratica delle operazioni commerciali internazionali.

Nel quadro complessivo risultante dal concorrente operare di tutte le componenti sin qui indicate, l'autonomia delle parti può venire utilizzata in forme diverse, ma la direzione cui essa tende è ispirata a ragioni fondamentalmente unitarie. Essa mira, infatti, a sottoporre anzitutto l'operazione economica a un quadro nor-

mativo il più possibile uniforme, al di là delle molteplici diversità proprie dei sistemi giuridici statali, assicurando così quel grado di uniformità di valutazione che è dimensione essenziale della certezza del diritto nelle relazioni economiche internazionali. Tale è, a giudizio di autorevole dottrina, lo stesso fine essenziale, storicamente e logicamente accertabile, proprio delle norme di diritto internazionale privato in senso stretto¹.

La ricerca di un quadro normativo il più possibile uniforme e stabile si esplica anche in un'altra assai significativa direzione, evidenziata da importanti e diffuse tendenze della prassi internazionale contemporanea. In essa peraltro il significato effettivo che il principio dell'autonomia privata riveste non corrisponde più alla sua funzione formale di strumento di scelta della «legge» applicabile alle operazioni commerciali internazionali, quale strumento di «giustizia internazionalprivatistica», ma torna sotto alcuni profili a svolgere una funzione di «giustizia materiale», attraverso la diretta predisposizione di specifica regolamentazione, idonea alla disciplina del particolare rapporto contrattuale internazionale, in cui riveste un'importanza decisiva l'appartenenza dei contraenti a un determinato gruppo economico-politico.

Così può essere ricordata la tendenza, rivelata dalla pratica del commercio internazionale, a foggiate apposite clausole intese a superare, attraverso l'applicazione della speciale disciplina posta in essere dall'autonomia delle parti, gli ostacoli che alla regolare esecuzione del rapporto contrattuale possano derivare dal particolare modo di essere del diritto interno cui le parti sono sottoposte, o da provvedimenti intervenuti in tale ambito. Si pensi alla clausola c.d. di *hardship*, prevista da un gran numero di contratti internazionali di durata, la cui funzione essenziale è quella di consentire una revisione del contratto in caso di circostanze sopravvenute che alterino sostanzialmente l'equilibrio delle prestazioni previste dal contratto. Vanno poi ricordate le cosiddette clausole di «stabilizzazione» o di «intangibilità», con le quali in un contratto fra Stati od enti pubblici e privati stranieri i primi si obbligano a non provocare unilateralmente la modifica, l'abrogazione o l'inesecuzione del rapporto contrattuale a mezzo di provvedimenti, legislativi o amministrativi, posteriori. Non dissimile è la finalità di quelle clausole che dichiarano fissato al momento della stipulazione del contratto il modo di essere del diritto interno dello Stato contraente, che sia in tal caso – da solo od in concorso con altre fonti – applicabile al rapporto contrattuale. Devono essere menzionate ancora le clausole con le quali, in contratti conclusi da privati con Stati stranieri, le parti convengono la rinuncia a ogni e qualsiasi pretesa all'immunità giuri-

¹ BARILE, *Diritto internazionale privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 1035 ss. Non vi è peraltro dubbio che l'inquadramento formale delle norme di conflitto nell'ambito degli ordinamenti giuridici statali, tuttora tendenzialmente ispirati all'idea del monopolio statale del diritto e correlati al principio dell'esclusività delle loro valutazioni, ha portato a una profonda deformazione del loro modo di operare, visto nella prospettiva di una simile essenziale funzione. Sicché il ricorso che le parti effettuano alla loro autonomia per assicurare le finalità sopra menzionate costituisce, nella più intima essenza, un ritorno al fondamentale principio ispiratore delle antiche regole di conflitto.

sdizionale alla quale la parte statale possa avere diritto in base al diritto internazionale o alle norme interne di altri Stati. Altro esempio infine, frequentemente ripetuto nella pratica contrattuale, è la clausola con la quale una delle parti assume a proprio carico il rischio di qualsiasi mutamento della legge cui essa è soggetta, o di qualsiasi procedimento possa essere instaurato, e provvedimento che possa essere emanato su tale base, nell'ambito del sistema giuridico nel quale essa opera².

Siffatta tendenza giunge sino alla sottoposizione di determinati rapporti contrattuali a carattere internazionale a una disciplina quanto più possibile «autosufficiente» e «delocalizzata», ossia tale da esaurirsi in se stessa senza poggiare su alcun sistema giuridico statale dato. Secondo taluni, potrebbe venire in tal modo realizzata una vera e propria «internazionalizzazione» o «transnazionalizzazione» del rapporto contrattuale, tale da sottrarlo al legame con qualsiasi diritto statale. Questa tendenza, com'è noto, è viva nella prassi soprattutto a proposito dei contratti stipulati da parti private con Stati od altri enti pubblici stranieri, e più in particolare di quelli che intendono realizzare operazioni di investimento, specie a lungo termine, sul territorio degli Stati medesimi (si pensi ai c.d. contratti di sviluppo economico, stipulati tra enti privati appartenenti a Stati industrializzati e Stati in via di sviluppo).

Le tendenze menzionate devono essere qui rapidamente esaminate.

2. *La tendenziale autonomia e completezza della disciplina contrattuale dei rapporti del commercio internazionale*

La ricordata tendenza alla delocalizzazione della disciplina del contratto costituisce un fenomeno non nuovo e ben noto, avendo assunto una sua propria e ben distinta fisionomia da diversi decenni. Nello sforzo di assicurare al quadro normativo entro il quale il rapporto contrattuale va inserito caratteristiche il più possibile uniformi, si sono da tempo venute sviluppando a livello internazionale regole di

² Si tratta di clausole diffuse soprattutto nell'ambito di prestiti internazionali, ad esempio a carico di banche che prestino garanzia a favore del debitore principale: sono caratteristiche al riguardo le considerazioni del giudice Kerr nella sentenza del 3 febbraio 1977, *Harbottle v. National Westminster Bank*, [1977] 3 *W.L.R.* 752, 761: «It is only in exceptional cases that the courts will interfere with the machinery of irrevocable obligations assumed by banks. They are the life-blood of international commerce. Such obligations are regarded as collateral to the underlying rights and obligations between the merchants at either end of the banking chain. Except possibly in clear cases of fraud of which the banks have notice, the courts will leave the merchants to settle their disputes under the contracts by litigation or arbitration as available to them or stipulated in the contracts. The courts are not concerned with their difficulties to enforce such claims: these are risks which the merchants take. In this case the plaintiffs took the risk of unconditional wording of the guarantee. The machinery and commitments of banks are on a different level. They must be allowed to be honoured, free from interference by the courts. Otherwise, trust in international commerce could be irreparably damaged». Su alcune di tali clausole e sulle regole di diritto internazionale generale che su di esse interferiscono si vedano le considerazioni al successivo cap. V.

comportamento e clausole interpretative uniformi, dotate dei caratteri della tipicità. Esse riscuotono un largo successo nella pratica proprio perché realizzano un equilibrato assetto degli interessi delle parti, da un lato senza identificarsi con nozioni proprie di uno specifico ordinamento statale, dall'altro mirando a soddisfare i principi di ordine pubblico economico di ogni ordinamento statale che possa essere coinvolto come sede di attuazione del rapporto contrattuale.

Ne risulta così una spiccata autonomia del sistema normativo contrattuale dei rapporti del commercio internazionale rispetto a quelli legali propri dei vari ordinamenti statali all'interno dei quali a diverso titolo se ne realizzano gli effetti. Le parti infatti possono trovare nell'autosufficienza e nella completezza della stessa disciplina contrattuale, nell'assetto economico che essa definisce, e nelle regole integrative desumibili da clausole generali, quali quelle di buona fede e di equità, le norme idonee a comprendere compiutamente la reale portata del rapporto concluso, oltretutto a colmare eventuali lacune di regolamentazione. A questo fine, inoltre, l'adozione di specifiche tecniche contrattuali può consentire di risolvere conflitti di interessi, che non possano essere superati in virtù di specifica clausola espressa, secondo regole nella massima misura possibile coerenti con l'assetto del rapporto che risulta dal contratto e non in base a norme esterne a esso. Si perviene, in virtù delle regole indicate, a un arricchimento del regolamento contrattuale mediante risorse normative a esso intrinseche, attraverso procedimenti volti a ricostruire, dall'insieme delle clausole espresse, le regole ulteriori che appaiano coerenti con l'assetto economico del rapporto³.

In questo modo, quindi, i modelli maturati nella pratica del commercio internazionale offrono un quadro completo ed esauriente di tutti gli aspetti dei rapporti contrattuali che intendono regolare. Si tratta, infatti, di modelli tendenzialmente completi e autosufficienti, in cui viene affrontata e risolta tutta la problematica giuridica sottesa all'operazione economica voluta dalle parti; la disciplina che ne risulta, così, è una regolamentazione direttamente ricavabile dai citati modelli contrattuali a prescindere dall'applicazione di uno specifico ordinamento statale e idonea a ricevere identica valutazione nell'ambito dei vari sistemi giuridici nazionali. Il che ne riporta la previsione al fondamentale principio ispiratore di regole contrattuali volte a massimizzare le tecniche che consentano la «creazione di nuove utilità» nell'interesse dei soggetti partecipi allo specifico rapporto⁴.

³ Cfr. le osservazioni contenute nel par. 7 del cap. I, nonché CARBONE, *L'avvocato e il diritto privato del commercio internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 1991, p. 49 ss.

⁴ Per il valore dei modelli contrattuali e del contratto in genere come strumento principale dell'innovazione giuridica, sino a occupare in molti settori lo stesso posto della legge, cfr. GALGANO, *Le istituzioni della società post-industriale*, in GALGANO, CASSESE, TREMONTI, TREU, *Nazioni senza ricchezza – Ricchezze senza nazione*, Bologna, 1993, p. 13 ss.

3. *Il contratto internazionale e le regole oggettive del commercio internazionale applicabili ai rapporti interprivati*

Gli accennati modelli contrattuali consolidano in tal modo pratiche largamente adottate, le quali hanno formato anche oggetto di rilevazione, fondata sulla prassi degli ambienti mercantili interessati, da parte di organismi non governativi di vario carattere (quale, ad esempio, la Camera di commercio internazionale di Parigi). Basti pensare, al riguardo, ai cosiddetti *Incoterms*, oggetto di varie redazioni successive⁵, o alle regole e usi uniformi relativi ai crediti documentari, o all'incasso di effetti. Nella stessa direzione è lo sforzo di realizzare vere e proprie condizioni generali di contratto, o schemi uniformi di contratto-tipo, dapprima a opera di associazioni di categoria, e più recentemente da parte di organizzazioni internazionali (specie facenti capo alle Nazioni Unite) nell'intento di collocare i relativi rapporti entro un quadro uniforme che non sia il mero prodotto dell'attività e degli interessi dei ceti economici interessati⁶. In via generale, insomma, è facile constatare nell'ambito complessivo del commercio internazionale il verificarsi di un fenomeno di produzione spontanea di norme applicabili ai vari settori merceologici interessati o alle varie categorie professionali, con i notissimi esempi della produzione normativa da parte di associazioni di categorie attive in singoli settori commerciali attinenti alle materie prime o ad altri prodotti vari, o nel settore del trasporto specie marittimo, o in quello bancario, nel quale ultimo un esempio di grande rilevanza è dato dall'attività svolta dalle banche attive sul mercato dei prestiti obbligazionari in eurovalute (c.d. *eurobonds*)⁷.

Nel complesso di tali fenomeni, che concretano in sostanza una sostituzione delle categorie interessate ai singoli legislatori statali al fine di provvedere alla regolamentazione giuridica dei relativi rapporti in modo più aderente alle esigenze avvertite nella pratica, si è visto da larga parte della dottrina il sorgere di un complesso «oggettivo» di norme, a volte definito nel suo insieme come «regole oggettive del commercio internazionale»⁸.

⁵ Da ultimo nel 1990: si veda BORGIA, *Gli Incoterms della Camera di commercio internazionale nella nuova edizione 1990*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 71 ss.

⁶ Vedi i «Principles for International Commercial Contracts», in corso di elaborazione da parte di un «working group» istituito in seno all'UNIDROIT. La dodicesima versione consolidata dei «Principles» è riprodotta in *Am. J. Comp. L.*, 1992, p. 703 ss. Sui lavori cfr. BONELL, *Das UNIDROIT-Projekt für die Ausarbeitung von Regeln für internationale Handelsverträge*, in *RebelsZ*, 1992, p. 274 ss.

⁷ KAHN, *Lex mercatoria et euro-obligations*, in *Law and International Trade. Festschrift für C. Schmitthoff*, Frankfurt am Main, 1973, p. 215 ss.

⁸ BONELL, *Le regole oggettive del commercio internazionale. Clausole tipiche e condizioni generali*, Milano, 1976; ID., *La moderna lex mercatoria tra mito e realtà*, in *Dir. comm. int.*, 1992, p. 315 ss.; DE LY, *International Business Law and Lex Mercatoria*, Amsterdam-London-New York-Tokyo, 1992; JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, 1956; KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce. Droit comparé, contrats et arbitrage internationaux*, lex mercatoria, Paris, 1984; LANGEN, *Transnational Commercial Law*, Leiden, 1973; SCHMITTHOFF, *The Law of International Trade, its*

Una terminologia siffatta si propone, evidentemente, di indicare sin dalla denominazione del fenomeno quello che, secondo la dottrina menzionata, costituirebbe l'elemento maggiormente qualificante del fenomeno stesso: ossia il fatto che non si tratta di valori giuridici rilevanti esclusivamente sul piano negoziale, o comunque al livello del diritto interno dei vari Stati secondo il giudizio che ciascuno di questi liberamente possa dare al fenomeno, ma al contrario di complessi normativi che, salvo contraria manifestazione di volontà, si imporrebbero all'osservanza dei soggetti interessati a un certo rapporto in virtù della loro semplice esistenza, e del loro vigore entro un certo ambito sociale che si tratta di definire nelle sue componenti.

Assai controversi sono, peraltro, il carattere giuridico di regole siffatte, e il fondamento ultimo della loro applicabilità. Esiste infatti un contrasto di fondo tra tendenze dottrinali inclini a ricondurre le manifestazioni in questione a uno specifico sistema giuridico a sé stante, il c.d. diritto internazionale dei commercianti (o nuova *lex mercatoria*, come da molti si dice), distinto tanto da quello internazionale vero e proprio quanto da quello statale⁹, e quelle che negano invece in radice una possibilità siffatta¹⁰.

Queste ultime, com'è noto, contestano la configurabilità del c.d. diritto internazionale dei commercianti come sistema giuridico autonomo, non soltanto sulla base di considerazioni di ordine generale circa i requisiti che un tale sistema dovrebbe avere, ma anche sulla base della constatazione che, nell'attuale realtà politica e giuridica, gli Stati sono tuttora depositari del potere di disporre come meglio credono di tali presunti sistemi giuridici, e anche di negarne qualsiasi rilevanza entro il proprio ambito. Sicché, secondo tesi siffatte, l'eventuale tolleranza che

Growth, Formulation and Operation, in SCHMITTHOFF (a cura di), *The Sources of the Law of International Trade*, London, 1964, p. 3 ss.; STRENGER, *La notion de lex mercatoria en droit du commerce international*, in *Recueil des Cours*, 1991, II, p. 209 ss.; VIRALLY, *Un tiers droit? Réflexions théoriques*, in *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, 1982, p. 373 ss. Nei lavori più recenti fra quelli indicati, e in particolare in BONELL, *La moderna lex mercatoria*, cit., si trova anche l'indicazione di altri scritti recenti sull'argomento, oggetto ormai di una sterminata bibliografia.

⁹ Si veda principalmente GOLDMAN, *Frontières du droit et lex mercatoria*, in *Arch. phil. dr.*, 1964, p. 161 ss.; ID., *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives*, in *Clunet*, 1979, p. 475 ss.; FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, p. 401 ss.; KAHN, «Lex mercatoria» et pratique des contrats internationaux: l'expérience française, in *Le contrat économique international. Stabilité et évolution*, Bruxelles-Paris, 1975, p. 171 ss.; J. F. LALIVE, *Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents*, in *Recueil des Cours*, 1983, III, p. 47 ss.

¹⁰ GIARDINA, *State Contracts: National versus International Law?*, in *Italian Yearbook Int. L.*, 1980-1981, p. 153 ss.; ID., *La lex mercatoria e la certezza del diritto nei commerci e negli investimenti internazionali*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, p. 461 ss.; BERNARDINI, *Contratti internazionali e diritto applicabile*, in *Dir. comm. int.*, 1987, p. 407 ss.; JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, 1983, p. 126; KASSIS, *Théorie*, cit., p. 523; LAGARDE, *Approche critique de la lex mercatoria*, in *Le droit des relations économiques internationales*, cit., p. 125 ss.; MANN, *England Rejected «Delocalized» Contracts and Arbitration*, in *Int. Comp. L. Quart.*, 1984, p. 193 ss.

possa invece essere dimostrata nei confronti del libero gioco delle forze che stanno alla base di simili complessi di norme (o, se si vuole, di simili sistemi), non deve essere scambiata per un riconoscimento del loro carattere giuridicamente originario, o comunque della loro capacità di imporsi come tali anche nei confronti del diritto dello Stato.

4. Continua: *Valutazione critica delle teorie che affermano o negano l'esistenza di una vera e propria lex mercatoria e individuazione delle tecniche che consentono la sottoposizione del contratto a valori normativi extra-statali: conferma giurisprudenziale*

Non vi è dubbio che entrambe le posizioni dottrinali ora ricordate (sulla base, è il caso di sottolinearlo, di una semplificazione e generalizzazione dei rispettivi assunti di fondo che non deve indurre a ignorare le differenze anche rilevanti che si riscontrano tra le varie elaborazioni dei rispettivi filoni essenziali, sia sotto il profilo dei presupposti teorici accolti, sia sotto quello del settore di esperienza considerato) presentino aspetti non contestabili di aderenza alla realtà del fenomeno complessivo esaminato. Così, appare indubbio che nell'ambito del c.d. diritto internazionale dei commercianti si può riscontrare l'esistenza di complessi settoriali di regole coerenti e autonomi, dotati di propri procedimenti di garanzia fondati essenzialmente sullo strumento arbitrale e sulle sanzioni di carattere professionale con le quali il gruppo tende a reagire espellendo coloro che alle relative regole rifiutino di adeguarsi. E in senso contrario, non è possibile non condividere la considerazione che gli Stati, nell'attuale realtà giuridica e politica, appaiono pur sempre dotati del potere di determinare il diritto applicabile al rapporto contrattuale e quindi anche di imporre l'applicazione in via esclusiva, ove lo vogliano, del diritto da essi direttamente posto e il ricorso ai propri strumenti di soluzione delle controversie, o viceversa di rendere rilevanti altre normative e altre procedure di composizione delle liti.

Nello stesso senso è incontestabile che il carattere di generalità delle regole che farebbero parte del presunto sistema della *lex mercatoria* è tale da impedire la loro costruzione adeguata in termini di vero e proprio sistema e le riduce a materiali normativi la cui applicazione – nella pratica certamente riscontrabile – deve essere spiegata in termini diversi. Come è stato osservato, infatti, i c.d. usi del commercio internazionale sono spesso ricavati dal diritto commerciale interno di vari Stati più che autonomamente elaborati a livello consuetudinario nell'ambito di un sistema diverso da quelli statali¹¹. Inoltre, e soprattutto, non può non apparire

¹¹ Si veda CURTI GIALDINO, *La volonté des parties en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1972, III, p. 794 ss.; POPESCU, *Le droit du commerce international: une nouvelle tâche pour les législateurs nationaux ou une nouvelle lex mercatoria*, in *New Directions in International Trade Law*, Dobbs Ferry, N. Y., 1977, I, p. 21 ss.

re assolutamente artificiosa la configurazione di una c.d. comunità dei commercianti, intesa come ambiente sociale che esprimerebbe un suo proprio diritto, diverso sia da quello statale sia da quello internazionale. Mal definita nelle sue componenti essenziali, priva di legami stabili e predeterminati fra i suoi componenti, una comunità siffatta non può che apparire come una mera astrazione, ipotizzata solo al fine di far salvo il presupposto della necessaria «socialità» di ogni fenomeno giuridico, ma incapace di dar ragione dello specifico fenomeno per spiegare il quale essa viene evocata¹².

Ai fini di ciò che interessa in questa sede, il discorso può essere lasciato a questo punto, in quanto qualsiasi ulteriore approfondimento finirebbe per richiedere la soluzione di questioni prettamente teoriche, qui non direttamente rilevanti. Interessano, invece, due diverse considerazioni. E precisamente, anzitutto, che allo stato attuale della realtà giuridica del commercio internazionale le parti si devono considerare fornite – purché concorrano determinate condizioni, che si indicano nei paragrafi successivi – del potere di sottoporre in modo giuridicamente «effettivo» i propri rapporti contrattuali a complessi di norme e di principi non coincidenti con un determinato sistema giuridico statale, e pertanto anche in eventuale contrasto con principi inderogabili di questo, salvo soltanto il limite ultimo del c.d. ordine pubblico internazionale.

In secondo luogo, si deve prendere atto che l'esistenza di regole oggettive del commercio internazionale, quale fenomeno intrinsecamente giuridico che si risolve in una realtà che trascende quella propria dei sistemi giuridici nazionali, appare ormai una realtà difficilmente contestabile. Non si tratta di affermarne l'esistenza come autonomo ordinamento giuridico a sé stante, ma semplicemente di riconoscere che a quella realtà spesso gli ordinamenti statali danno, implicitamente o esplicitamente, riconoscimento: pur restando essi, naturalmente, liberi di assumere nei suoi confronti gli atteggiamenti ritenuti più opportuni da un punto di vista di politica del diritto. Ma la determinazione di tali atteggiamenti è questione di stretto diritto privato, e non di carattere teorico. Da quest'ultimo punto di vista, è sufficiente ammettere – come appare comunque necessario – che l'ordinamento statale non esaurisce la realtà dei valori giuridici sviluppantisi a livello di rapporti interindividuali, ma si instaura nell'ambito di un più vasto diritto comune, non formalmente inquadrato in esso, esistente a livello di comunità universale del genere umano¹³.

¹² GIARDINA, *Arbitrato transnazionale e lex mercatoria di fronte alla Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, p. 760; GIULIANO, SCOVAZZI, TREVES, *Diritto internazionale. Parte generale*, 3ª ed., Milano, 1991, p. 545.

¹³ ZICCARDI, *Diritto internazionale in generale*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, spec. p. 1012 ss., ora in *Vita giuridica internazionale*, I, Milano, 1992, p. 5 ss., a p. 56 ss. Si veda anche LUZZATTO, *Illecito internazionale e arbitrato internazionale di diritto privato*, in *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione. Studi in onore di Roberto Ago*, Milano, 1987, p. 167 ss.; ID., *Vendita (dir. int. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 503 ss. Si vedano anche le considerazioni di cui al successivo par. 7.

La legittimità delle tecniche contrattuali che consentono di prescindere dalle leggi di specifici e singoli ordinamenti statali per affidarsi a valori normativi esterni a essi è stata confermata anche da giudici statali. In questo senso si è espressa autorevolmente, sebbene non senza alcuna ambiguità, la Corte di Cassazione italiana nella decisione dell'8 febbraio 1982, n. 722, *Ditta Fratelli Damiano s.n.c. c. Ditta August Topfer & Co. GmbH*. Più di recente, in modo molto più preciso, la Corte d'appello di Genova, con la sentenza del 17 novembre 1990, in causa *Milano Assicurazioni s.p.a. c. Comar s.r.l.*¹⁴, ha affermato il «superamento, nei vari sistemi positivi, a partire da quello italiano, di quella teoria c.d. della localizzazione del contratto, che finisce per negare alla volontà delle parti l'attitudine a costituire un mezzo autosufficiente per la scelta della legge applicabile ai contratti e le attribuisce la funzione di integrare un nesso di collegamento obiettivo che, come tale, potrebbe sussistere solo con riferimento al diritto di uno Stato».

La legittimità delle tecniche normative in esame è ampiamente discussa e confermata soprattutto nella giurisprudenza francese. In essa, infatti, non solo si legittima l'esclusione da parte dei contraenti e degli arbitri di «aucune référence à une législation spécifique ... et l'application de la *lex mercatoria* dont l'un des principes fondamentaux est celui de la bonne foi», di cui si conferma così validità assieme ad altri «principes généraux des obligations généralement applicables dans le commerce international», secondo l'espressione adottata dalla *Cour de Cassation* nella sentenza del 9 dicembre 1981, in causa *SNCT Fougerolle c. Banque du Proche Orient*¹⁵, ma soprattutto si afferma l'opportunità del suo impiego allorché i rapporti del commercio internazionale abbiano carattere tale per cui non si possa ricondurre la disciplina a una precisa e sola normativa nazionale. In quest'ultimo caso, cioè, secondo le espressioni impiegate dalla *Cour d'appel* di Parigi, nella sua decisione del 13 luglio 1989, *Compañía Valenciana de Cementos Portland S.A. c. Primary Coal Inc.*¹⁶, è corretto «appliquer l'ensemble des principes et usages du commerce dénommé *lex mercatoria*, dispositions de caractère international ayant vocation, à défaut de compétence législative déterminé, à s'appliquer». Allo stesso modo nella sentenza dell'11 luglio 1991, *Société Arabian Contracting*

¹⁴ Rispettivamente in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, p. 829 ss., e 1992, pp. 92 ss., 99.

¹⁵ In *Chunet*, 1982, p. 936. D'altronde in Francia il riconoscimento dell'effettiva realtà di fenomeni che si svolgono nell'ambito di un più vasto diritto comune, non formalmente inquadrato nei singoli ordinamenti, è confermato a livello legislativo dall'art. 1496 cod. proc. civ., secondo il quale «l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies», materiale normativo a prescindere dalla fonte che lo ha posto, e non in base a una «loi», necessariamente statale. Lo stesso accade nei Paesi Bassi, in virtù dell'art. 1054, primo e secondo comma cod. proc. civ., introdotto con la l. 2 luglio 1986, in vigore dal 1° dicembre 1986; e potrà probabilmente avvenire in Italia sulla base dell'art. 834 cod. proc. civ., introdotto dalla l. 5 gennaio 1994, n. 25, recante «Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale»: mentre le parti possono designare le norme applicabili al merito della controversia, in difetto di scelta gli arbitri debbono applicare la legge con la quale il rapporto è più strettamente collegato.

¹⁶ In *Revue critique*, 1990, p. 306 ss., confermata dalla pronuncia della Corte di Cassazione francese del 22 ottobre 1991, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, p. 645 s.

*Association Ltd. (ARCAN) c. Société SOAF*¹⁷, il *Tribunal de commerce* di Nantes ha dedotto dalla mancata designazione di specifica legge statale l'intenzione delle parti di sottoporre il contratto ai «principes généraux des usages commerciaux internationaux et notamment à la “lex mercatoria” dont ... le principe “pacta sunt servanda” constitue le principe fondamental de l'entier système».

5. Continua: *La rilevanza del procedimento arbitrale quale condizione di efficacia della delocalizzazione normativa*

Quale condizione preliminare perché la «delocalizzazione» possa aver luogo è necessario che sia prevista la competenza di arbitri a giudicare delle controversie nascenti dal rapporto contrattuale di cui si tratta, e che tali arbitri possano giudicare del merito della controversia loro sottoposta facendo applicazione di regole e principi non coincidenti con quelli appartenenti a sistemi giuridici statali dati¹⁸.

Quest'ultima possibilità, che conduce alla liberazione di un determinato rapporto contrattuale dalla necessità dell'applicazione delle norme positive dei singoli ordinamenti giuridici statali, salvo sempre il solo limite dell'ordine pubblico internazionale, rimane oggi internazionalmente garantita nei confronti degli Stati aderenti alla convenzione di New York del 10 giugno 1958¹⁹ per ciò che attiene al riconoscimento della decisione arbitrale che sia intervenuta su di una controversia attinente a un rapporto contrattuale dato, dall'uno all'altro sistema giuridico²⁰. Tali convenzioni escludono infatti, salvo il limite dell'ordine pubblico, *qualsiasi controllo* delle norme applicate al merito della controversia dagli arbitri. E l'identica possibilità può essere, naturalmente, garantita a livello puramente interno, tutte le volte che le norme vigenti in un determinato sistema non impongano un controllo, diretto od indiretto, dei canoni normativi applicati dagli arbitri al merito della controversia sottoposta alla loro decisione al fine di conferire efficacia a quest'ultima nell'ambito del sistema medesimo²¹.

¹⁷ In *Clunet*, 1993, pp. 330 ss., 334.

¹⁸ Al cap. IV sarà analizzata l'altra condizione, ovvero che il rapporto non ponga in gioco norme c.d. di applicazione necessaria di sistemi statali in qualche modo a esso interessati.

¹⁹ Al 23 aprile 1992 la convenzione risultava in vigore per ben 85 Stati: *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, p. 718 ss. Per le adesioni successive, si veda *Rev. arb.*, 1993, p. 163 s.; e *ibid.*, 1994, p. 215. L'Italia ha dato esecuzione alla convenzione di New York con l. 19 gennaio 1968, n. 62.

²⁰ E indirettamente, nei confronti di quelli aderenti alla convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961 sull'arbitrato commerciale internazionale, per ciò che attiene invece agli effetti della decisione medesima nell'ambito del sistema stesso che la regola, in quanto l'obbligo discendente per gli arbitri dall'art. VII della convenzione impedisce poi che il lodo sia invalidato, sotto questo profilo, dai giudici degli Stati contraenti. L'Italia ha dato esecuzione alla convenzione di Ginevra con l. 10 maggio 1970, n. 418.

²¹ Si vedano gli articoli 839 e 840 cod. proc. civ. italiano, che riproducono letteralmente le di-

La possibilità ora menzionata porta a dare efficacia all'interno di un sistema statale, e anche in ipotesi contro le norme inderogabili a esso appartenenti, a complessi di norme elaborate su di un piano extrastatale, costituenti sistemi più o meno coerenti e completi, ma comunque distinti rispetto al diritto posto dalle fonti statali. In se stesso, il fenomeno non è nuovo in rapporto allo strumento arbitrale. Basti ricordare l'ipotesi tradizionale dell'arbitrato secondo equità, nella quale è presente la stessa idea del vigore di un insieme di principi concettualmente distinti, e sinanco loro contrapposti, da quelli dello *strictum ius*, che attraverso la decisione arbitrale entrano a far parte dell'ordinamento vigente. Ma naturalmente l'ipotesi dell'arbitrato secondo equità è ben lungi dall'aver quel rilievo pratico a livello internazionale che le cosiddette regole oggettive del commercio internazionale sono venute acquistando negli anni recenti, e a essa rimane estranea qualsiasi idea di regole di condotta formatesi a livello internazionale entro ambiti distinti da quello in cui si forma il diritto dello Stato.

Il rilievo pratico acquisito dall'aspetto ora menzionato, e l'importanza annesavi dai compilatori della convenzione di Ginevra del 1961 sull'arbitrato commerciale internazionale e da quelli dei più recenti regolamenti arbitrali, tanto di istituzioni permanenti quanto al di fuori di esse, sono dimostrati da un rapido esame del modo in cui il problema si poneva prima degli sviluppi appena indicati quanto alla determinazione della legge applicabile al merito della controversia, e delle soluzioni ora introdotte. In generale, la soluzione data al problema da scrittori, arbitri o giudici, dipendeva strettamente dal presupposto teorico dal quale essi muovevano in ordine al carattere giuridico dell'istituto arbitrale in genere, a volte sulla base di semplici costruzioni teoriche, altre sulla base di precise indicazioni legislative. Più in particolare, era decisivo l'accoglimento, di solito dipendente da premesse ancora più generali, di una concezione «territorialistica» della procedura arbitrale, ovvero di una concezione che ne facesse il prodotto della volontà delle parti. Secondo la prima impostazione, è chiaro che ogni arbitrato che si svolga in un dato ambito territoriale viene considerato soggetto alle regole processuali in esso vigenti, da un lato limitando la libertà delle parti di rendere applicabili norme diverse, dall'altro inducendo a considerare applicabili dagli arbitri per la soluzione di una determinata controversia la legge statale – comprese le relative

sposizioni della convenzione di New York, nonché l'art. 838 cod. proc. civ. per quanto concerne le impugnazioni. Un esempio nello stesso senso può essere tratto dalle vicende relative al lodo CCI n. 5622 pronunciato a Ginevra il 19 agosto 1988, riprodotto in *Riv. arb.*, 1992, p. 773 ss. Annullata dal Tribunale federale svizzero, giudice della sede dell'arbitrato, la pronuncia ha comunque ricevuto l'*exequatur* da parte del *Tribunal de Grande Instance* e della Corte d'appello di Parigi sulla base dell'art. 1502 cod. proc. civ. francese, norma più favorevole al riconoscimento, la cui applicazione è ammessa dall'art. VII della convenzione di New York, rispetto al requisito dell'art. V, par. 1, lett. e della stessa. Tali vicende risultano essere una prova significativa dell'esistenza di una forma «internazionale» di arbitrato commerciale, svincolato dalla necessaria appartenenza a un dato ordinamento e insensibile alle vicende che lo riguardino all'interno di esso. Vedi al proposito LUZZATTO, *International commercial arbitration and the municipal law of States*, in *Revue des Cours*, 1977, IV, p. 21 ss.

regole di conflitto – vigente nel luogo in cui l'arbitrato ha la sua sede²². Analogamente, secondo la stessa impostazione, ogni deroga a quanto previsto e prescritto dalla legge locale in materia, a favore dell'equità o di regole di associazioni professionali, sarebbe ammissibile soltanto nei limiti contemplati dalla legge medesima. Considerando, invece, come decisiva l'autonomia delle parti contraenti, essa sarebbe idonea a decidere di ogni questione attinente alla procedura arbitrale, così come della determinazione della legge a essa applicabile: e quindi, a dire l'ultima parola anche in ordine alla legge applicabile al merito della controversia, se non altro in base alla scelta di una legge procedurale che contenga norme di conflitto idonee a consentire lo scopo pratico perseguito dalle parti²³.

D'altro canto, la rigidità delle soluzioni ora ricordate andava a scontrarsi con una realtà concreta nella quale la pratica del commercio internazionale si dimostra assai aliena dal chiedere agli arbitri la soluzione delle eventuali controversie contrattuali insorte sulla base del solo diritto vigente in un sistema statale dato. I canoni che vengono proposti agli arbitri in questa sede, e che essi tendono ad adottare come esclusivi, si identificano piuttosto con un complesso variato ed eterogeneo di regole di diversa origine, in parte statale, in parte consuetudinaria, in parte ancora di tipo corporativo; oppure ancora, di regole ispirate a principi che stanno non solo e non tanto alla base di precise norme giuridiche codificate, quanto piuttosto alla base di regole di condotta considerate valide su di un più generale piano di equità²⁴. Soltanto tenendo presente un simile contesto è possibile apprezzare

²² Si vedano in questo senso le discussioni e l'art. 11 delle regole adottate dall'*Institut de droit international* nella sessione di Amsterdam del 1957 sulla base del rapporto di SAUSER-HALL, *L'arbitrage en droit international privé. Rapport et projet de résolution*, in *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1952, I, p. 526 ss. Si veda anche PANCHAUD, *Le siège de l'arbitrage international de droit privé*, in *Rev. arb.*, 1966, p. 2 ss.; MANN, *Lex Facit Arbitrum*, in *International Arbitration. Liber amicorum for Martin Domke*, The Hague, 1967, p. 157 ss.

²³ BALLADORE PALLIERI, *L'arbitrage privé dans les rapports internationaux*, in *Recueil des Cours*, 1935, I, pp. 301, 310 s.; KLEIN, *Autonomie de la volonté et arbitrage*, in *Revue critique*, 1958, p. 258 s. Per un'esposizione generale delle varie teorie proposte circa la natura dell'arbitrato si veda RUBELLIN-DEVICHI, *L'Arbitrage. Nature juridique. Droit interne et droit international privé*, Paris, 1965; sulle varie soluzioni LEW, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Aalphen aan den Rijn, 1978.

²⁴ Sulla prassi arbitrale DERAIS, *Le Statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales*, in *Rev. arb.*, 1973, p. 122 ss.; DASSER, *Internationale Schiedsgerichte und lex mercatoria. Rechtsvergleichender Beitrag zur Diskussion über ein nichtstaatliches Handelsrecht*, Zürich, 1989; VON HOFFMANN, *Grundsätzliches zur Anwendung der «lex mercatoria» durch internationale Schiedsgerichte*, in *Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1987, p. 215 ss.; KAHN, *Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international*, in *Clunet*, 1989, p. 305 ss.; CRAIG, PARK, PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2ª ed., New York-London-Rome-Paris, 1990, p. 283 ss. GAIA, *Principi del diritto (dir. internaz.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 544 ss., rileva la tendenza al ricorso ai principi generali del diritto pur in assenza di indicazioni esplicite nel contratto o nella convenzione arbitrale e alla ricostruzione di regole concrete sulla base della considerazione di pochi ordinamenti. Con la conseguenza che l'esigenza di una pronuncia secondo diritto insieme con la consapevolezza di uno spazio di libertà di fatto possono aver indotto gli arbitri a ricostruire le regole concrete che

compiutamente il tentativo dei compilatori della convenzione di Ginevra del 1961 di rendere il diritto dell'arbitrato commerciale internazionale idoneo a riflettere la realtà delle relative contrattazioni. L'art. VII, par. 1 della convenzione ricordata stabilisce, infatti, che le parti sono libere di determinare la legge applicabile al merito della controversia, e che in mancanza di indicazioni delle parti al riguardo gli arbitri determineranno essi stessi la legge applicabile in base alla regola di conflitto che essi considereranno applicabile. Sul piano interno, in Italia, allo stesso modo si è previsto (nuovo art. 834 cod. proc. civ.) che le parti hanno facoltà di stabilire d'accordo fra loro le norme che gli arbitri debbono applicare al merito della controversia e che, in difetto di scelta, gli arbitri debbono applicare la legge con la quale il rapporto è più strettamente collegato. L'art. VII, par. 1 della convenzione di Ginevra e l'art. 834 cod. proc. civ. italiano, tuttavia, espressamente stabiliscono che sia in caso di designazione espressa delle parti, sia in suo difetto gli arbitri dovranno tener conto dei termini del contratto e degli usi del commercio²⁵.

Norme analoghe sono state poi introdotte, seguendo il modello ginevrino, e a testimonianza della sua rispondenza alle esigenze avvertite dalla pratica, nella legge modello sull'arbitrato commerciale internazionale adottata dalla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL) il 21 giugno 1985 (art. 28), nonché nei regolamenti adottati dalla Commissione economica delle Nazioni Unite per l'Europa, dalla Camera di commercio internazionale e dalla stessa UNCITRAL. Queste ultime tendono anzi a sottolineare ulteriormente la preminenza degli usi del commercio, che dichiarano applicabili «in ogni caso». Attraverso queste regole, è facile constatare come, da un lato, la soluzione ginevrina viene ad acquistare una validità assai più ampia di quanto possa a prima vista dedursi da un mero esame della sua sfera di applicabilità come testo internazionale, in sé piuttosto limitata, divenendo applicabile tutte le volte che esista nell'accordo arbitrale un richiamo alle regole di procedura contenute nei citati Regolamenti; e, dall'altro lato, risulta espressamente sancita la prevalenza che gli arbitri sono tenuti ad attribuire alle regole proprie del commercio internazionale rispetto a qualsiasi fonte statale.

considerano più congrue alla soluzione della controversia e nel medesimo tempo a ricercare una legittimazione delle proprie scelte con il riferimento a norme giuridiche. Al proposito vedi la pronuncia della Corte di Cassazione francese del 22 ottobre 1991, *Compañia Valenciana de Cementos Portland S.A. c. Primary Coal Inc.*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, p. 645 s., e in *Chunet*, 1992, p. 177 ss., con nota di GOLDMAN: costituisce una decisione secondo diritto quella in cui l'arbitro abbia fatto riferimento all'insieme delle regole del commercio internazionale desumibili dalla prassi, le quali siano state sanzionate dalle giurisprudenze nazionali.

²⁵ Sulla convenzione di Ginevra cfr. MONACO, *Le droit applicable au fond du litige dans la convention européenne sur l'arbitrage commercial*, in *De Conflictu Legum. Mélanges Kolloewijn-Offerhaus, Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, 1962, p. 331 ss.; anche per ulteriori riferimenti LUZZATTO, *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1971, p. 47 ss. Sull'art. 834 cod. proc. civ. si veda il commento nelle *Nuove leggi civ. comm.*

Attraverso il gioco combinato dei regolamenti e delle convenzioni ricordate, una data soluzione consacrata in via arbitrare sulla base di regole non statali del tipo menzionato può venire a essere introdotta nei sistemi giuridici degli Stati: e ciò deve obbligatoriamente avvenire, salvo sempre il limite dell'ordine pubblico internazionale, nell'ambito di efficacia soggettiva della convenzione di New York del 1958. La scelta di una sede arbitrare per la soluzione delle controversie si rivela, così, strumento idoneo a permettere la sottoposizione di determinati rapporti commerciali internazionali a una disciplina giuridica che, pur difforme da quelle direttamente poste dagli Stati, è destinata a prevalere rispetto a queste ultime.

Se poi si tiene ulteriormente presente che la citata convenzione di New York giunge sino a eliminare la necessità del legame di una procedura arbitrare con una legge processuale predeterminata (art. V, par. 1, lett. *d*), in tal modo imponendo agli Stati contraenti il riconoscimento e l'esecuzione di decisioni che prescindano da una qualsiasi legge siffatta, per essere la procedura rimessa esclusivamente alla libera determinazione delle parti, risulta ancor più evidente come, anche sotto questo profilo, l'efficacia di regolamentazioni fondate su norme di origine extra-statale possa superare anche l'eventuale ostacolo di norme processuali interne restrittive della libertà delle parti di adottare i criteri già ricordati per la decisione del merito della controversia. Ed è, ovviamente, appena il caso di aggiungere che le conseguenze ora indicate della creazione a opera delle parti di una competenza arbitrare²⁶ non possono venire comunque frustrate dal ricorso che una di esse vo-

²⁶ Una funzione diversa, tale da far dubitare della sua compatibilità con la nozione tradizionale dei compiti affidati agli arbitri, è tipicamente attribuita alla competenza arbitrare dalle clausole di *hardship*. Come è noto tale clausola presenta la capacità di porre rimedio a qualsiasi circostanza sopravvenuta, quale che ne sia l'origine e la natura, senza importare di necessità la conseguenza, solitamente prevista dal diritto interno degli Stati, ma poco conforme alle esigenze economiche che stanno alla base dei contratti in cui la clausola stessa è inserita, di produrre senz'altro il venir meno del rapporto contrattuale. Una funzione siffatta, inoltre, viene svolta consentendo di mantenere sotto il controllo delle parti una serie di potenziali controversie, sia attraverso la previsione della sospensione dell'esecuzione del contratto per un determinato periodo, sia attraverso la previsione di un obbligo di rinegoziazione del contratto medesimo. Quando ciò non sia sufficiente a consentire di superare le difficoltà, la struttura tipica della clausola prevede il ricorso all'arbitrato, nell'ambito del quale agli arbitri è peraltro rimesso il compito, non soltanto di risolvere una vera e propria lite, ma anche di colmare le lacune del contratto e di procedere a una vera revisione del medesimo. Compiti, questi, che hanno indotto la Camera di commercio internazionale, che già aveva curato l'elaborazione di clausole modello di *hardship*, a predisporre nel 1978 un «Regolamento per la disciplina dei rapporti contrattuali» che prevede l'istituzione presso la stessa CCI di un comitato permanente avente il compito di nominare le persone preposte all'amministrazione delle clausole di cui si tratta, in caso di richiesta delle parti, e la procedura da seguire al riguardo. Su di esso MEZGER, *The ICC Rules for the Adaptation of Contracts*, in HORN (a cura di), *Adaptation and Renegotiation of Contract in International Trade and Finance*, Antwerp-Boston-London-Frankfurt, 1985, p. 205 ss.; più in generale DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali. La patologia dei contratti*, Padova, 1988, p. 79 ss.; FONTAINE, *Les Clauses de Hardship. Aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à longue terme*, in *Dr. prat. comm. int.*, 1976, p. 7 ss.; FOUCHARD, *L'adaptation des contrats à la conjoncture économique*, in *Rev. arb.*, 1979, p. 67 ss.; FRIGNANI, *Il contratto internazionale*, Padova, 1990, p. 193 ss.; KAHN, *Force majeure et contrats internationaux de longue*

lesse effettuare alla giurisdizione di uno Stato, in vista della preclusione che in forza delle convenzioni internazionali (in specie di quella di New York) consegue rispetto all'esercizio del potere giurisdizionale dei singoli Stati alla conclusione di un accordo arbitrale valido secondo le regole stabilite dalle convenzioni medesime.

D'altra parte, anche al di fuori di un preciso vincolo internazionale che imponga al diritto di uno Stato di astenersi dal sindacato di un lodo arbitrale sotto il profilo delle norme applicate dagli arbitri al merito della lite, è il caso di rilevare come analoghe limitazioni siano sempre più frequentemente introdotte dai legislatori nazionali per quanto concerne la possibilità di un tale sindacato in sede di impugnazione di lodi sottoposte al diritto locale. In molti sistemi, infatti, l'impugnazione del lodo per violazione di norme di diritto è esclusa, perlomeno in ipotesi di arbitrato internazionale, ove le parti non l'abbiano espressamente prevista, oppure è data alle parti stesse la possibilità di escluderla con pattuizione apposita²⁷.

6. Il contratto internazionale e la sua disciplina transnazionale nei rapporti tra privati e Stati esteri

La tendenza intesa a sottrarre determinati rapporti contrattuali «internazionali» alla disciplina di qualsiasi ordinamento giuridico statale, si manifesta, come già accennato, a proposito dei contratti conclusi da operatori economici privati con Stati stranieri o enti pubblici stranieri, o altre entità a questi fini assimilabili allo Stato²⁸.

durée, in *Clunet*, 1975, p. 467 ss.; OPPETIT, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de «hardship»*, in *CLUNET*, 1974, p. 794 ss.; nonché i contributi dei vari autori nel volume curato da HORN, *Adaptation and Renegotiation of Contract*, cit.

²⁷ In argomento cfr. LATTANZI, *L'impugnativa per nullità nell'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 1989, p. 268 ss.; DASSER, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., p. 299 ss. *Adde* l'art. 838 cod. proc. civ., introdotto dalla recente legge italiana (n. 25 del 5 gennaio 1994, già citata). Nelle ipotesi ricordate nel testo, l'impugnazione potrebbe aver luogo soltanto per violazione dei limiti dell'accordo compromissorio (eccesso di potere da parte degli arbitri), ad esempio in quanto si volesse vedere nell'applicazione della c.d. *lex mercatoria* la violazione dell'obbligo di decidere secondo diritto. Per qualche vicenda giurisprudenziale cfr. *supra*, alla nota 24, nonché il celebre caso *Norsolor*, sul quale GOLDMAN, *Une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria*, in *Rev. arb.*, 1983, p. 379 ss. In relazione alla nuova disciplina italiana cfr. BRIGUGLIO, *La nuova disciplina dell'arbitrato internazionale (L. 5 gennaio 1994 n. 25)*, in *Giust. civ.*, 1994, II, p. 83 ss., a p. 94 ss.

²⁸ Su di essi, in generale, BÖCKSTIEGEL, *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, Frankfurt am Main, 1971; DELAUME, *Transnational Contracts, Applicable Law and Settlement of Disputes*, New York, 1975; FATOUROS, *International Law and the Internationalized Contract*, in *Am. J. Int. L.*, 1980, p. 134 ss.; FISCHER, *Die internationale Konzession*, Wien-New York, 1974; JENNINGS, *State Contracts in International Law*, in *British Year Book Int. L.*, 1961, p. 156 ss.; J. F. LALIVE, *Contrats*, cit., p. 21 ss.; LÉBOULANGER, *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères*, Paris, 1985; RENGELING, *Privatvölkerrechtliche Verträge*, Berlin, 1971; SACERDOTI, *I contratti fra Stati e stranieri nel diritto internazionale*, Milano, 1972; ID., *Contratti tra uno Stato e una per-*

Si tratta di tentativi assai diffusi nella pratica degli ultimi decenni: i primi esempi rintracciati dagli studiosi risalgono agli anni Venti, ma sono gli anni successivi alla seconda guerra mondiale e il connesso processo di internazionalizzazione dell'economia a fornire gli esempi più noti e caratteristici. La finalità pratica di tentativi siffatti va ricondotta, naturalmente, al desiderio delle parti private di evitare che sul rapporto contrattuale possano venire a spiegare influenza giuridicamente determinante atti unilaterali emanati dagli organi dello Stato che è parte del rapporto nell'esercizio dei poteri sovrani a quest'ultimo spettanti. Molto più variegata e incerta sono state invece le strade seguite nella pratica per creare una situazione normativa sulla base della quale potesse essere affermata la sottoposizione del rapporto contrattuale a complessi normativi non statali, e le soluzioni sostenute in questa stessa direzione sul piano dell'elaborazione dottrinale e della giurisprudenza arbitrale.

Per quanto concerne il primo punto menzionato, la pratica offre esempi estremamente vari. Alcune clausole designano come competente a disciplinare l'insieme del rapporto contrattuale lo stesso diritto internazionale, sia da solo (più raramente), sia in connessione con il diritto dello Stato parte del contratto. Ad esempio, in alcuni contratti petroliferi conclusi con Stati medio-orientali si è pattuito che la «concession sera rège par le droit (dello Stato X) et interprétée sur cette base, ainsi que sur les principes du droit international dans la mesure où ils seront pertinents», oppure altre volte che «la présente concession sera rège par les principes du droit de (Stato X) en ce que ces principes peuvent avoir de commun avec les principes du droit international». Altre volte, e sono le più frequenti, sono dichiarati applicabili al contratto i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili (secondo la famosa formula dell'art. 38, par. 1, lett. c dello Statuto della Corte internazionale di giustizia) oppure i principi generali di diritto comuni ai sistemi giuridici cui sono sottoposte le parti, oppure sono usate combinazioni di due o più fra i sistemi menzionati. Si può leggere, ad esempio, in contratti del tipo da ultimo ricordato, che «en l'absence de points communs entre les principes du droit (dello Stato X) et ceux du droit international, la concession sera rège par les principes généraux du droit et interprétée conformément à eux en ce compris ceux de ses principes généraux dont il a été fait application par des juridictions internationales». Oppure, che «this agreement shall be governed by and interpreted and applied in accordance with the principles of law common to (Stato X) and the civilized nations in which the other parties to this agreement are incorporated, and in absence of such common principles then by and in accordance with the principles of law recognized by civilized nations in general including such of those principles as may have been applied by international tribunals»²⁹.

sona straniera, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988; VERHOEVEN, *Contrats entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, in *Le contrat économique international*, cit., p. 115 ss.; WEIL, *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier*, in *Recueil des Cours*, 1969, III, p. 101 ss.; WENGLER, *Les accords entre Etats et entreprises étrangères sont-ils des traités de droit international?*, in *Rev. gén. dr. int. pubb.*, 1972, p. 313 ss.

²⁹ Per un'ampia rassegna della prassi contrattuale al riguardo si veda WEIL, *Principes généraux*

In tutte queste ipotesi, il contratto contiene poi una clausola – spesso estremamente elaborata – che sottopone le eventuali controversie nascenti dal contratto stesso a un apposito arbitrato *ad hoc*, organizzato nei modi più vari ma sempre nel modo più indipendente possibile rispetto alle parti e ai rispettivi organismi statali³⁰. In relazione a ciò, si fa a volte obbligo agli arbitri di risolvere le controversie agendo come amichevoli compositori, oppure basandosi sulle sole disposizioni contrattuali, eventualmente completate con il ricorso al principio della buona fede.

Dal punto di vista della costruzione dottrinale, o della costruzione teorica accolta in sede di giurisprudenza arbitrale, le soluzioni, assai variate, possono sostanzialmente ricondursi a tre filoni essenziali. Una prima tendenza vorrebbe sottoporre i contratti fra Stati e privati stranieri al diritto internazionale vero e proprio, sempre che essi presentino determinate caratteristiche, fra le quali la stipulazione a opera dell'organo statale competente per la stipulazione dei trattati internazionali, l'imposizione allo Stato di determinati obblighi relativamente all'esercizio futuro dei suoi poteri legislativo e amministrativo, la conclusione nelle stesse forme usate per la stipulazione dei trattati veri e propri, la presenza di una clausola che prevede quale strumento per la soluzione delle controversie un arbitrato

du droit et contrats d'Etat, in *Le droit des relations économiques internationales*, cit., p. 387 ss. Per ipotesi in cui clausole contenenti rinvii del tipo indicato hanno dato luogo a procedimenti arbitrali, e sono stati oggetto quindi del giudizio degli arbitri, si vedano ad esempio, oltre ai casi relativi alle nazionalizzazioni libiche che saranno più oltre citati, il caso *Agip c. Governo della Repubblica Popolare del Congo*, deciso con sentenza del 30 novembre 1979 da un tribunale arbitrale operante nell'ambito del sistema istituito dalla convenzione di Washington del 1965, riprodotta in *Riv. dir. int.*, 1981, p. 863 ss., e commentata da BERNARDINI, *Le prime esperienze arbitrali del Centro internazionale per il regolamento delle controversie relative agli investimenti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1981, p. 29 ss. (il rinvio era qui alla legge congolese, «comptée le cas échéant par tout principe de droit international»); il caso *Kuwait c. American Independent Oil Company (Aminoil)*, definito con pronuncia del 24 marzo 1982, in *Int. Leg. Mat.*, 1982, p. 976 ss. (il riferimento era ai «principles of law and practice prevailing in the modern world»); il caso *Elf Aquitaine c. NIOC*, deciso con sentenza del 14 gennaio 1982, in *Rev. arb.*, 1984, p. 401 ss. (il rinvio era all'equità e ai «generally recognized principles of law and international law»). Infine, gli accordi di Algeri del 1981 fra Stati Uniti e Iran prevedono che il Tribunale arbitrale internazionale stabilito dagli accordi stessi per il regolamento delle controversie nascenti dalla nota vicenda dei beni iraniani bloccati dagli Stati Uniti in seguito alla cattura del personale dell'ambasciata americana a Teheran, applicherà «such choice of law rules and principles of commercial and international law as the Tribunal determines to be applicable, taking into account relevant usages of the trade, contract provisions and changed circumstances» (art. V della Dichiarazione del Governo algerino del 19 gennaio 1981 sulla risoluzione delle controversie tra Stati Uniti e Iran). Il testo di tali accordi è riprodotto in *Int. Leg. Mat.*, 1981, p. 223 ss.; la citata Dichiarazione si può leggere *ivi*, p. 230 ss. Sul tribunale arbitrale da essi istituito si veda RADICATI DI BROZOLO, *La soluzione delle controversie tra Stati e stranieri mediante accordo internazionale: gli accordi tra Stati Uniti e Iran*, in *Riv. dir. int.*, 1982, p. 299 ss.; da ultimo, DE GUTTRY, *I primi cinque anni di attività dell'Iran-U.S. claims tribunal: un contributo al consolidamento e allo sviluppo progressivo del diritto internazionale*, in *Comunicazioni e Studi*, XIX-XX, Milano, 1992, p. 169 ss.

³⁰ Per un esame della relativa problematica si veda REGLI, *Contrats d'Etat et arbitrage entre Etats et personnes privées*, Genève, 1983, p. 20 ss.

non puramente interno, e infine l'esclusione, espressa od implicita, dell'applicabilità del diritto interno dello Stato che è parte del contratto³¹. In questo caso la parte privata verrebbe ad assumere una posizione particolare, quasi analoga alla vera e propria soggettività internazionale, che permetterebbe l'applicazione delle norme facenti parte di uno specifico settore dell'ordinamento internazionale, che viene indicato come «diritto internazionale dei contratti». La stessa conseguenza in favore dell'applicabilità al contratto del diritto internazionale pubblico è ammessa da altri³² soltanto nell'ipotesi che esista nel contratto una designazione espressa di tale sistema giuridico come applicabile al rapporto, trovando allora tale applicabilità il proprio fondamento nelle regole di diritto internazionale privato appartenenti ai singoli ordinamenti statali.

Una seconda linea di pensiero tende a sottoporre i contratti in parola a sistemi normativi aventi in comune con il diritto internazionale vero e proprio la caratteristica di costituire dei complessi normativi autonomi e distinti rispetto a quelli rappresentati dal diritto interno degli Stati, ma da esso diversi, soprattutto in vista della considerazione che il sistema giuridico internazionale non è per sua natura idoneo a regolare rapporti che non intercorrano tra entità qualificabili come enti sovrani³³. Si fa riferimento, al riguardo, a sistemi giuridici a sé stanti, comprendenti i principi generali del diritto interno, sulla scorta delle indicazioni fornite a questo proposito dalla prassi contrattuale sopra indicata.

A volte, infine – ed è il terzo filone di pensiero ricordato –, viene abbandonata l'idea dell'esistenza di un sistema autonomo, affermandosi semplicemente che i contratti in parola non sono sottoposti ad alcun sistema giuridico determinato, ma trovano soltanto in se stessi – ossia nelle stesse clausole contrattuali, ritenute «autosufficienti» o eventualmente completate dai principi generali comuni a certi ordinamenti giuridici – il fondamento ultimo della propria validità³⁴.

³¹ In questo senso tra i tanti: MCNAIR, *The General Principles of Law Recognized by Civilised Nations*, in *British Year Book Int. L.*, 1957, p. 1 ss.; JENNINGS, *State Contracts*, cit., p. 161 ss.; WEIL, *Problèmes relatifs aux contrats*, cit., pp. 101 ss., 189 ss.; SACERDOTI, *I contratti*, cit., p. 195 ss.; FISCHER, *Die internationale*, cit., p. 345 ss.; SEIDL-HOHENVELDNER, *The Theory of Quasy-International and Partly International Agreements*, in *Rev. belge dr. int.*, 1975, p. 567 ss.

³² In questo senso si esprime soprattutto MANN, *The Law Governing State Contracts*, in *British Year Book Int. L.*, 1944, p. 11 ss.; ID., *State Contracts and International Arbitration*, *ibid.*, 1967, p. 1 ss.; ID., *The Theoretical Approach towards the Law Governing Contracts between States and Private Persons*, in *Rev. belge dr. int.*, 1975, p. 562 ss.

³³ Così GOLDMAN, *Frontières du droit*, cit., p. 161 ss.; ID., *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé*, in *Recueil des Cours*, 1963, II, p. 474 ss.; ID., *La lex mercatoria*, cit., p. 475 ss.; KAHN, *La vente commerciale internationale*, Paris, 1961; SCHMITTHOFF, *Das neue Recht des Welthandels*, in *RabelsZ*, 1964, p. 47 ss.

³⁴ Si veda soprattutto VERDROSS, *Die Sicherung von ausländischer Privatrechten aus Abkommen zur wirtschaftlichen Entwicklung mit Schiedsklauseln*, in *ZaöRV*, 1957-1958, p. 635 ss. Sulla tesi ampiamente BONELL, *Le regole oggettive*, cit., p. 166 ss. È stato peraltro facile osservare contro siffatta impostazione che nessun fenomeno contrattuale può esistere senza trovare il proprio fondamento in un sistema giuridico che in esso non si esaurisce, e dal quale la volontà delle parti possa trarre la idoneità a produrre effetti giuridici vincolanti: ZWEIGERT, *Verträge zwischen staatlichen*

Come già si è detto a proposito delle tendenze dottrinali relative alle c.d. regole oggettive del commercio internazionale, anche le costruzioni ora rapidamente elencate rispondono certamente a esigenze rivelate dalla pratica internazionale. E ciò è confermato anche dal fatto che esse hanno trovato a volte accoglimento, più o meno espresso e completo, in alcune note manifestazioni della pratica arbitrale: particolarmente significative al riguardo le sentenze arbitrali pronunciate negli arbitrati *Sapphire*³⁵, nella quale l'arbitro elvetico Calvin dichiarò applicabili i principi generali di cui all'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, e nell'arbitrato *Calasiatic*³⁶, ove l'arbitro Dupuy affermò recisamente che «l'ordre juridique dont dérive le caractère obligatoire du contrat est le droit international lui-même», mentre «la loi qui régit le contrat est le système à double degré mis au point par les parties ... et que *brevitatis causa* on désignera par l'expression de principes communs». Ma accanto alle due decisioni menzionate meritano di essere egualmente ricordate la sentenza arbitrale nel caso *Lena Goldfields c. URSS*³⁷, nella quale il Collegio arbitrale applicò i principi generali come *proper law* del rapporto contrattuale, o quella nel caso *Petroleum Development Ltd. c. Sheik of Abu Dhabi*³⁸ – in cui l'arbitro fece ricorso ai «principles rooted in the good sense and common practice: a sort of modern law of nature» – e in quello *Ruler of Qatar c. International Marine OH Company Ltd.*³⁹, in cui si fece ricorso ai «principles of justice, equity and good conscience», e infine nel caso *Aramco*⁴⁰, ove con maggiore ambiguità l'*umpire* Sauser-Hall, dopo aver considerato la procedura ar-

und nichtstaatlichen Partnern, in Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, V, Karlsruhe, 1964, p. 194 ss.; WEIL, *Problèmes relatifs aux contrats*, cit., pp. 101 ss., 181. In generale anche LEVEL, *Le contrat dit sans loi*, in *Travaux du comité français de droit international privé (1964-1966)*, Paris, 1967, p. 209 ss.

³⁵ *Sapphire International Petroleum Ltd. c. NIOC*, del 15 marzo 1963, in *Int. L. Rep.*, 1967, vol. 35, p. 136 ss.

³⁶ *California Asiatic Oil Co. e Texaco Overseas Petroleum Company c. Repubblica Araba della Libia*, del 19 gennaio 1977, in *Clunet*, 1977, p. 350 ss. In relazione ad essa si veda COHEN JONATHAN, *L'arbitrage Texaco-Calasiatic contre Gouvernement Libyen*, in *Ann. français dr. int.*, 1977, p. 452 ss.; J. F. LALIVE, *Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux sociétés privées étrangères (Arbitrage Texaco/Calasiatic contre le Gouvernement Libyen)*, in *Clunet*, 1977, p. 319 ss. Negli altri casi concernenti le nazionalizzazioni libiche, peraltro, le soluzioni raggiunte non sono state identiche: si vedano le decisioni del 10 ottobre 1973 e del 1° agosto 1974 nel caso *BP Exploration Company (Libya) Ltd. v. The Government of the Libyan Arab Republic*, in *Int. L. Rep.*, vol. 53, 1979, p. 297 ss., e quella nel caso *Libyan American OH Company (Liamco) v. The Government of the Libyan Arab Republic*, resa il 12 aprile 1977, in *Int. Leg. Mat.*, 1981, p. 1 ss. Per commenti di tali decisioni, si vedano ad esempio STERN, *Trois arbitrages, un même problème, trois solutions*, in *Rev. arb.*, 1980, p. 3 ss.; VON MEHREN, KOURIDES, *International Arbitrations between States and Foreign Private Parties: The Libyan Nationalization Cases*, in *Am. J. Int. L.*, 1981, p. 476 ss.; WHITE, *Expropriation of the Libyan OH Concessions – Two Conflicting International Arbitrations*, in *Int. Comp. L. Quart.*, 1981, p. 1 ss.

³⁷ La decisione risale al 2 settembre 1930 e si legge in *Annual Digest of Public Int. L. Cases*, 1929-1930, pp. 3 s., 426 ss.

³⁸ Decisione del settembre 1951, riprodotta in *Int. L. Rep.*, 1951, vol. 18, p. 144 ss.

³⁹ Pronunciata nel giugno 1953, pubblicata in *Int. L. Rep.*, 1953, vol. 20, p. 534 ss.

⁴⁰ *Arabian American OH Co. c. Arabia Saudita*, 23 agosto 1958, in *Int. L. Rep.*, 1963, vol. 27, p. 117 ss.

bitrale sottoposta al diritto internazionale pubblico come *lex arbitratus*, fece ricorso ai principi generali di diritto come facenti parte del contenuto della *lex contractus*, e quindi anche idonei a prevalere su questa stessa.

7. Continua: *Conferma del potere degli Stati di disporre dei valori giuridici che si vorrebbero indipendenti e del ruolo del meccanismo arbitrale di soluzione delle controversie del commercio internazionale*

Le sommarie considerazioni già sottolineate in precedenza a proposito delle tendenze favorevoli al riconoscimento di autonomi sistemi giuridici propri della c.d. comunità internazionale dei commercianti valgono a convincere che nell'assetto contemporaneo del mondo giuridico non è realisticamente possibile negare agli Stati sovrani il potere di disporre in ultima analisi dei valori giuridici che si vorrebbero, da tali tesi, da essi indipendenti, e ammettere che l'assetto di interessi espresso dai contratti fra Stati e stranieri possa venire sottoposto in modo veramente effettivo a sistemi giuridici diversi da quelli degli Stati. Alla tesi che vede la giustificazione dell'applicabilità del diritto internazionale vero e proprio nel richiamo operato dalla volontà delle parti è agevole opporre che non appare consono al modo di operare delle norme interne di diritto internazionale privato il disporre un rinvio al diritto internazionale, anziché al diritto interno dell'uno o dell'altro Stato⁴¹; e il contrario non è mai stato dimostrato da alcuno. A entrambe le soluzioni menzionate, poi, si deve opporre la difficoltà di ritenere che la parte privata del rapporto contrattuale con lo Stato possa essere da questo elevata a ente dotato dei requisiti necessari per diventare destinatario delle norme internazionali: anche a questo proposito, le costruzioni proposte non valgono a convincere che la struttura complessiva e il modo di essere dell'ordinamento internazionale consentano a uno Stato di ammettere una parte privata a entrare a far parte della sfera soggettiva del sistema in virtù di una sorta di «riconoscimento costitutivo» che non sarebbe comunque in grado di consentire alla parte stessa di utilizzare *direttamente* l'apparato di garanzia proprio dell'ordinamento internazionale. La mancanza di soggettività internazionale della parte privata, pertanto, costituisce un ostacolo insuperabile all'accoglimento della tesi di cui si tratta, e la configurazione di una sorta di «ammissione» alla qualità di destinatario delle norme internazionali appare come un semplice espediente incapace di modificare un dato intrinsecamente connesso con la struttura e la stessa ragion d'essere del sistema giuridico internazionale⁴². A ciò si aggiunga la considerazione che risulta anche assai dub-

⁴¹ Si veda ad esempio CASSONI, *I contratti di concessione stipulati fra Stati o enti pubblici statali e società commerciali straniere*, in *Dir. int.*, 1965, I, p. 235 ss.

⁴² RIGAUX, *Des dieux et des héros. Réflexions sur une sentence arbitrale*, in *Revue critique*, 1978, p. 435 ss.; ID., *Contrats d'Etat et arbitrage transnational*, in *Riv. dir. int.*, 1984, p. 489 ss.; GIARDINA, *State Contracts*, cit., p. 149 ss.

bio che l'ordinamento internazionale contenga un insieme completo di norme giuridiche idonee a disciplinare il rapporto contrattuale fra Stato e straniero. Le frequenti affermazioni in contrario fanno leva sull'insieme di principi generali enunciati al riguardo dalla giurisprudenza arbitrale: ma si tratta di principi ricavati in via di astrazione dagli ordinamenti giuridici interni, che non appaiono idonei a costituire nel loro insieme un complesso normativo realmente internazionale.

Quanto, poi, all'idea che il rapporto contrattuale tra Stato e privato straniero trovi la propria sede giuridica nell'ambito di un sistema diverso sia dal diritto internazionale, sia da quello interno, o addirittura esclusivamente in se stesso alla luce del principio *pacta sunt servanda* considerato come dotato di una propria validità indipendentemente dalla collocazione entro un ben determinato sistema giuridico, è lecito nutrire anzitutto il dubbio che, enunciando tesi siffatte, si rimanga nel campo delle mere astrazioni, invece di indicare un insieme di norme o di principi che corrispondano a una realtà effettivamente percepibile nella prassi come realtà giuridica. Ma a parte ciò, va rilevato che la stessa prassi internazionale sembra incaricarsi di offrire una smentita della fondatezza di tesi siffatte, al di là di qualsiasi considerazione di carattere meramente teorico. Una sia pur superficiale osservazione di tale prassi è sufficiente a persuadere che gli Stati sono ben lungi dal rinunciare alle proprie prerogative sovrane per quel tanto che sarebbe necessario, e inevitabile, al fine di consentire la «delocalizzazione» del rapporto contrattuale con la conseguente sua sottrazione alla sfera di impero del diritto interno: e anzi, ne rimangono particolarmente gelosi.

Basti ricordare, da un lato, le difficoltà di esecuzione con le quali si sono sempre scontrati i tentativi di realizzare in via forzata i diritti consacrati a favore della parte privata nei confronti di Stati stranieri da sentenze arbitrali in misura maggiore o minore «internazionalizzate»⁴³: di fronte a tali difficoltà, il riconoscimento dei propri diritti finisce a volte per essere ottenuto dalla parte privata al solo fine di preconstituire un mezzo di difesa nei confronti degli Stati contraenti nell'ambito di ordinamenti giuridici diversi da quello di questi ultimi. Dall'altro lato, si ricordi la marcata ostilità dimostrata nei confronti dello strumento arbitrale da molti Stati, sia tradizionalmente, come da parte degli Stati sudamericani in genere⁴⁴, sia a seguito della conclusione di determinate procedure arbitrali in senso sfavorevole al-

⁴³ Si pensi soltanto ai tentativi di ottenere in territorio olandese l'esecuzione della sentenza arbitrale pronunciata nel caso *Sapphire* sopra ricordato, scontratisi con la pretesa all'immunità avanzata da parte iraniana: si vedano le decisioni rese nel caso *NV Cabolent c. NIOC* dal Tribunale distrettuale dell'Aja e dalla Corte d'appello dell'Aja, in *Int. Leg. Mat.*, 1966, p. 477 ss., e 1970, p. 152 ss. La decisione arbitrale venne annullata dal Tribunale di Teheran per vari motivi, fra cui l'applicazione dei principi generali di diritto in luogo della legge iraniana: si veda la pronuncia del 1° dicembre 1963, in *Int. Leg. Mat.*, 1970, p. 1118 ss.

⁴⁴ Si veda la riaffermazione di questo principio contrario all'arbitrato internazionale compiuta dall'art. 51 del Codice andino sugli investimenti stranieri, in *Int. Leg. Mat.*, 1977, p. 138 ss. Per riferimenti ai vari paesi latino-americani si veda BRICEÑO BERRÚ, *Contratti con lo Stato in Sudamerica: quando è possibile l'arbitrato*, in *Comm. int.*, 1991, p. 571 ss.

la parte statale. È il caso dell'Arabia Saudita per quanto riguarda l'arbitrato *Aramco* ricordato in precedenza, e dell'Iran dopo la conclusione del caso *Sapphire*, anch'esso già menzionato, che si affrettarono a modificare la prassi contrattuale precedentemente seguita in ordine alle clausole relative ai procedimenti di soluzione delle controversie proprio in vista dell'esito per essi sfavorevole delle procedure arbitrali in questione⁴⁵. Ed è inutile sottolineare che lo strumento arbitrale rappresenta in queste ipotesi una condizione essenziale per la stessa configurabilità delle tesi favorevoli a una delocalizzazione dell'intero rapporto contrattuale, secondo quanto già si è avuto occasione di esporre.

Tutto ciò è una dimostrazione eloquente di come gli Stati intendano pur sempre mantenere sotto il proprio controllo gli strumenti giuridici attraverso i quali essi entrano in contatto con i contraenti stranieri, e non mostrino alcuna disponibilità ad ammettere che tali strumenti vengano trasferiti in via generale in ambiti sottratti al controllo medesimo: e ciò tanto più in quanto gli Stati che maggiormente assumono un simile atteggiamento sono proprio quelli per i quali i rapporti contrattuali con enti stranieri assumono la più rilevante importanza, e il cui comportamento acquista quindi un rilievo che non è possibile ignorare ai fini della ricostruzione della relativa prassi. E d'altro canto, a un sufficiente consolidarsi di tale prassi nel senso favorevole all'internazionalizzazione del rapporto contrattuale non è evidentemente possibile pensare se non in presenza di un consenso ragionevolmente diffuso fra coloro che con il proprio atteggiamento sono in ultima analisi in grado di determinarne la direzione.

Una conclusione diversa è consentita soltanto nell'ambito di sistemi particolari di norme, che gli Stati con il loro consenso apposito abbiano contribuito a porre in essere. In materia di investimenti, va ricordata la convenzione conclusa a Washington nel 1965 per la soluzione delle controversie in materia di investimenti in via arbitrale⁴⁶. Tale convenzione organizza la struttura e il funzionamento di un apposito Centro per la soluzione delle controversie menzionate (ICSID, nella sigla

⁴⁵ Quanto all'Arabia Saudita vedi la decisione n. 58 del Consiglio dei ministri del 25 giugno 1963, riprodotta in *Int. Leg. Mat.*, 1964, p. 45. Per la posizione iraniana si veda DOMKE, GLOSSNER, *The Present State of the Law Regarding International Commercial Arbitration*, in *The Present State of International Law and Other Essays written in honour of the Centenary Celebration of the International Law Association (1873-1973)*, Deventer, 1973, pp. 307 ss., 320 s. In materia, e per altri sviluppi, cfr. FOX, *States and the Undertaking to Arbitrate*, in *Int. Comp. L. Quart.*, 1988, p. 1 ss.

⁴⁶ Su di essa, per tutti, si veda *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées. La convention BIRD du 18 Mars 1965*, Paris, 1969; AMADIO, *Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque Mondiale du 18 mars 1965*, Paris, 1967; BROCHES, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, in *Recueil des Cours*, 1972, II, p. 331 ss.; SACERDOTI, *La Convenzione di Washington del 1965 per la soluzione delle controversie tra Stati e nazionali di altri Stati in materia di investimenti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, p. 614 ss.; ID., *La Convenzione di Washington del 1965: bilancio di un ventennio dell'ICSID*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1987, p. 1 ss.; SUTHERLAND, *The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes*, in *Int. Comp. L. Quart.*, 1979, p. 367 ss.

inglese), in modo completamente autonomo e distinto rispetto ai sistemi giuridici statali, pur essendo la relativa decisione necessariamente dotata di efficacia obbligatoria ed esecutiva all'interno di tali sistemi come semplice conseguenza dell'adesione degli Stati al sistema convenzionale. La convenzione di Washington non giunge sino ad ammettere la possibilità che un determinato rapporto contrattuale venga sottratto a qualsiasi legge statale, e anche questa considerazione suona come una smentita *de jure condito* delle tesi in precedenza ricordate. Tuttavia, essa impone agli arbitri che procedano nell'ambito del Centro a risolvere le controversie loro sottoposte in base alle relative norme procedurali, di applicare nella soluzione di tali controversie i principi generali di diritto internazionale rilevanti nel caso (art. 42, par. 1 della convenzione): in tal modo, istituendo un controllo di conformità al diritto internazionale delle norme interne applicabili, e assicurando la disapplicazione di queste ultime in caso di contrarietà al primo⁴⁷.

A parte l'ipotesi speciale da ultimo menzionata relativamente alla convenzione di Washington, nulla vieta che anche una controversia relativa a un contratto del quale siano parti uno Stato (o un ente pubblico) e un privato straniero rispetto al primo sia sottoposta ad arbitrato e definita da una decisione sottoposta alla disciplina delle convenzioni internazionali in materia arbitrale, già ricordate nel corso di un precedente paragrafo. Qualora ciò accada (ed in linea di principio, il particolare rilievo economico del rapporto non importerà di per sé la conseguenza che la controversia sfugga dal punto di vista giuridico all'applicazione delle norme di quelle convenzioni) è ipotizzabile anche con riferimento a rapporti tra Stati e privati la sottoposizione del merito della controversia a principi di origine non esclusivamente statale con la conseguente attenuazione del legame fra contratto e diritto interno, e la possibile prevalenza rispetto a quest'ultimo di regole extrastatali. Sotto questo profilo, e con il consueto limite dell'ordine pubblico internazionale quanto al riconoscimento e all'esecuzione della decisione arbitrale, e delle norme di applicazione necessaria quanto alla concreta esecuzione del rapporto, l'autonomia delle parti può esplicare la propria rilevante funzione di «delocalizzazione» del rapporto contrattuale.

⁴⁷ LAUTERPACHT, *The World Bank Convention on the Settlement of International Investment Disputes*, in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, 1968, p. 642 ss.; BROCHES, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States: Applicable Law and Default Procedure*, in *International Arbitration. Liber amicorum for Martin Domke*, cit., p. 12 ss.; GIARDINA, *La legge regolatrice dei contratti di investimento nel sistema ICSID*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, p. 677 ss. La funzione del riferimento agli applicabili principi di diritto internazionale contenuto nell'art. 42 della convenzione è chiarita dalle sentenze rese da comitati *ad hoc* istituiti ai sensi dell'art. 52 della stessa in data 3 maggio 1985, *Klöckner c. Camerun*, in *Riv. dir. int.*, 1987, p. 747 ss., e 16 maggio 1986, *Amco c. Indonesia*, *ibid.*, p. 810 ss. Come sottolineato in questo secondo caso (al punto 20 della decisione), «Article 42 (1) of the Convention authorizes an ICSID tribunal to apply rules of international law only to fill up *lacunae* in the applicable domestic law and to ensure precedence to international law norms where the rules of the applicable domestic law are in collision with such norms» L'art. 42 autorizza cioè il riferimento al diritto internazionale solo *dopo* che gli arbitri hanno valutato il diritto interno e applicato le sue norme e non a titolo preventivo ed esclusivo.

È peraltro opportuno ribadire che ammettere questa conclusione – in sé imposta dall'osservazione della realtà odierna della vita del commercio internazionale in genere – non significa ammettere che l'autonomia delle parti possa o debba essere riconosciuta di per sé idonea a sottoporre un rapporto contrattuale a sistemi giuridici diversi da quello statale.

Dal punto di vista dei sistemi giuridici dei singoli Stati, e nella prospettiva delle relative regole di conflitto, si può considerare tuttora esatta la celebre affermazione fatta nel 1929 dalla Corte permanente di giustizia internazionale nel caso dei *prestiti serbi e brasiliani*, secondo cui «tout contrat qui n'est pas un contrat entre des Etats en tant que sujets de droit international a son fondement dans une loi nationale. La question de savoir quelle est cette loi fait l'objet de la partie du droit qu'aujourd'hui on désigne le plus souvent sous le nom de droit international privé ou de théorie du conflit des lois»⁴⁸, come pure l'analoga affermazione fatta dalla Corte di cassazione francese nella sentenza del 21 giugno 1950 nel caso *Messageries Maritimes*⁴⁹, la quale «tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat». Da questo angolo visuale, anzi, non sembra accoglibile neppure l'idea che una regola di conflitto possa ammettere la sottoposizione del rapporto contrattuale al diritto internazionale, sia pure a seguito di apposita manifestazione di volontà espressa dalle parti.

Tutt'altro significato, peraltro, ha il riconoscere – nei limiti illustrati nel presente e nel successivo cap. IV – che sia possibile alle parti di far prevalere materiali normativi non statali, in tal modo pervenendo quindi a una sorta di «internazionalizzazione» del contratto, nel senso e con i limiti che si è cercato di chiarire. Anzi, tale regolamentazione è idonea, attraverso il riconoscimento di efficacia – in sede nazionale e internazionale – dello strumento arbitrale di composizione delle controversie, a imporsi anche all'interno dell'ordinamento dello Stato. In questo modo lo strumento arbitrale si rivela indissolubilmente legato al consolidamento e all'efficacia dei regimi normativi che si sviluppano in ambienti diversi dallo Stato. Ciò è generalmente riconosciuto, ma più spesso sotto il profilo – parzialmente diverso – dell'essenzialità di tale strumento rispetto al fine di dotare tali speciali sistemi di proprie forme di garanzia. Ai fini qui considerati, lo strumento arbitrale risulta invece essenziale per consentire l'emersione a livello dell'ordinamento dello Stato dei suddetti regimi normativi, attraverso il riconoscimento che dell'arbitrato stesso, quale istituto proprio di un ambiente sociale diverso da quello che esprime il sistema giuridico dello Stato, si attua anche in forma giuridicamente obbligatoria in virtù delle convenzioni internazionali rilevanti. Attraverso una siffatta attribuzione di rilevanza allo strumento di composizione delle contro-

⁴⁸ C.P.J.I. *Recueil*, série A, n. 20/21, p. 41. La Corte internazionale di giustizia ha implicitamente confermato lo stesso punto di vista nella sua decisione del 22 luglio 1952 nel caso *Anglo-Iranian*, in cui venne negata la natura di accordo internazionale dell'accordo del 1933 fra Anglo-Iranian Oil Company e Stato persiano: C.I.J. *Recueil*, 1952, p. 93 ss.

⁴⁹ In *Revue critique*, 1950, p. 609 ss., con nota di BATIFFOL.

versie, si attua necessariamente anche una sia pur parziale attribuzione di rilevanza all'assetto sociale che quell'ambiente si è dato, ed è oggetto di valutazione politica storicamente relativa e variabile l'opportunità di limitarne o di ampliarne la sfera. Dal punto di vista dell'attuale realtà internazionale, il relativo ambito risulta peraltro necessariamente predeterminato dai vincoli giuridici assunti attraverso la stipulazione delle convenzioni più volte ricordate. Ed è soltanto il caso di osservare che l'emergere a livello statale dell'autoregolamentazione attuata dagli ambienti sociali interessati, se rileva anzitutto come esercizio di autonomia dal punto di vista del prevalere di fonti extrastatali, può sotto altro diverso aspetto concretare un fenomeno di rilevanza dell'appartenenza di certi soggetti a una determinata organizzazione professionale, che influisce sul modo di essere dei rapporti facenti capo ai singoli. È l'ipotesi, ad esempio, degli arbitrati camerati destinati a risolvere obbligatoriamente le controversie fra organizzazioni imprenditoriali. In tal modo si manifesta un aspetto nuovo della rilevanza dello *status* dei soggetti, inteso come appartenenza a una determinata categoria professionale, nel senso di imprimere determinate caratteristiche vincolate alla disciplina dei rapporti che a tali soggetti possono far capo.

Capitolo IV

Il contratto internazionale e i limiti alla delocalizzazione della sua disciplina

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le norme di applicazione necessaria. – 3. Identificazione di alcune categorie di norme aventi carattere di applicazione necessaria. – 4. *Continua*: In particolare le norme di diritto pubblico dell'economia. – 5. Disciplina autonoma dei contratti internazionali e norme di applicazione necessaria. – 6. Contratti internazionali e norme di applicazione necessaria di Stati terzi rispetto alla *lex fori* e alla *lex causae*. – 7. Riconoscimento normativo della rilevanza delle norme di applicazione necessaria appartenenti a Stati terzi. – 8. Importanza dei modelli contrattuali elaborati dalla pratica per la ricostruzione di una disciplina coerente del rapporto contrattuale.

1. Premessa

Ogni operazione economica giuridicamente formalizzata in un contratto e destinata a non esaurirsi nell'ambito di un solo ordinamento giuridico statale produce effetti che a volte agiscono sull'equilibrio economico della Comunità internazionale e sullo sviluppo delle varie economie nazionali, risultando determinanti sul processo di internazionalizzazione dell'economia del singolo Stato.

Appare così naturale che, al fine di controllare gli effetti di tali operazioni economiche, i vari ordinamenti statali predispongano tecniche normative, amministrative e giudiziarie rivolte a regolare o, quanto meno, condizionare aspetti sempre più importanti di tali rapporti, nonostante i meccanismi, già illustrati, elaborati direttamente dagli stessi soggetti interessati e intesi a favorire il successo della sottesa operazione economica attraverso la delocalizzazione della sua disciplina.

L'esperienza mostra di continuo casi in cui il fine di limitare i rischi e gli inconvenienti necessariamente collegati a un'operazione economica a causa della sua «internazionalità» non possa essere perseguito, nonostante lo sforzo in tal senso realizzato dagli stessi soggetti interessati al rapporto, attraverso l'esercizio dell'autonomia privata fino alla creazione di vere e proprie regole oggettive del commercio internazionale la cui efficacia sia garantita attraverso il ricorso allo strumento contrattuale. È da rilevare, infatti, la presenza di norme che si collocano in una zona «grigia» tra diritto pubblico e diritto privato, le quali perseguono la tutela di interessi fondamentali dello Stato. Perciò si impongono per forza propria alla disciplina del contratto internazionale e alla soluzione arbitrale delle controversie da esso nascenti, indipendentemente da ogni richiamo di una qualsiasi re-

golamentazione estranea, operato dalle parti o da una norma di conflitto, non tollerando di essere da essa sostituite.

Allo stesso tempo i più evoluti sviluppi del diritto internazionale privato dei contratti prevedono che le parti, accanto alla *lex causae* e alla *lex fori*, debbano tener conto (e subire gli effetti) anche della disciplina prevista da altri ordinamenti con i quali la situazione presenta un legame effettivo se, e nella misura in cui, secondo il diritto di tali ordinamenti, le relative norme siano applicabili quale che sia la legge regolatrice del contratto. Tanto che alcune decisioni giurisprudenziali hanno senz'altro rilevato che l'applicazione di norme di uno Stato può coinvolgere i suoi interessi fondamentali così importanti che rispetto ad essi devono cedere sia le disposizioni della *lex fori* sia le norme della *lex causae*. E al riguardo, in alcuni casi, tale esigenza si trova espressa e garantita attraverso veri e propri testi normativi internazionali: tra questi è appena il caso di ricordare l'art. VIII, par. 2 del Trattato istitutivo del Fondo Monetario Internazionale (che preclude a ogni Stato membro di dare esecuzione a contratti contrari alle disposizioni valutarie di altri Stati membri) e l'art. 7, par. 1 della convenzione di Roma del 1980 relativa alla legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali (che consente, come abbiamo appena accennato, di riconoscere «l'efficacia di norme imperative di qualsiasi Paese con il quale la situazione presenti un legame effettivo se, e nella misura in cui, secondo il diritto di tale Paese le norme stesse siano applicabili quale che sia la legge regolatrice del contratto»).

La compatibilità con queste norme costituisce un limite al potere delle parti di sottoporre in modo giuridicamente effettivo i propri rapporti contrattuali a complessi di norme e di principi non coincidenti con un determinato sistema giuridico statale. È quindi opportuna una loro analisi nelle varie direzioni in cui il fenomeno normativo si è manifestato.

2. *Le norme di applicazione necessaria*

È innegabile che norme statali, in qualche modo obiettivamente ricollegate al contratto internazionale, condizionino direttamente o indirettamente i diritti e gli obblighi delle parti nascenti dal rapporto contrattuale. Ciò avviene essenzialmente in forza di «autocollegamento» operato dalla normativa in questione, che interferisca anche sulla disciplina autonoma cui il contratto è sottoposto in virtù della sua delocalizzazione. In particolare, avviene che la disciplina nazionale debba comunque essere presa in considerazione, anche prima e al di là di qualsiasi rinvio internazionalprivatistico, allorché abbia il carattere di «applicazione necessaria», quale che sia la legge regolatrice del contratto, essendo destinata a regolare imperativamente, secondo la legge dello Stato cui appartiene, anche fattispecie aventi carattere di estraneità rispetto a esso, e che, in base al concreto operare delle norme di conflitto di quell'ordinamento, sarebbero sottoposte alla normativa di altro Stato.

È infatti constatazione oggettiva che gli Stati pretendono di esercitare la propria potestà normativa, estendendo la competenza del proprio ordinamento, al di là dell'operare delle tradizionali tecniche internazionalprivatistiche, su di un sempre maggior numero di aspetti e profili dei rapporti contrattuali. Ciò avviene attraverso l'imposizione di una disciplina imperativa fornita di un proprio e necessario ambito di applicazione, fissato nella prospettiva di garantire il sicuro perseguimento dei relativi obiettivi politico-economici: si pensi alla disciplina dei controlli dei cambi e delle divise, alle disposizioni in materia doganale e fiscale, alla regolamentazione relativa ai controlli sanitari, ai divieti posti alle esportazioni e importazioni di particolari beni (opere d'arte, armamenti, tecnologia «sensibile»), oltretutto ai limiti alla libertà contrattuale esistenti nei vari ordinamenti in funzione della tutela di determinati interessi valutati come prioritari (ad esempio, la libertà di concorrenza, gli interessi dei lavoratori o quelli dei consumatori). Il che ha costretto i vari ordinamenti giuridici a prendere coscienza di questo fenomeno, nel senso che solo una applicazione extraterritoriale di tali disposizioni garantisce il perseguimento dei loro obiettivi (da attuarsi almeno nei casi in cui siano considerati essenziali per lo Stato che le adotta e riconosciuti tali da parte degli altri Stati), e a costruire quindi tecniche assai sofisticate per giustificare una tale applicazione (e un tale rilievo) extraterritoriale, indipendente dal normale funzionamento delle norme di diritto internazionale privato.

Considerate dal punto di vista dell'ordinamento di appartenenza, tali disposizioni assumono un ruolo addirittura esclusivo, o quanto meno assolutamente prioritario (rispetto all'applicazione di qualsiasi altra norma), precludendo nel loro ambito di operatività il normale gioco delle disposizioni di diritto internazionale privato. Si tratta dei casi in cui l'applicazione di alcune norme interne deriva dal loro carattere: la operatività e il perseguimento dei relativi intenti normativi devono essere comunque garantiti all'interno della «giurisdizione» dello Stato di appartenenza. In quanto pongono una regolamentazione che, per lo stretto legame tra gli scopi perseguiti e il suo campo di applicazione, non ha equivalenti nell'ordinamento straniero, risultano «infungibili» e come tali sostituiscono il normale meccanismo bilaterale di conflitto, basato su eguaglianza tra *lex fori* e *lex causae*. In altri termini, le norme in esame sono caratterizzate e individuabili in virtù dello scopo che si propongono e, soprattutto, sulla base della loro «particolare intensità valutativa» che, a giudizio di alcuni, deve necessariamente manifestarsi attraverso la presenza di una vera e propria disposizione espressa, o quanto meno di una norma inequivocabilmente formulata, in base alla quale sia determinata in modo cogente l'ambito minimo della sua applicazione¹.

¹ SPERDUTI, *Sulla capacità in diritto internazionale privato, con particolare riguardo alla capacità di obbligarsi per fatto illecito*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1950, p. 305 ss.; ID., *Ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno*, in *Riv. dir. int.*, 1954, p. 82 ss.; ID., *Norme di applicazione necessaria e ordine pubblico*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1976, p. 469 ss.; DE NOVA, *I conflitti di legge e le norme con apposita delimitazione della sfera di efficacia*, in *Dir. int.*, 1959, p. 13 ss.; ID., *I conflitti di leggi e le norme sostanziali funzionalmente limitate*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1967, p.

Al riguardo, però, mentre la maggior parte della dottrina considera l'operatività delle norme in esame come alternativa rispetto al funzionamento delle disposizioni di diritto internazionale privato, alcuni autori contestano tale alternatività (che non terrebbe conto dell'esigenza di uniformità di disciplina giuridica in ambiti spaziali diversi e delle «aperture internazionalistiche» contenute in molti ordinamenti, tra i quali sicuramente l'ordinamento italiano) e affermano che l'esistenza nell'ordinamento di norme del tipo ora accennato esclude il funzionamento delle disposizioni di diritto internazionale privato solo nella misura in cui la concreta applicazione del diritto straniero richiamato abbia dei contenuti normativi «inconciliabili con gli obiettivi perseguiti» dalle norme di applicazione necessaria². Resta, comunque, il fatto che, anche secondo questi criteri, il contenuto normativo di un ordinamento straniero può essere preso in debita considerazione solo se sostanzialmente coincidente con la disciplina accolta nelle rilevanti norme di applicazione necessaria. In quanto prescrivono un contenuto minimo, orientando *a priori* le soluzioni accoglibili attraverso il richiamo al diritto straniero, le norme della categoria indicata superano comunque la caratteristica «neutralità» della norma di conflitto, destinata a operare, nella concezione classica, sulla base di schemi formali e attraverso il collegamento cieco operato da un criterio astratto³.

Alla luce di ciò, le divergenze valutative tra le accennate impostazioni, al di là di questioni di principio, sono assai ridotte: si tratta comunque di garantire che nell'ordinamento in questione un determinato assetto normativo e il perseguimento di determinati «intenti legislativi» siano attuati in conformità alle indicazioni e alle «scelte politiche» in esso emergenti. Se vi sia ancora spazio per una rilevanza residua della legge regolatrice del rapporto, ed eventualmente l'ampiezza di tale spazio, dovrà valutarsi in funzione del tipo di norme di applicazione necessaria di cui si tratta di garantire il rispetto con riguardo alle materie da tali norme disciplinate e ai loro intenti normativi.

699 ss.; NUSSBAUM, *Principles of private international law*, London-Toronto, 1943, p. 69 ss.; WENGLER, *Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht. Eine rechtsvergleichende Studie*, in *ZVglRWiss.*, 1941, p. 168 ss.; FRANCESCAKIS, *Quelques précisions sur les «lois d'application immédiate» et leurs rapports avec les conflits de lois*, in *Revue critique*, 1966, p. 1 ss.; ID., *Lois d'application immédiate et règles de conflit*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1967, p. 691 ss.; MANN, *Statutes and the conflict of laws*, in *British Year Book Int. L.*, 1972/3, p. 117 ss.; GRAULICH, *Règles de conflit et règles d'application immédiate*, in *Mélanges Dabin*, Bruxelles, 1963, p. 699 ss.; GOTHOT, *Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé*, in *Revue critique*, 1971, pp. 1 ss., 209 ss., 415 ss.; EEK, *Peremptory Norms and Private International Law*, in *Recueil des Cours*, 1973, II, p. 1 ss.; CONFORTI, *L'esecuzione delle obbligazioni nel diritto internazionale privato*, Napoli, 1962, p. 102 ss.; da ultimo MOSCONI, *Exceptions to the operation of choice of law rules*, in *Recueil des Cours*, 1989, V, p. 129 ss.

² TREVES, *Il controllo dei cambi nel diritto internazionale privato*, Padova, 1967, p. 56 ss.

³ POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, 1992, p. 156 ss.; AUDIT, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit. (Sur la «crise» des conflits de lois)*, in *Recueil des Cours*, 1984, III, p. 248 ss.; PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel. De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, Genève, 1985, p. 142 ss.

3. *Identificazione di alcune categorie di norme aventi carattere di applicazione necessaria*

Tra le materie coperte da un tale tipo di normativa sono, anzitutto, da ricordare i rapporti contrattuali assoggettati a norme materiali redatte proprio in funzione di loro elementi di estraneità: e cioè, da un lato, le norme di diritto uniforme elaborate a livello interstatale (attraverso convenzioni internazionali), sia in vista della «internazionalità» di determinati rapporti contrattuali, sia allo scopo di garantirne un identico trattamento nell'ambito dei vari ordinamenti interessati alla loro esecuzione; dall'altro lato, le disposizioni normative statali, o le elaborazioni giurisprudenziali, che rendono applicabile un apposito corpo di regole interne, o alcune regole particolari, a determinati rapporti contrattuali (o singoli loro aspetti) proprio in funzione dei loro elementi di estraneità, escludendo al riguardo il ricorso sia al diritto straniero sia al diritto materiale ordinario.

Per quanto riguarda le norme di diritto uniforme che, dal punto di vista dell'ordinamento italiano, sono sicuramente le più importanti tra quelle sopra ricordate, vale la pena di precisare che, ormai da tempo, la dottrina⁴ ha posto in rilievo come la presenza di norme di adattamento a una convenzione internazionale di diritto uniforme, che predetermini la sua sfera di applicazione, impone la sottoposizione necessaria dei fatti e dei rapporti in tale ambito ricompresi alla disciplina internazionalmente uniforme: e pertanto, tali fatti e rapporti non possono essere valutati altrimenti, né attraverso l'operare delle norme interne di diritto internazionale privato né attraverso norme materiali autonomamente poste nell'ordinamento italiano. In breve, le norme di diritto uniforme fornite di un proprio ambito di applicazione escludono, correlativamente e contemporaneamente, l'applicazione di norme materiali interne e il funzionamento delle norme di diritto internazionale privato, rivelando a quest'ultimo proposito il loro duplice carattere «di specialità e di priorità nel funzionamento».

Oltre alle disposizioni nazionali e internazionali elaborate in funzione delle ca-

⁴ MALINTOPPI, *Diritto uniforme e diritto internazionale privato in tema di trasporto*, Milano, 1955, p. 75 ss.; ID., *Diritto uniforme e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1955, pp. 229 ss., 514 ss. Tale conclusione, d'altronde, è stata recepita anche dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione che, soprattutto a partire dalla decisione del 22 giugno 1961, n. 1505, in causa *American Export Lines c. FIAT*, in *Riv. dir. int.*, 1961, p. 684 ss., ha risolto definitivamente il problema nel senso sopra indicato, e in modo assai argomentato, con particolare riguardo ai rapporti tra art. 10 cod. nav. (che, come è noto, indica i criteri di scelta della legge regolatrice del trasporto marittimo) e ambito di applicazione della convenzione di Bruxelles sulla polizza di carico. La Corte ha osservato al riguardo che «ogni sistema di diritto uniforme, in quanto tale, rende inapplicabili le norme di diritto internazionale privato dello Stato, siano esse norme generali oppure speciali»: in particolare, «esse si contrappongono al sistema codificato formato dalle norme di diritto internazionale privato e non richiedono per il loro funzionamento la soluzione di un problema di diritto internazionale privato, ma devono essere applicate ad ogni rapporto compreso nell'ambito della loro competenza». In senso critico si veda BOSCHIERO, *Il coordinamento delle norme in materia di vendita internazionale*, Padova, 1990, p. 364 ss. Si vedano altresì in materia le considerazioni svolte *supra* al cap. II.

ratteristiche di internazionalità di un determinato rapporto contrattuale, appartengono alla categoria delle disposizioni di applicazione necessaria quelle norme che riguardano la disciplina dei c.d. contratti a statuto imperativo; e cioè quei contratti interessati da un intervento legislativo statale in funzione della direzione pubblica dell'economia in settori dei servizi pubblici essenziali, della protezione della parte contrattualmente più debole oppure in funzione di garantire il rispetto di determinati *standard* economico-sociali da rinvenirsi nell'ambito di un regime di contrattazione collettiva nazionale sotto forte controllo sociale⁵.

Le norme del gruppo in esame, in alcuni casi, non sembrano escludere in maniera assoluta la rilevanza e la eventuale applicazione di disposizioni di ordinamenti stranieri, almeno nei casi in cui queste garantiscano un contenuto normativo coerente agli scopi perseguiti dalla normativa interna e stabiliscano una disciplina che si collochi al di sopra dello *standard* minimo da questa previsto⁶.

In altri casi, invece, le norme del gruppo in esame sembrano escludere assolutamente qualsiasi rilevanza alla legge straniera eventualmente applicabile in virtù delle norme di diritto internazionale privato⁷.

⁵ In giurisprudenza si veda Trib. Trieste 18 marzo 1974, *Porzio c. Lloyd Triestino S.p.a. di Navigazione*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1975, p. 93 ss.; Pret. Genova, 30 aprile 1980, *Quaglia c. Darios*, *ibid.*, 1980, p. 458 ss. In dottrina, sul contratto di lavoro, PANEBIANCO, *Lo statuto dei lavoratori italiani all'estero*, Napoli, 1974. Per un esempio particolarmente significativo nell'ambito dell'ordinamento della Repubblica federale tedesca si veda la legge del 1976 sulle condizioni generali di contratto (*AGB-Gesetz*), sulla quale SPAGNOLETTI-ZEULI, *La nuova legge tedesca sulle condizioni generali di contratto e il diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1978, p. 530 ss.

⁶ Al riguardo, sembra particolarmente significativa la disciplina contenuta nella l. 4 aprile 1977, n. 135 sul riordinamento della professione di raccomandatario marittimo e sulla tutela dei marittimi e dei creditori della nave. In essa, infatti, all'art. 4, al fine di garantire uno «statuto minimo» a favore dei marittimi imbarcati da armatori esteri, si pone a carico del raccomandatario l'obbligo di accertare e attestare, sotto la sua responsabilità, all'autorità marittima, che i lavoratori siano stati assicurati, per tutta la durata del loro imbarco, contro l'invalidità e la vecchiaia presso il fondo di previdenza marinara e contro le malattie e gli infortuni presso enti o società di assicurazione, italiani o stranieri, che garantiscano loro una tutela assicurativa non inferiore a quella obbligatoria secondo la legge italiana. Non solo, ma in proposito, a ulteriore garanzia, l'imbarco dei marittimi sulle navi su cui sono arruolati è subordinato al rilascio di nulla osta da parte dell'autorità marittima, condizionato alla verifica che il contratto di arruolamento, dal punto di vista normativo e da quello economico, «non contenga clausole che contrastino con i principi fondamentali contenuti nei vigenti contratti collettivi di lavoro nazionale». E infine, l'autorità marittima dovrà negare il predetto nulla osta quando accerti, anche avvalendosi dei competenti organi tecnici, che i requisiti di sicurezza, igiene e abitabilità della nave estera sulla quale il lavoratore è arruolato non sono equivalenti a quelli stabiliti per le navi della marina mercantile italiana di tipo e caratteristiche analoghe.

⁷ Sempre per rimanere nel settore dell'arruolamento marittimo, un esempio può essere tratto dalla decisione del Tribunale di Genova del 6 dicembre 1951 in occasione del caso *Spolidoro c. Compagnia Ybarra e Trucco*, in *Dir. mar.*, 1952, p. 443 ss. In esso si trattava di stabilire la legge regolatrice di un infortunio occorso a un membro italiano dell'equipaggio, imbarcato in qualità di medico civile a bordo di nave spagnola abilitata all'emigrazione di cittadini italiani, alla luce dell'art. 9 cod. nav. che rinviava alla legge nazionale della nave. Il Tribunale di Genova non ebbe esitazione nel giudicare la controversia secondo il diritto italiano sulla base del semplice rilievo che dall'esame delle disposizioni sostanziali italiane sulla emigrazione «emerge chiaramente che il rapporto (tra

4. Continua: *In particolare le norme di diritto pubblico dell'economia*

Devono poi essere considerate quelle norme di applicazione necessaria relative al diritto pubblico dell'economia; quelle norme, cioè, che giustificano la loro applicazione a titolo di amministrazione e di polizia di aspetti del contratto che toccano momenti rilevanti della politica economico-sociale dello Stato a prescindere dalla presenza o dall'assenza di elementi di estraneità rilevanti dal punto di vista internazionalprivatistico⁸.

Si tratta, in particolare, di quelle disposizioni che, fornite di un loro ambito di operatività e redatte in funzione di garantire allo Stato il controllo di determinati aspetti dei rapporti contrattuali (o quanto meno la coerenza dei loro effetti rispetto al perseguimento dei suoi fini istituzionali), devono essere integralmente applicate allorché ci si trovi in presenza delle circostanze che esse stesse stabiliscono a tale fine direttamente rilevanti, indipendentemente dal fatto che la *lex fori* disciplini il rapporto in questione o che la *lex causae* a esse rinvii. Anzi, esse operano in modo talmente autonomo rispetto ai meccanismi di diritto internazionale privato che la loro applicazione, di per sé, non esclude che anche una legge straniera possa, in concorso con esse, disporre in merito agli stessi aspetti del rapporto contrattuale a titolo di *lex causae*. Tanto che al riguardo si è precisato che mentre la loro integrale applicazione è requisito essenziale del loro modo di essere in presenza delle circostanze a tale fine rilevanti, l'esclusività non costituisce una caratteristica essenziale della disciplina: disposizioni di altri ordinamenti possono concorrere a regolare la stessa materia con l'unico limite che il contenuto normativo di queste ultime sia compatibile con una loro integrale applicazione.

L'esempio più rilevante di tali disposizioni⁹, dal punto di vista dell'ordinamento italiano, è storicamente fornito da quel complesso di norme che ha disciplinato la materia valutaria, il cui mancato rispetto è stato reso, almeno per un certo periodo e per alcuni profili, addirittura penalmente rilevante. Si tratta di disposi-

medico di bordo e armatore estero) non può avere altra legge regolatrice che quella italiana ... poiché è facile considerare che la misura di tutela sociale degli emigranti realizzata dal legislatore con l'imbarco di un medico italiano offrirebbe ben scarse garanzie se il rapporto di lavoro di detto medico dovesse essere regolato dalla legge della bandiera». Il che, ovviamente, esclude *a priori* qualsiasi rilievo dei meccanismi internazionalprivatistici previsti dall'ordinamento italiano per la disciplina dei rapporti di lavoro a bordo di nave.

⁸ Sulla costruzione di un sistema di conflitto di leggi in materia di regolamentazione economica e la giustificazione dell'applicazione della *lex fori* si vedano ad esempio BASEDOW, *Wirtschaftskollisionsrecht – Teoretische Versuch über die Ordnungspolitischen Normen des Forumstaates*, in *RabelsZ*, 1988, p. 7 ss.; SCHNYDER, *Wirtschaftskollisionsrecht. Sonderanknüpfung und extraterritoriale Anwendung wirtschaftsrechtlicher Normen unter besonderer Berücksichtigung von Marktrecht*, Zürich, 1990.

⁹ Un altro esempio, tratto da ordinamenti stranieri, può essere rappresentato da quelle norme che vietano clausole di indicizzazione, allo scopo di combattere l'inflazione; ovvero dalle disposizioni che, mirando a combattere la corruzione dei funzionari pubblici, vietino l'intermediazione nei contratti dello Stato.

zioni, ora non più in vigore, che hanno posto, a tutela dell'economia nazionale e della stabilità monetaria, delle limitazioni alla libera disponibilità dei mezzi di pagamento internazionali e alla assunzione di obblighi nei confronti degli stranieri o, quanto meno, alla loro esecuzione. Tra queste è appena da ricordare la più importante: e cioè l'abrogato d.l. 6 giugno 1956, n. 476¹⁰ che, dopo aver stabilito il suo ambito di applicazione attraverso una elaborata e completa determinazione dei «residenti ai fini valutari» e delle loro attività che a tal fine rilevano, da un lato, proibiva di compiere qualsiasi atto idoneo a produrre obbligazioni tra residenti e non residenti, «esclusi i contratti di vendita di merci per l'esportazione nonché i contratti di acquisto di merci per l'importazione, se non in base ad autorizzazioni ministeriali» e, dall'altro lato, vietava «di effettuare esportazioni o importazioni di merci se non in base ad autorizzazioni ministeriali», prevedendo inoltre l'obbligo di dichiarare i crediti verso i non residenti e di non riscuotere i crediti o pagare debiti verso i non residenti se non con le modalità e nei termini stabiliti dal Ministro per il commercio con l'estero.

La natura di norme di applicazione necessaria delle disposizioni citate è stata unanimemente riconosciuta¹¹ sia perché i criteri per stabilire la loro operatività non dipendono dai meccanismi di diritto internazionale privato, sia perché esse hanno svolto una funzione sicuramente essenziale per il perseguimento dei fini primari dello Stato, senza che, peraltro, l'adempimento di tale loro funzione abbia precluso di per sé la normale applicazione della legge regolatrice del contratto agli stessi aspetti del rapporto che ricadevano nel loro ambito di operatività.

In una prospettiva più attuale devono essere considerate le norme italiane che disciplinano la cessione, nonché l'esportazione e l'importazione di particolari beni, in relazione ai quali considerazioni di ordine politico giustificano una particolare disciplina, in senso restrittivo, dei rapporti contrattuali, anche aventi rilevanza internazionale.

¹⁰ La nuova disciplina valutaria italiana, basata sull'opposto principio della libertà di contrattazione, deve infatti ora essere tratta dal Testo unico delle norme di legge in materia valutaria, D.P.R. 31 marzo 1988, n. 148, emanato in seguito alla delega legislativa conferita al Governo con la l. 26 settembre 1986, n. 599 e al successivo decreto legislativo di attuazione, D.P.R. 29 settembre 1987, n. 454. È noto in materia l'influsso determinante nel senso della liberalizzazione avuto dalla giurisprudenza (in particolare con le sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee nei casi *Casati*, 11 novembre 1981, in causa 203/80, in *Racc.*, 1981, p. 2595 ss., e *Carbone-Luisi*, 31 gennaio 1984, in causa 286/82 e 26/83, in *Racc.*, 1984, p. 377 ss.) e dalla normativa comunitaria emanata in vista dell'attuazione dell'art. 67 del Trattato CEE: da ultimo la direttiva del Consiglio n. 86/566/CEE del 17 novembre 1986. Sulla normativa previgente si veda SANTA MARIA, *Le norme valutarie nel contesto dell'ordinamento giuridico italiano*, in *La disciplina valutaria dei rapporti con l'estero*, Milano, 1979, p. 126 ss.; ID., *Les critères d'application des règles italiennes des changes*, in *Comunicazioni e Studi*, XVI, Milano, 1980, p. 221 ss.

¹¹ Vedasi l'applicazione data alle norme valutarie italiane dalla Corte di Cassazione nelle sentenze del 2 luglio 1981, n. 4686, *Wilson Smithett & Cope Ltd c. Terruzzi*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, p. 107 ss.; 2 giugno 1984, n. 3357, *Flexi Van Leasing c. Cargo di Roberto Hoffman e C. s.a.s.*, in *Foro it.*, 1984, I, 2174 ss.; e, da ultimo, 22 giugno 1990, n. 6336, *S.r.l. Rivieraserre in Camporosso Mare c. S.n.c. Evangelos e C. di Atene*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, p. 129 s.

Sotto questo profilo deve essere considerata in primo luogo la normativa contenuta nella l. 1° giugno 1939, n. 1089 sulla tutela delle cose d'interesse artistico o storico. Secondo la disciplina contenuta nella legge menzionata, i beni di interesse artistico, storico, archeologico ed etnografico sono inalienabili, se appartenenti allo Stato o ad altri enti pubblici, mentre il potere di disposizione dei beni stessi che si trovino in proprietà di privati è limitato in più direzioni ove essi siano stati fatti oggetto di notifica da parte dell'autorità competente: in tal caso, esistono infatti un obbligo di notificare eventuali alienazioni e un diritto di prelazione da parte dello Stato, al quale ultimo è condizionato il contratto di vendita da parte del privato. Esiste inoltre un divieto generale di esportare senza autorizzazione i beni contemplati dalla legge, ed è prevista la sanzione di nullità per ogni atto compiuto in violazione dei divieti stabiliti dalla legge o senza le autorizzazioni da essa previste (art. 61)¹².

La stessa rilevanza può essere attribuita alla normativa posta dalla recente l. 27 febbraio 1992, n. 222, relativa al controllo dell'esportazione e del transito dei prodotti ad alta tecnologia: in base al suo art. 1, par. 2, sono soggetti alle autorizzazioni e ai controlli dello Stato l'esportazione, in via definitiva o temporanea, e il transito dei prodotti e delle tecnologie indicate in apposito elenco predisposto e aggiornato periodicamente dal Ministero del commercio con l'estero. Nello stesso senso, anche se in modo più organico, dispone infine la l. 9 luglio 1990, n. 185, recante nuove norme sul controllo dell'esportazione, importazione e transito dei materiali di armamento, pure assoggettati ad autorizzazioni statali e consentite solo se effettuate con governi esteri o con imprese autorizzate dal governo del paese destinatario e da soggetti iscritti in apposito registro nazionale. La legge contiene pure una particolare disciplina per le trattative contrattuali, per le quali sussiste un obbligo di comunicazione e una possibilità di divieto di prosecuzione.

Nei casi richiamati la necessaria applicazione delle norme italiane anche a rapporti contrattuali i quali, in forza delle norme italiane di conflitto, potrebbero essere sottoposti a leggi straniere risulta direttamente dalla loro natura e dagli scopi da esse perseguiti, che non tollerano di essere vanificati dal semplice richiamo di un diritto straniero: le leggi ricordate intendono infatti rispettivamente assicurare che le operazioni contemplate siano conformi alla politica estera e di difesa italiana, non conducano a un impoverimento del patrimonio culturale e artistico italiano, ovvero non siano in contrasto con i fondamentali interessi di sicurezza dello Stato, con gli obblighi internazionali dell'Italia e i principi della Carta delle Nazioni Unite.

Nello stesso senso devono essere valutate le normative applicabili all'interno

¹² Si veda FRIGO, *La protezione dei beni culturali nel diritto internazionale*, Milano, 1986, p. 24 ss. Per una raccolta di legislazioni straniere che disciplinano, in senso restrittivo, la circolazione di beni di interesse artistico, si veda *La tutela e la circolazione dei beni culturali nei paesi membri della C.E.E.*, *Atti del Convegno di Milano - 14 maggio 1990*, a cura di Reverdini, Biscaretti di Ruffia e Frigo, Roma, 1992.

dell'ordinamento italiano, adottate per il perseguimento di fini politici internazionali in forza della appartenenza dell'Italia a organizzazioni sovranazionali, sulla base di risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dell'Organizzazione delle Nazioni Unite o di regolamenti del Consiglio delle Comunità europee, che impongano sanzioni economiche a carico di determinati Stati. È il caso, per rimanere agli esempi più recenti, dell'Iraq, in relazione alle note vicende connesse all'invasione del Kuwait, e della Repubblica federale di Jugoslavia (Serbia e Montenegro), quale conseguenza delle attività intraprese e dei drammatici avvenimenti causati nella Repubblica di Bosnia-Erzegovina¹³.

Nel caso dell'Iraq¹⁴ devono essere segnalati il d.l. 4 agosto 1990, n. 216 e il d.l. 6 agosto 1990, n. 220, che hanno disposto rispettivamente misure cautelari a tutela dei beni e degli interessi economici dello Stato del Kuwait e misure urgenti relative ai beni della Repubblica dell'Iraq. A tal fine i relativi art. 1 hanno in via generale vietato, sotto riserva di eventuali deroghe di volta in volta disposte, «gli atti di disposizione e le transazioni a qualsiasi titolo effettuati, concernenti beni mobili anche immateriali, beni immobili, aziende o altre universalità di beni, valori o titoli di natura finanziaria o valutaria comunque denominati, allorché detti beni, valori o titoli appartengano, anche tramite intermediari», allo Stato del Kuwait o, rispettivamente, alla Repubblica dell'Iraq, «o a qualsiasi agenzia, ente, o organismo partecipato, controllato o diretto» dallo Stato medesimo. Ai sensi del successivo art. 2 di entrambi i decreti-legge si è stabilito che «gli atti compiuti in violazione del divieto di cui all'art. 1 sono nulli». Questi divieti sono stati poi estesi, per quanto concerne i cittadini italiani, anche alle attività compiute all'estero dal d.l. 23 agosto 1990, n. 247, il cui art. 1 ha altresì disposto che «ai cittadini italiani ovunque si trovino, nonché ai cittadini stranieri aventi residenza, domicilio o dimora in Italia, è vietata ogni attività intesa, anche indirettamente, a promuovere, a favorire o a realizzare vendite o forniture, esportazioni o trasporto di beni di qualsivoglia genere verso il Kuwait e l'Iraq o da tali Stati provenienti». A

¹³ Per altri provvedimenti di *embargo* decretati dalle Nazioni Unite, ai quali, anche in relazione alla normativa di attuazione, può essere esteso il discorso del testo, si vedano, nel caso della Rhodesia del Sud, le risoluzioni 232 (1966) del 16 dicembre 1966, 253 (1968) del 29 maggio 1968, attuate in Italia con d.l. 3 ottobre 1968, n. 1007, e 640 (1979) del 21 dicembre 1979; in tempi più recenti, nel caso della Somalia, la ris. 733 (1992) del 23 gennaio 1992, nel caso della Libia, la ris. 748 (1992) del 31 marzo 1992, nel caso della Liberia, la ris. 788 (1992) del 20 novembre 1992, nel caso di Haiti la risoluzione n. 841 del 16 giugno 1993, attuata in Italia con d.l. 19 luglio 1993, n. 240.

¹⁴ Oggetto di svariate risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, adottate sulla base del cap. VII della Carta: tra le altre la 661 (1990) del 6 agosto 1990 e la 670 (1990) del 25 settembre 1990; e di alcuni regolamenti adottati dal Consiglio delle Comunità europee: 2340/90 dell'8 agosto 1990, 3155/90 del 29 ottobre 1990. Sull'assieme delle misure si veda VENTURINI, *Le sanzioni economiche italiane contro l'Iraq*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1990, p. 909 ss.; sugli effetti prodotti sui contratti internazionali si veda *Il conflitto del Golfo e i contratti di impresa. Esecuzione, adattamento e risoluzione in uno scenario di crisi*, a cura di Vaccà, Milano, 1992; LANDY-OSMANN, *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux*, in *Dr. prat. comm. int.*, 1991, pp. 597 ss., 613 ss.

ciò si aggiunga anche il divieto di effettuare «trasferimenti di fondi destinati, anche indirettamente, a enti o persone in Iraq e in Kuwait».

Il carattere di necessaria applicazione di queste disposizioni, oltre che dalla predeterminazione dell'ambito applicativo e dalla loro particolare «intensità di valutazione», risulta anche dalla disciplina contenuta nel regolamento n. 3541/92 adottato dal Consiglio delle Comunità europee il 7 dicembre 1992 sulla base della risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 687 (1991) del 3 aprile 1991, ed emanato in considerazione del fatto che in seguito all'*embargo* nei confronti dell'Iraq gli operatori economici della Comunità si trovavano esposti al rischio che venissero avanzate richieste da parte irachena, e allo scopo di impedire che l'Iraq ottenesse indennizzi per gli effetti negativi dell'*embargo*. Pertanto si è stabilito (art. 2) che «è vietato soddisfare o adottare qualsiasi disposizione volta a soddisfare qualunque richiesta presentata» da soggetti iracheni o ad essi riconducibili «che deriva o si riferisce a un contratto o a una transazione la cui esecuzione è stata colpita, direttamente o indirettamente, dalle misure» decise dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite. «Tale divieto si applica nel territorio della Comunità, nonché a qualsiasi cittadino di uno Stato membro e a qualsiasi persona giuridica registrata o costituita in base alla legislazione di uno Stato membro». La disposizione prescinde dalla legge cui il contratto è sottoposto e riguarda, tra l'altro, qualsiasi richiesta volta a ottenere l'adempimento di un obbligo derivante dal contratto o una richiesta di indennizzo a esso relativo o «volta a ottenere, anche mediante *exequatur*, il riconoscimento o l'esecuzione di una sentenza, di un lodo arbitrale o di una decisione equivalente, indipendentemente dal luogo in cui sono stati pronunciati».

Per quanto riguarda la Repubblica federale di Jugoslavia (Serbia e Montenegro), a fronte delle sanzioni imposte dalle Nazioni Unite¹⁵, è intervenuto il d.l. 6 giugno 1992, n. 305, recante provvedimenti urgenti in ordine alla situazione determinatasi nelle Repubbliche di Serbia e Montenegro¹⁶, e alcuni provvedimenti comunitari. Da ultimo il regolamento del Consiglio n. 990/93 del 26 aprile 1993, il quale, dopo aver fissato una serie di divieti, relativi allo svolgimento di rapporti commerciali con Serbia e Montenegro, all'art. 6 dispone espressamente che essi

¹⁵ Tra le altre le risoluzioni n. 713 (1991) del 25 settembre 1991, 757 (1992) del 30 maggio 1992, 820 (1993) dell'8 aprile 1993. Interessante è il par. 9 della ris. 757, in cui si dispone che «all States, and the authorities in the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro), shall take the necessary measures to ensure that no claim shall lie at the instance of the authorities in the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro), or of any person or body in the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro), or of any person claiming through or for the benefit of any such person or body, in connection with any contract or other transaction where its performance was affected by reason of the measures imposed by this resolution and related resolutions».

¹⁶ Convertito dalla l. 7 agosto 1992, n. 355: dopo aver stabilito l'indisponibilità dei fondi appartenenti alle Repubbliche sanzionate o a soggetti ad esse ricollegabili e vietatone i trasferimenti a loro favore, si è posto espressamente il divieto di accogliere domande di escussione di garanzie in relazione a inadempimenti contrattuali determinati dall'obbligo di osservare le sanzioni. Gli atti compiuti in violazione delle disposizioni del decreto legge sono dichiarati nulli. Si veda poi il d.l. 15 maggio 1993, n. 144, convertito dalla l. 16 luglio 1993, n. 230.

sono applicabili nonostante i diritti accordati o le obbligazioni imposte da un accordo internazionale, un contratto o una licenza stipulati prima di una certa data.

Restano da menzionare, infine, le norme poste a tutela della libertà di concorrenza, ritenuta valore primario per un corretto funzionamento del mercato e un armonico sviluppo economico. Le regole pertinenti appartengono alla «costituzione economica» dello Stato e intervengono disciplinando in senso restrittivo la conclusione di intese o la creazione di concentrazioni suscettibili di eliminare o falsare il gioco della concorrenza, nonché l'abuso di una posizione dominante sul mercato¹⁷: quale conseguenza della violazione dei divieti è posta la sanzione della nullità dei contratti. A tale sanzione non è possibile sfuggire aggirando il divieto con la sottoposizione del contratto a un diritto straniero. Quello che conta infatti è il risultato anticoncorrenziale dell'intesa, a prescindere dal diritto che la regola: tale effetto sarà valutato dai giudici¹⁸ e dalle autorità preposte alla applicazione della normativa *antitrust*, senza che venga in questione la disciplina sostanziale che regola il contratto, alla quale pertanto la *lex fori* sovrapporrà le proprie valutazioni di liceità o di illiceità, a seconda della corrispondenza o meno al modello (e alla struttura) di mercato perseguito. Sulla stessa base si fonda la tendenza a costruire modelli teorici di giustificazione dell'applicazione extraterritoriale della normativa *antitrust*, estesa, al limite della liceità internazionale, anche ad accordi conclusi all'estero e sottoposti al diritto di uno Stato straniero, quando abbiano per effetto di produrre una restrizione all'interno del mercato nazionale¹⁹.

¹⁷ In Italia si veda la l. 10 ottobre 1990, n. 287; sul piano del diritto comunitario, si vedano gli articoli 85 e 86 del Trattato Cee, di cui da lungo tempo si è riconosciuta la diretta applicabilità all'interno degli Stati membri: cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 30 gennaio 1974, in causa 127/73, *BRT c. SABAM*, in *Racc.*, 1974, p. 51 ss., e la più recente sentenza del 28 febbraio 1991, in causa C-234/89, *Delimitis c. Henninger Bräu AG*, in *Racc.*, 1991, I, p. 991 ss. Per pronunce di giudici italiani che hanno dato applicazione alla normativa comunitaria si veda, quanto all'art. 85, l'ordinanza del Pretore di Roma del 15 maggio 1990, in causa *Finmeccanica e Ansaldo c. ABB Ltd. e ABB s.p.a.*, in *Dir. comm. int.*, 1990, p. 668 ss.; e la sentenza del Tribunale di Milano del 13 settembre 1990, *Prograf s.n.c. c. Siemens s.p.a.*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, p. 70 ss.; quanto all'art. 86, da ultimo Cass. 23 gennaio 1990, n. 355, *Agraria Fides s.r.l. c. SNAM s.p.a.*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 491 ss. Sul tema SEGRE, *Il diritto comunitario della concorrenza come legge di applicazione necessaria*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1979, p. 75 ss.; LAMBERTI ZANARDI, *La competenza degli organi nazionali nell'applicazione delle norme comunitarie sulla concorrenza*, *ibid.*, 1979, p. 609 ss.; MUNARI, *L'applicazione dell'articolo 85 del Trattato di Roma nei procedimenti davanti ai giudici nazionali*, in *Dir. comm. int.*, 1990, p. 629 ss.; ID., *Il diritto comunitario antitrust nel commercio internazionale: il caso dei trasporti marittimi*, Padova, 1993, p. 175 ss. Per quanto riguarda il controllo delle concentrazioni, regolato a livello comunitario dal regolamento del 21 dicembre 1989, n. 4064/89 si veda SANTA MARIA, *Il regolamento comunitario n. 4064/89 sul controllo delle concentrazioni*, in *Dir. comm. int.*, 1990, p. 127 ss. Sulle norme *antitrust* come norme di necessaria applicazione si veda anche RENOLD, *Les conflits de lois en droit antitrust. Contribution à l'étude de l'application internationale du droit économique*, Zürich, 1991, p. 54 ss.

¹⁸ In base a un criterio di ragionevolezza: si veda MUNARI, *L'applicazione dell'articolo 85*, cit.

¹⁹ Anche per una ricapitolazione delle varie teorie sviluppate sul tema si veda PICONE, *L'applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza e il diritto internazionale*, in *Il fenomeno delle*

5. *Disciplina autonoma dei contratti internazionali e norme di applicazione necessaria*

L'impostazione sin qui sviluppata ha assunto a presupposto il collegamento di un contratto internazionale con la giurisdizione di un determinato Stato, dal cui punto di vista si ponesse il problema della regolamentazione di un rapporto dotato di elementi di estraneità ad esso: le norme di applicazione necessaria, appartenenti all'ordinamento dello Stato dal cui punto di vista ci si è posti, rappresentano una limitazione al funzionamento del sistema di conflitto bilaterale, imponendo il rispetto di determinati contenuti sostanziali prefissati dal diritto interno e dotati di una propria autonoma sfera di applicazione.

Considerando il problema dal punto di vista del contratto, la necessaria applicazione di norme statali si pone quale elemento di rottura della delocalizzazione della sua disciplina e della sua sottoposizione a una regolamentazione autonoma, fondata sulla autonomia privata o sulla «appartenenza» all'ordinamento del commercio internazionale. Il contratto si trova sottoposto a una regolamentazione nazionale, così come avverrebbe nel caso in cui la competenza dell'ordinamento da cui trarre la regolamentazione materiale fosse determinata da una norma di diritto internazionale privato di un ordinamento, in forza dell'autocollegamento operato dalla regola materiale, la quale «forza» la competenza dell'ordinamento cui appartiene, altrimenti delimitato dalle pertinenti norme di conflitto, sovrapponendola alla competenza di altri ordinamenti.

Se rispetto alla «localizzazione» operata dalla norma di conflitto è possibile ovviare mediante appositi accorgimenti contrattuali, già illustrati, la volontà di applicazione delle norme di applicazione necessaria deve comunque essere rispettata, quale condizione di efficacia delle obbligazioni nascenti dal contratto e al fine delle garanzie offerte dagli ordinamenti statali. Si noti che il superamento di tale normativa interna assolutamente cogente non è attuabile nemmeno attraverso il ricorso all'arbitrato. Da un lato i lodi eventualmente adottati dagli arbitri senza tener conto dei contenuti normativi di tali disposizioni rischiano di essere considerati in contrasto con il c.d. ordine pubblico internazionale e pertanto non riconoscibili negli ordinamenti interni ai sensi della convenzione di New York del 1958 e comunque di essere annullati nell'ambito dell'ordinamento con il quale siano a titolo primario collegati; dall'altro rientra espressamente nella missione dell'arbitro il rendere una decisione che sia suscettibile di esecuzione negli ordinamenti interni e che pertanto non contrasti con norme che altrimenti la impedirebbero²⁰. Che gli arbitri debbano tenere in dovuta considerazione, garantendone il rispetto, le norme di applicazione necessaria dell'ordinamento statale o degli ordinamenti

concentrazioni di imprese nel diritto interno e internazionale, Atti e documenti del Convegno di Napoli del 29 aprile 1988, Padova, 1989, p. 81 ss.

²⁰ In questo senso si esprime anche l'art. 26 del Regolamento di arbitrato della Camera di Commercio Internazionale.

statali con i quali la situazione oggetto della controversia sottoposta alla loro decisione presenti uno stretto legame è stato confermato nel lodo CCI n. 6142 del 1990²¹, in cui si è osservato che la nullità di clausole contrattuali o di contratti per contrasto con norme di interesse pubblico deve essere rilevata anche d'ufficio dagli arbitri alla stessa stregua di quanto devono operare i giudici ordinari. Il che è stato giustificato in dottrina dall'esigenza di garantire la «coesistenza pacifica» dell'arbitrato commerciale internazionale con gli Stati e i loro ordinamenti giuridici. Coesistenza considerata essenziale per lo stesso sviluppo dell'arbitrato commerciale internazionale e idonea a imporre agli arbitri di tenere conto – al di là della legge regolatrice del rapporto controverso sottoposto alla loro valutazione – delle norme di applicazione necessaria degli Stati che siano giustificate da un ambito di operatività non esorbitante e dalla tutela di interessi comunemente considerati come meritevoli di protezione nell'ambito di una loro valutazione effettuata secondo parametri internazionalmente accettati.

Ma anche sotto questo profilo, e sempre dal punto di vista del contratto, non si pongono problemi diversi nel caso in cui le norme che si impongono imperativamente appartengano all'ordinamento dello Stato con il cui apparato giurisdizionale il contratto sia suscettibile di entrare in contatto (*lex fori*), o alla legge competente a regolarlo in base al diritto internazionale privato di quello Stato (*lex causae*), o a uno Stato terzo. Il criterio di individuazione della norma di applicazione necessaria non muta, così come non mutano le condizioni di applicazione e i loro effetti sul contratto in oggetto, dedotte direttamente dalla norma considerata, che pretende di applicarsi al contratto.

La prospettiva cambia, ovviamente, qualora ci si ponga dal punto di vista del singolo ordinamento statale e si ragioni in termini internazionalprivatistici: il contratto viene sottoposto a un determinato ordinamento attraverso il meccanismo di rinvio, rispetto al quale le norme di necessaria applicazione costituiscono una deroga. Le stesse condizioni di applicazione sono differenti a seconda dell'appartenenza della norma all'uno piuttosto che all'altro ordinamento. Nel caso in cui le norme di applicazione necessaria appartengano all'ordinamento del foro, l'obbligo di loro applicazione, nella sfera da esse autonomamente determinata, non si distingue dal normale effetto della soggezione del giudice all'autorità della legge; nel caso in cui le norme di necessaria applicazione appartengano a Stati diversi, ove esse facciano parte della *lex causae*, la loro applicazione sarà l'effetto del normale collegamento operato dalla norma di conflitto; ma anche al di là del funzionamento dei tradizionali criteri internazionalprivatistici può essere facilmente riscontrato il riconoscimento normativo e giurisprudenziale del rilievo dei condi-

²¹ In *Clunet*, 1990, p. 1038 ss. Sulla considerazione delle norme di necessaria applicazione statali da parte degli arbitri si veda DERAIS, *Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale*, in *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, 1982, p. 29 ss.; DROBNIG, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und wirtschaftsrechtliche Eingriffsnormen*, in *Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1987, p. 95 ss.

zionamenti che i privati subiscono a seguito dell'atteggiamento degli Stati cui essi appartengono o in cui di fatto si trovano a operare, terzi rispetto al foro o a quello da cui è tratta la regolamentazione sostanziale del contratto²².

6. *Contratti internazionali e norme di applicazione necessaria di Stati terzi rispetto alla lex fori e alla lex causae*

La garanzia di uno spazio normativo riservato a ordinamenti terzi rispetto alla *lex causae* e alla *lex fori* trova importanti riscontri giurisprudenziali anche in ordinamenti a diritto codificato e pur in difetto di una espressa disposizione *ad hoc* che li preveda e ne prescriva gli effetti. Valga come esempio il caso *Alnati*²³, in cui era stata invocata l'applicazione delle disposizioni belghe per la valutazione degli effetti delle clausole di esonero della responsabilità con riguardo a un contratto di trasporto, retto dalla legge olandese designata dalle parti: a supporto di ciò si faceva valere la natura di «norme di applicazione necessaria» delle predette disposizioni belghe e si rilevava che il loro ambito di operatività si estendeva anche al rapporto contrattuale controverso. Al riguardo la Corte Suprema olandese ha espressamente riconosciuto che «in alcuni casi può capitare che per uno Stato l'applicazione di alcune disposizioni, anche al di fuori del suo territorio, abbia una importanza tale che i giudici stranieri ... ne debbano comunque tenere conto e, pertanto, applicarle preferendole al diritto di un altro Stato scelto dalle parti per disciplinare il rapporto contrattuale nel suo insieme» anche se, nel caso di specie, non si sono ravvisati tali requisiti con riferimento alle disposizioni belghe di cui si invocava l'applicazione.

Altre volte, sempre in giurisprudenza, le norme di applicazione necessaria relative a un contratto internazionale non solo sono state valutate in astratto come rilevanti a prescindere dalla loro appartenenza alla *lex causae* o alla *lex fori*, ma sono state concretamente prese in considerazione ai fini della determinazione degli effetti del rapporto contrattuale e della valutazione del comportamento delle parti. Nel caso *Regazzoni v. Sethia*²⁴, con riferimento a una controversia relativa a un contratto di compravendita, il venditore è stato dai giudici inglesi esonerato da

²² Si veda MAYER, *Les lois de police étrangères*, in *Clunet*, 1981, pp. 277 ss., 307 ss.; SIEHR, *Ausländische Eingriffsnormen im inländischen Wirtschaftskollisionsrecht*, in *RabelsZ*, 1988, p. 41 ss.; DROBNIG, *Die Beachtung von ausländischen Eingriffsgesetzen – eine Interessenanalyse*, in *Festschrift Neumayer*, Baden-Baden, 1986, p. 159 ss. Sul riconoscimento della applicabilità delle norme di necessaria applicazione di Stati terzi nella giurisprudenza di vari Stati si veda ERNE, *Vertragsgültigkeit und drittstaatliche Eingriffsnormen. Rechtsvergleichende Studie aus dem internationalen Vertragsrecht*, Zürich, 1985, p. 11 ss.; ANDEREGG, *Ausländische Eingriffsnormen im internationalen Vertragsrecht*, Tübingen, 1989, p. 7 ss.

²³ Sentenza dell'*Hoge Raad* (Corte di cassazione dei Paesi Bassi), 13 maggio 1966, riprodotta in lingua francese in *Revue critique*, 1967, p. 522 ss.

²⁴ Definito con sentenza pronunciata dalla *House of Lords* il 21 ottobre 1957, [1958] *A.C.* 301.

qualsiasi responsabilità per inadempimento, poiché giustificato nel suo comportamento dal proprio ordinamento nazionale (terzo rispetto sia alla *lex fori* sia alla *lex causae*) che, per reagire contro la pratica di *apartheid*, proibiva ogni esportazione verso l'Africa del Sud, luogo di destinazione finale della merce oggetto della compravendita. Analogamente, i giudici tedeschi²⁵ hanno considerato invalido un contratto di assicurazione relativo a beni esistenti in Nigeria per il solo fatto che era in contrasto con le norme locali che ne vietavano l'esportazione, al di là e a prescindere da quanto al riguardo disponeva la legge regolatrice del contratto.

In un altro caso, pure assai noto, si sono sottolineati i limiti posti dal diritto internazionale a tale rilievo di una norma non appartenente alla *lex fori* o alla *lex causae*. Ciò è avvenuto nel caso *Sensor*²⁶, in cui si era posta la questione della applicabilità di una disposizione statunitense, emanata per impedire la esportazione verso l'Unione Sovietica di particolari prodotti e tecnologia in occasione della crisi interna polacca²⁷, a un contratto stipulato tra una società francese e una società inglese e sottoposto al diritto olandese. La disposizione, dotata di una forte pretesa di applicazione extraterritoriale, è stata valutata alla luce dei criteri posti dal diritto internazionale, sotto il profilo dei principi di nazionalità e di protezione, nonché della teoria degli effetti, ed è stata ritenuta eccedere l'ambito entro il quale il diritto internazionale giustifica l'estensione extraterritoriale della potestà normativa degli Stati. Il giudice olandese ha perciò concluso che non dovesse essere presa in considerazione al fine della determinazione degli obblighi, e dei corrispondenti diritti, nascenti dal contratto in oggetto.

Anche la prassi arbitrale mostra qualche esempio recente di considerazione delle norme di necessaria applicazione appartenenti a ordinamenti diversi rispetto a quello che regola il merito della controversia o del luogo in cui la procedura si

²⁵ BGH, 22 giugno 1972, in *N.J.W.*, 1972, p. 1575 ss.

²⁶ Decisione del Presidente del Tribunale dell'Aja del 17 settembre 1982, *Compagnie Européenne des Petroles S.A. c. Sensor Nederland B.V.*, riprodotta in lingua tedesca in *RabelsZ*, 1983, p. 141 ss., con nota di BASEDOW, p. 147 ss.

²⁷ § 385.2 *c* delle *Export Administration Regulations*: «(1) ... prior written authorization by the Office of Export Administration is required for foreign policy reasons for the export or the reexport to the U.S.S.R. of oil and gas exploration, production, transmission or refinement goods of U.S. origin ... Also included in the scope of this control are technical data of U.S. origin ... In addition, prior written authorization is required for the export or the reexport to the U.S.S.R. of non-U.S. origin goods and technical data by any person subject to the jurisdiction of the United States. (2) For the purposes of this § 325.2 *c* only, the term "person subject to the jurisdiction of the United States" includes (i) any person, wherever located, who is a citizen or resident of the United States; (ii) any person actually within the United States; (iii) any corporation organized under the laws of the United States or of any state, territory, possession, or district of the United States; or (iv) any partnership, association, corporation, or other organization, wherever organized or doing business, that is owned or controlled by person specified in paragraphs (i), (ii), (iii), or (iv) of this section». Sulla controversia internazionale che ne è nata si veda BENEDETTELLI, *Sull'applicazione extraterritoriale delle misure di embargo degli Stati Uniti relative al «gasdotto siberiano»*, in *Riv. dir. int.*, 1984, p. 529 ss.; MIGLIORINO, *Applicazione extraterritoriale della legislazione degli Stati Uniti sul controllo dell'esportazione della tecnologia*, in *Dir. comm. int.*, 1990, p. 225 ss.

svolge. Esemplare da ultimo è il lodo reso a Ginevra il 19 agosto 1988²⁸. Oggetto della controversia erano le obbligazioni nascenti da un contratto, retto dalla legge svizzera, stipulato tra una società francese e una società inglese, avente a oggetto la sorveglianza, l'osservazione e l'esercizio di influenza sulle autorità governative algerine, per l'ottenimento di un appalto pubblico in Algeria. Il contratto è stato dichiarato nullo in quanto contrastante con il buon costume secondo la concezione svizzera, poiché concluso in violazione della legge algerina n. 78-02 dell'11 gennaio 1978, che, vietando ogni forma di intermediazione nella stipulazione di contratti dello Stato o di altri enti pubblici, mirava a prevenire pratiche di corruzione di pubblici ufficiali. In quanto tale «la loi algérienne comporte une idée de portée générale à respecter par tous les ordres juridiques désireux de lutter contre la corruption».

7. Riconoscimento normativo della rilevanza delle norme di applicazione necessaria appartenenti a Stati terzi

Appare così naturale che anche nelle più importanti convenzioni internazionali relative al commercio internazionale si sia tenuto ampiamente conto delle esigenze dei vari diritti statali interessati alla disciplina esclusiva di almeno alcuni aspetti dei vari rapporti di cui pur ci si propone, attraverso strumenti internazionali, di offrire una regolamentazione uniforme.

In alcuni casi lo spazio riconosciuto ai vari ordinamenti nazionali è talmente ampio da poter addirittura considerare lo strumento internazionale in cui tale riconoscimento è adottato come una convenzione rivolta a garantire la soddisfazione delle esigenze espresse da parte dei vari Stati interessati alla esecuzione del rapporto attraverso norme di applicazione necessaria²⁹.

²⁸ Arbitrato CCI n. 5622, in *Riv. arb.*, 1992, p. 773 ss., con osservazioni di GIARDINA, *Norme imperative contro le intermediazioni nei contratti e arbitrato internazionale*, p. 784 ss., anche in riferimento alle vicende successive del lodo.

²⁹ Si pensi, ad esempio, al progetto di codice di condotta sul trasferimento di tecnologia e alle proposte avanzate dai Paesi appartenenti al «gruppo dei 77» e dai Paesi appartenenti al gruppo D (allora Stati socialisti e Mongolia): in particolare si pensi alla disciplina relativa al diritto applicabile in cui si è proposto da un lato che «the law applicable to matters relating to public policy (ordre public) and to sovereignty shall be the law of the acquiring country. Any clause to the contrary shall be void» e, dall'altro, che «any contractual clause which would be in violation of the public policy (ordre public) and sovereignty of the acquiring State, particularly in matters concerning its governmental prerogatives or its legislative, regulatory or administrative power shall be null and void». Ma anche nel testo predisposto dal Segretario dell'UNCTAD sulla base del «plenary meeting» del 6 maggio 1980 non si è esitato a riconoscere, per un verso, che gli Stati «have the right to adopt measures such as those listed in par. 3.3» (e cioè il diritto di adottare atti normativi e amministrativi vincolanti sugli aspetti finanziari, fiscali, di controllo dei pagamenti e dei prezzi relativi ai contratti di trasferimento della tecnologia oltretutto sui profili relativi alla loro rinegoziazione, agli *standard* tecnici dei vari componenti, all'uso dei prodotti locali e all'impiego dei vari meccanismi organizzativi attraverso i quali realizzare gli effetti del trasferimento di tecnologia) sia incidendo sui contenuti della rela-

In altri casi, però, l'applicazione dei vari ordinamenti statali che, volta a volta, si pongono come competenti a regolare in via esclusiva alcuni aspetti dei rapporti destinati a non esaurirsi nell'ambito di un solo ordinamento, non è prevista in modo particolarmente preciso. In particolare, spesso non esiste neppure a carico degli Stati un preciso obbligo di dare attuazione alla disciplina dei vari ordinamenti statali con tutte le relative implicazioni e con tutti i loro effetti sul rapporto contrattuale, ma dell'esistenza di tale disciplina ci si limita a prenderne atto. Si pensi alla già citata convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di cose mobili (CVIM): in essa la rilevanza di norme di applicazione necessaria, adottate dai vari Stati interessati alla esecuzione della vendita, è ampiamente riscontrabile anche con riferimento ad alcuni aspetti contrattuali della vendita compresi nel suo ambito di applicazione materiale e quindi non solo per escludere alcuni rapporti dalla operatività del regime convenzionale. Della esistenza di tali norme e dell'esigenza che le parti ne garantiscano il rispetto si ha traccia in vari articoli della convenzione: così, ad esempio, l'art. 54 prevede tra gli obblighi dell'acquirente non solo il pagamento del prezzo ma anche il compimento di tutti quegli atti richiesti da «leggi e regolamenti applicabili» per rendere possibile tale pagamento a favore del venditore. Il che sicuramente sottintende l'obbligo di prestare ossequio alle norme sul regime dei cambi, oltretutto alle norme amministrative riguardanti l'importazione o l'esportazione di determinate categorie di merci, di cui, in tal modo, viene riconosciuta l'applicabilità. Ma con ciò non si intende certamente riconoscere tutti gli effetti che sul rapporto in questione i vari ordinamenti statali fanno eventualmente discendere a seguito dell'eventuale mancato rispetto delle corrispondenti normative³⁰.

Quanto ora precisato, naturalmente, non esclude che, altre volte, almeno per gli effetti previsti dagli ordinamenti statali competenti *ratione materiae* a disciplinare alcuni aspetti relativi a un rapporto contrattuale assoggettato a un regime di diritto uniforme, venga addirittura garantita la prevalenza di tale normativa statale in caso di suo «conflitto» con la disciplina di diritto uniforme. Un esempio. Nella normativa adottata nell'ambito della convenzione delle Nazioni Unite sul trasporto internazionale multimodale del 24 maggio 1980 non solo si prescrive che «the multimodal transport operator shall comply with the applicable law of the country in which he operates and with the provisions of this Convention» (art. 4, par. 3), ma soprattutto si prevede che quest'ultima «shall not affect, or be incompatible with, the application of any International convention or national law relating to

tiva disciplina contrattuale sia determinando la eventuale nullità delle clausole non coerenti con la corrispondente legislazione e con i vari provvedimenti amministrativi nazionali e, per altro verso, che la scelta della legge regolatrice del rapporto contrattuale è comunque «subject to the limits placed by their national legislation» alle parti contraenti.

³⁰ Sulla disposizione si veda MASKOW, *Art. 54 – Obligation to pay price*, in BIANCA, BONELL (a cura di), *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milano, 1987, p. 394 ss.; HAGER, *Art. 54 [Kaufpreiszahlung]*, in VON CAEMMERER, SCHLECHTRIEM (a cura di), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, München, 1990, p. 516 ss.

the regulation and control of transport operations» (art. 4, par. 1). Il che sembra garantire a tali normative, e agli effetti da esse previsti sul trasporto multimodale, la prevalenza sulla stessa disciplina di diritto uniforme con esse eventualmente confliggente, tanto più che all'art. 4, par. 2 si riconosce espressamente che la convenzione in esame «shall not affect the right of each State to regulate and control at the national level multimodal transport operators ...».

Naturalmente, le scelte giurisprudenziali e normative ora accennate, rivolte a trovare spazi per l'applicazione di ordinamenti terzi rispetto alla *lex causae* e alla *lex fori*, non potevano avvenire senza contrasti. Non stupisce, così, che si sia fatto rilevare come in tal modo si svuoti di significato (e si perda la certezza che deriva dal) la individuazione di una legge regolatrice del rapporto per muoversi nel più infido e insicuro terreno delle *policies* relative alle varie norme applicabili agli aspetti del rapporto e del bilanciamento dei *governmental interests* che le sottendono. Eppure la tendenza verso l'attribuzione di un qualche rilievo alle norme di applicazione necessaria di ordinamenti terzi rispetto alla *lex causae* e alla *lex fori* sembra ormai assolutamente irreversibile anche se, proprio per le accennate perplessità, non è chiaro in quale misura esse debbano trovare riconoscimento e in quale posizione si pongano rispetto alle norme della *lex causae* e della *lex fori* con esse eventualmente confliggenti.

Di tali incertezze si ha sicura testimonianza nella convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali al cui art. 7, par. 1 si prescrive³¹ che «Nell'applicazione, in forza della presente convenzione, della legge di un paese determinato potrà essere data efficacia alle norme imperative di un altro paese con il quale la situazione presenti uno stretto legame, se e nella misura in cui, secondo il diritto di quest'ultimo paese, le norme stesse siano applicabili quale che sia la legge regolatrice del contratto. Ai fini di decidere se debba essere data efficacia a queste norme imperative, si terrà conto della loro natura e del loro oggetto, nonché delle conseguenze che deriverebbero dalla loro applicazione o non applicazione»³².

³¹ Salvo l'esercizio della facoltà di riserva, prevista dall'art. 22, volta all'esclusione dell'applicazione dell'art. 7, par. 1. Per altri strumenti internazionali contenenti norme assimilabili si veda la convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 sulla legge applicabile al *trust* e al suo riconoscimento (art. 13) e la convenzione dell'Aja del 14 marzo 1978 sui contratti di intermediazione (art. 16).

³² Sulla norma, oltre ai lavori, ormai numerosi, che si sono occupati della convenzione di Roma in via generale, si veda MENGOZZI, *Norme d'applicazione necessaria e progetto di Convenzione CEE sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Arch. giur.*, 1979, p. 3 ss.; TREVES, *Norme imperative e di applicazione necessaria nella convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, in *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983, p. 25 ss.; JACKSON, *Mandatory Rules and Rules of «ordre public»*, in NORTH (a cura di), *Contract Conflicts. The E. C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study*, Amsterdam-New York-Oxford, 1982, p. 59 ss.; FRIGO, *La determinazione della legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti e le norme imperative nella Convenzione di Roma*, in SACERDOTI, FRIGO (a cura di), *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, 2ª ed., Milano, 1994, p. 28 ss.

In tal modo, così, da un lato, si ammette la possibilità da parte dei giudici, di riconoscere gli effetti sul rapporto contrattuale disposti dalla normativa di Stati terzi rispetto alla *lex causae* e alla *lex fori*. Ma d'altro lato si precisa anche: *a*) che tale riconoscimento deve avvenire in occasione (e non in contrasto) della applicazione della *proper law* del contratto determinata secondo le regole convenzionali; *b*) che le norme di cui si possono riconoscere gli effetti devono presentare un vincolo effettivo con l'insieme del contratto (e non già soltanto con una parte di esso), secondo una proposta avanzata in sede redazionale ma poi rigettata proprio per evitare «un inopportuno frazionamento del contratto» e «l'applicazione di norme imperative imprevedibile per le parti»³³; *c*) che tali norme non solo devono essere previste come norme imperative nell'ordinamento di cui fanno parte, ma devono avere l'ulteriore caratteristica di essere «norme di applicazione necessaria» (e cioè norme «applicabili quale che sia la legge regolatrice del contratto»); *d*) che nel riconoscimento degli effetti normativi ora ricordati si dovrà tener conto della natura e dell'oggetto delle disposizioni in questione, oltreché delle conseguenze che discendono dalla loro applicazione o disapplicazione, lasciando al riguardo ampio margine di discrezionalità al giudice di controllarne la corrispondenza alle esigenze di *international comity* poste dal loro riconoscimento nel caso concreto, in particolare verificandone la compatibilità con altre norme dello stesso tipo, appartenenti ad altri ordinamenti ed eventualmente con esse confliggenti, oltreché con i principi e le *policies* della *lex causae* e della *lex fori*.

È interessante notare poi come questo riconoscimento sia avvenuto anche a livello di singola legislazione nazionale. L'esempio più significativo può essere tratto dall'esperienza svizzera, e in particolare dall'art. 19 della legge federale di diritto internazionale privato del 1987: «1. Può essere tenuto conto di una norma di applicazione necessaria di un paese diverso da quello richiamato dalla presente legge qualora, secondo la concezione giuridica svizzera, interessi degni di protezione e manifestamente preponderanti di una parte lo richiedano e la fattispecie sia strettamente connessa con tale diritto. 2. Per stabilire se si debba tener conto di tale norma, se ne esaminerà lo scopo e le conseguenze per una decisione equanime secondo la concezione giuridica svizzera».

8. *Importanza dei modelli contrattuali elaborati dalla pratica per la ricostruzione di una disciplina coerente del rapporto contrattuale*

Le accennate interferenze normative sulla disciplina applicabile ai rapporti del commercio internazionale non ne compromettono necessariamente, comunque, l'organicità della disciplina. Infatti già si è ricordato come sia abituale che il sistema contrattuale di regolamentazione giuridica dei rapporti in esame si dia anche

³³ Si veda GIULIANO, LAGARDE, *Relazione sulla Convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. C 282 del 31 ottobre 1980, p. 27.

carico, attraverso i modelli elaborati dalla pratica, delle indicate interferenze normative, dando ad esse il dovuto rilievo. La necessità che entrambe le parti del rapporto contrattuale debbano garantire la «internal consistency» della disciplina del rapporto (o quanto meno di alcuni dei suoi aspetti) con i vari ordinamenti che vantano al riguardo l'esercizio della rispettiva «giurisdizione» è infatti molte volte sancita contrattualmente attraverso previsioni in virtù delle quali, al di là (e oltre) quanto prescrive la legge designata quale regolatrice del rapporto, le parti si danno reciprocamente atto e concordano sull'esigenza «to comply with the laws, rules, regulations, orders, decrees and other enactments of all governmental authorities having jurisdiction over their agreement prevents a party from carrying out its intention or obligations under their Agreement». In alcuni casi, addirittura, le parti non solo si danno reciprocamente atto di essere vincolate (come nel modello contrattuale appena indicato) al rispetto delle disposizioni dello Stato nella cui giurisdizione si trovano a operare o alla cui giurisdizione appartengono, ma si impegnano a rispettare qualsiasi legge statale il cui ambito di applicazione, da essa unilateralmente determinato, riguarda aspetti della disciplina contrattuale rispetto ai quali esiste una particolare sensibilità da parte degli Stati a soddisfare le reciproche esigenze e soprattutto le esigenze degli Stati destinatari dell'investimento. Si spiega così, che, in riferimento ai c.d. «improper or illegal payments», in molti contratti di *joint-venture* si trova inserita una clausola in virtù della quale ogni contraente «shall comply with all laws which apply to the performance of their obligations under this agreement. In particular, and without limiting the foregoing, each Member agrees that it will comply with all applicable laws dealing with improper or illegal payments, gifts or gratuities and shall not offer, make or give any such payments, gifts or gratuities to any person (whether government official or private individual) for the purpose of inducing such a person or individual to make a buying decision or to take any other action favorable to the Consortium or to any Member thereof in connection with the Project».

Prendendo atto della rilevanza di tali norme nell'ambito degli ordinamenti di loro appartenenza, soprattutto se coincidenti con quelli in cui devono realizzarsene gli effetti e, nei casi in cui ciò sia possibile e consentito, imputandone anche gli eventuali e conseguenti effetti alle varie parti del rapporto, i contraenti sono in grado di ricostruire a unità il rapporto contrattuale. E ciò secondo una *ratio* coerente, nella massima misura consentita dalle interferenze normative ora indicate, con l'assetto dell'operazione economica alla base del rapporto. Il che conferma, anche sotto questo profilo, come l'unitarietà della disciplina del rapporto del commercio internazionale, in coerenza con le caratteristiche dell'operazione economica che ne è alla base, trova la sua garanzia non tanto nella presenza di un esclusivo ordinamento statale rilevante al riguardo, ma piuttosto nelle sue stesse caratteristiche e nella *ratio* economica voluta dalle parti.

Capitolo V

Diritto internazionale generale e contratti internazionali

SOMMARIO: 1. Premessa: Lo Stato come parte del rapporto contrattuale internazionale. – 2. La rilevanza delle regole internazionali in tema di esenzione degli Stati stranieri dalla giurisdizione nazionale. Le clausole di rinuncia all'immunità. – 3. Le c.d. clausole di stabilizzazione e le conseguenze della loro violazione. – 4. Contratti tra Stati (ed enti pubblici) e privati e arbitrato internazionale. – 5. Pretese creditorie nei confronti dello Stato e limiti all'esercizio della protezione diplomatica. – 6. Cenni ai meccanismi assicurativi volti a tutelare gli investimenti all'estero.

1. Premessa: Lo Stato come parte del rapporto contrattuale internazionale

Le considerazioni svolte nei capitoli precedenti, e in particolare nel cap. III, circa l'impossibilità di trarre dal diritto internazionale vero e proprio una disciplina organica e completa del contratto internazionale non escludono l'esistenza, nell'ambito dell'ordinamento internazionale, di norme e principi di diritto comune che incidano variamente sul rapporto contrattuale tra uno Stato e un soggetto straniero e sulla realizzazione dei diritti da esso nascenti. Si tratta di una normativa non ancora del tutto definita e in continua evoluzione, al di là di quanto prescritto dal diritto internazionale pattizio per la completa e uniforme disciplina di determinati rapporti contrattuali o per consentirne, organizzando la cooperazione economica internazionale, la conclusione e condizionarne alcuni aspetti, nei termini esposti al cap. II. Peraltro almeno alcuni principi che reagiscono sui contratti tra privati e Stati esteri, anche a prescindere dalla «internazionalizzazione» della loro disciplina, sono facilmente individuabili, poiché giungono talvolta a determinare l'adozione di particolari soluzioni contrattuali intese a regolarne – o attenuarne – l'incidenza. Meritano pertanto di essere brevemente descritti proprio a causa della loro importanza.

È facile determinare qual è il problema sul quale i principi di cui si tratta possono incidere. Lo Stato è infatti una «parte» contrattuale dotata di caratteristiche del tutto peculiari, che possono profondamente influenzare la disciplina del rapporto. Esso rappresenta un ente dotato di sovranità e indipendenza: e ciò, dal punto di vista esterno e in relazione agli stessi presupposti e ragioni d'essere delle norme dell'ordinamento internazionale, gli attribuisce le posizioni giuridiche e le prerogative che da tali norme discendono. Dal punto di vista interno all'ordinamento dello Stato stesso, poi, lo Stato ne è il titolare e ha perciò il potere di di-

sporne introducendovi modifiche idonee a incidere anche in profondità sulla disciplina giuridica di tutte le situazioni che quell'ordinamento è capace di raggiungere. Inoltre, allo Stato spetta in esso, perlomeno nell'ambito di molti sistemi, una posizione del tutto particolare nei confronti dell'altra parte contraente. La nozione francese di «*contrat administratif*» indica con immediatezza l'idea di un rapporto, le cui caratteristiche e stabilità dipendono in modo diretto dal carattere pubblico di uno dei soggetti che lo concludono.

Alle valutazioni dell'ordinamento internazionale è affidato il non facile compito di trovare la conciliazione tra la posizione che sotto gli aspetti indicati è garantita a favore dello Stato, e il principio fondamentale che impone l'obbligo di rispettare gli impegni, assunti da questo, non soltanto nei confronti degli altri enti soggetti dell'ordinamento internazionale, ma anche nei confronti dei privati.

2. *La rilevanza delle regole internazionali in tema di esenzione degli Stati stranieri dalla giurisdizione nazionale. Le clausole di rinuncia all'immunità*

Innanzitutto, deve essere considerata l'incidenza dei limiti posti dalle regole consuetudinarie all'esercizio della giurisdizione statale nei confronti di Stati stranieri sull'attuazione (coattiva) del rapporto contrattuale¹. La rilevanza di tali regole appare invero limitata sotto due profili. In primo luogo la loro incidenza è attenuata dal ricorso a meccanismi arbitrali, che preclude di per sé la sottoposizione della controversia a un giudice nazionale².

In secondo luogo è ben noto che l'evoluzione del diritto internazionale generale in materia di esercizio della giurisdizione interna nei confronti degli Stati stranieri ha portato all'individuazione di una sfera sempre più ristretta di rapporti per i quali l'obbligo di concedere l'esenzione, e la correlativa possibilità degli Stati di invocarla, vengono affermati. E ciò si verifica anche nell'ambito di sistemi giuri-

¹ Su di esse si veda in generale LUZZATTO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano, 1972, p. 143 ss.

² Oltre ai dubbi, cui si farà più oltre riferimento nel testo, circa la efficacia di una semplice clausola arbitrale (non accompagnata da un'espressa rinuncia) per il superamento di ogni ostacolo posto dalle citate norme internazionali, si consideri peraltro come la risoluzione arbitrale della controversia non sia comunque idonea a eliminare i problemi che sorgono al momento dell'esecuzione del lodo in uno Stato diverso da quello contro il quale è domandata. L'esistenza di una regola consuetudinaria internazionale in materia di giurisdizione cautelare ed esecutiva nei confronti di Stati stranieri è stata recentemente riconosciuta dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza del 15 luglio 1992, n. 329, in *Riv. dir. int.*, 1992, p. 395 ss., anche se limitata ai soli beni destinati all'adempimento di funzioni pubbliche dello Stato estero. La Corte ha così dichiarato l'incostituzionalità della l. 15 luglio 1926, n. 1263, che precedentemente regolava la materia. Sul problema, estesamente, RADICATI DI BROZOLO, *La giurisdizione esecutiva e cautelare nei confronti degli Stati stranieri*, Milano, 1992, p. 235 ss.; ID., *La coercizione sui beni statali stranieri: l'Italia volta finalmente pagina*, in *Riv. dir. int.*, 1992, p. 356 ss.

dici – come quelli del Regno Unito e degli Stati Uniti d’America – che erano tradizionalmente ispirati al c.d. principio dell’immunità larga, come è dimostrato dall’emanazione proprio in tali Stati di leggi interne ispirate a principi diversi³: il limite si trova infatti attualmente ristretto dal punto di vista funzionale ai soli casi in cui lo Stato agisce quale soggetto sovrano di diritto internazionale, mentre non si estende ai rapporti in cui lo Stato agisce alla stregua di un soggetto privato in un ordinario contesto contrattuale⁴.

Le considerazioni che precedono limitano, ma certamente non eliminano, il rilievo della questione. Evidente è perciò l’interesse pratico dei contraenti a stipulare clausole le quali prevedano la rinuncia a ogni pretesa all’immunità giurisdizionale che la parte statale possa vantare⁵; ciò anche in vista dell’incertezza, non superata interamente dai più recenti atti legislativi, in ordine alla linea di confine fra la zona degli atti esenti e quella degli atti non esenti.

Nel momento attuale, si può considerare, almeno in linea di principio, superata la tesi secondo la quale la rinuncia all’immunità sarebbe valida soltanto se espressa dall’organo competente dello Stato straniero con dichiarazione *ad hoc* resa nell’ambito dello stesso giudizio rispetto al quale la questione dell’immunità si pone. Questa posizione, coerente con l’antica concezione dell’immunità quale situazione giuridica soggettiva garantita agli Stati sul piano dell’ordinamento internazionale, certamente si scontra con le esigenze presentate dalla prassi contemporanea e con le tendenze da essa rivelate. Si può pertanto riconoscere la piena operatività di clausole contrattuali intese a impegnare lo Stato contraente a non valersi della possibilità di invocare l’eventuale limitazione dell’esercizio della giurisdizione straniera nei suoi confronti, alla quale potesse avere diritto nell’ambito di determinati sistemi giuridici. Ciò anzitutto nel caso in cui sia stata pattuita una clausola arbitrale, che deve ritenersi pienamente idonea a produrre il proprio effetto tipico, nonostante i dubbi di tanto in tanto ricorrenti nella prassi, anche nei confronti di enti statali stranieri, i quali devono in tal modo necessariamente ritenersi aver rinunciato a ogni eventuale immunità loro riconosciuta in astratto⁶. La stessa con-

³ Si vedano, nel Regno Unito lo *State Immunity Act* del 1978, e negli Stati Uniti il *Foreign Sovereign Immunities Act* del 1976.

⁴ Per un riconoscimento di tale principio nella giurisprudenza italiana si veda da ultimo, anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, la sentenza del Tribunale di Genova del 9 dicembre 1992, *S.p.a. Fincantieri e altri c. Governo e Ministero della difesa della Repubblica dell’Iraq*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, p. 412 ss.

⁵ Su tali clausole DELAUME, *Transnational Contracts. Applicable Law and Settlement of Disputes (A Study in Conflict Avoidance)*, Dobbs Ferry, N.Y., 1990, § 11.08; KAHALE, *Arbitration and Choice-of-law Clauses as Waivers of Jurisdictional Immunity*, in *New York University J. Int. L. Pol.*, 1981-1982, p. 29 ss.; MARESCA, *Atti stranieri di sovranità nel foro e rinuncia all’immunità dalla giurisdizione*, in *Dir. comm. int.*, 1993, p. 803 ss. Sulla rinuncia all’immunità dalla giurisdizione cautelare ed esecutiva RADICATI DI BROZOLO, *La giurisdizione*, cit., p. 193 ss.

⁶ Nell’ambito dell’ordinamento statunitense, questa soluzione è stata affermata con nettezza dalla Corte Distrettuale del *District of Columbia* nel caso *Iptrade International SA c. Repubblica federale di Nigeria* del 1978, 465 *F. Supp.* 824 (D.D.C.); mentre nella pratica arbitrale, mette conto di

clusione vale, naturalmente, nell'ipotesi che la rinuncia sia contenuta in una clausola contrattuale che non preveda il deferimento delle eventuali controversie ad arbitrato, ma la competenza dei tribunali ordinari⁷.

Le clausole di rinuncia all'immunità sin qui menzionate rappresentano uno strumento con il quale la parte privata ha la possibilità di rimuovere con successo un ostacolo frapposto alla realizzazione del proprio diritto da norme internazionali, o poste in esecuzione di norme internazionali, o comunque determinate da interessi collettivi dipendenti da esigenze attinenti alla condotta delle relazioni internazionali da parte dello Stato. Esistono, tuttavia, altre limitazioni della stessa natura, contro le quali le clausole in questione non sono idonee a sortire alcun effetto. Si pensi, ad esempio, al limite che in alcuni sistemi – principalmente, in quello degli Stati Uniti d'America – si frappone al riconoscimento del diritto dei privati in base alla c.d. dottrina dell'*act of State*: la quale impedisce agli organi del potere giudiziario di «sit in judgment» nei confronti di atti emanati da governi stranieri nell'ambito del relativo territorio⁸. Tale dottrina costituisce un limite alla possibilità di sindacato giurisdizionale di atti sovrani che incidano su rapporti contrattuali a carattere internazionale e, per quanto essa venga generalmente considerata di natura puramente interna, riflette esigenze di tutela di interessi prettamente statali, come tali tenute presenti da norme internazionali vere e proprie.

Di fronte a tale limite, l'autonomia delle parti si rivela inidonea a porre in essere un regolamento di interessi che tuteli in modo adeguato la possibilità di realizzazione del diritto della parte privata, se non attraverso la predisposizione di clausole arbitrali opportunamente configurate, eventualmente con riferimento alle norme della convenzione di Washington del 1965, ove ne ricorrano i presupposti di applicazione, permettendo così il sopra accennato controllo di legittimità internazionale degli atti statali stranieri di cui all'art. 42 della stessa. Solo in questo ultimo modo, infatti, il giudizio dato in sede di soluzione dell'eventuale controver-

ricordare il lodo preliminare n. 2321 CCI emanato da un arbitro svedese nel 1974, ove venne dichiarato che «a sovereign State must be sovereign enough to make a binding promise both under international law and municipal law ... To require or assume then that a promise of a State to submit to arbitration, in order to be binding, has to be confirmed in the face of the arbitrator, would probably impair the sovereignty of a State and its dignity more than the arbitrator's performance of its task, conferred upon him in accordance with what the parties once have agreed upon»: vedilo in *International Council for Commercial Arbitration, Yearbook*, 1976, p. 133 s.

⁷ L'efficacia delle clausole di rinuncia alla immunità dalla giurisdizione è riconosciuta anche dall'art. 2 della convenzione europea sull'immunità degli Stati, sottoscritta a Basilea il 16 maggio 1972 e in vigore internazionalmente, ma non per l'Italia: «Un Etat contractant ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat contractant s'il est engagé à se soumettre à la juridiction de ce tribunal en vertu: ... b) d'une disposition expresse figurant dans un contrat écrit ...». Nello stesso senso si veda l'art. 7 («Express consent to exercise of jurisdiction») del progetto di articoli sull'immunità giurisdizionale degli Stati e dei loro beni, approvato in seconda lettura dalla Commissione del diritto internazionale nel luglio 1991 (in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 721 ss.); nonché gli artt. 8 e 9 dello stesso per altre forme implicite di rinuncia all'immunità.

⁸ WEIL, *Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité internationale des actes des Etats étrangers*, in *Ann. français dr. int.*, 1977, p. 9 ss.

sia può investire il comportamento dello Stato senza scontrarsi con le esigenze, rilevanti in una prospettiva tipicamente statale, attinenti alla condotta delle relazioni internazionali dello stesso⁹.

3. *Le c.d. clausole di stabilizzazione e le conseguenze della loro violazione*

Un secondo profilo sotto il quale possono essere individuate norme di diritto internazionale che incidano su di un contratto internazionale attiene alla «stabilità» della disciplina sostanziale cui esso è sottoposto. Infatti, mentre appare del tutto legittima la risoluzione di un contratto tra uno Stato e uno straniero allorché tale effetto sia ottenuto in virtù di disposizioni nazionali dello Stato contraente applicabili al rapporto e già esistenti al momento della conclusione del contratto, maggiori perplessità si pongono, invece, nel caso in cui la risoluzione intervenga a seguito del cambiamento della legislazione nazionale applicabile al contratto.

A questo proposito, da un punto di vista generale, e con riferimento all'aspetto normativo interno al rapporto contrattuale, deve ritenersi che la parte privata sia assoggettata a tutti i mutamenti intervenuti nell'ordinamento competente a disciplinare il contratto e ne deve pertanto subire gli effetti. In senso contrario non può essere infatti affermata l'esistenza di un principio generale *pacta sunt servanda*, riferito al particolare contratto del quale si chieda l'osservanza, solo se si pensi che comunque il *pactum* resta pur sempre sottomesso alla nuova disciplina legislativa. Neppure si può invocare al riguardo l'esistenza di un principio di diritto internazionale rivolto a garantire la persistenza di un determinato assetto della disciplina applicabile al contratto, fissato al momento della sua conclusione. Invero, come è stato ben evidenziato da una parte della dottrina¹⁰ non è possibile «to suggest a proprietary right in the continued existence of legislation rendering the contract immune» da qualsiasi modifica dell'ordinamento giuridico da cui è disciplinato. Né, sempre in senso contrario, è possibile osservare che sarebbe rilevante l'eventuale esistenza di clausole contrattuali che precludono allo Stato di modificare la propria legislazione (le c.d. *standstill clauses*)¹¹. Invero, gli effetti di tali

⁹ Al di fuori di questa ipotesi, l'attenuazione della rigidità del limite in parola può aver luogo soltanto ad opera di interventi legislativi interni, così come è avvenuto negli Stati Uniti nel 1965 con le limitazioni della portata della dottrina dell'*act of State* attuata attraverso la *Public Law* 89-171, nota con la denominazione di emendamento *Hickenlooper* o *Sabbatino*: questa dichiarava infatti inapplicabile la dottrina stessa – sull'onda delle reazioni dell'opinione pubblica contro le misure adottate dal governo cubano sui beni di cittadini statunitensi – nelle cause in cui un diritto di proprietà o di altra natura fosse affermato da una parte contro un provvedimento di espropriazione dello Stato straniero in violazione dei principi di diritto internazionale applicabili nella specie.

¹⁰ Ad esempio, MANN, *The consequences of an international wrong in international and national law*, in *British Year Book Int. L.*, 1976-1977, pp. 1 ss., 59 ss.

¹¹ Su tali clausole WEIL, *Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords*

clausole, inserite in un rapporto contrattuale sottomesso alla legge dello stesso Stato contraente, dipenderanno esclusivamente da questo ordinamento giuridico e dal contenuto della nuova disciplina legislativa che potrà, così, escluderne ogni operatività.

Quale che possa essere l'efficacia di simili clausole dal punto di vista del diritto interno dello Stato in questione, non sembra tuttavia potersi dubitare che, almeno nel caso in cui il contratto di cui si tratta sia oggetto di «internazionalizzazione», nel senso sopra chiarito, a mezzo di stipulazione di una clausola arbitrale del tipo già ricordato, la clausola di stabilizzazione sarà pienamente applicabile da parte degli arbitri¹² e produrrà quindi la conseguenza di portare alla disapplicazione delle eventuali norme interne altrimenti applicabili (purché almeno la loro applicabilità non abbia carattere esclusivo, nel qual caso la clausola potrebbe rilevare ai soli fini della responsabilità).

Quanto ora accennato riguarda l'aspetto normativo, per così dire, «interno» al rapporto contrattuale, quale gli arbitri saranno eventualmente chiamati ad applicare. Ciò, peraltro, non esclude che, in presenza di alcune circostanze, la modifica di legislazione da parte dell'ordinamento giuridico dello Stato contraente cui il contratto internazionale è assoggettato possa essere considerata un illecito internazionale¹³. Infatti, se è vero, come è stato appena accennato, che esiste un diritto da parte dello Stato contraente di modificare la propria legislazione, rendendo così applicabile tale nuova disciplina ai contratti da esso conclusi e retti dal suo ordinamento, l'esistenza di un tale diritto non esclude che, in alcune ipotesi, il suo esercizio possa rappresentare un illecito internazionale. Tale conseguenza in particolare si verificherebbe allorché ciò avvenisse con l'unica e sola intenzione di nuocere ad altro o di invadere indebitamente la sfera di giurisdizione altrui, ovvero comportasse un vero e proprio «diniego di giustizia». Un esempio. Si pensi al caso in cui, in virtù di una mera logica punitiva (in nessun modo giustificata dal comportamento dell'impresa che ne è vittima), in particolare al solo scopo di provocare un danno all'impresa straniera, e non già in funzione delle mutate esigenze

de développement économique, in *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, 1974, p. 301 ss.; ASANTE, *Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process*, in *Int. Comp. L. Quart.*, 1979, p. 401 ss.; MAYER, *La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat*, in *Clunet*, 1986, p. 5 ss.; N. DAVID, *Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers. Questions d'un praticien*, *ibid.*, p. 79 ss.

¹² Si veda la pronuncia del 30 novembre 1979, resa da un tribunale arbitrale nel caso *Agip s.p.a. c. Repubblica popolare del Congo*, in *Riv. dir. int.*, 1981, p. 875.

¹³ Sul problema AMERASINGHE, *State Breaches of Contracts with Aliens and International Law*, in *Am. J. Int. L.*, 1964, p. 881 ss.; ID., *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Oxford, 1967, p. 66 ss.; PANICO, *Responsabilità internazionale degli Stati per violazione di obbligazioni assunte verso soggetti privati stranieri in contratti di investimento «denazionalizzati»*, in *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione. Studi in onore di Roberto Ago*, Milano, 1987, p. 249 ss.; SCHWABEL, *On whether the Breach by a State of a Contract with an Alien is a Breach of International Law*, *ibid.*, p. 401 ss.; PAZARCI, *La responsabilité internationale des Etats à l'occasion des contrats conclus entre Etats et personnes privées étrangères*, in *Rev. gén. dr. int. pubb.*, 1975, p. 354 ss.

economico/sociali e/o ai mutati programmi del Paese, siano adottate misure normative che risolvano contratti tra privati e lo Stato al cui ordinamento tali contratti sono assoggettati oppure ne modifichino il contenuto in senso sfavorevole alla parte privata; oppure si pensi al caso in cui, di fatto o di diritto, venga precluso al contraente straniero di opporsi a un atto amministrativo (illegittimo) in virtù del quale lo Stato decide unilateralmente di porre termine alle proprie obbligazioni contrattuali con un soggetto privato estero¹⁴. In tale ipotesi, appare fondato ritenere che il diritto internazionale pubblico intervenga a garantire le obbligazioni assunte dallo Stato parte del contratto di concessione o di investimento concluso con il privato straniero, in modo più ampio di quanto risulterebbe dall'applicazione delle norme internazionali classiche riguardanti il trattamento degli stranieri in generale: l'introduzione di mutamenti normativi in violazione di clausole di stabilizzazione comporta la commissione di un illecito internazionale vero e proprio nei confronti dello Stato nazionale della parte privata. Né esclude la responsabilità internazionale la legittimità interna delle misure adottate in relazione al rapporto contrattuale stipulato con il soggetto straniero¹⁵.

La sola eccezione al principio così affermato che appare possibile individuare concerne l'ipotesi di provvedimenti di nazionalizzazione emanati nel perseguimento di finalità generali di intervento pubblico nell'economia, privi di qualsiasi finalità e carattere discriminatorio e accompagnati dalla previsione di indennizzo secondo quanto richiesto dalle norme internazionali generali applicabili al caso¹⁶. Sebbene anche in questa ipotesi sia stata sostenuta¹⁷ l'incompatibilità del provve-

¹⁴ Si veda in tale senso, e significativamente, il § 712 (2) del *Restatement of Foreign Relations Law (Third)* statunitense del 1986: «A State is responsible under international law for injury resulting from ... (2) a repudiation or breach by the State of a contract with a national of another State (a) where the repudiation or breach is (i) discriminatory; or (ii) motivated by noncommercial considerations, and compensatory damages are not paid; or (b) where the foreign national is not given an adequate forum to determine his claim of repudiation or breach or is not compensated for any repudiation or breach determined to have occurred».

¹⁵ Il dato risulta in generale dall'art. 4 del progetto di articoli sulla responsabilità internazionale approvato dalla Commissione del diritto internazionale: «An act of a State may only be characterized as internationally wrongful by international law. Such characterization cannot be affected by the characterization of the same act as lawful by internal law». I.L.C., *Yearbook*, 1973, II, p. 184. Sul punto e sulla sua applicazione nella giurisprudenza arbitrale si veda SCHWEBEL, *On whether*, cit., p. 409 ss.

¹⁶ Su di esse si veda TESAURO, *Nazionalizzazioni e diritto internazionale*, Napoli, 1976. In materia è da tener presente l'incidenza del principio della «sovranità permanente» degli Stati sulle ricchezze naturali: cfr. a questo proposito, in relazione alla nota risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite n. 1803 (XVII) del 1962, FRIGO, *La sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali*, in PICONE, SACERDOTI, *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1982, p. 245 ss.

¹⁷ Si veda la già ricordata sentenza arbitrale pronunciata nel 1977 fra due società petrolifere e la Repubblica libica: *California Asiatic OH Co. e Texaco Overseas Petroleum Co. c. Repubblica Araba di Libia*, in *Clunet*, 1977, p. 350 ss., 363 ss. La conclusione appare in connessione peraltro con una diversa impostazione del problema del sistema giuridico applicabile al rapporto e in una prospettiva che, per quanto già detto, non sembra condivisibile.

dimento di nazionalizzazione con l'impegno contrattuale precedentemente assunto, non sembra possibile sostenere, nello stato attuale del diritto internazionale generale, che l'autolimitazione attuata dallo Stato contraente con l'accettazione di una clausola del tipo qui discusso possa portare sino al punto di precludere allo Stato medesimo, pena la commissione di un atto internazionalmente illecito, la possibilità di adottare provvedimenti di nazionalizzazione che non presentino per altri versi caratteri incompatibili con il regime internazionale attualmente riconosciuto.

Al di là di tale eccezione, il principio affermato comporta che la nuova situazione normativa, creata in violazione di una clausola di stabilizzazione e alle condizioni indicate, proprio in quanto internazionalmente illecita, non potrà incidere sulla disciplina del rapporto giuridico contrattuale al di fuori della giurisdizione dello Stato contraente¹⁸. E ciò almeno nel senso che alla nuova situazione normativa non verrà data applicazione, attraverso un meccanismo analogo a quello operante a proposito del c.d. ordine pubblico, in tutti gli altri ordinamenti statali nell'ambito dei quali, così, i diritti e gli obblighi delle parti continueranno a rimanere invariati secondo la originaria disciplina del rapporto. In altri termini, se pur non si può fare a meno di prendere realisticamente atto che, all'interno della giurisdizione dello Stato contraente, il rapporto contrattuale non potrà non essere destinato a cessare, tale effetto non sarà riconosciuto nell'ambito degli altri ordinamenti statali, perché prodotto in virtù di un provvedimento internazionalmente illecito. E quindi il soggetto privato, in tali ordinamenti statali (terzi rispetto a quello che disciplina il rapporto contrattuale), potrà veder protette le situazioni giuridiche derivanti a suo favore in virtù del rapporto contrattuale risolto (o sostanzialmente modificato in senso peggiorativo) da un atto legislativo o amministrativo internazionalmente illegittimo pur se adottato nell'ambito dell'ordinamento statale competente a fornirne la disciplina.

4. *Contratti tra Stati (ed enti pubblici) e privati e arbitrato internazionale*

In relazione alla problematica qui esaminata, qualche ulteriore cenno deve essere dedicato alle caratteristiche e al ruolo dello strumento arbitrale di soluzione delle controversie. Tale ruolo si rivela fondamentale, come già a proposito delle possibilità di effettiva «delocalizzazione» del rapporto.

Il ricorso allo strumento arbitrale risulta anzitutto essenziale, come si è visto, al fine di superare ogni questione relativa all'applicazione delle norme internazionali sull'immunità dalla giurisdizione. È stato scritto che le nozioni di immunità e di arbitrato si escluderebbero a vicenda, in quanto l'arbitro non esercita alcuna

¹⁸ Sulla funzione in tale ipotesi dell'arbitrato «internazionale» di diritto privato si veda più estesamente LUZZATTO, *Illecito internazionale e arbitrato internazionale di diritto privato*, in *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione*, cit., pp. 167 ss., 183 ss.

funzione di carattere sovrano¹⁹: ma è in ogni caso evidente che il consenso all'arbitrato importa comunque, quanto meno, la rinuncia a qualsiasi immunità.

Il carattere pubblicistico di una parte può peraltro conferire all'arbitrato speciali caratteristiche, o suscitare particolari difficoltà²⁰. Sotto il secondo profilo, rilevano ad esempio le restrizioni che taluni ordinamenti prevedono per il potere di Stato ed enti pubblici a concludere accordi compromissori. Tradizionali in certi ordinamenti, ma in via di superamento; più recenti in altri, come in quello iraniano²¹, limitazioni di tal genere tendono a essere superate da convenzioni internazionali²², leggi interne²³ o decisioni arbitrali²⁴ in vista della loro evidente contrarietà alle esigenze di ordinato svolgimento del commercio internazionale (e in ispecie del rispetto degli impegni già conclusi tutte le volte che si tratti di norme introdotte dallo Stato successivamente alla stipulazione dell'accordo compromissorio).

La qualità, propria dello Stato, di soggetto capace di disporre del proprio ordinamento giuridico fa sì che in molte ipotesi il comportamento oggetto di valutazione nel giudizio arbitrale consista per l'appunto in un atto di carattere normativo avente effetti sul rapporto contrattuale. Si può trattare, come già visto, di un atto di nazionalizzazione di certe risorse o di certi settori industriali, oppure di altri interventi che disciplinano certi rapporti in modo incompatibile con il regime risultante dal contratto: in tutti i casi, il giudizio arbitrale finisce per investire la legittimità dell'operato statale, non soltanto alla luce del contratto e delle norme alle quali questo è sottoposto (normalmente, quelle dell'ordinamento dello Stato in questione), ma anche alla stregua delle norme giuridiche internazionali che regolano il comportamento dello Stato in quanto capace di incidere su interessi di soggetti di altri Stati.

¹⁹ BOUREL, *Arbitrage international et immunités des Etats étrangers*, in *Rev. arb.*, 1982, pp. 119 ss., 125. Si veda anche REYMOND, *Souveraineté de l'Etat et participation à l'arbitrage*, *ibid.*, 1985, p. 517 ss.

²⁰ Sul punto, oltre a REYMOND, *ibid.*, cfr. JACQUET, *L'Etat, opérateur du commerce international*, in *Clunet*, 1989, p. 621 ss., spec. p. 657 ss.

²¹ Il tradizionale divieto vigente in Francia secondo l'art. 2060 del *Code civil* è stato considerato inapplicabile in materia di contratto, e di arbitrato, internazionale dalla Cassazione nella celebre sentenza del 2 maggio 1966, *Galakis (Revue critique)*, 1966, p. 563 ss., con nota di GOLDMAN. Nella costituzione iraniana del 1979, l'art. 139 richiede l'autorizzazione del Consiglio dei ministri e l'approvazione del Parlamento per la sottoposizione ad arbitrato internazionale di controversie di cui sia parte un'impresa iraniana.

²² Cfr. l'art. II della convenzione europea di Ginevra del 1961.

²³ Si veda l'art. 177, secondo comma della legge svizzera sul diritto internazionale privato del 18 dicembre 1987, che stabilisce che «uno Stato, un'impresa dominata da uno Stato o un'organizzazione controllata da uno Stato non può, in quanto parte, invocare il proprio diritto per contestare la compromettibilità della causa oggetto del patto di arbitrato o la propria capacità di essere parte nel procedimento arbitrale».

²⁴ Cfr. la decisione sulla competenza del 30 aprile 1982, *Framatome c. AEOI*, in *Clunet*, 1984, p. 58 ss., e OPPETIT, *Arbitrage et contrats d'Etat*, *ibid.*, p. 37 ss.; e quella del 14 gennaio 1982 nel caso *Elf Aquitaine Iran c. NIOC*, in *Rev. arb.*, 1984, p. 401 ss., e FOUCHARD, *L'arbitrage Elf Aquitaine Iran c. NIOC*, *ibid.*, p. 333 ss.

Poiché si tratta qui di un sindacato diretto nei confronti di atti tipicamente sovrani – o perlomeno, delle loro conseguenze –, che come tale sarebbe precluso in virtù dei principi relativi all'immunità in un giudizio avanti a giudici statali, ci si deve chiedere se esso sia ammissibile in sede di arbitrato internazionale di diritto privato.

Il problema è risolto normativamente nell'ambito dello speciale arbitrato IC-SID, organizzato dalla già ricordata convenzione di Washington del 1965²⁵. L'art. 42, par. 1 di tale convenzione stabilisce infatti che il tribunale arbitrale «statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de lois – ainsi que les principes de droit international en la matière»²⁶. Tale articolo contempla un sistema di controllo della legge interna applicabile alla luce delle norme di diritto internazionale, sotto il profilo della sua conformità con le regole proprie di quest'ultimo²⁷. Non si tratta, è bene sottolinearlo, di una sottoposizione del rapporto contrattuale in se stesso al diritto internazionale; i principi appartenenti a questo, che il tribunale arbitrale applica «en la matière» («as may be applicable», secondo il testo inglese della convenzione), devono essere tenuti presenti secondo il loro proprio ambito di applicazione in base all'ordinamento al quale appartengono. Essi non sono, insomma, destinati ad assumere la disciplina della fattispecie contrattuale, ma ad assicurare la conformità del diritto interno applicabile alle esigenze del diritto internazionale²⁸.

Un richiamo ai «principles of commercial and international law as the Tribunal determines to be applicable» è contenuto anche negli accordi istitutivi del Tribunal Iran-Stati Uniti del 1981²⁹.

Al di fuori di queste ipotesi appare comunque da ammettere che in sede di arbitrato internazionale – non collegato, per definizione, ad alcun ordinamento statale da un legame predeterminato e costante – gli arbitri possano e debbano valersi di poteri non dissimili a quelli attribuiti agli speciali tribunali arbitrali operanti nell'ambito dell'ICSID in base all'art. 42, par. 1 della convenzione di Washington. Essi non si muovono infatti nell'ambito di un ordinamento statale definito, e non ne realizzano in modo esclusivo i valori e le logiche. In questo senso, il giudizio degli arbitri dovrà svolgersi tenendo sì presente il diritto applicabile al rapporto contrattuale tra Stato e privato secondo le determinazioni delle parti e i principi altrimenti

²⁵ Cfr. *supra*, cap. III, par. 7.

²⁶ Sui problemi relativi a tale norma si veda GIARDINA, *La legge regolatrice dei contratti di investimento nel sistema ICSID*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, p. 677 ss., e ivi ulteriori riferimenti.

²⁷ LAUTERPACHT, *The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes*, in *Revueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, 1968, pp. 642 ss., 658, scrive che il tribunale arbitrale deve «dispose of the relevant questions of international law as if it were an international tribunal sitting between States».

²⁸ Vedi per altri svolgimenti LUZZATTO, *Illecito internazionale*, cit., p. 179 ss.

²⁹ Cfr. *supra* cap. III, par. 6, nota 29.

applicabili a tal fine, ma non si arresterà a quanto previsto da quel diritto: al contrario, esso dovrà estendersi sino a una valutazione del contenuto di questo anche alla luce delle norme internazionali rilevanti e dei valori da esse tutelati³⁰.

In questo senso del resto si sono più o meno chiaramente orientate diverse decisioni arbitrali, anche al di fuori del sistema di Washington o degli accordi di Algeri. Così ad esempio nei casi CCI n. 1803³¹ e n. 3493³², in relazione, rispettivamente, a interventi statali di scioglimento di un ente societario e annullamento di contratti da esso conclusi, e di provvedimenti intesi a vietare l'esecuzione di opere turistiche in località archeologica, in contrasto con un contratto già stipulato con un'impresa straniera. In altro caso, poi, un tribunale arbitrale, pur dichiarando di non poter sindacare la decisione dello Stato contraente di rinunciare a qualsiasi iniziativa nel settore dell'industria nucleare, si afferma competente a valutare le conseguenze di tale decisione per l'altro contraente³³.

5. *Pretese creditorie nei confronti dello Stato e limiti all'esercizio della protezione diplomatica*

Accanto a quelle indicate, si deve considerare infine una regola di diritto internazionale assai risalente, rilevante sull'attuazione delle ragioni nascenti dal rapporto contrattuale, applicabile nel caso in cui, nonostante la regolare esecuzione del contratto da parte del privato, lo Stato non operi tempestivamente i dovuti pagamenti. Secondo tale regola in un siffatto caso non è consentito nei confronti dello Stato debitore l'impiego, da parte dello Stato cui appartiene il privato, nell'esercizio della «protezione diplomatica», delle normali misure coercitive previste dall'ordinamento internazionale³⁴. Tale regola si è venuta formando verso la

³⁰ Nel senso che il principio enunciato nell'art. 42, par. 1 della convenzione di Washington sia «illustrative of a principle of wider application», si veda DELAUME, *State Contracts and Transnational Arbitration*, in *Am. J. Int. L.*, 1981, p. 784 ss., a p. 786.

³¹ *SGTM c. East Pakistan Industrial Development Corp.*, deciso il 15 dicembre 1972, in *International Council for Commercial Arbitration, Yearbook*, 1980, p. 177 ss. Per la sentenza del Tribunale federale svizzero del 1976, che confermò l'annullamento della decisione in vista di un insufficiente collegamento con la Svizzera della fattispecie, e quindi dell'impossibilità di ricorrere all'ordine pubblico internazionale, cfr. P. LALIVE, *Arbitrage international et ordre public suisse. Une sorprendente décision du Tribunal fédéral*, in *Riv. dir. svizzero*, 1978, I, p. 529 ss.

³² Deciso il 16 febbraio 1983, *SPP (Middle East) Ltd. c. Arab Republic of Egypt*, in *Rev. arb.*, 1986, p. 105 ss. La decisione venne poi annullata, per altre ragioni, dalle giurisdizioni francesi. Sulla vicenda cfr. LEBOULANGER, *Etat, politique et arbitrage. L'affaire du Plateau des Pyramides*, in *Rev. arb.*, 1986, p. 3 ss.; RAMBAUD, *L'affaire des Pyramides*, in *Ann. français dr. int.*, 1985, p. 508 ss. Dopo l'annullamento del lodo, la controversia venne riproposta in sede ICSID, dando origine alla decisione del 2 maggio 1992 che si legge in *Riv. arb.*, 1994, p. 145 ss., con nota di GIARDINA, *L'affare delle Piramidi: la decisione finale di un caso celebre*, *ibid.*, p. 168 ss.

³³ Cfr. caso CCI n. 3896 *Framatome c. AEOI*, cit.

³⁴ Sulla protezione diplomatica degli investimenti all'estero si veda da ultimo e in generale

fine del secolo scorso e l'inizio di questo secolo allorché alcuni Stati europei, i cui cittadini non vedevano soddisfatti i loro diritti di credito da parte del Governo venezuelano, operarono un blocco navale delle coste venezuelane. Gli effetti di tale misura furono del tutto controproducenti e provocarono la conferenza dell'Aja del 1907 in cui venne definitivamente sancita la illegittimità dell'uso di misure coercitive per ottenere la soddisfazione di pretese creditorie dei propri cittadini, se attuate a prescindere da un'offerta di soluzione arbitrale della controversia³⁵.

6. *Cenni ai meccanismi assicurativi volti a tutelare gli investimenti all'estero*

La considerazione delle regole che precedono, le quali, incidendo variamente sul rapporto contrattuale, comportano, in determinate situazioni, il sacrificio dei diritti della parte privata, rende manifeste le ragioni per cui si sono diffusi nella pratica strumenti intesi a garantire quest'ultima contro i rischi di natura non commerciale che l'investimento estero comporta. Sul piano nazionale, ad esempio, si sono istituiti meccanismi assicurativi facenti capo a enti statali³⁶, spesso collegati ad accordi bilaterali di promozione e protezione degli investimenti: da

STERN, *La protection diplomatique des investissements internationaux*, in *Clunet*, 1990, p. 897 ss. È da segnalare al proposito la pratica, invalsa soprattutto in relazione ai contratti conclusi da Stati (o enti pubblici) dell'America Latina, della stipulazione di apposita clausola (c.d. «clausola Calvo» dal nome del noto giurista e uomo politico argentino) con la quale la parte privata si impegna a rinunciare alla protezione diplomatica offerta dallo Stato di appartenenza. Per una valutazione riassuntiva del dibattito sugli effetti di tale clausola cfr. SORNARAJAH, *The Pursuit of Nationalized Property*, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1986, spec. p. 12.

³⁵ Così dispone l'art. 1 della convenzione adottata il 18 ottobre 1907 sulla limitazione dell'uso della forza per il recupero di debiti contrattuali: «Les Puissances contractantes sont convenues de ne pas avoir recours à la force armée pour le recouvrement de dettes contractuelles réclamées au Gouvernement d'un autre pays comme dues à ses nationaux. Toutefois cette stipulation ne pourra être appliquée quand l'Etat débiteur refuse ou laisse sans réponse une offre d'arbitrage, ou, en cas d'acceptation, rend impossible l'établissement du compromis, ou, après l'arbitrage, manque de se conformer à la sentence rendue». La convenzione è riprodotta in *Am. J. Int. L.*, 1908, Suppl., p. 81 ss., e commentata da SCOTT, *Hague Convention Restricting the Use of Force to Recover on Contract Claims*, *ibidem*, 1908, p. 78 ss. La disposizione trova la sua *ratio* nella semplice osservazione ripresa da una parte della dottrina, in virtù della quale «it is not feasible to enforce a payment with respect to a contract when the debtor State lacks the necessary foreign exchange and it is preferable to keep the abstract claim alive in the hope that in more prosperous times satisfaction will be forthcoming»: O'CONNELL, *International Law*, II, London-New York, 1965, p. 1067.

³⁶ In Italia rileva in materia la l. 24 maggio 1977, n. 227 recante «Disposizioni sull'assicurazione e sul finanziamento dei crediti inerenti alle esportazioni di merci e servizi, all'esecuzione di lavori all'estero nonché alla cooperazione economica e finanziaria in campo internazionale». Con essa si è istituita presso l'Istituto nazionale delle assicurazioni la Sezione speciale per l'assicurazione del credito all'esportazione (SACE), autorizzata a garantire i rischi di carattere politico, catastrofico, economico, commerciale e di cambio ai quali sono esposti gli operatori nazionali nelle loro attività con l'estero.

un lato il privato ha diritto di conseguire un indennizzo nel caso in cui si avveri il «sinistro» contemplato dalla polizza assicurativa; dall'altro lo Stato che ha corrisposto l'indennizzo al proprio cittadino può surrogarsi nelle pretese di quest'ultimo nei confronti dello Stato destinatario dell'investimento assicurato. Sul piano internazionale, a garanzia degli investimenti diretti nei paesi in via di sviluppo è stato istituito un meccanismo assicurativo imperniato sulla «Multilateral Investment Guarantee Agency» (MIGA)³⁷, istituita in seno alla Banca mondiale in base alla convenzione di Seoul dell'11 ottobre 1985. Il sistema introdotto consente, attraverso il rilascio di polizze³⁸ approvate dallo Stato di destinazione dell'investimento, la copertura di «rischi politici» (art. 11): espropriazioni e nazionalizzazioni in qualunque forma si realizzino; restrizioni nella convertibilità della valuta locale; violazioni contrattuali da parte dello Stato ospite dell'investimento per le quali all'investitore venga precluso il ricorso ai tribunali locali; guerre e sommosse civili. A garantire l'efficacia del sistema e il recupero dell'importo corrisposto, la Convenzione prevede, accanto alla facoltà di surroga accordata all'Agenzia nelle ragioni dell'investitore indennizzato contro lo Stato dell'investimento (art. 18), un meccanismo arbitrale, ricalcato su quello istituito dalla convenzione di Washington, per la risoluzione delle controversie ad esso relative, attivabile nel caso di infruttuoso esperimento di tentativi di mediazione e di conciliazione (art. 57, lett. b e Allegato II sulla risoluzione delle controversie)³⁹. Anche in questo caso la procedura arbitrale rende possibile la valutazione del rapporto contrattuale e delle sue vicende in base a criteri (art. 4, lett. g dell'Allegato II) non strettamente legati al singolo ordinamento statale e garantisce ulteriormente l'efficacia della delocalizzazione della sua disciplina.

³⁷ Su di essa si veda CHATTERJEE, *The Convention Establishing The Multilateral Investment Guarantee Agency*, in *Int. Comp. L. Quart.*, 1987, p. 76 ss.; DELI, *La surroga assicurativa negli investimenti internazionali*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 375 ss.; SHIHATA, *The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and the Legal Treatment of Foreign Investment*, in *Recueil des Cours*, 1987, III, p. 107 ss.; TITA, *Un nuovo strumento per la protezione degli investimenti all'estero: la MIGA*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1986, p. 469 ss.; TOUSCOZ, *Assurances et garanties des opérations internationales de commerce et d'investissement. Evolution ou révolution?*, in *Dr. prat. comm. int.*, 1990, p. 112 ss.; TREVES, *La convenzione istitutiva della MIGA come codice di condotta in tema di investimenti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1987, p. 1 ss.; VOSS, *The Multilateral Investment Guarantee Agency: Status, Mandate, Concept, Features, Implications*, in *J. World Trade L.*, 1987, n. 4, p. 5 ss.; ID., *Die Multilaterale Investitionsagentur*, in *R.I.W.*, 1987, p. 89 ss.

³⁸ Alle condizioni e con le modalità previste dalle *Operational Regulations*, adottate il 22 giugno 1988 dal Consiglio di amministrazione dell'Agenzia, riprodotte in *Int. Leg. Mat.*, 1988, p. 1227 ss.

³⁹ TITA, *Gli arbitrati predisposti dalle convenzioni ICSID e MIGA e la surroga assicurativa*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1987, p. 497 ss.

Commento agli articoli 51-55 (l. 31 maggio 1995 n. 218) *

SOMMARIO: 1. Articolo 51 (Possesso e diritti reali). – 2. Articolo 52 (Diritti reali su beni in transito). – 3. Articolo 53 (Usucapione di beni mobili). – 4. Articolo 54 (Diritti su beni immateriali). – 5. Articolo 55 (Pubblicità degli atti relativi ai diritti reali).

1. Articolo 51 (*Possesso e diritti reali*)

Il legislatore della riforma ha dedicato alla materia dei diritti reali cinque articoli, che contengono una disciplina decisamente più articolata e completa di quella dettata dalla scarsa proposizione dell'art. 22 disp. prel. cod. civ. 1942. Tuttavia, va detto subito che tale disciplina è quasi interamente priva, malgrado le apparenze, di carattere innovativo: essa si limita a sancire legislativamente soluzioni già largamente accolte in precedenza, o comunque largamente auspiccate, non senza proseguire in qualche equivoco, come accade – a mio giudizio – con la posizione di una norma espressa a proposito dei diritti sui c.d. beni immateriali (art. 54).

L'art. 51 comma 1 riproduce, quasi alla lettera, il testo dell'art. 22 disp. prel. cod. civ. 1942, che nel regime previgente era l'unico testo riguardante la materia dei diritti reali (se si eccettua, in materia di pubblicità, l'art. 26, secondo comma). I ritocchi formali introdotti rispetto alla precedente formula non hanno alcun significato sostanziale, e la portata ed il significato essenziali del principio accolto rimangono dunque quelli già in precedenza individuabili rispetto ad una regola che trova ormai pressoché universale accoglimento¹. Lo stesso va detto, naturalmente, per tutto quanto concerne l'aspetto della qualificabilità di un determinato diritto come dotato del carattere della realtà, e quindi riconducibile alla norma in questione².

* Pubblicato in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1995, pp. 1154-1167, e in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato* (a cura di F. Pocar, T. Treves, S.M. Carbone, A. Giardina, R. Luzzatto, F. Mosconi, R. Clerici), Padova, 1996, pp. 251-263.

¹ Sulle ragioni dell'ampio accoglimento della regola della competenza della *lex rei sitae*, mi permetto di rinviare al mio studio *Proprietà in generale (dir. int. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 297 ss. Successivamente si veda VENTURINI, *Diritti reali. Il) Dir. int. priv. proc.*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, p. 1 ss.

² *Op. cit.* alla nota precedente, p. 299 ss.

La competenza della *lex rei sitae* comprende in via generale, come per l'innanzi, tutto ciò che concerne i presupposti dell'acquisto del diritto (compresa l'idoneità del bene ad esserne oggetto), la determinazione dei titolari di questo, la definizione dell'oggetto e del contenuto del diritto, il relativo modo di protezione.

Particolare attenzione va riservata alla disciplina dell'acquisto e della perdita del diritto, in considerazione di quanto ora espressamente stabilito dall'art. 51 comma 2. Anteriormente alla riforma, era conclusione largamente condivisa che ricadesse nell'ambito di competenza della legge del *situs* tutto ciò che riguarda il modo di acquisto del diritto, e cioè la determinazione dei fatti, atti o rapporti giuridici idonei a produrre l'effetto dell'acquisto stesso³. Così ad esempio, per quanto riguarda la proprietà, tutto ciò che riguarda i modi di acquisto originari (occupazione, invenzione, ecc.), quelli derivativi, nonché l'acquisto per effetto del possesso (usucapione). A proposito dell'acquisto derivativo, si poneva peraltro il problema del coordinamento della sfera di applicazione del diritto del luogo con quello del diritto eventualmente diverso che sia individuato dalle norme di conflitto come competente per la disciplina del rapporto o situazione da cui deriva l'acquisto del diritto⁴: compravendita, successione, rapporto familiare e via dicendo. E tale problema veniva normalmente risolto distinguendo tra competenza della legge del *situs*, che si riteneva estesa alla determinazione dei modi di acquisto, e competenza della legge del titolo (contratto, successione, rapporto familiare), cui si assegnava la disciplina di tutto quanto riguardasse tali atti e rapporti in quanto tali, ossia nei loro requisiti ed effetti propri⁵.

Su tale problema di coordinamento sembra intesa ad intervenire la norma posta dal legislatore della riforma con l'art. 51 comma 2. Tale norma apparentemente enuncia un principio come regola – anche acquisto e perdita dei diritti reali sono sottoposti alla legge del *situs*, – accompagnandolo con alcune eccezioni, e precisamente la materia successoria e, per quanto riguarda la sola attribuzione del diritto, i casi in cui questa dipende da un rapporto di famiglia o da un contratto. E peraltro chiaro che le apparenti eccezioni riguardano le ipotesi di gran lunga più frequenti e rilevanti in concreto. Al di là della formulazione letterale della norma, comunque, si tratta di stabilire se ad essa si debba attribuire un valore innovativo rispetto alla situazione previgente. Sembra però giustificato ritenere che non sia così, e che il legislatore abbia semplicemente voluto riaffermare una soluzione di massima largamente accolta. Peraltro anche il contributo di chiarificazione della norma appare assai modesto, né aiuta al riguardo quanto si legge nella relazione

³ Sul tema, per tutti, VENTURINI, *op. cit.*, p. 5 ss.

⁴ Atti o rapporti che fungono da meccanismi di circolazione del diritto reale, ed in particolare di quello di proprietà: sul tema cfr. il mio studio *Proprietà in generale* cit. p. 303 ss. In giurisprudenza si v. Cass., 21 dicembre 1993 n. 12663, inedita.

⁵ Per le soluzioni più largamente accolte, si vedano MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, 12^a ed., Napoli, 1986, p. 156 ss.; VITTA, *Corso di diritto internazionale privato e processuale*, 5^a ed. a cura di MOSCONI, Torino, 1994, p. 261 ss.

ministeriale. Non sembra, insomma, che la portata della nuova norma vada molto al di là dello stabilire che, per quanto concerne acquisto e perdita del diritto, deve essere riconosciuto spazio al diritto competente a regolare la successione e rispettivamente a quelli che disciplinano il contratto od il rapporto di famiglia rilevante. Ma quale questo spazio precisamente debba essere, continuerà a dover essere determinato in sede di interpretazione, con risultati rispetto ai quali l'incidenza della nuova norma non potrà che essere assai ridotta: e che continueranno a ruotare intorno all'approssimativa distribuzione fra titolo e modo di acquisto del diritto, oppure – nel caso di acquisto derivante da contratto – fra efficacia obbligatoria ed effetti reali del medesimo⁶. Né le affermazioni, generiche quando non imprecise, che si possono leggere nella relazione ministeriale possono fornire un benché minimo ausilio all'interprete. In sostanza, il ruolo riconosciuto alla legge che regola il rapporto «legittimante», è quello di condizionare l'acquisto e la perdita del diritto reale all'atteggiamento che essa assume, ma non di estendere la propria applicazione a tutto ciò che riguarda acquisto e perdita in sé stessi.

Poco spiegabile appare, poi, la mancata menzione nell'art. 51 comma 2 della donazione quale atto legittimante nei confronti del trasferimento del diritto reale, pur volendo tener conto della qualifica contrattuale che ad essa compete secondo il nostro ordinamento: tanto più che la legge n. 218 dedica alla donazione un'apposita norma di conflitto, l'art. 56⁷.

Per quanto concerne le conseguenze di un eventuale mutamento di *situs* sui diritti già acquisiti, continuerà a valere la soluzione comunemente accettata dell'irrelevanza del mutamento, dovendosi far riferimento alla legge del luogo in cui il bene si trova al momento in cui il trasferimento da uno Stato all'altro viene effettuato⁸. Vale al riguardo la notevole elaborazione già compiuta al riguardo da dottrina e giurisprudenza sotto il regime precedente⁹. Allo stesso modo, il principio ricordato varrà a risolvere il problema che si pone nel caso opposto, in cui il bene sia trasferito da un territorio prima che un diritto sia stato acquisito secondo la legge locale ad altro Stato secondo il diritto del quale l'acquisto avrebbe potuto, invece, aver luogo. La necessità di far riferimento alla localizzazione nel momento dello spostamento territoriale importa che il diritto del nuovo *situs* non possa sovrapporsi alle valutazioni di quello precedente e che quindi la fattispecie non conclusa sia destinata a rimanere tale. Con la sola avvertenza che la situazione, naturalmente, sarà diversamente valutata quando dopo il trasferimento territoriale

⁶ In senso critico rispetto alle tesi maggiormente seguite cfr. il mio studio *Proprietà in generale* cit., p. 304 ss., ove anche ulteriori riferimenti dottrinali.

⁷ Sul punto cfr. ADAM, *Diritti reali* (Artt. 51-55), in *Il nuovo sistema di diritto internazionale privato* coordinato da CAPOTORTI, in *Corriere giur.*, 1995, p. 1252.

⁸ Soluzione tradizionale nella giurisprudenza italiana, sin da Cass., 12 luglio 1952 n. 2169 (*Giur. comp. Cass. civ.*, 1952, p. 178 ss.) e largamente condivisa dalla dottrina: v. il mio già citato studio *Proprietà in generale*, p. 308 ss.

⁹ Per un'ampia ed approfondita esposizione cfr. RONZITTI, *Mutamento della situazione della cosa e legge regolatrice del diritto reale*, in *Riv. dir. int.*, 1967, p. 66 ss.

abbia luogo un fatto, che in base al nuovo diritto applicabile (diritto del nuovo *situs*) produca il perfezionamento della fattispecie acquisitiva.

Come già l'art. 22 disp. prel. cod. civ. 1942, l'art. 51 si riferisce anche ai diritti reali su cose altrui, tanto di godimento quanto di garanzia (ipoteca, pegno). Valgono, a proposito di questa seconda categoria, le precisazioni offerte dalla dottrina sotto il regime precedente, e dunque circa l'ammissibilità della costituzione di tali diritti su beni situati in Italia in base a titoli qui inidonei a tal fine ma capaci di costituirli secondo la legge regolatrice (ipoteca legale prevista dalla legge familiare), circa la sottoposizione al diritto italiano di forme e modi di costituzione di diritti di garanzia su beni situati in Italia, delle condizioni della prelazione del creditore pignoratizio (art. 2787 cod. civ.) e così via¹⁰.

2. Articolo 52 (*Diritti reali su beni in transito*)

Il legislatore della riforma ha dedicato uno specifico articolo, l'art. 52, al controverso problema delle *res in transitu*, stabilendo che i diritti reali sui beni in transito siano regolati dalle leggi del luogo di destinazione. Com'è noto, in questo senso era la soluzione sostenuta, almeno sul piano dello *ius condendum*, da buona parte della dottrina, ed accolta da numerose legislazioni straniere: ed essa veniva giustificata soprattutto con l'opportunità di sottrarre la condizione giuridica dei beni al carattere effimero delle varie localizzazioni che si possano attuare prima del raggiungimento della destinazione finale¹¹, per sottoporla al diritto vigente nel luogo in cui il bene, con l'arrivo a destinazione, acquista una connessione territoriale destinata a divenire permanente. E chiaro peraltro che anche la nuova norma non risolve tutti i problemi che possono derivare dalla mancanza di una vera e propria localizzazione. A parte l'incertezza sugli stessi confini della categoria, sui quali la norma non si pronuncia, va sottolineato che, per alcuni tra i beni che vi si ritengono rientrare, quali i mezzi di trasporto, non è tanto il luogo di destinazione ad essere significativo, quanto la connessione derivante dalla registrazione in un dato Stato: e che, nell'ipotesi di perdita del bene durante il viaggio, il rapporto con il luogo di destinazione è del tutto assente. La soluzione ora legislativamente sancita dovrebbe dunque essere applicata con una certa flessibilità al fine di non condurre a risultati meno persuasivi ancora di quelli cui si perveniva, nel precedente regime, applicando i normali principi secondo l'effettiva localizzazione del bene nei vari momenti rilevanti¹².

¹⁰ V. al riguardo MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato* cit., p. 157 ss.; VENTURINI, *Diritti reali* cit., p. 9.

¹¹ In generale si veda sul punto ANGELICI, «*Consegna*» e «*proprietà*» nella vendita internazionale, Milano, 1979, p. 188 ss. Per riferimenti legislativi cfr. il mio studio, *Proprietà in generale (dir. int. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 311.

¹² Si affermava ad esempio, che il bene cessava di essere in transito quando avvenisse rispetto ad

Va infine ricordato che alla materia considerata dall'art. 52 (così come a quella dell'art. 51) sfugge la disciplina dei diritti reali su navi e aeromobili, che ricade sotto l'art. 6 cod. nav., non abrogato dalla legge n. 218: questa norma, com'è noto, accoglie il principio della competenza della c.d. legge della bandiera, ossia quella nazionale della nave o dell'aeromobile. La localizzazione del bene è qui espressa dalla sua immatricolazione nei registri nazionali, secondo un principio tradizionale e comunemente accettato.

3. *Articolo 53 (Usucapione di beni mobili)*

Si ricollega alla problematica derivante dallo spostamento dei beni da un territorio statale ad un altro anche la norma contenuta nell'art. 53 in materia di usucapione. Secondo tale norma l'usucapione di beni mobili è regolata dalla legge dello Stato in cui il bene si trova al compimento del termine prescritto. La regola così enunciata corrisponde ad una soluzione ampiamente accolta nel vigore dell'art. 22 disp. prel. cod. civ. 1942, ed è del resto conforme ai principi che, come si è ricordato riguardo all'art. 51, vanno applicati alle ipotesi di mutamento di *situs*. La relazione ministeriale, evidentemente riferendosi all'ipotesi in cui il termine prescritto per usucapire non fosse ancora interamente trascorso quando il bene si trovava nel precedente *situs*, afferma che lo spostamento del bene in altro territorio, al fine di avvantaggiarsi delle condizioni previste dal diritto qui vigente, risponde ad un comportamento del tutto legittimo del possessore.

La norma non chiarisce peraltro la questione più rilevante che si pone al riguardo: quella di stabilire se, al fine dell'applicazione del diritto del luogo in cui il bene è stato trasferito, si possa tener conto anche del possesso goduto durante il periodo in cui il bene si trovava nel *situs* precedente. La questione era assai disputata nel vigore del sistema precedente, e chi scrive aveva avuto occasione di esprimere un'opinione negativa al riguardo¹³. Anche in base al nuovo sistema, non è esclusa la possibilità di sostenere che l'applicabilità della nuova legge, stabilita dall'art. 53, presuppone – al fine di stabilire i requisiti del possesso, la disciplina delle cause di sospensione e interruzione e così via – il possesso dei beni sul territorio dello Stato il cui diritto, secondo quella norma, deve regolare l'usucapione¹⁴. Mi sembra peraltro che la stessa introduzione di una norma espressa in tema di usucapione, formulata come l'art. 53, insieme alle motivazioni che la re-

esso un atto di alienazione od altro fatto giuridicamente rilevante nel territorio attraverso il quale il transito avviene: MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, 12^a ed., Napoli, 1986, cit., p. 155. Si vedano poi le considerazioni di ANGELICI, *op. cit.*, p. 199 ss.

¹³ Cfr. *Proprietà in generale (dir. int. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 310.

¹⁴ Questa soluzione, del resto, potrebbe farsi discendere dal silenzio mantenuto dal legislatore a questo riguardo, nonostante la questione fosse stata discussa nelle fasi di preparazione del disegno di legge: ed era sostenuta nel regime previgente, ad esempio, da VENTURINI, *Diritti reali. II) Dir. int. priv. proc.*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, p. 6.

lazione ministeriale ne fornisce, debba indurre piuttosto, nella mutata situazione legislativa, ad ammettere che il tempo del precedente possesso sia computabile ai fini del compimento dell'usucapione in base alla legge del nuovo *situs*. La relazione muove infatti dall'idea che lo spostamento del bene nel nuovo *situs* sia determinato dall'intento di fruire delle condizioni più favorevoli cui in quest'ultimo l'usucapione è sottoposta: e ciò ben difficilmente potrebbe accadere, se dopo il trasferimento dovesse riprendere a decorrere *ex novo* un nuovo periodo acquisitivo previsto dalla nuova disciplina applicabile¹⁵. Non ci si può peraltro nascondere che una soluzione del genere si pone in contrasto con alcuni principi generali che stanno alla base del sistema, in particolare quello che riserva a ciascuna legge il potere di regolare fatti svoltisi quando essa era applicabile *ratione temporis*.

4. Articolo 54 (Diritti su beni immateriali)

Costituisce una novità assoluta l'introduzione, con l'art. 54, di una norma espressamente dedicata alla disciplina di conflitto dei diritti sui c.d. beni immateriali. Secondo questa norma, tali diritti sono regolati dalla legge dello Stato di utilizzazione. Rimane peraltro da dimostrare che l'innovazione sia felice, e, prima ancora, che essa risponda davvero, non soltanto a reali esigenze di disciplina dei beni in questione, ma anche all'effettivo modo di essere della regolamentazione sostanziale della materia che si è voluto ricondurre all'incerta categoria dei beni immateriali.

Ritengo che tali dimostrazioni siano impossibili a darsi, e che l'art. 54 sia destinato a rimanere lettera morta, senza poter esplicare alcuna utile funzione nella disciplina della materia.

Nel vigore del precedente sistema, si era discusso in dottrina circa la possibilità di applicare alla materia il principio della competenza della *lex rei sitae* in base all'art. 22 disp. prel. cod. civ. 1942, soprattutto in vista della difficoltà di determinare un'adeguata localizzazione per i beni appartenenti alla categoria dei beni immateriali (opere dell'ingegno, brevetti per invenzione, marchi, modelli e disegni). E una parte della dottrina era pervenuta alla conclusione che, scartata l'applicabilità dell'art. 22, si dovesse individuare una regola di conflitto implicita, capace di sottoporre la disciplina dei diritti in questione alla legge del luogo in cui se ne effettuasse l'utilizzazione¹⁶. Un criterio del genere avrebbe infatti, secondo

¹⁵ In questo senso è l'opinione di ADAM, *Diritti reali (Art. 51-55)*, in *Il nuovo sistema di diritto internazionale privato* coordinato da CAPOTORTI, in *Corriere giur.*, 1955, p. 1255, che sottolinea come non si tratti di dare rilievo a valutazioni giuridiche straniere, ma di prendere atto di un elemento di fatto costituito dal passare del tempo.

¹⁶ Si vedano in generale le considerazioni di VITTA, *Diritto internazionale privato*, III, Torino, 1975, p. 71 ss.; e più di recente e sinteticamente, *Corso di diritto internazionale privato e processuale*, 5ª ed. a cura di MOSCONI, Torino, 1994, p. 265 ss. In senso analogo anche ULMER, *La proprietà intellettuale nel diritto internazionale privato*, Bruxelles-Lussemburgo, 1980, p. 17 ss.

questo indirizzo, individuato la reale localizzazione di questi beni, facendo perno sul luogo in cui ne viene tratta utilità economica attraverso il loro sfruttamento.

Il legislatore della riforma sembra voler accogliere i risultati cui perviene l'opinione da ultimo ricordata. La relazione ministeriale afferma infatti che si è ritenuto «possibile ed opportuno adottare un criterio unitario», individuato «nel rinvio alla legge vigente nello Stato in cui il bene viene utilizzato». Si aggiunge che, attraverso un'analisi della disciplina dei singoli beni immateriali, è stato ritenuto che si possa sempre individuare il luogo di utilizzazione rispetto al caso concreto. Ulteriore appoggio alla soluzione adottata viene trovata dalla relazione nella «giurisprudenza della Corte di cassazione» che accoglierebbe il criterio del luogo in cui si dispone del bene.

È evidente dai passi citati della relazione ministeriale che l'attenzione dei redattori della norma – sulla scorta, del resto, dell'atteggiamento generalmente tenuto dagli autori che si sono occupati di questo tema nella prospettiva internazionalistica – si è concentrata soltanto sull'aspetto della localizzazione dei beni di cui si tratta, e dei relativi diritti. Si è però trascurato completamente di affrontare un problema del tutto preliminare, peraltro di rilievo fondamentale perché condiziona la stessa ammissibilità dell'utilizzazione, per questa specifica materia, della consueta prospettiva internazionalprivatistica. Questo problema consiste nello stabilire se, a proposito dei diritti sui c.d. beni immateriali, sia possibile configurare l'esistenza ed il funzionamento di una norma di conflitto a carattere bilaterale, quale che possa essere il criterio di collegamento che si voglia adottare.

Il legislatore ha dato per scontata una risposta affermativa al quesito, seguendo in ciò gli esempi di altri ordinamenti¹⁷. A mio giudizio, però, questa posizione non è corretta, perché non corrisponde affatto alle caratteristiche proprie della disciplina sostanziale della materia, sia interna, sia internazionale. Una norma formulata – come l'art. 54 – secondo lo schema abituale delle norme di conflitto di carattere bilaterale non può, in realtà, essere intesa come vera e propria norma di diritto internazionale privato in senso positivo. Fa difetto, a questo fine, un presupposto fondamentale, comune a tutte le norme ascrivibili a questa categoria: l'identità della fattispecie concreta tra il c.d. bene immateriale tutelato in uno Stato e quello tutelato in un altro. E ciò, sia nei casi in cui il bene viene creato a seguito di una semplice attività di un soggetto – come nel caso dell'opera dell'ingegno, sia in quelli in cui invece la fattispecie richiede l'intervento di un atto di carattere amministrativo, quale la concessione del brevetto, la registrazione del marchio, e simili. In ogni caso, infatti, l'identità della fattispecie è esclusa dal carattere strettamente territoriale che è proprio del bene e della sua tutela.

Un'opera dell'ingegno, un brevetto, un marchio e qualsiasi altro bene appartenente a questa categoria, in quanto tutelato in base al diritto di uno Stato, è inevitabilmente distinto e diverso dal bene corrispondente, tutelato dal diritto di altri

¹⁷ Qualche indicazione in *Proprietà in generale (dir. int. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 314 nota 97. La legge svizzera del 1987 disciplina ora la materia all'art. 110.

Stati, anche se il sostrato di fatto (opera letteraria, invenzione, segno distintivo) sia il medesimo. E questo diverso bene, tutelato dal diritto di altri Stati, non può essere, neppure in base ad una norma di diritto internazionale privato, ammesso a protezione in via diretta nell'ordinamento del primo: in quanto il relativo diritto, a carattere monopolistico, non può che essere uno solo, e non può essere conferito e regolato se non dalla legge dello Stato territoriale. Pertanto, il diritto d'autore, il brevetto, il marchio tutelati in base al diritto di altri Stati possono rilevare per il diritto di uno Stato soltanto in via per così dire indiretta, in quanto presupposto per il sorgere di situazioni e rapporti giuridici che possano – questi sì – essere presi direttamente in considerazione ad opera di norme di diritto internazionale privato. Sarà questo il caso, ad esempio, ove si faccia questione in Italia di risarcimento di danni conseguenti a violazioni di beni immateriali tutelati in altri paesi, in cui il diritto sul bene straniero rileverà, non in quanto richiamato in base all'art. 54, ma quale presupposto assunto quale oggetto della violazione dalla legge competente in materia di illecito *ex art. 62 della legge n. 218*. Oppure, quando si faccia questione in Italia della titolarità di un diritto su bene immateriale tutelato all'estero, in quanto acquisita in base all'uno od all'altro titolo previsto come idoneo a tale fine: anche qui, evidentemente, l'esistenza del bene e del relativo diritto rileva quale presupposto assunto, ai fini delle proprie valutazioni, dalla legge che risulti applicabile al rapporto legittimante. Si tratta, evidentemente, di una rilevanza ben diversa da quella che deriverebbe dall'operare di una norma di diritto internazionale privato nei confronti della stessa fattispecie costituita dal bene immateriale.

In base alle considerazioni svolte, si deve concludere che la norma dell'art. 54, se correttamente intesa alla luce delle caratteristiche della disciplina sostanziale dei diritti sui c.d. beni immateriali, non può venire costruita altro che in senso puramente negativo; e precisamente, nel senso di chiarire che le norme italiane sono le sole a poter essere applicate tutte le volte che si voglia, in Italia, fare utilizzazione di un bene appartenente alla categoria dei c.d. beni immateriali. In sostanza, la norma non può esprimere altro che il principio, del resto largamente affermato, del carattere territoriale dei relativi diritti¹⁸.

Si può aggiungere che il principio menzionato risulta nella realtà seguito dalla giurisprudenza, ed appare presupposto dalla disciplina delle convenzioni internazionali esistenti in materia. Quanto alla prima, si può ricordare la decisione della Corte di Cassazione del 29 luglio 1958 n. 2754¹⁹, relativa ad un'ipotesi di con-

¹⁸ Ho cercato di svolgere l'ordine di idee esposto nel testo, con riferimento al diritto d'autore, nello studio *Problemi internazionalprivatistici del diritto di autore*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 273 ss.; e molto più sinteticamente in *Proprietà in generale*, cit., p. 313 s. Esse appaiono poi condivise da BADIALI, *Diritto d'autore e conflitto di leggi*, Napoli, 1990, p. 18 ss. Sul piano della disciplina sostanziale, le caratteristiche indicate nel testo in relazione ai beni immateriali sono sottolineate con vigore da ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3^a ed., Milano, 1960, p. 341 ss., p. 874 ss.; e da FABIANI, *Diritti d'autore*, in *Novissimo Digesto It., App.*, II, 1981, p. 1113 ss.

¹⁹ In *Riv. dir. int.*, 1959, p. 333 ss., nota GERBINO.

temporanea cessione a più soggetti dello stesso diritto di utilizzazione economica di un'opera, che afferma la necessità di far riferimento, per determinare la legge applicabile al diritto stesso, alla legge del luogo in cui la tutela del diritto viene invocata: e richiama a questo fine l'art. 22 delle preleggi. Ma accanto a quest'affermazione, la Corte aggiunge che la legislazione italiana in materia di opere dell'ingegno ha carattere territoriale, nel senso «che regola la condizione giuridica di queste opere unicamente nel territorio italiano ed in tale ambito con esclusione di qualsiasi legge di altro Paese»²⁰. E chiaro allora che il richiamo all'art. 22 disp. prel. non ha, nell'economia della decisione, alcun ruolo effettivo, posto che l'argomentazione della Corte conduce ad affermare la mancanza di qualsiasi spazio entro il quale possa operare il meccanismo internazionalprivatistico, e ad applicare comunque la legge territoriale, quella italiana, non in virtù di un collegamento previsto dalla norma di conflitto, ma proprio affermandone la pretesa all'applicazione territoriale assoluta. L'ambiguità di alcune espressioni usate dalla Corte, ed una certa contraddizione fra le diverse parti della decisione, possono spiegare come mai questa giurisprudenza sia stata indicata dalla relazione ministeriale come favorevole al punto di vista da quest'ultima accolto.

Sorprende tuttavia che, proprio nel momento in cui si veniva a tradurre la formula dell'art. 27 disp. prel. cod. civ. in quella, di carattere unilaterale, dell'art. 12, non ci si sia avveduti che le stesse ragioni che avevano portato a quella modifica avrebbero dovuto indurre ad evitare, nella materia dei beni immateriali, l'introduzione di una norma formulata in termini contrastanti con le caratteristiche di fondo che informano la disciplina sostanziale della materia.

Quanto alle convenzioni internazionali multilaterali, cui si è sopra accennato, esse confermano l'esattezza del punto di vista qui esposto. Nessuna di esse adotta infatti una prospettiva di tipo internazionalprivatistico: al contrario, la disciplina che se ne desume presuppone il carattere territoriale della legislazione interna in materia, e si preoccupa di estendere la tutela prevista dalle relative norme mediante la fissazione dei principi dell'assimilazione dello straniero, appartenente agli Stati contraenti, al cittadino, e del trattamento minimo garantito dallo stesso regime convenzionale²¹. L'opinione espressa da taluno in senso contrario²², secondo la quale già dalle vigenti convenzioni internazionali sarebbe desumibile il principio per cui i diritti sui beni immateriali sono disciplinati dalla legge del Paese «protettore», ossia in cui l'atto di utilizzazione economica è compiuto, può essere spiegata soltanto con l'interpretazione quale vero e proprio principio di tipo «conflittuale» di un principio del tutto diverso. Tutto ciò che si può infatti considerare implicito nelle convenzioni citate è il fatto che esse presuppongono senz'altro la competenza legislativa di ciascuno Stato nel quale il bene immateriale sia protetto

²⁰ Si veda il passo a p. 335 della sentenza citata alla nota precedente.

²¹ Si veda il mio articolo *Problemi internazionalprivatistici*, cit. p. 282 ss. ed ivi ulteriori riferimenti.

²² ULMER. *La proprietà intellettuale*, cit. p. 18 ss.

a fare applicazione assolutamente territoriale della propria legge, ad esclusione di qualsiasi altra. Ma una siffatta regola, certamente presupposta dalle convenzioni, non esprime alcun principio di diritto internazionale privato in senso stretto: e ciò, come si è visto, per la mancanza di una situazione giuridica di base rispetto alla quale il meccanismo possa operare rendendo applicabile, nell'ambito di un dato ordinamento, un diritto straniero. La tesi contraria può essere sostenuta soltanto a patto di assimilare situazioni profondamente diverse l'una rispetto all'altra, per ricondurle tutte ad una nozione di norma di conflitto estremamente generica, alla quale non si potrebbe riconoscere alcuna utile funzione di chiarimento concettuale e di classificazione delle varie realtà giuridiche che l'esperienza porta all'attenzione dell'interprete²³.

5. Articolo 55 (*Pubblicità degli atti relativi ai diritti reali*)

Con la norma che chiude il capo dedicato ai diritti reali, l'art. 55, il legislatore ha inteso disciplinare la pubblicità degli atti di costituzione, trasferimento ed estinzione dei diritti reali, sottoponendola alla legge dello Stato in cui il bene si trova al momento dell'atto. La norma viene a sostituire quella per l'innanzi compresa nel secondo comma dell'art. 26 disp. prel. cod. civ., la quale era stata non senza ragione criticata per più motivi: sia perché accomunava le fattispecie pubblicitarie a quelle di forma degli atti, che ne differiscono profondamente, sia perché, pur riguardando i diritti reali, era collocata fuori della sua sede naturale, che nel vecchio sistema sarebbe stata più propriamente quella dell'art. 22²⁴.

Tenendo conto di queste critiche, la riforma ha spostato la norma alla sua sede più propria, ed ha evitato di parlare di «forme» di pubblicità, distinguendo così opportunamente fra gli aspetti formali dell'atto e il fenomeno pubblicitario in

²³ In altre parole, il diritto straniero in materia di beni immateriali protetti all'estero può certo essere tenuto presente anche in Italia – ad esempio, quale presupposto rispetto alle norme sull'illecito, rilevanti in base alla relativa norma di conflitto, – oppure rispetto a quelle applicabili ad atti di disposizione dei beni stessi in quanto protetti all'estero ma ciò non è la conseguenza dell'operare del normale meccanismo internazionalprivatistico. Il diritto straniero relativo al bene rileva qui unicamente quale presupposto di altre norme, che sono le sole ad essere oggetto di richiamo in senso tecnico. Questo è il solo significato che può essere riconosciuto all'art. 54 in quanto diretto ad operare nei confronti di diritti di altri Stati. Tali considerazioni valgono anche nei confronti della tesi di AUTERI, *Territorialità del diritto di marchio e circolazione di prodotti «originali»*, Milano, 1973, p. 91 ss., il quale fa leva sull'art. 25 disp. prel. allora vigente al fine di sottoporre alla *lex loci delicti* anche tutto ciò che riguarda i presupposti dell'illecito e lo considera il fondamento del principio di territorialità. Vi è qui, evidentemente, l'attribuzione di significati diversi allo stesso termine di «territorialità»; ai fini dell'art. 25 disp. prel., ciò che aveva carattere territoriale era solo il collegamento utilizzato, e non la pretesa di una data legge ad applicarsi in via esclusiva a determinati rapporti.

²⁴ Sul tema cfr. QUADRI, *Note sulla pubblicità nel diritto internazionale privato italiano*, in *Studi in onore di G. Balladore Pallieri*, II, Milano, 1978, p. 509 ss., ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1988, p. 765 ss.

quanto tale, del tutto distinto e normalmente successivo rispetto all'atto in sé stesso. E ben noto infatti che mentre le forme negoziali riguardano il perfezionamento della stessa fattispecie del negozio medesimo, la pubblicità riguarda la possibilità che l'atto produca determinati effetti, differenziati in relazione ai diversi tipi della pubblicità stessa (trascrizioni, iscrizioni, ecc.). Anche se naturalmente, come è stato opportunamente rilevato dalla dottrina, le misure pubblicitarie possono incidere sul regime formale dell'atto, tutte le volte che al fine di poterle eseguire è necessario che l'atto sia dotato di una determinata forma (v. ad esempio l'art. art. 2657 cod. civ.)²⁵.

L'art. 55 riguarda soltanto la pubblicità di atti relativi a diritti reali, trascurando di prendere posizione rispetto ad altre misure pubblicitarie²⁶. Non riguarda, d'altra parte, gli atti relativi a diritti reali su navi ed aeromobili, soggetti all'art. 6 disp. prel. cod. nav. (non abrogato dalla legge n. 218), né il regime particolare degli autoveicoli, derivante dalla legislazione speciale a questi applicabile²⁷. Come già l'art. 26, secondo comma disp. prel. cod. civ., il criterio di collegamento utilizzato è quello del luogo di situazione dei beni, che costituisce indubbiamente il «centro di gravità» del rapporto di cui si tratta, come risulta evidente se si tiene presente l'incidenza immediata della materia sulla sicurezza del commercio giuridico, e dunque l'impossibilità di prescindere da quanto dispone al riguardo il diritto locale.

Rispetto alla norma previgente, le modifiche hanno soprattutto carattere formale, con l'eccezione del riferimento alla «pubblicità» in quanto tale, e non «alle sue forme: il che chiarisce da un lato come l'art. 55 intenda riferirsi a tutto ciò che concerne le misure pubblicitarie, e non soltanto al loro aspetto formale, e, dall'altro – come già si è ricordato – che non si tratta qui di aspetti attinenti alla forma degli atti di costituzione, trasferimento od estinzione dei diritti reali. Si è fatto poi esplicito riferimento alla localizzazione del bene al momento del compimento degli atti, rispetto ai quali la misura di pubblicità deve essere eseguita. Secondo la Commissione ministeriale, un'innovazione di carattere sostanziale conseguirebbe anche alla menzione del «bene» introdotta nel testo dell'art. 55 in sostituzione di quella delle «cose», presente nell'art. 26, secondo comma disp. prel. cod. civ.: e ciò in quanto quest'ultima dizione avrebbe potuto portare ad escludere dalla sfera di applicazione della norma la pubblicità relativa ai beni immateriali. A questo riguardo, va però tenuto presente quanto osservato nel relativo commento a proposito della reale portata e funzione dell'art. 54 della legge n. 218. In relazione al

²⁵ Cfr. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982, p. 838 s.

²⁶ Ad esempio, comunicazioni o notificazioni quali quelle previste dall'art. 1264 o dall'art. 1407 cod. civ. italiano, che ricadono nell'ambito di applicazione della legge che regola la sostanza dell'atto: v. BALLARINO, *op. cit.*, p. 674 s.

²⁷ Costituita ancora essenzialmente dal r.d.l. 15 marzo 1927 n. 436 conv. in l. 19 febbraio 1928 n. 510 con successive modificazioni: cfr. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, 12^a ed., Napoli, 1986, p. 159.

carattere di norma puramente negativa attribuito a quest'ultimo, l'identica conclusione non può che riferirsi anche all'art. 55, in quanto lo si voglia applicare, seguendo la relazione, alla materia dei beni immateriali²⁸.

²⁸ L'esame del precedente più rilevante che appaia aver preso in considerazione, nel sistema prevalente, l'art. 26, secondo comma disp. prel. in relazione ai beni immateriali avvalorava quanto osservato nel testo: infatti, la già citata Cass., 29 luglio 1958 n. 2754, nell'occuparsi delle misure pubblicitarie aventi ad oggetto il diritto di autore protetto dalla legge italiana, utilizza la norma menzionata all'unico fine di desumerne l'applicabilità delle norme italiane in materia di pubblicità, nel caso di specie dell'art. 104 legge n. 633 del 1941 sul diritto d'autore (*supra*, il commento all'art. 54, nota 4: il passo rilevante si trova a p. 335 s.).

Introduzione

(a D. Anzilotti, *Corsi di diritto internazionale privato*)*

1. I *Corsi* di diritto internazionale privato e processuale di Dionisio Anzilotti, compresi in questo volume, vengono ripresentati proprio nel momento in cui la nuova legislazione italiana, emanata con la legge n. 218 del 31 maggio 1995, inizia a trovare concreta applicazione ed a far sentire i propri effetti nella disciplina della materia. Si tratta di una felice coincidenza, che consente a chi avrà l'occasione di accostarsi ora per la prima volta a questi testi – ormai non facilmente reperibili e non ripubblicati nell'edizione delle *Opere* di Anzilotti che vide la luce presso la Cedam negli anni tra il 1955 e il 1963, a cura della SIOI – di apprezzarne compiutamente, non soltanto la straordinaria importanza intrinseca, ma anche il ruolo svolto nello sviluppo della dottrina e della giurisprudenza nella materia del diritto internazionale privato in Italia, e nel passaggio dalla codificazione del 1865 a quella del 1942.

Nell'edizione delle *Opere* appena ricordata erano stati ripubblicati i famosi *Studi critici di diritto internazionale privato*, apparsi a Rocca San Casciano nel 1898. Si tratta di tre contributi fondamentali, che approfondiscono ed illuminano in modo straordinariamente efficace il passaggio, nella materia internazionalprivatistica, dalle concezioni più largamente seguite nel corso dell'Ottocento alle correnti di idee destinate a dominare la scena in campo europeo nel secolo successivo, innovando in profondità e in direzioni diverse rispetto al passato. Ma essi costituiscono soltanto una tappa del pensiero di Anzilotti: il quale, non pago dei risultati ivi raggiunti, continuò per tutta la durata dell'attività scientifica dedicata alla materia a rimeditare i temi oggetto di quei primi studi ed a riconsiderarne le soluzioni. E ciò alla luce dell'evoluzione complessiva del suo pensiero sui grandi temi di fondo, non solo della specifica materia del diritto internazionale privato, ma anche dei rapporti fra diritto internazionale e diritto interno nella loro portata più generale.

La definizione ultima del pensiero dell'Autore sul fenomeno del diritto internazionale privato nei suoi aspetti maggiormente rilevanti si ritrova, come sintesi generale, proprio nei *Corsi* dedicati alla materia negli anni tra il 1913 (data della

* Pubblicato in D. ANZILOTTI, *Corsi di diritto internazionale privato* (a cura di F. Salerno), Padova, 1996, pp. XVII-XXVIII.

pubblicazione del *Corso di diritto internazionale privato*, ancora in forma manoscritta, ma in larghissima parte coincidente con il contenuto della pubblicazione litografata apparsa presso l'editore *Athenaeum* nel 1918) ed il 1925 (data della prima pubblicazione della nuova versione, purtroppo incompleta, del *Corso*, poi ristampata nel 1933).

I *Corsi* rappresentano un momento essenziale, sia dello sviluppo complessivo dell'opera di Anzilotti nel campo del diritto internazionale privato e processuale, sia del percorso seguito dalla dottrina italiana nel suo insieme durante tutta la prima metà del secolo che si avvia alla conclusione. La rilettura, che se ne compia oggi, conduce ad una serie di riscoperte, che si apprezzano in modo del tutto particolare non solo per il pregio intrinseco dell'opera derivante dall'eccezionale statura dello studioso, ma anche perché la concomitanza dell'entrata in vigore della riforma della materia che ha visto la luce nel 1995, inducendo ad una riflessione storica sull'intero arco dello sviluppo della teoria e della prassi italiana della materia durante il ventesimo secolo, aiuta a cogliere in tutta la loro portata una serie di aspetti e di motivi, presenti in queste opere, dimostrandone la particolare e quasi sorprendente attualità.

2. Nelle efficacissime sintesi storiche delle vicende e dello sviluppo del diritto internazionale privato sin dalle sue origini, che i *Corsi* offrono (si vedano, nella presente edizione, rispettivamente le pagine da 18 a 60, per il *Corso* del 1918, e da 394 a 421 per quello del 1925), è facile cogliere il confluire dell'intera esperienza ottocentesca risultante dalle elaborazioni successive al tramonto delle concezioni statutarie: questa esperienza, dominata in tutti i suoi multiformi aspetti, viene calata dall'Autore nella nuova realtà rappresentata dalle correnti di pensiero ispirate ai canoni del positivismo giuridico, e dai postulati fondamentali di questo. Emerge qui quella che è, a mio giudizio, una delle caratteristiche essenziali di queste opere: l'aver fissato l'intera materia viva del diritto internazionale privato e processuale, quale si presentava all'inizio del secolo ventesimo nella sua ricchezza – tramandata dalla storia – ma anche nel suo carattere problematico, derivante in modo del tutto particolare dall'intervento delle grandi codificazioni nazionali, in forme sistematicamente organizzate e rigorose, destinate a divenire classiche.

In questa prospettiva, l'Autore si trova innanzitutto a prender posizione in ordine alla determinazione dell'ambito spettante alla materia ed alla sua stessa definizione. In un primo tempo, per Anzilotti, il problema di fondo della materia è quello di stabilire «quale fra i vari ordinamenti giuridici con cui un dato rapporto si trova collegato in ragione delle persone o del territorio sia competente a regolare il rapporto stesso» (p. 3) e di qui deriva la conseguenza che tale determinazione di competenza comprende, tanto il problema della legge applicabile al rapporto, quanto quello dell'autorità competente ad attuarla e farla valere. Benché distinti fra loro, osserva l'Autore all'esordio del *Corso* del 1918, essi sono «due aspetti di una stessa questione fondamentale e generale, l'impero dei vari ordinamenti giu-

ridici territoriali fra cui è diviso il mondo civile sui rapporti di ogni genere che si svolgono nel seno dell'umana società» (p. 4).

Insieme al linguaggio, evidentemente ispirato al Savigny, emerge qui vivissima la consapevolezza dell'appartenenza del diritto internazionale privato, almeno dal punto di vista della problematica che vi sta alla base e della funzione che gli è propria, e che esso è destinato a svolgere, al vero e proprio diritto internazionale. Idea questa già ampiamente svolta nei precedenti *Studi critici*, ma destinata poi a passare in secondo piano, sino ad essere senz'altro abbandonata, di fronte all'attenzione sempre crescente riservata dall'Autore al carattere formalmente nazionale della grande maggioranza delle relative norme, incluse nella codificazione. Il passaggio cruciale si coglie, a questo proposito, già all'inizio del *Corso* del 1925: ed è conseguenza del peso sempre maggiore attribuito al ruolo della «volontà normatrice» nella costruzione del sistema.

Tale nozione è già, naturalmente, presente nel *Corso* del 1918, ma vi è utilizzata essenzialmente allo scopo di affermare la netta separazione fra ordinamento internazionale e ordinamento interno, e quindi tra le norme di diritto internazionale privato appartenenti all'uno ed all'altro, in quanto poste in essere da volontà nettamente distinte tra loro: osserva al riguardo l'Autore, che anche norme poste in essere identiche ad una convenzione internazionale vigono formalmente diverse nei vari Stati che ne sono parti perché obbligatorie in quanto emanate dalla volontà dei singoli Stati, «concorde bensì con quella degli altri Stati nel modo di regolare quei rapporti, ma in pari tempo necessariamente distinta nel potere di emanare ed attuare la norma regolatrice» (p. 6). Ma queste distinzioni, e l'insistenza sulla diversità delle volontà normatrici, appaiono nel contesto del *Corso* del 1918 soprattutto come strumento per inquadrare correttamente le varie norme, evitando le incertezze e confusioni concettuali frequenti nella dottrina precedente, senza influire sulla stessa definizione della materia e senza spezzare, sotto quest'aspetto, il suo profondo legame con la vita internazionale e il diritto che questa esprime.

Invece, il ruolo che alla «volontà normatrice» viene assegnato nel *Corso* del 1925 è ben diverso. Qui, viene ad essa assegnato il compito ed il potere di valutare discrezionalmente – alla luce delle esigenze della giustizia e di necessità reali – se, ed in quale senso, la circostanza che un dato fatto o rapporto della vita reale si trovi collegato con altri ordinamenti giuridici debba indurre a riservare a tali fatti o rapporti un trattamento giuridico particolare, ossia diverso da quello delle corrispondenti situazioni prive di simili collegamenti. In questa prospettiva, il problema del diritto internazionale privato diviene, per l'Autore, semplicemente quello di determinare tale trattamento, ad esclusione di qualsiasi determinazione di «competenza» dei vari ordinamenti. E così, oggetto dello studio diviene (cfr. l'esordio del par. 2 dell'Introduzione al *Corso* del 1925) «lo studio sistematico, conforme ai principi della dottrina giuridica, delle norme che, nell'ordinamento giuridico italiano, determinano la legge applicabile a certe categorie di fatti, in vista del loro collegamento con altri ordinamenti giuridici» (p. 392).

È qui evidente l'influsso di scrittori, quali Kelsen e Perassi, e la riduzione della

scienza giuridica a «dommatica». Ed è inutile sottolineare che le conseguenze che ne sono derivate quanto alla soluzione dei vari problemi di interpretazione delle norme di diritto internazionale privato – e prima ancora, quanto allo stesso modo di individuarli e di prospetarli – hanno finito con il costituire per molti decenni un presupposto indiscusso di qualsiasi trattazione italiana della materia apparsa in epoca successiva al *Corso* del 1925, che sotto questi profili può ben considerarsi il modello e il capostipite.

Ma oggi, a tanti anni di distanza, e dopo il progressivo allontanamento del pensiero giuridico da prospettive esclusivamente dommatiche, sono proprio i nuovi testi di legge entrati in vigore nel 1995 a richiamare l'attenzione degli interpreti sull'inquadramento internazionale della materia del diritto internazionale privato: sia dettando una disciplina unitaria della materia dal punto di vista sostanziale e processuale (art. 1 legge 218), sia più in generale insistendo particolarmente sul ruolo delle fonti internazionali (art. 2). Proprio quel ruolo che Anzilotti, pur in una situazione storica tanto diversa dall'attuale, aveva profondamente avvertito, al punto da riservare largo spazio ed attenzione ai dati normativi internazionali allora esistenti, per scarsi che essi fossero.

Multa renascentur quae iam cecidere... Sono dunque elementi tratti dall'esperienza di oggi a gettare nuova luce di attualità su aspetti del pensiero dell'Autore, che ci si era abituati a considerare come superati, anche in quanto da lui stesso modificati in momenti successivi. A considerarli in questa luce, gli aspetti segnalati ci appaiono, non già come tappa intermedia, e da lui stesso superata, del pensiero dell'Anzilotti, ma tutto al contrario come il risultato della sua vivissima sensibilità storica e sociologica. Nel momento in cui egli si proponeva di fare applicazione, con il rigore di metodo che gli era proprio, dei postulati positivisticci alla materia del diritto internazionale privato, questa gli si presentava nella sua realtà plurisecolare – da lui così pienamente padroneggiata – e nei connotati essenziali che il divenire storico le aveva impresso. L'applicazione di principi teorici generali non poteva cancellarli, né indurre a trascurarne l'importanza. I *Corsi* fanno toccare con mano questo delicato ed interessantissimo momento di transizione: da una parte la ricchezza dei motivi e delle vicende consegnati dalla storia, e dall'altra le esigenze, vere o presunte allora, del loro inquadramento teorico alla luce di quelli che potevano apparire come gli unici corretti postulati di una dottrina giuridica che volesse considerarsi positiva. Nel *Corso* del 1918, nessuno di questi due aspetti acquista netta prevalenza sull'altro. In quello del 1925, l'aspetto teorico sembra assumere il sopravvento: ma il fatto che il *Corso* sia rimasto largamente incompleto non consente una valutazione esauriente a questo proposito. Si potrebbe persino avanzare il dubbio – ma si tratterebbe, com'è ovvio, di una pura e semplice supposizione – che il fatto che il *Corso* sia rimasto incompleto dipendesse da una sorta di disagio dell'Autore nel sentirsi costretto dalla rigidità delle premesse accolte a forzare e ridurre la ricchezza della materia oggetto del *Corso* precedente negli schemi imposti da quelle premesse.

3. Momento essenziale, dunque, sia nell'ambito della straordinaria opera scientifica dell'Autore, sia nel più vasto quadro dello sviluppo della dottrina italiana della materia: i *Corsi* meritano di essere considerati in questa duplice prospettiva. Sotto il primo aspetto, essi rappresentano il coronamento dell'opera dedicata da Anzilotti al diritto internazionale privato. Dopo l'intensissimo e prolungato periodo di attività dedicato a questa parte della materia internazionalistica dagli esordi della sua attività di studioso sino alla metà degli anni Venti di questo secolo, egli concentrò poi i suoi interessi sul diritto internazionale pubblico, anche in relazione all'alta carica assunta quale giudice della Corte permanente di giustizia internazionale. Queste opere riassumono dunque in sé alcuni decenni di approfondimento della materia, quale è svelato dalla lunghissima serie di saggi e studi apparsi nel corso di questo periodo sugli argomenti più disparati che la concreta esperienza giurisprudenziale faceva via via emergere: e ne sono dimostrazione i numerosissimi commenti e note relativi a casi concreti apparsi sulla *Rivista di diritto internazionale* a partire dalla sua fondazione nel 1906. Rileggendo oggi i *Corsi*, questo aspetto non manca di colpire. Il lettore non può non avvertire con speciale immediatezza il costante contatto con l'esperienza che le loro pagine rivelano (si pensi anche all'interesse dimostrato dall'Autore per la legge sulla cittadinanza del 1912, che aveva appena disciplinato *ex novo* l'istituto). Nonostante il profondo mutamento intervenuto da allora nei dati positivi, la lettura presenta oggi ancora uno speciale interesse, che deriva soprattutto dall'equilibrio spontaneamente raggiunto tra la rilevazione dei molteplici dati dell'esperienza – storica, legislativa, giurisprudenziale – ed il loro coerente inquadramento nell'ambito dei principi generali accolti e nella ricostruzione dei singoli istituti.

Nell'ambito dell'opera di Anzilotti, i *Corsi* segnano così il momento della definitiva realizzazione della sua costruzione del diritto internazionale privato. Si è già ricordato che questa costruzione è rimasta incompiuta, in quanto l'ultima edizione del *Corso* – quella del 1925 – è limitata all'introduzione e ad un solo capitolo dedicato alle teorie generali. Ciò non ne limita comunque l'interesse. Da un lato, i due *Corsi* possono vedersi come un'opera unica comprensiva anche di tutta la parte speciale. Dall'altro, il passaggio dal *Corso* del 1918 a quello del 1925 permette di constatare il progressivo influsso esercitato sulla trattazione – e sulla stessa definizione – della materia dalla fedeltà alle premesse teoriche accolte, con il passaggio ad impostazioni più strettamente dogmatiche (del quale sono spia, tra l'altro, le considerazioni, assai più critiche rispetto alle posizioni espresse nel 1918, a proposito delle dottrine del Savigny, che si leggono nella parte storica del *Corso* del 1925).

Anche questo passaggio, considerato in sé stesso prima ancora che nell'influenza che spiegò sulla grande maggioranza della dottrina italiana, presenta un grande interesse. Vi si coglie infatti l'affermazione, graduale ma chiara, di una costruzione di carattere nazionalistico di tutto il diritto internazionale privato, destinata a durare a lungo. Di una costruzione del genere non interessa, né avrebbe senso almeno in questa sede, soffermarsi a discutere la legittimità, essendo co-

munque evidente che essa interpretava ed applicava alla materia internazionalprivatistica motivi ispiratori all'epoca largamente affermatasi nella vita dell'ordinamento giuridico italiano: e dunque veniva essa stessa a porsi quale fattore significativo del sistema internazionalprivatistico quale allora «vivente» nel nostro Paese. Importa invece sottolineare una diversa considerazione. Il susseguirsi dei due *Corsi* permette al lettore, in modo estremamente significativo, di individuare con chiarezza i fattori che hanno determinato il mutamento dalla costruzione internazionalistica propria dei *Corsi* precedenti al 1925 a quella nazionalistica che emerge dalle pagine dell'ultimo *Corso* nonché gli elementi della ricostruzione teorica complessiva sui quali quei fattori hanno agito, modificandoli. Se tali fattori sono facilmente determinabili nei presupposti propri delle concezioni dommatiche, che si erano andate affermando in quel torno di tempo, non è meno chiaro come essi abbiano agito soprattutto nel senso di condurre alla determinazione dell'oggetto delle norme di diritto internazionale privato, al pari di quello di tutte le norme sostanziali, in fatti o rapporti della vita reale, ossia in relazioni sociali (si veda l'apertura dell'*Introduzione* al *Corso* del 1925, alle p. 385 ss. di questa edizione). Sicché le ritenute esigenze della costruzione dommatica spingono l'Autore ad espellere dall'oggetto delle norme di diritto internazionale privato qualsiasi elemento che sia estraneo a tali relazioni e possa introdurre aspetti non consentiti dalla prospettiva di quella costruzione. La comparazione dell'impostazione accolta dai due *Corsi* del 1918 e del 1925 assume quasi il significato di laboratorio sperimentale nel cui ambito è possibile valutare l'incidenza, sulla costruzione dell'insieme, della modifica di alcuni fattori.

4. Se poi si considera il ruolo avuto dai *Corsi* nell'ambito del panorama della dottrina italiana di questo secolo, ci si rende immediatamente conto che essi ne costituiscono un momento di sviluppo che non si può non considerare essenziale. Sul piano dell'organizzazione complessiva della materia, essi divennero ben presto il modello al quale la successiva manualistica si informò, praticamente senza interruzione, nel nostro Paese. Sul piano delle premesse teoriche accolte, e delle loro conseguenze, il destino dei *Corsi* è stato, in certo modo, singolare. La dottrina successiva, nelle sue correnti che hanno finito con il prevalere anche sul piano applicativo, ha aderito ai postulati generali presenti nel *Corso* del 1925, portando ad irrigidirli ulteriormente, e ciò ha a volte provocato un certo impoverimento della ricchezza di ispirazione storica che caratterizza il modello. La letteratura specialistica italiana si è spesso venuta a caratterizzare, in questo senso, per la ricerca di una «purezza» teorica, a volte esasperata, che ha frequentemente provocato un senso di eccessiva astrattezza e un sensibile distacco dall'esperienza pratica e dalle sue esigenze: portando in definitiva, attraverso un vero e proprio circolo vizioso, ad un certo isterilimento della stessa esperienza giurisprudenziale italiana, particolarmente evidente se la si paragona a quella di altri Paesi europei. Sembra giustificato ritenere che ciò sia accaduto in gran parte proprio per la riduzione delle norme di diritto internazionale privato a semplici meccanismi per la creazione, nel

foro, di un diritto sostanziale speciale destinato a regolare relazioni con carattere di estraneità. Tale riduzione ha infatti comportato la conseguenza di restringere lo studio della parte speciale della materia ad una sorta di dissezione dei vari istituti giuridici noti al diritto del foro allo scopo di determinare, in questo modo, la sfera dei fatti da assegnare alla sfera di applicazione dell'una o dell'altra norma di diritto internazionale privato, escludendo qualsiasi considerazione della concreta realtà dei sistemi giuridici stranieri (e, al tempo stesso, separando nettamente lo studio degli aspetti processuali, ricondotti sotto altri principi).

Anche per queste ragioni, la rilettura dei modelli anzilottiani – frequentemente citati, ma forse meno frequentemente conosciuti nella loro effettiva realtà – risulta oggi particolarmente opportuna. Riaccostandosi all'originale, è possibile rendersi conto anzitutto della lezione che ne emerge quanto all'utilizzazione delle premesse teoriche accolte. Esse – sempre richiamate per dare conto della realtà in modo migliore e più rigoroso, e mai con la conseguenza di deformarla – vengono naturalmente e facilmente individuate dal lettore, che è perciò indotto a considerarle separatamente rispetto alla realtà che esse sono destinate ad inquadrare: ed a valutare ciò che in esse risponde a elementi ormai rivelatisi troppo storicamente condizionati, e quanto invece vi è di permanentemente valido perché rispondente ad esigenze costanti del pensiero giuridico. Così facendo si è portati a vedere l'importanza dei *Corsi* forse non tanto nei motivi e negli aspetti che più hanno influenzato la dottrina successiva, nel senso e con le conseguenze indicate, quanto nella loro intrinseca ricchezza, che l'insistenza per decenni riservata all'inquadramento teorico ed alle sue esigenze aveva finito per lasciare un po' in ombra.

Della vivissima coscienza dell'appartenenza della problematica intera del diritto internazionale privato e processuale al diritto internazionale vero e proprio, si è già detto. E se è vero che, in Anzilotti, questa coscienza è un portato immediato della riflessione storica, non apparirà casuale che, molti decenni più tardi, riassorbiti gli eccessi delle costruzioni nazionalistiche, la nuova legislazione italiana riconosca le ragioni di quel punto di vista, trattando unitariamente dei vari aspetti, processuali e sostanziali, della rilevanza dei valori giuridici stranieri. Dopo il lungo periodo, durante il quale la codificazione dal 1942 aveva consolidato in molti l'abitudine a ritenere che la dimensione internazionale dell'ordinamento potesse, e dovesse, essere dal legislatore separatamente (oltre che discrezionalmente) determinata nei vari codici, il richiamo operato dalla legge 218/95 al carattere unitario della problematica di conflitto può ben essere considerato come una significativa, ancorché forse inaspettata, manifestazione di attualità del pensiero anzilottiano.

5. Moltissimi altri sono, naturalmente, gli aspetti e gli elementi di interesse e di attualità di queste opere, e non è certo possibile neppure tentarne in questa sede un elenco. È peraltro interessante richiamare almeno un altro punto, rispetto al quale l'Autore dimostra particolare interesse e sensibilità: l'idea che funzione sostanziale di ogni sistema di diritto internazionale privato sia quella di assicurare

efficacia extraterritoriale alle posizioni giuridiche soggettive dei singoli. Sul legame che l'intera disciplina presenta con gli aspetti sostanziali, l'Autore insiste a più riprese, dopo aver chiarito, in via del tutto preliminare, che il riconoscimento della capacità giuridica dello straniero, negata in altre epoche storiche, costituisce un vero e proprio presupposto dello stesso diritto internazionale privato (p. 67). Quest'idea valorizza, alla luce della storia dell'intera materia, il carattere interindividuale dei rapporti privati internazionali, in funzione dei quali le norme di conflitto esistono, ed esprime perciò l'aderenza alla funzione sociale degli istituti. Ma dove quest'aspetto viene ad acquistare un rilievo del tutto particolare è nella soluzione favorevole del c.d. problema del rinvio, che l'Autore accoglie nel *Corso* del 1925.

In precedenza, Anzilotti si era sempre espresso, con varie motivazioni, contro l'accoglimento del principio del rinvio. Anche nel *Corso* del 1918, egli lo respingeva motivandone il rifiuto, *de lege lata*, soprattutto con la considerazione che «concetto del legislatore italiano fu quello di adottare e stabilire le regole ritenute sole corrispondenti alla vera natura del diritto internazionale privato, regole imposte da esigenze indeclinabili di giustizia, e destinate a diventare universali col progresso dell'umana società. Ora prescindendo da ciò che poté esservi di erroneo in tale concetto, resta sempre che si è inteso determinare direttamente la legge applicabile ai vari rapporti, senza subordinarne l'efficacia a regole diverse, che si ritenevano in contrasto col vero diritto, di cui il legislatore italiano voleva essere assertore ed interprete nella propria cerchia d'impero» (p. 111). Invece, nel *Corso* del 1925 la soluzione è rovesciata, e Anzilotti si fa assertore dell'accoglimento del rinvio. Le ragioni che lo conducono a tale conclusione risiedono in sostanza proprio nello scopo pratico da conseguire attraverso le norme di diritto internazionale privato. Tale scopo non può essere altro, secondo l'Autore, che quello di far sì che ogni questione sia decisa esattamente nello stesso modo in cui essa viene risolta nell'ordinamento richiamato dalla norma italiana di diritto internazionale privato. Le norme assunte ad opera di quest'ultima, afferma infatti Anzilotti, sono quelle «che nell'ordinamento giuridico straniero riguardano il caso concreto, rispetto a cui si esclude l'applicabilità delle norme interne ... Volontà delle norme di applicazione è che il criterio di valutazione di un determinato fatto (matrimonio, contratto, testamento ecc.) e le conseguenze giuridiche che ne derivano siano quelli stabiliti dall'ordinamento giuridico con cui esiste il collegamento voluto ... In altre parole, le norme assunte sono quelle che nell'ordinamento straniero di cui si tratta contemplano il concreto da regolare; non quindi norme determinate una volta per tutte, né, in particolare, le norme vigenti al momento in cui entra in vigore la norma di applicazione, ma quelle norme che vigono o vigeranno in quel dato ordinamento rispetto al fatto di cui si tratta» (p. 437 s.). Sulla base di questa necessità di riferirsi alle norme applicabili al caso concreto, così come esse si presentano nel proprio ordinamento, l'Autore ne deduce poi ogni possibile conseguenza: accanto all'accoglimento del rinvio, anche la necessità che la norma regolatrice del caso concreto venga ricostruita sulla base dei principi, inerenti all'applicazione delle norme, che valgono nell'ordinamento straniero.

Nella soluzione così offerta del famoso problema, Anzilotti si fa dunque guidare dalla finalità di aderire alle esigenze concrete ed alla funzione sociale degli istituti internazionalprivatistici. L'acquisizione di fondo, che così viene realizzata, consiste nell'attribuzione di un ruolo centrale alla ricerca della norma del caso concreto, che orienta il funzionamento dell'intero meccanismo. Si soddisfano in tal modo le esigenze della vita interindividuale pur nel quadro di una concezione, quella dommatica, che nell'insistenza sullo strumento formale di recepimento delle norme dei vari ordinamenti stranieri potrebbe invece sembrare più naturalmente portata a sacrificarle.

Anche in questi aspetti la particolare attualità del pensiero dell'Autore è dimostrata proprio da alcuni tratti della recente riforma del diritto internazionale privato italiano. Molte norme contenute nel Titolo III della legge 218/95, a cominciare dall'art. 13 che, con l'accoglimento parziale del principio del rinvio, rompe con la consolidata contraria tradizione italiana, per finire con tutte quelle che sanciscono l'esigenza di interpretare ed applicare il diritto straniero nella sua effettiva realtà e consistenza, consacrano oggi sul piano legislativo risultati che già tanti anni or sono l'Autore aveva individuato e additato come i soli rispondenti alle esigenze profonde della materia del diritto internazionale privato.

Società (Nazionalità e legge regolatrice) *

SOMMARIO: 1. Il passaggio dalle preleggi del 1942 alla riforma del 1995. – 2. La configurabilità di una norma di diritto internazionale privato in materia di società (e di enti «giuridici» in genere) e la sua fattispecie. – 3. «Nazionalità» dell'ente e «costituzione» di esso nel meccanismo di conflitto. – 4. Caratteri generali e ambito di applicazione soggettivo dell'art. 25 della legge di riforma. – 5. Criteri di collegamento utilizzati dall'art. 25. Problematica. – 6. Portata della legge regolatrice delle società e statuto personale. – 7. Il trasferimento di sede e la fusione di società. – 8. Aspetti di diritto comunitario.

1. *Il passaggio dalle preleggi del 1942 alla riforma del 1995*

Con la legge di riforma del sistema di diritto internazionale privato, entrata in vigore il 1°-9-1995 (l. 31-5-1995 n. 218), sono state per la prima volta introdotte nell'ordinamento italiano una serie di norme espressamente dedicate ai problemi internazionalprivatistici delle società e degli altri enti, personificati e non. Al tempo stesso sono state abrogate alcune norme – gli artt. 17 disp. prel. c.c., 2505 e 2509 c.c.¹ – alle quali in sede di interpretazione si faceva comunemente riferimento al fine di determinare i principi utilizzabili in materia. Non è stato invece abrogato l'art. 16 disp. prel. c.c., il cui 2° co. riguarda espressamente le «persone giuridiche straniere», ed al quale alcuni facevano egualmente capo al fine di desumerne elementi utili alla soluzione dei problemi di conflitto relativi a società e persone giuridiche. Tuttavia è chiaro che, nel momento in cui a questa norma è stato affiancato l'art. 25 della legge di riforma, essa viene necessariamente ad assumere un ruolo ed un significato che non possono non tener conto delle nuove disposizioni, e non consentono pertanto – come si vedrà – di attribuirvi rilievo determinante nella costruzione del nuovo sistema. Nel vigore delle preleggi al codice civile del 1942, è noto che le soluzioni affacciate a proposito della disciplina di

* Pubblicato in *Digesto*, IV ed., Sez. comm., vol. XIV, Torino, 1997, pp. 136-158 (coautrice: C. Azzolini).

¹ L'abrogazione è stata disposta dall'art. 73 della l. n. 218. Com'è noto, mentre l'art. 17 disp. prel. era destinato a regolare in via generale lo «stato e capacità» delle persone – sicché molti vi facevano rientrare anche la capacità delle persone giuridiche in genere –, gli altri due articoli erano dedicati, rispettivamente, alla disciplina delle società costituite all'estero ma con sede dell'amministrazione od oggetto principale dell'impresa nel territorio dello Stato, ed a quella delle società costituite nel territorio dello Stato ma con oggetto della loro attività all'estero.

conflitto delle società (e più in generale, di tutti i soggetti diversi dalle persone fisiche) erano le più varie. Se, per alcuni, la disciplina delle società avrebbe dovuto essere interamente ricondotta al fenomeno contrattuale, e dunque – allora – all'art. 25, 1° co., disp. prel.² –, altri affermavano la competenza al riguardo dell'art. 17, e perciò della legge nazionale dell'ente, da determinarsi, per gli enti italiani, attraverso gli artt. 2505-2509 c.c., e per quelli stranieri, con riferimento agli ordinamenti stranieri interessati³. Altri ancora ricavavano dai citati artt. 2505-2509 c.c. una norma di conflitto fondata sull'utilizzazione del luogo di costituzione della società⁴. Secondo diverse opinioni, la materia societaria non sarebbe stata oggetto di vere e proprie norme di conflitto, bilaterali, ma piuttosto di norme unilaterali, da una parte, e di regole parzialmente diverse per ciò che riguarda il riconoscimento degli enti diversi da quelli italiani⁵. Vi era, infine, chi rifiutava integralmente il ricorso alle norme di diritto internazionale privato nella materia che qui interessa; ed affermava l'attribuzione della personalità agli enti stranieri sulla base e sul presupposto della loro esistenza nell'ordinamento di origine⁶, oppure quale conseguenza di un rinvio alla situazione creatasi con la costituzione nell'ambito di quest'ultimo⁷, il tutto sul fondamento della norma contenuta nell'art. 16, 2° co.,

² Così BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*², Milano, 1950, 134 ss.: successivamente, però, lo stesso Autore aderì alla tesi favorevole all'applicazione dell'art. 17 disp. prel., sulla quale cfr. la nota successiva (*Diritto internazionale privato italiano*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, Milano, 1974, 139 ss.).

³ Particolarmente CAPOTORTI, *La nazionalità delle società*, Napoli, 1953, spec. 113 ss.; *Considerazioni sui conflitti di leggi in materia di società*, in *RIPP*, 1965, 623 ss.; *Lezioni di diritto internazionale privato. Parte speciale: la capacità*, Bari, 1966, 53 ss.; in senso analogo, fra gli altri, DE NOVA, *Esistenza e capacità del soggetto in diritto internazionale privato*, in *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, I, Milano, 1957, 381 ss.; VITTA, *Diritto internazionale privato*, II, Torino, 1973, 77 ss.

⁴ Si veda in ispecie SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, 1970, 65 ss., ed in vari altri scritti successivi, da ultimo in «Società (diritto internazionale privato e processuale)», in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 883 ss. a 891 ss.

⁵ Cfr. al riguardo PICONE, *Diritto internazionale privato delle società e riconoscimento di «Anstalten» e «Treunternehmen» nell'ordinamento italiano*, in *Com. e studi Ist. dir. int. e stran. Univ. Milano*, XV, Milano, 1978, 83 ss.

⁶ Cfr. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*¹², Napoli, 1986, 93: ma la tesi venne sostenuta dall'illustre Autore sin dalle *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 1943, 63.

⁷ Per una netta affermazione in questo senso cfr. COSCIA, *Il riconoscimento di società straniere*, Milano, 1984, part. 86 ss.; ed in precedenza, per impostazioni affini, MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1964, 121 ss.; BISCOTTINI, *Diritto amministrativo internazionale*, I, in *Tratt. dir. internazionale*, diretto da Balladore Pallieri, Morelli e Quadri, Padova, 1964, 349 ss. La «singolarità» del procedimento utilizzato per il riconoscimento di società straniere ed il distacco dalla ordinaria tecnica conflittuale sono alla base della ricostruzione operata da altri scrittori, quali CARUSO (*Le società nella Comunità economica europea*, Napoli, 1969), LEANZA («Società-diritto vigente: società straniera», in *NN.D.I.*, XVII, Torino, 1974, 694 ss.) ed ANGELICI (*Appunti sul «riconoscimento» di società costituite all'estero*, Milano, 1982): ma in particolare di BALLARINO, in numerose opere fra le quali *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982, 601 ss.; *Le società costituite all'estero*, in *Tratt. Rescigno*, XVII, Torino, 1985, 385 ss. e da ultimo *La società per azioni*

disp. prel. A chi scrive era invece sembrato preferibile ritenere che gli enti stranieri – intesi come quelli ai quali il diritto italiano non volesse senz'altro estendere la sua «presa» in virtù degli artt. 2505-2509 c.c. – venissero riconosciuti in Italia in base ad una norma non scritta (ma comunque implicita nel sistema, come risultante dagli artt. 16 e 17 disp. prel.), capace di provvedere all'attribuzione di efficacia nell'ordinamento italiano al diritto dello Stato secondo il quale gli enti medesimi fossero venuti ad esistenza⁸.

È opportuno chiarire che, sul piano delle conseguenze applicative, molte fra le posizioni indicate finivano per coincidere in larga misura, sicché spesso le divergenze risultavano più dovute alle differenze nell'impostazione di problemi teorici influente su taluni presupposti del ragionamento, che ad una reale considerazione delle caratteristiche dei problemi concreti. Considerato, comunque, l'intervenuto mutamento dei dati normativi, non è evidentemente opportuno indagare in questa sede ad un riesame degli argomenti addotti a favore o contro le varie soluzioni ricordate, che risultano in larga parte superate dall'evoluzione legislativa. Vale invece la pena di chiarire che, verosimilmente, neppure le soluzioni cui si dovrà pervenire alla luce della normativa del 1995 saranno tali da comportare uno stravolgimento dei risultati interpretativi ai quali si finiva più frequentemente per approdare nel vigore del precedente sistema: a conferma di una sostanziale stabilità nell'esperienza giuridica del settore, che non corrisponde alla diversità dei dati puramente dottrinali. Un'affermazione del genere potrebbe stupire chi volesse considerare l'introduzione di norme quali quelle contenute nell'art. 25 legge di riforma – fondate sul criterio del luogo di costituzione dell'ente quale fattore determinante – come novità radicale rispetto al sistema precedente, nel cui ambito era consueto far riferimento al criterio della nazionalità. Sarebbe però errato considerare come nettamente antitetici i risultati dei due sistemi, se si guarda alle conseguenze applicative del secondo. E ciò perché, come si è detto, il frequente riferimento di principio alla «nazionalità» dell'ente finiva per coprire riferimenti reali che facevano largo spazio a criteri diversi, capaci di riflettere l'effettiva appartenenza dell'ente ad un ordinamento dal punto di vista di quest'ultimo: e dunque, a dare soddisfazione alle ragioni di fondo che ispirano il ricorso al criterio del luogo di costituzione (incorporation) quale criterio di collegamento in materia societaria, ed alle esigenze che esso è inteso a soddisfare.

In questo panorama di sostanziale continuità, appare invece opportuno soffermarsi ad esaminare più da vicino le caratteristiche che sono proprie di una norma di conflitto relativa alle società ed agli enti in genere, anche al fine di chiarire se, ed in quale misura, essa possa essere considerata alla stregua di una vera e propria

nella disciplina internazionalprivatistica, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G. Colombo e G. Portale, IX, Torino, 1994, 1 ss., 43 ss.

⁸ Si veda, per una prima formulazione della tesi, LUZZATTO, *L'Anstalt e l'ordinamento giuridico italiano*, GCo, 1976, II, 58 ss.; e successivamente, ID., *Anstalt - Impresa fiduciaria*, in *Dizionari del diritto privato*, a cura di Irti, III, *Diritto commerciale e industriale*, Milano, 1981, 79 ss.; ID., «Persona giuridica (diritto internazionale privato)», in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 276 ss.

norma di diritto internazionale privato. Si è visto infatti che questa possibilità è stata contestata da una parte della dottrina italiana, e ciò non soltanto in vista della preesistente situazione legislativa, ma anche con argomenti che potrebbero venire riproposti anche nell'ambito della disciplina posta dalla riforma⁹. Dubbi del genere, peraltro, non appaiono fondati, come si dimostrerà nel paragrafo successivo: le peculiarità che la norma di conflitto in materia di società presenta dipendono esclusivamente dalla materia che si considera, ossia dalla fattispecie della norma stessa rispetto a quelle delle altre norme di diritto internazionale privato. Ma da ciò solo non può essere tratta la conseguenza che il meccanismo utilizzato si differenzia radicalmente da quello consueto.

2. *La configurabilità di una norma di diritto internazionale privato in materia di società (e di enti «giuridici» in genere) e la sua fattispecie*

L'ambito di applicazione dell'art. 25 della legge di riforma è definito – come si vedrà meglio nei successivi paragrafi 4 ss. – indicando «le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico e privato, anche se privo di natura associativa». In precedenza, mancando nel vecchio sistema qualsiasi norma espressa, si era assegnato in sede dottrinale alla norma internazionalprivatistica in materia di persone giuridiche un ambito soggettivo non dissimile, riferendola non soltanto ai fenomeni di gruppo che si traducono in entità personificate in senso strettamente tecnico, ma anche a quelli che si traducono in fenomeni associativi dotati di autonomia sufficiente al fine di consentire il collegamento a mezzo di criteri riferibili al gruppo in quanto tale¹⁰. In tal modo, la norma di conflitto intende evidentemente riferirsi a tutto quell'insieme di fenomeni, che un ordinamento prenda in considerazione, sul piano della disciplina sostanziale, al fine di farne un centro autonomo di imputazione di situazioni giuridiche, diverso dalle persone fisiche che lo costituiscono, ossia a quegli enti che un ordinamento abbia a creare per le più diverse finalità e per la tutela dei più diversi interessi. Non si tratta qui di un riferimento ai soli enti «personificati» in senso stretto, ossia alle sole cosiddette persone giuridiche. A questo proposito, è ben noto che la dottrina giuridica contemporanea è in larga parte giunta alla conclusione che l'espressione «persona giuridica» non ha la funzione di connotare una speciale categoria di soggetti, diversi dalle persone fisiche. La relativa nozione fa invece riferimento ad un «modo di esprimere una disciplina normativa», e non fa altro che esprimere una disciplina speciale alla quale i componenti di un gruppo sono assoggettati dal legislatore, in deroga al diritto comune. Essa appare così quale formula abbreviata per indica-

⁹ Il riferimento va, anzitutto, alle tesi espresse da PICONE, *Diritto internazionale privato*, cit. *supra* nt. 5: ma anche a BENEDETTELLI, *Commento all'art. 25, Società ed altri enti*, in corso di stampa, NLCC, 1996.

¹⁰ Cfr. LUZZATTO, *Persona giuridica*, cit., 278 s.

re una serie di gruppi sociali sottoposti dal diritto ad una disciplina particolare, proprio facendo leva su questa particolarità: e questa disciplina si risolve nel trattamento giuridico differenziato del gruppo rispetto a quello delle singole persone fisiche che lo compongono, tale da rendere il gruppo ed i singoli insensibili l'uno alle vicende giuridiche degli altri, e viceversa¹¹.

Sulla base dei risultati raggiunti da queste ricostruzioni critiche, è dunque possibile cercare di definire la fattispecie della norma rilevante di diritto internazionale privato. Questa utilizza un profilo di valutazione della realtà sociale, che consiste nella determinazione di una disciplina giuridica speciale di un gruppo o formazione sociale rispetto alla disciplina generale dei singoli rapporti in quanto non facenti capo al gruppo stesso; o, se si preferisce, nella possibilità di fare del gruppo un centro di imputazione di rapporti giuridici, in qualche misura distinto e separato rispetto ai singoli soggetti che lo compongono. La fattispecie della norma comprende dunque tutti i fenomeni di «personificazione», così intesa, che un ordinamento – nel suo discrezionale perseguimento degli interessi ritenuti degni di tutela – possa organizzare con i propri strumenti. Tale fattispecie esprime dunque un profilo generale di valutazione, ricavato dall'ordinamento italiano, al quale la norma appartiene: ma non comprende in sé alcuna descrizione dei fatti rilevanti, ai quali la conseguenza della personificazione possa essere limitata. La norma di conflitto è dunque idonea a prendere in considerazione anche fenomeni di soggettività di enti diversi da quelli previsti dall'ordinamento italiano¹². Essa infatti non rinvia ad un ordinamento dato al fine di chiedere a questo quale sia la disciplina di una fattispecie già da lei descritta: ma per individuare i fenomeni di soggettività giuridica, nel senso precisato, che tale ordinamento organizza, come risultato di fattispecie che quest'ultimo liberamente determina, e nei confronti delle quali il diritto del foro si riserva il solo strumento di controllo costituito dalla verifica della compatibilità con l'ordine pubblico.

Sotto il profilo della tecnica utilizzata, i caratteri propri della norma che si commenta non sono però tali da differenziarla radicalmente rispetto ad altre norme di conflitto. Ciò, quantomeno, se si ammette – come appare necessario fare – che queste ultime non contengano normalmente, nell'elemento della cosiddetta qualificazione, la descrizione dei fatti e rapporti materiali che saranno oggetto di disciplina ad opera del diritto designato come competente, e pertanto non la facciano coincidere con quella delle norme sostanziali del foro. In altri termini, la «fattispecie» della norma di conflitto non consiste nell'indicazione di situazio-

¹¹ Si vedano al riguardo autori ed opere ricordati nell'*op. cit.* alla nota precedente, cui *adde* BASILE e FALZEA, «Persona giuridica (diritto privato)», in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 234 ss.

¹² Come, del resto, viene confermato dalla norma dell'art. 2507 c.c. L'esempio tipico addotto era quello di enti personificati quali Anstalten del Liechtenstein od imprese fiduciarie dello stesso ordinamento, od in genere società con un unico socio sin dalla costituzione: ma l'esemplificazione potrebbe essere ampliata con riferimento a tutte le figure sconosciute al diritto sostanziale italiano, quali le società professionali, quelle puramente occasionali, e via dicendo. Sul tema cfr. ora BENEDETTELLI, *Commento all'art. 25*, cit., par. 1.

ni materiali, ma nella determinazione della categoria giuridica (o, se si vuole, degli effetti giuridici) nell'ambito della quale il sistema si apre a realtà giuridiche diverse¹³.

In realtà, la ricorrente – ma, riteniamo, infondata – sensazione di un carattere «straordinario» della materia delle persone giuridiche ed enti assimilati ai fini del loro trattamento internazionalprivatistico dipende da altri fattori. Anzitutto, dalle tradizionali dispute in merito ai caratteri della personalità giuridica¹⁴ e dall'incidenza – parzialmente commessa a tali dispute – della problematica del riconoscimento dell'ente. È infatti chiaro che l'antica e tradizionale subordinazione della possibilità dell'ente di svolgere la propria attività in uno Stato ad un riconoscimento da parte dell'autorità pubblica locale porta facilmente ad attrarre l'attenzione su tale atto, ed a ricollegarvi tutti gli effetti che, in situazioni giuridiche diverse, vengono attribuiti ai meccanismi internazionalprivatistici¹⁵. Le conseguenze di questa tradizione, poi, si sono fatte ulteriormente e più a lungo sentire nell'ambito di sistemi, come quello italiano in vigore sino alla riforma, che non contengono norme di conflitto espresse a proposito delle persone giuridiche, ma soltanto disposizioni apparentemente intese ad operare una sorta di automatico «riconoscimento» della loro soggettività, come l'art. 16, 2° co., disp. prel. Ma, con l'intervenuto mutamento dei dati legislativi, neppure gli elementi – peraltro fragili – che si volevano desumere da quelli previgenti potrebbero ormai giustificare l'idea che il trattamento internazionalprivatistico della società e persone giuridiche sia necessariamente diverso, sotto il profilo dello strumento tecnico utilizzato, da quello di altre categorie di rapporti e situazioni.

A conclusioni non diverse, sempre sul piano dello strumento tecnico utilizzato, sembra si debba pervenire sotto il profilo del carattere bilaterale della norma di conflitto. Certamente, il rilievo degli interessi economici e sociali coinvolti dall'operare di società ed enti stranieri nell'ambito di uno Stato può facilmente comportare l'esigenza di estendere l'applicazione delle norme di esso – e non solo di quelle di applicazione necessaria – al di là dei limiti che, quanto agli enti stranieri, deriverebbero dal funzionamento del meccanismo di conflitto di per sé solo considerato. Si spiegano così le norme poste, nel precedente sistema, dall'art. 2505 c.c. – oltre che dagli artt. 2506 e 2507, tuttora in vigore –, ed ora dall'art. 25, n. 1, ult. parte, secondo il quale la legge italiana si applica «se la sede dell'amministra-

¹³ Sul tema non è possibile più che un riferimento a ZICCARDI, *Introduzione critica al diritto internazionale*, I, *Diritto internazionale privato*, Milano, 1956, 47 ss., a SPERDUTI, *Le qualificazioni in diritto internazionale privato*, in *RDIn*, 1965, 393 ss., e a BARILE, *Lezioni di diritto internazionale privato*², Padova, 1980, 83 ss.

¹⁴ Sulle quali, per tutti, cfr. BASILE e FALZEA, *Persona giuridica*, cit., 234 ss.

¹⁵ L'ambiguità del termine «riconoscimento» in quanto riferito al fenomeno delle società e delle persone giuridiche in genere è comunemente rilevata, e si ricollega alle vicende storiche della materia: al riguardo, si veda CAPOTORTI, *Considerazioni sui conflitti di leggi*, cit., 623 ss., e SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, cit., 12 ss. con particolare riguardo allo sviluppo dell'ordinamento italiano.

zione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale» della società od ente. Ma non si vede perché da ciò solo si debba desumere una generale negazione dell'utilizzabilità degli schemi normali. E la stessa conclusione può valere per un'altra obiezione rivolta in dottrina nei confronti dell'applicazione dello schema della norma di conflitto bilaterale: quella che la norma in materia di società potrebbe funzionare, quanto agli enti stranieri, solo operandone il riconoscimento, ossia con riferimento a società già costituite, e non già nei confronti della loro costituzione (non essendo, configurabile la costituzione ex novo in Italia di società sottoposta ad un diritto straniero). Senonché, neppure l'aspetto ora menzionato appare decisivo. Il quantum di diritto straniero «importabile» in Italia al fine della costituzione di una nuova situazione o di un nuovo rapporto giuridico dipende, evidentemente, dalle caratteristiche dei singoli istituti, e dagli spazi lasciati all'autonomia delle parti e, sotto altro profilo, riservati ad interventi di organi pubblici¹⁶, ma non sembra il caso di dedurre soltanto da quest'aspetto conclusioni relative al modo di operare della norma di conflitto in sé stessa.

3. «Nazionalità» dell'ente e «costituzione» di esso nel meccanismo di conflitto

Nel sistema internazionalprivatistico fondato sulle Preleggi del 1942, l'interprete non poteva prescindere del tutto – quale che fosse la tesi accolta in via generale¹⁷ – dalla nozione di nazionalità dell'ente societario, non foss'altro per il fatto che sia l'art. 16 disp. prel., sia altre norme (artt. 2506 e 2507 c. c.) facevano riferimento al carattere «straniero» di alcuni di questi. Chi, poi, si spingesse più in là, ed attribuisse alla nazionalità la funzione di vero e proprio elemento di localizzazione dell'ente in senso internazionalprivatistico, finiva spesso con il far coincidere la nozione di cui si tratta con l'idea di sottoposizione dell'ente ad un dato diritto: e con l'attribuire pertanto all'ente la nazionalità dello Stato, il cui diritto venisse considerato competente a regolarlo¹⁸.

¹⁶ L'obiezione è stata formulata da PICONE, *Diritto internazionale privato*, cit., 100 e *I metodi di coordinamento tra ordinamenti nel progetto di riforma del diritto internazionale privato italiano*, in *La riforma del diritto internazionale privato e processuale. Raccolta in ricordo di Edoardo Vitta*, Milano, 1994, 173 ss., 238 s. Peraltro, l'impossibilità di procedere a costituzione di società in Italia in base ad un diritto straniero, adottata dall'Autore a riprova dell'impossibilità di ricostruire in materia societaria una norma bilaterale di diritto internazionale privato, sembra in realtà provare troppo, posto che analoga situazione può essere riscontrata anche a proposito di diverse situazioni giuridiche (si pensi alla forma del matrimonio) in dipendenza dell'intervento di organi pubblici nella costituzione del rapporto.

¹⁷ Si vedano Autori ed opere ricordati alle nt. da 2 a 8 del par. 1.

¹⁸ Come è stato esattamente rilevato, in questo modo la localizzazione della situazione giuridica non risultava più funzione direttamente esplicitata dalla norma di conflitto, ma sostanzialmente il mero risultato di un fenomeno di «autocollegamento» da parte delle norme straniere applicabili della situazione da disciplinare: cfr. PICONE, *I metodi di coordinamento*, cit., 239 ed *ivi* altri riferimenti.

In questo modo, però, alla «nazionalità» dell'ente veniva attribuito un ruolo assai poco coerente con una concezione tradizionale dei cosiddetti criteri di collegamento. Ad essa infatti non spettava affatto una funzione di localizzazione di una situazione descritta dalla norma di conflitto, intesa a designare l'uno o l'altro sistema come applicabile. Ma quella, ben diversa, di aderire ai criteri prescelti dai vari ordinamenti stranieri quanto alla determinazione della legge regolatrice dell'ente, dando efficacia alle relative valutazioni: ed aprendo, tra l'altro, la possibilità che una pluralità di ordinamenti si considerassero egualmente competenti a disciplinare l'identica società.

Ci si può chiedere se, o fino a che punto, la situazione sia mutata con l'introduzione dell'art. 25 della legge di riforma. Rinviando al successivo par. 5 per un esame più puntuale, va anzitutto ricordato che tale norma sottopone la disciplina delle società ed altri enti alla «legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione». Evidentemente, la norma tiene presenti anzitutto le ipotesi di costituzione di società di capitali previste dal diritto materiale italiano, per la quale è richiesto l'intervento di un organo pubblico – il Tribunale – che provvede ad omologare l'atto costitutivo e ad ordinarne l'iscrizione nel registro delle imprese. Ove uno schema assimilabile sia riprodotto nell'ordinamento straniero, l'art. 25 troverà facile e piana applicazione. Ma laddove la società venga ad esistenza a prescindere da qualsiasi procedimento che si concluda con un atto formale di un organo pubblico – come può ben accadere, specie in ipotesi assimilabili a quelle di società di persone del diritto italiano – non può essere esclusa una scissione tra il luogo ove il «procedimento di costituzione», in ipotesi puramente contrattuale, si perfeziona, e quello in cui vige il diritto in base al quale le parti hanno inteso costituire la società. In ipotesi del genere, l'indicazione puramente letterale derivante dal testo dell'art. 25 dovrà cedere di fronte alla ratio della norma, che è quella di valorizzare al massimo il modo in cui i vari ordinamenti stranieri provvedono ad organizzare la disciplina speciale dei gruppi nell'ambito della propria sfera di applicabilità¹⁹. Ciò significa, peraltro, che anche nel vigore dell'art. 25 la situazione rimane sostanzialmente invariata; l'ordinamento italiano, accetta, per la disciplina delle società e degli enti che non ricadono nella sfera di applicazione delle sue norme sostanziali, le valutazioni giuridiche dei sistemi stranieri in base ai quali essi siano venuti ad esistenza, secondo i criteri che tali sistemi determinano. Si realizza, così, una situazione analoga a quella che consegue al principio anglosassone della incorporation, espresso da un celebre autore inglese con la regola che «the existence or dissolution of a foreign corporation duly created or dissolved under the law of a foreign country is recognized by the court²⁰». Nell'ambito del meccanismo di conflitto organizzato dalla norma relati-

¹⁹ Sul punto si veda, per un'ampia analisi delle ipotesi possibili, BENEDETTELLI, *Commento all'art. 25*, cit., par. 5.

²⁰ Si tratta della Rule 139 formulata nella classica opera di DICEY and MORRIS, *The Conflict of Laws*⁹, London, 1973, 700 ss.

va alle società e agli altri enti, pertanto, il profilo di valutazione della realtà sociale utilizzato e l'elemento considerato rilevante al fine dell'attribuzione di rilevanza a valori giuridici stranieri concorrono al raggiungimento dello scopo della norma, che è quello di assicurare la continuità e l'uniformità della vita giuridica internazionale in questo specifico settore dell'esperienza aderendo nella massima misura possibile ai risultati della disciplina giuridica delle formazioni e gruppi sociali organizzata dai vari legislatori nell'ambito di competenza di ciascuno. Tenendo presente le particolari caratteristiche del profilo di valutazione della realtà sociale assunto dalla norma di conflitto a punto di riferimento della propria fattispecie, una diversa scelta quanto al fattore cosiddetto di collegamento apparirebbe, in realtà, del tutto contraddittoria rispetto alla stessa ragion d'essere della norma. Se questa mira – come si è detto – ad assicurare che l'ordinamento italiano rifletta, per quanto concerne gli enti creati da altri sistemi, la realtà giuridica di questi, essa non potrebbe senza contraddizione interna utilizzare quale elemento di individuazione del diritto competente una circostanza che non rifletta il punto di vista degli ordinamenti che provvedono a creare e ad organizzare gli enti medesimi. La norma di conflitto, in quanto non descrive fatti materiali dei quali chiede ad altri ordinamenti la valutazione in termini di disciplina di gruppo, ma si riferisce direttamente a questa disciplina in quanto creata all'estero, non può far altro che considerare decisivo il fatto di tale creazione: e gli elementi di fatto che, dal punto di vista del collegamento materiale, tale creazione hanno consentito, non possono che essere determinati dal diritto competente²¹. L'indicazione legislativa che descrive gli elementi rilevanti ai fini del funzionamento della norma di conflitto (il luogo dove «è stato perfezionato il procedimento di costituzione») non viene dunque risolta dalla stessa norma in un insieme di fatti materiali, ma deve essere vista nell'effetto giuridico al quale fa riferimento, ossia al risultato che si considera conseguito (l'effettiva costituzione dell'ente per un dato ordinamento).

Le considerazioni ora svolte spiegano anche le ragioni di fondo che militano contro l'adozione del criterio della «sede reale»²² dell'ente quale criterio di collegamento. In quanto inteso a far individuare direttamente il fattore materiale rilevante dalla norma di conflitto, tale criterio risulta in contrasto con l'idea di fondo,

²¹ Cfr. LUZZATTO, *Stato e capacità delle persone*, in *Problemi di riforma del diritto internazionale privato italiano*, Milano, 1986, 417 ss., 425 ss. A proposito degli enti e persone giuridiche, dunque, le specifiche esigenze della loro disciplina internazionaleprivatistica vengono a confermare e rafforzare sul piano dell'applicazione concreta quanto già discenderebbe da una corretta configurazione delle esigenze di funzionamento delle norme di diritto internazionale privato in generale, o quantomeno di alcune di esse. Nell'impostazione di PICONE, alla quale non si può evidentemente dedicare in questa sede più che un cenno, il caso delle società e persone giuridiche costituirebbe un esempio di rinvio all'ordinamento competente, secondo la particolare configurazione che l'Autore dà a tale figura (cfr. con riferimento alla riforma del diritto internazionale privato, *I metodi di coordinamento*, cit., 173 ss.): cfr. al riguardo BENEDETTELLI, *Commento all'art. 25*, cit., par. 4.

²² Sul rilievo della sede reale ai fini della disciplina internazionaleprivatistica delle società, e sulla controversia viva al riguardo fra i sostenitori dei diversi criteri di collegamento, cfr. BROGGINI, *Sulle società nel diritto internazionale privato*, in *RDI*, 1992, 30 ss.

che ispira i sistemi che adottano il principio dell'incorporation, ossia l'idea di dare spazio al modo in cui altri ordinamenti organizzano la disciplina giuridica dei gruppi sociali. Esso viene a sovrapporre a tale esigenza una diversa finalità, intesa piuttosto a dare rilievo al collegamento effettivo di un ente con la vita economica e sociale di un dato territorio. Ma così facendo esso finisce per far valere anche nei confronti degli ordinamenti stranieri esigenze che, in realtà, uno Stato può sensatamente soddisfare soltanto nei confronti della propria vita economica e sociale: e quindi, a bilateralizzare un criterio, che trova la sua giustificazione di fondo soltanto se utilizzato in senso unilaterale, ossia per assicurare l'applicazione di norme del foro quando il collegamento materiale con l'ambito spaziale di quest'ultimo lo faccia ritenere necessario²³.

La scelta, operata dal legislatore italiano del 1995 in favore del diritto del luogo di costituzione, intesa nel modo indicato, si inserisce in un insieme di norme che continuano a far menzione del carattere «straniero» di una società o persona giuridica: si sono già ricordati, ad esempio, a questo riguardo, l'art. 16 disp. prel. c.c. e gli artt. 2506 e 2507 c.c. Si dovrà dunque continuare ad attribuire ad un ente una sorta di «nazionalità» ai fini indicati da queste norme (e da tutte le altre che facciano riferimento al carattere «straniero» di una società od ente). In base all'art. 25 della legge di riforma, sarà ormai chiaro però che la nazionalità dell'ente non può essere intesa altrimenti che nel senso di sottoposizione alla legge indicata dall'art. 25 medesima. In questo senso, la norma internazionalprivatistica diviene strumento di interpretazione di tutte le norme, a cominciare dall'art. 16 disp. prel., che si riferiscono al carattere italiano o straniero di un ente. Al tempo stesso deve essere ribadito che l'attribuzione di rilevanza in Italia alla soggettività conferita ad un ente da un diritto straniero – il cosiddetto riconoscimento – è funzione esclusiva dell'art. 25, e non già dell'art. 16 disp. prel., sicché il condizionamento alla reciprocità stabilito da quest'ultima norma non opera affatto a questo fine. Esso potrà intervenire soltanto nel momento, logicamente successivo, dell'attribuzione dei diritti civili, nel senso definito dallo stesso art. 16: nell'ambito dei quali la soggettività, che ne costituisce il presupposto, non può in alcun modo essere collocata.

²³ Sul tema cfr. LUZZATTO, *Stato e capacità*, cit., 428 ss. A conferma del punto di vista espresso nel testo si può portare, del resto, anche l'esperienza comparativa (per la quale cfr. BALLARINO, *La nazionalità delle società e la condizione delle società straniere. Problemi generali in chiave comparatistica*, in *Studi Urbinati*, XXXVIII, Milano, 1970, 145 ss., e *Diritto internazionale privato*, cit., 595 ss.) nonché la disciplina della Convenzione di Bruxelles del 1968 sul riconoscimento delle società e persone giuridiche (sulla quale SANTA MARIA, *Diritto commerciale comunitario*², Milano, 1995, spec. 18 ss.).

4. Caratteri generali e ambito di applicazione soggettivo dell'art. 25 della legge di riforma

La nuova legge di riforma del diritto internazionale privato dedica il Capo III, composto unicamente dall'art. 25²⁴ alle persone giuridiche, e prevede, in virtù del disposto dell'art. 73²⁵, l'abrogazione, tra gli altri, degli artt. 2505 e 2509 c.c.

Ad una prima analisi, la formulazione della norma di conflitto sugli enti sembra avvalersi della consueta tecnica internazionalprivatistica, basata sull'utilizzo di uno o più elementi di connessione oggettivi destinati a localizzare la fattispecie all'interno di un determinato ordinamento, cui affidarne la disciplina in modo possibilmente integrale. Tale è infatti il metodo adottato dalla combinazione del par. 1 dell'art. 25, in cui vengono delineati i criteri con cui localizzare gli enti nell'ambito di un sistema giuridico, con il successivo par. 2, che fornisce un ampio elenco dettagliato, e certamente non esauriente, delle materie che, in quanto componenti lo statuto personale societario, rientrano nell'ambito applicativo del diritto individuato.

Il procedimento seguito nella redazione dell'art. 25 appare ispirato, come emerge dalla relazione alla legge, a ragioni di semplicità, certezza e unicità della disciplina. La scelta sembra, a prima vista, essere stata quella di affidare ad alcuni criteri di collegamento l'indicazione della legge cui assoggettare, in modo unitario e tendenzialmente onnicomprensivo, l'intero complesso di rapporti giuridici societari, ritenendo tale metodo preferibile ad altri che utilizzano, invece, elementi di connessione variabili, come il controllo, o distinti in base al tipo di società, o che addirittura frazionano la regolamentazione delle singole fattispecie. Appartengono a quest'ultima ipotesi, per esempio, le tesi tedesche sulla *Differenzierungstheorie*²⁶, per le quali la disciplina di conflitto in materia societaria dovrebbe trovare una fondamentale distinzione tra ciò che concerne i rapporti interni,

²⁴ Il testo dell'art. 25 della l. di riforma è il seguente: «(Società ed altri enti) - 1. Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. 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. 2. In particolare sono disciplinati dalla legge regolatrice dell'ente: a) la natura giuridica; b) la denominazione o la ragione sociale; c) la costituzione, la trasformazione e l'estinzione; d) la capacità; e) la formazione, i poteri e le modalità di funzionamento degli organi; f) la rappresentanza dell'ente; g) le modalità di acquisto e di perdita della qualità di associato o di socio nonché i diritti e gli obblighi inerenti a tale qualità; h) la responsabilità per le obbligazioni dell'ente; i) le conseguenze delle violazioni della legge o dell'atto costitutivo. 3. I trasferimenti della sede statutaria in altro Stato e le fusioni di enti con sede in Stati diversi hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati».

²⁵ L'art. 73 stabilisce che «Sono abrogati gli articoli dal 17 al 31 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile, nonché gli articoli 2505 e 2509 del codice civile e gli articoli 2,3,4, e 37, secondo comma, e quelli dal 796 all'805 del codice di procedura civile».

²⁶ Cfr. GRASMANN, *System des internationalen Gesellschaftsrechts*, Herne-Berlin, 1970, spec. 343 ss. e bibliografia *ivi* citata.

sottoportabili in quanto norme statutarie alla legge di incorporazione, e ciò che invece attiene alle relazioni esterne dell'ente, assoggettabili, in linea di massima, al diritto del luogo in cui è localizzabile l'attività sociale; per quanto riguarda invece l'impiego di criteri di collegamento differenti per le diverse forme societarie, tale è il sistema adottato in Svizzera con gli artt. 150 e 154 della recente legge di diritto internazionale privato (IPRG) del 18 dicembre 1987, che hanno distinto tra società «organizzate» e società prive di organizzazione, sottoposte alla legge applicabile ai contratti²⁷.

Il contesto unitario che sembra ispirare la norma di conflitto contenuta nell'art. 25, potrebbe tuttavia venire compromesso dalla stessa formulazione del criterio di collegamento adottato in via principale, come verrà in seguito approfondito.

La ricerca della legge regolatrice degli enti è impostata su un iniziale richiamo bilaterale alla legge di costituzione, che pone, in via di principio, il diritto italiano e quello straniero su una base di assoluta parità: a questo, tuttavia, segue un riferimento univoco e necessario al diritto nazionale, nel caso in cui la fattispecie manifesti con il nostro ordinamento dei contatti ritenuti particolarmente significativi, e ravvisabili nella presenza in Italia della sede amministrativa o dell'oggetto principale della società.

Prima di considerare con maggiore attenzione la scelta del legislatore in relazione ai criteri utilizzati e alle ragioni che hanno determinato il richiamo unilaterale del diritto italiano, è opportuno ricordare che la portata applicativa, tendenzialmente universale, della legge straniera di origine trova, in realtà, un primo limite nelle norme di applicazione necessaria italiane, le quali in virtù dell'art. 17 della legge di riforma, prevalgono, «in considerazione del loro oggetto e del loro scopo», su qualsiasi legge estera richiamata dalle disposizioni di diritto internazionale privato. Questa eccezione non è di scarso momento, in considerazione dell'irrigidimento normativo che ha accompagnato il verificarsi di alcuni fattori: da un lato, il massiccio impiego dello strumento societario, in forme sempre più complesse nella vita economica nazionale ed internazionale, e dall'altro, l'evoluzione strutturale e tipologica determinata dalla contestuale espansione dell'oggetto sociale²⁸. Le esigenze di assicurare la tutela dell'affidamento dei terzi e del-

²⁷ Il testo della legge svizzera è stato pubblicato il 12-1-1988 nel *Foglio Federale*, 1988, I, 5; la traduzione in lingua italiana è riprodotta in *RIPP*, 1989, 196 ss. Con riferimento alla materia societaria si vedano i commenti di REYMOND, *Les personnes morales et les sociétés dans le nouveau droit international privé suisse*, in *Le nouveau droit international privé suisse*, Lausanne, 1988, 143 ss., e di BROGGINI, *Regole societarie del nuovo diritto internazionale privato svizzero*, in *Studi in onore di Pedrazzini*, Berna, 1990, 263 ss.

²⁸ A tale proposito, si veda RORDORF, *Società consortili, di professionisti, finanziarie e SIM*, in *Le società*, 1992, 1333 ss., che riproduce la relazione tenuta al seminario «Tematiche di diritto civile e di diritto processuale civile» organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura a Roma dal 28 al 30-11-1991. Riguardo al rapporto tra fondazioni e attività imprenditoriali cfr. GALGANO, *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, Padova, 1987, 373 ss. e, meno recentemente COSTI, *Fondazione e impresa*, *RDC*, 1968, I, 13 ss. Nel percorso evolutivo della figura societaria in relazione all'oggetto sociale, si ricorda per esempio che la l. 17-2-1985 n. 17 (che ha integrato e convertito in

le parti deboli nei rapporti con la persona giuridica, e la necessità di garantire chiarezza nei traffici economici sono alcune tra le ragioni che hanno spinto l'ordinamento italiano a regolamentare sempre più in dettaglio l'esistenza e l'attività delle persone giuridiche sul suo territorio, soprattutto quando queste assumono determinate dimensioni o operano in settori particolarmente delicati per il coinvolgimento del pubblico risparmio e lo svolgimento di operazioni finanziarie. In un simile contesto normativo, quindi, si ravvisano non poche disposizioni il cui carattere imperativo, in quanto espressione di quegli interessi pubblici di garanzia e bilanciamento delle posizioni soggettive, che ne hanno motivato l'adozione, ne esige l'osservanza assoluta ed indiscriminata²⁹. L'applicazione della legge straniera, richiamata dall'art. 25 par. 1, nei confronti dell'intero statuto personale di un ente, può talvolta non rispondere in modo adeguato alle esigenze di pubblicità ritenute fondamentali del nostro ordinamento: questo avviene in particolare quando la persona giuridica è di tipo diverso da quelle nazionali, nel quale caso, l'art. 2507 c.c., non abrogato dalla riforma, prevede che le società costituite all'estero siano soggette alle norme sulla società per azioni italiana per ciò che concerne l'iscrizione degli atti sociali nel registro delle imprese e la responsabilità degli amministratori. Il complesso normativo qui richiamato si sovrappone alla disciplina straniera dell'ente solo per ciò che concerne gli aspetti summenzionati, non sostituendo il diritto originario, ma sommandosi ad esso in modo da garantire comunque la trasparenza societaria in base alle forme di pubblicità previste dal diritto italiano. Anche il contenuto dell'art. 2508 c.c., che prevede la responsabilità illimitata e solidale per le obbligazioni sociali di chi ha agito in nome della società fino al compimento delle formalità previste dagli articoli che lo precedono³⁰, non

1. il decreto del 19-12-1984 n. 853, e il cui testo composto si legge in *GU*, suppl. ord. al n. 48 del 25-2-1985) prevede che le società, costituite in qualsiasi forma al fine di gestire i beni immobili dei partiti politici e dei sindacati, oltre a non esercitare una attività commerciale si caratterizzano per l'assenza di finalità lucrativa; prive dello scopo di lucro sono pure per legge le società sportive che tuttavia devono assumere la veste di società per azioni: tale è il dettato della legge del 1981 n. 91. Si rinvia per ulteriori approfondimenti a MARASÀ, *Società sportive e società di diritto speciale*, *RS*, 1982, 493 ss.

²⁹ Sulla normativa in materia di intermediazione finanziaria e mobiliare, cfr. FERRARINI, *Il carattere pubblico della sollecitazione del risparmio*, *GCo*, 1990, I, 1013 ss.; DESARIO, *Disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull'organizzazione dei mercati mobiliari*, *RDCo*, 1991, I, 201 ss. Per un'analisi internazionale si veda anche REGOLI, *Aspetti comparatistici della disciplina del mercato finanziario dell'investimento*, *RS*, 1994, 80 ss.

³⁰ Oltre all'art. 2507 il riferimento è anche all'art. 2506 che considera le formalità cui sono sottoposte le società straniere con sede secondaria in Italia; quest'ultimo articolo è stato recentemente modificato dal d.lg. 29-12-1992 n. 516 per adempiere al disposto dell'undicesima direttiva comunitaria 89/666/CEE relativa alla pubblicità delle succursali create in uno Stato membro da taluni tipi di società soggette al diritto di un altro Stato. I testi della direttiva comunitaria e del decreto legislativo si possono leggere rispettivamente in *GUCE*, n. 1. 395 del 30-12-1989, e in *G.U.*, suppl. ord. al n. 306 del 31-12-1992. Per il contenuto del nuovo art. 2506 si rinvia alla sintesi di LAURINI, *Pubblicità delle succursali all'estero*, *RS*, 1993, 251 ss., e alle osservazioni svolte, allorché la direttiva era ancora in fase progettuale, da MANTINEO, *Gli adempimenti pubblicitari delle sedi secondarie di società*

impedisce l'applicazione della legge straniera di costituzione, bensì aggiunge un'ulteriore fattispecie rispetto a quelle eventualmente già contemplate dal diritto di origine, con efficacia per il contesto italiano relativamente alle esigenze di tutela dell'affidamento di quanti entrano in contatto con l'ente.

Per quanto concerne la classificazione soggettiva delle fattispecie riconducibili all'art. 25, questa è amplissima, comprendendo tutti quei soggetti che non sono propriamente configurabili come persone fisiche: tali, per esempio, anche gli enti unipersonali, in quanto centri di imputazione giuridica comunque distinti dal socio unico che li amministra. Non viene utilizzato, a questo proposito, nessun elemento distintivo, come invece è accaduto con la già menzionata legge svizzera, che si è servita del concetto di «organizzazione»; la norma di conflitto italiana indica il proprio ambito soggettivo di applicazione riferendosi genericamente alle società, associazioni, fondazioni «ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa». Oltre, quindi, a menzionare esplicitamente gli enti unipersonali, fuggando ogni possibile residuo di dubbio sulla loro ammissibilità in Italia³¹, l'art. 25 descrive, con ricercata precisione, le diverse figure di persone

di capitali, FI, 1987, IV. Per ciò che concerne la disciplina contenuta dagli artt. 2507 e 2508, con riguardo alla situazione precedente la riforma, VITTA, *Diritto internazionale privato*, II, Torino, 1973, 98 ss.

³¹ Il problema del riconoscimento in Italia degli enti unipersonali stranieri, soprattutto nella forma di *Anstalten e Treuunternehmen*, e della loro presunta contrarietà al nostro ordine pubblico ha afflitto a lungo dottrina e giurisprudenza, per giungere a definitiva soluzione con la nota sentenza Cass., 28-7-1977 n. 3352, GI, 1978, 1076 ss. con nota di CASSONI, che ha affermato la conformità di tali enti ai principi del nostro ordinamento e ne ha sancito l'ammissibilità in Italia. Cfr. anche le sentenze della Suprema Corte del 14-4-1980 n. 2414, FI, 1980, I, 1303 ss. e recentemente del 15-2-1993 n. 1853, FI, 1993, II, 2535 ss., con commento di CALÒ. La bibliografia sul tema è molto ricca, ci limitiamo perciò a rinviare, anche per ulteriori riferimenti, a GRECO, *Le Anstalten del Liechtenstein nell'ordinamento italiano*, RN, 1976, 981 ss.; LUZZATTO, *L'Anstalt*, cit., 62 ss.; ALBAMONTE, *L'Anstalt del Liechtenstein e l'ordinamento italiano*, Riv. not., 1977, 869 ss.; PICONE, *Diritto internazionale privato* cit., 88 ss.; MORELLO, *Le società unipersonali (l'esperienza italiana)*, RN, 1990, 45 ss. Recentemente è stata introdotta anche in Italia la figura della società a responsabilità limitata unipersonale con d.lg. del 3-3-1993 n. 88, G.U. n. 78 del 3-4-1993, in adempimento agli obblighi comunitari derivanti dalla dodicesima direttiva comunitaria del 21-12-1989 n. 667, RS, 1989, 1262 ss. Il testo della 1.19-2-1992 n. 142 recente le «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee (legge comunitaria per il 1991)» si legge in G.U. del 5-3-1992. Con la s.r.l. unipersonale la CEE ha inteso favorire un intervento comunitario di sostegno alla piccola e media impresa individuale, garantendo la limitazione del rischio. Cfr. IUDICA, *La direttiva CEE sulla società a responsabilità con socio unico*, RS, 1989, 1256 ss. Sul tema del riconoscimento degli enti stranieri in generale si rinvia a CAPOTORTI, *Considerazioni*, cit., 623 ss.; MONACO, «Persona giuridica (diritto privato e pubblico)», in *NN.D.I.*, XII, Torino, 1965, 1053 ss.; CARUSO, *Le società*, cit., 116 ss.; BALLARINO, *La nazionalità delle società*, cit., 137 ss.; LEANZA, *Società*, cit., 694 ss.; LUZZATTO, *Persona giuridica*, cit., 276 ss. spec. 280 ss.; BIGNAMI, *Riconoscimento e trattamento delle società straniere nell'ordinamento italiano: considerazioni sul significato del termine società*, RS, 1980, 121 ss.; ANGELICI, *Appunti* cit., spec. 12 ss. e 100 ss.; COSCIA, *Il riconoscimento*, cit., spec. 86 ss.; SANTA MARIA, *Problemi attinenti al diritto internazionale privato e processuale delle società*, RS, 1987, 1473 ss. e in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padova, 1990, 805 ss.; *Società*, cit., 883 ss.

giuridiche cui si rivolge, facendo comunque leva sul concetto di «ente» per esaurire la categoria che assume in oggetto.

Tale termine non può che essere definito in modo molto generico sulla base della nozione attribuitagli dalla tradizione civilistica, latamente intesa in virtù della autonomia interpretativa che contraddistingue le norme di diritto internazionale privato. Il riferimento pertanto è a tutte quelle fattispecie dotate, in misura più o meno ampia, di autonomia patrimoniale, da cui deriva una loro formale posizione soggettiva giuridicamente distinta da quella delle persone fisiche – e giuridiche – che ne fanno parte, a prescindere da una loro completa personificazione sul piano normativo e dalla diversità che presentano con la tipologia societaria italiana; è sufficiente che esse si manifestino, da un punto di vista formale, come autonomi centri di imputazione giuridica e appaiano, in quanto tali, titolari di rapporti di diritto. A tale proposito, l'esigenza di disporre di criteri idonei ad individuare la categoria delle persone giuridiche, al fine di distinguere tra materia contrattuale e societaria, può giustificare il ricorso implicito a quel concetto di organizzazione che il legislatore italiano, a differenza di quello svizzero, non ha espressamente menzionato nella disposizione di conflitto relativa alle persone giuridiche, ma che tuttavia sintetizza bene il carattere delle situazioni assunte ad oggetto della norma contenuta nell'art. 25³². L'ente infatti si identifica con una realtà giuridicamente organizzata, composta da uno o più membri e disciplinata in modo particolare dal diritto poiché finalizzata a perseguire scopi economici o sociali tutelati dall'ordinamento; tale figura giuridica, quindi, riassume concettualmente un insieme di posizioni soggettive che si contraddistinguono per il carattere unitario che deriva loro proprio dall'essere connesse ad un complesso organizzato.

In realtà, l'analisi qui evidenziata non esaurisce il problema della qualificazione: se l'alterità formale e l'organizzazione sono gli elementi intrinseci al concetto di ente, indispensabile al fine di poter selezionare le situazioni giuridiche riconducibili nel contesto dell'art. 25, l'effettiva verifica della caratterizzazione puramente negoziale o societaria della fattispecie o di alcuni aspetti di essa, con la conseguente applicazione del diritto materiale appropriato, può, tuttavia, dover essere talvolta condotta alla luce della *lex causae*³³.

³² Cfr. BROGGINI, *Regole societarie del nuovo diritto internazionale privato svizzero*, in *Com. e studi Ist. dir. int. e stran. Univ. Milano*, XIX e XX, Milano, 1992, 103 ss. spec. 114 ss., il quale ricorda che «organizzazione richiama struttura e quindi differenze di posizioni all'interno, e un non meglio precisato grado di unità verso l'esterno; organizzazione richiama anche organo, cioè strumento di conduzione di quell'unità e strumento di rappresentanza di quell'unità verso l'esterno».

³³ Potrebbe profilarsi l'ipotesi che il rapporto oggetto della controversia pur inerendo alla formazione societaria sia riconducibile, dall'ordinamento di incorporazione dell'ente, genericamente alla disciplina materiale dei contratti. Se, come si è evidenziato, si ritiene che la *lex causae* debba essere intesa il più delle volte come legge di incorporazione (piuttosto che come legge di costituzione in senso stretto), al fine di dare pratica attuazione ad un regime di conflitto implicitamente attento all'atteggiamento dei sistemi giuridici interessati dalle singole fattispecie, relativamente alla loro effettiva volontà di trovare di volta in volta applicazione, il criterio utilizzato dall'art. 25 par. 1 potrebbe tuttavia talora dar luogo *concretamente* ad una indagine nel senso inverso, traducendosi nel

L'aspetto è molto delicato, soprattutto se associato al sistema del rinvio, introdotto in via generale, salvo alcune eccezioni, dall'art. 13 della legge di riforma, sia nella forma del rinvio indietro che del rinvio altrove³⁴. La questione legata al rinvio verrà approfondita più avanti, tuttavia, per il momento è indispensabile anticipare il tipo di effetti che una qualificazione *lege causae* della fattispecie può riportare sulla legge concretamente applicabile.

È noto che l'obiettivo principale perseguito dalla tecnica del rinvio consiste nella ricerca di una uniformità delle soluzioni sul piano internazionale: pertanto, se all'attenzione rivolta al diritto internazionale privato straniero, nell'individuazione della legge materialmente applicabile, non si fa corrispondere una medesima considerazione per le conclusioni in materia di qualificazione, cui addiverrebbe l'ordinamento in questione, si rischia di vanificare il senso stesso del ricorso al rinvio. L'art. 15 della legge di riforma, del resto, impone all'interprete di servirsi dei criteri di interpretazione della legge straniera richiamata: ciò dovrebbe valere anche nei confronti delle disposizioni di conflitto degli ordinamenti individuati mediante la tecnica del rinvio³⁵.

rilievo attribuito al diritto cui la fattispecie sembra ab origine avere fatto riferimento per la propria organizzazione giuridica; tale sottile distinzione metodologica è dovuta alla circostanza per cui l'idea dell'incorporazione connessa all'istituto societario deve confrontarsi con gli aspetti «eterogenei» che certe formazioni sociali, aventi carattere di estraneità, possono presentare per l'ordinamento del foro, e con la relativa difficoltà dell'interprete di individuare direttamente l'ordinamento che ha dato vita alla formazione sociale, prima ancora di avere verificato che tale effetto si sia realmente prodotto in quel sistema giuridico. Pertanto, da un punto di vista strettamente pratico, si verificherà probabilmente, con riferimento a situazioni non soggette a particolari procedure costitutive (e quindi in assenza di un ordinamento che manifesti inequivocabilmente la propria competenza), o difficilmente qualificabili in modo univoco, che l'operatore giuridico inizierà la propria ricerca internazionaleprivatistica partendo dal diritto cui la fattispecie sembra avere fatto riferimento per la propria disciplina, salvo poi valutare, nell'ambito di questo, la sua reale configurazione giuridica. L'ipotesi più immediata è quella di una formazione sociale dai caratteri sconosciuti al nostro ordinamento, organizzata secondo un particolare diritto straniero al quale si mostra collegata anche sotto altri profili: è facile presumere che proprio dall'esame di questo ordinamento il giudice italiano comincerà la propria indagine, anche se non è ancora certo che detta legge consideri quella formazione sociale al proprio interno come un ente di diritto commerciale, ma piuttosto la riconduca ad un regime contrattuale determinato, o al contesto di altri settori giuridici, come per esempio al diritto di famiglia.

³⁴ L'art. 13 par. 1 stabilisce che quando negli articoli della legge di riforma «è richiamata la legge straniera, si tiene conto del rinvio operato dal diritto internazionale privato straniero alla legge di altro Stato: a) se il diritto di tale Stato accetta il rinvio; b) se si tratta di rinvio alla legge italiana». Sul rinvio in generale cfr. BALLARINO, «Rinvio (diritto internazionale privato)», in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1005 ss.; DAVI, *Le questioni generali del diritto internazionale privato nel progetto di riforma, RDIn*, 556 ss.

³⁵ Si è già visto come la legge svizzera, per esempio, distingue la soluzione di conflitto a seconda che si tratti di figure societarie organizzate, regolate dalle norme contenute negli artt. 154 ss., o di società semplici non organizzate, demandate invece alla disciplina internazionaleprivatistica propria dei contratti in base agli artt. 116 ss. Il nostro codice civile considera in modo indistinto le società semplici, pertanto se nella valutazione del rinvio operato dal diritto internazionale privato svizzero si considerano tali fattispecie secondo la classificazione giuridica italiana esse ricadono nell'ambito della materia societaria e quindi degli artt. 154 ss., mentre se le si qualifica alla stregua del diritto

Se l'interprete italiano ritiene di trovarsi di fronte ad un rapporto giuridico di natura societaria, ricercherà alla luce dell'art. 25 la legge virtualmente applicabile, in questo caso quella di costituzione, demandando ad essa in via di principio la qualifica effettiva della fattispecie³⁶, al fine di individuarne mediante le disposizioni di conflitto di quella stessa legge l'ordinamento regolatore, sempre che quest'ultimo accetti il rinvio. La procedura, in realtà, è meno macchinosa di quanto possa sembrare, poiché le società, in virtù delle formalità cui sono generalmente sottoposte per la loro costituzione, si presentano nella maggior parte dei casi già organizzate secondo una determinata legge, la quale, nel proprio ambito, provvede a qualificarle in questo senso.

Il problema può tutt'al più porsi per quelle situazioni di confine tra l'ambito contrattuale e quello societario, in particolare quando, nel caso si profili quest'ultima ipotesi, non siano comunque previste forme specifiche di costituzione o di pubblicità. Ad una prima analisi si ritiene, tuttavia, che, sia utilizzando i criteri suggeriti dall'art. 25 della legge di riforma, sia ricorrendo, in assenza degli elementi tipici della figura di un ente, come genericamente inteso sopra, a quelli impiegati per le obbligazioni contrattuali, il risultato cui si perviene risulti essere, in sostanza, il medesimo³⁷. La legge richiamata dal nostro diritto internazionale privato, in base alla quale effettuare anche una appropriata qualificazione della fattispecie, finirebbe nella pratica il più delle volte per coincidere nei due casi, trattandosi, in ultima analisi, del diritto al quale le parti, raffigurabili come soci o come contraenti, fanno riferimento per regolamentare le proprie posizioni reciproche, sempre che, nel caso la fattispecie venga qualificata come formazione societaria, l'ordinamento indicato si reputi competente a disciplinarla.

svizzero, come farebbe lo stesso interprete svizzero, le società semplici prive di organizzazione sono riconducibili al contesto contrattuale, finendo per essere assoggettate ad una regolamentazione materiale presumibilmente differente.

³⁶ Il ricorso all'ordinamento di incorporazione, interpretando in questo senso il richiamo effettuato dalla nostra norma di conflitto, conduce a riconoscere pieno titolo applicativo a quel sistema giuridico che, avendo originariamente contribuito all'organizzazione giuridica della formazione sociale in esame, ha quindi già determinato da sé la propria competenza a disciplinare in concreto la fattispecie societaria (si veda *supra* par. 3). Cfr. esaurientemente al riguardo, BENEDETTELLI, *Commento*, cit.

³⁷ Si ricorda tuttavia che la qualificazione della fattispecie in un senso piuttosto che nell'altro comporta l'obbligo di applicare la tecnica del rinvio, di cui all'art. 13, nel caso in cui la situazione venga ricondotta nell'alveo della norma di conflitto in materia societaria in virtù di un'applicazione estensiva di quest'ultima; tale tecnica risulterebbe, al contrario, esclusa dal ricorso all'art. 57 della l. di riforma relativo alle obbligazioni contrattuali, in quanto la convenzione di Roma del 1980, ivi richiamata, non prevede il rinvio e tale scelta viene fatta salva dallo stesso art. 13 par. 4 della l. di riforma. Nella prima delle due ipotesi evidenziate, il rilievo attribuito all'autonomia delle parti del contratto sociale nella scelta della legge regolatrice non è dettato da una esplicita previsione della legge in questo senso (e come tale quindi non soggetto al meccanismo del rinvio in virtù dell'art. 13 par. 2 lett. a), bensì ricorre come ausilio interpretativo nella ricerca dell'ordinamento che presumibilmente ha consentito l'incorporazione dell'entità societaria, in quanto ordinamento a cui i soggetti hanno fatto riferimento per la regolamentazione dei loro rapporti reciproci, dovendosi tuttavia accertare che il sistema giuridico così individuato qualifichi a propria volta la fattispecie come formazione societaria e ne abbia realmente consentito l'origine.

5. Criteri di collegamento utilizzati dall'art. 25. Problematica

Come si è già avuto modo di osservare, il criterio di collegamento adottato in via principale dall'art. 25 è quello del luogo di costituzione³⁸. Per la precisione, il testo della norma attua un richiamo alla legge «dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione», suscitando non poche perplessità in merito all'applicazione di tale criterio ad un certo numero di fattispecie il cui perfezionamento costitutivo è dubbio o addirittura inesistente. In passato vi era stato chi aveva preferito distinguere il criterio della costituzione da quello dell'incorporazione³⁹, ritenendo quest'ultimo il risultato di una differente tecnica internazionaleprivatistica, basata non sull'utilizzo di elementi di collegamento oggettivi volti a localizzare la fattispecie nell'ambito di un ordinamento, come lo stesso concetto di costituzione implica, quanto piuttosto sul diretto riferimento allo Stato che si ritiene competente a fornire la disciplina giuridica dell'ente, avendo provveduto alla sua incorporazione. Mentre il criterio di costituzione richiama idealmente una ricerca obiettiva, da parte dell'interprete, del *luogo* in cui il procedimento costitutivo è stato presumibilmente posto in essere, con le incertezze che derivano per quelle fattispecie societarie che non sono soggette a particolari formalità, il rinvio all'ordinamento di incorporazione comporta invece un'indagine del sistema giuridico per effetto della cui legislazione l'ente è venuto ad esistenza e che, quindi, considera l'ente di propria appartenenza in quanto ne ha determinato la creazione. Per quanto concerne la norma di conflitto sulle persone giuridiche introdotta dalla riforma, sotto il profilo letterale essa sembra riconducibile alla prima delle due tesi sopra esposte, ma appare giustificato ritenere che la rigidità della formulazione possa essere superata a livello interpretativo al fine di concedere uno spazio più ampio all'idea dell'incorporazione⁴⁰, finendo così per

³⁸ Inizialmente, il testo presentato alle Camere, impostava il richiamo al diritto regolatore degli enti sul criterio della sede amministrativa, presumendo quest'ultima, salvo prova contraria, equivalente a quella statutaria e quindi situata nel luogo di costituzione. Adottato all'ultimo momento l'emendamento che proponeva come elemento di connessione il luogo di costituzione della persona giuridica, si sono invertite in un colpo tutte le considerazioni che avevano sostenuto la scelta precedente in seno alla commissione redigente, e che erano state tradotte nella stessa relazione al progetto di legge. Le ragioni di tale repentina modifica non sono chiaramente individuabili, sebbene siano comunque intuibili alla luce delle motivazioni tradizionalmente avanzate dai sostenitori del criterio di incorporazione, in contrapposizione alle tesi di quanti proponevano piuttosto il ricorso alla legge della sede effettiva. Cfr. rispettivamente LUZZATTO, *Stato e capacità delle persone*, in *Problemi di riforma*, cit., 417 ss. e VITTA, *Memoriale e progetto di legge*, ivi, 3 ss. spec. 58 ss.

³⁹ Cfr. CAPOTORTI, *Caratteri generali della riforma e regime delle società in diritto internazionale privato*, in *La riforma del diritto internazionale privato e i suoi riflessi sull'attività notarile. Atti del convegno di studi in onore di Mario Marano*, Napoli 30/31-3-1990, Milano, 1991, 27 ss. e 151 ss.; BALLARINO, *Le società per azioni*, cit., 14 ss. Si veda anche PICONE, *Diritto internazionale privato*, cit., 100 ss.

⁴⁰ Cfr. BALLARINO, *Personnes, famille, régimes matrimoniaux et successions dans la loi de réforme du droit international privé italien*, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 1996, 85, 21 ss. spec. 36 ss.

attenuare notevolmente la differenza tra le due imposizioni ricordate.

Innanzitutto, si ritiene che l'accertamento della avvenuta creazione di un ente debba essere valutato alla luce della legge interessata da tale evento, non potendosi certo all'uopo richiedere l'espletamento di tutte le formalità stabilite dalla nostra normativa civilistica; ciò infatti porterebbe all'errata convinzione che le uniche persone giuridiche straniere riconoscibili in Italia siano quelle costituite all'estero secondo il medesimo procedimento formativo previsto dalla legge italiana, e quindi unicamente nel caso in cui esse corrispondano alla tipologia societaria contemplata dal nostro ordinamento. Questa conclusione contrasta evidentemente con l'atteggiamento di apertura che permea l'art. 25, quando sottopone l'intero statuto personale degli enti alla loro legge di origine, ed in particolare con il disposto dell'art. 2507 c.c., il quale ammette esplicitamente l'operatività sul territorio italiano di società straniere diverse da quelle nazionali, purché vengano adempiute alcune formalità a tutela dei terzi.

Stabilito, quindi, che i presupposti per la formazione giuridica di un ente devono essere appurati secondo lo stesso ordinamento che ne ha curato il sorgere, la ricerca materiale di quest'ultimo sembra, da un punto di vista pratico, esaurirsi nella localizzazione della sede statutaria, la quale come è noto viene tradizionalmente situata nel luogo di costituzione dell'ente. La norma di conflitto, infatti, facendo espresso riferimento al territorio dello Stato di costituzione, suggerisce un implicito ricorso all'elemento manifestamente territoriale e certo del procedimento di costituzione, che è rappresentato, per l'appunto, dal luogo in cui, per statuto, è situata la sede, e a cui corrisponde, se necessaria, anche la registrazione della persona giuridica. Tale considerazione vale tuttavia nella misura in cui offre all'interprete un iniziale ausilio ai fini dell'individuazione della *lex societatis*, in quanto, se, in ragione di una sentita esigenza di coordinamento tra sistemi giuridici⁴¹, il criterio impiegato nella norma di conflitto viene interpretato elasticamente come rinvio all'ordinamento di incorporazione, occorrerà comunque accertare che lo Stato che ospita la sede statutaria sia in realtà quello che, contribuendo concretamente nel proprio ambito all'organizzazione giuridica della formazione sociale, abbia provveduto ad incorporarla e si reputi pertanto competente a disciplinarla.

Se quanto detto può valere per tutti quei casi in cui la società straniera è validamente costituita all'estero in base a delle particolari formalità, la situazione, tuttavia, si complica non poco allorché la fattispecie societaria non sia sottoposta a requisiti specifici di costituzione, o, nel caso questi siano invece previsti, l'ente esista solo in una forma embrionale o irregolare, poiché la procedura non è stata ultimata o correttamente adempiuta.

Il criterio utilizzato dalla disposizione di conflitto sembra divergere da quanto osservato in precedenza a proposito del carattere unitario che ispira l'art. 25, in relazione alla diversa tipologia di persone giuridiche contemplate. Infatti potrebbe

⁴¹ Cfr. in generale PICONE, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, 1986.

sembrare che gli unici enti assoggettabili al richiamo internazionalprivatistico, specifico per le persone giuridiche, siano quelli che risultino essere propriamente tali per il diritto d'origine, escludendo dal campo di applicazione dell'art. 25 tutte quelle fattispecie il cui procedimento formativo non si sia perfezionato o non sia riconducibile all'esplicarsi di precise formalità, nonostante nella realtà si presentino invece con una, seppur parziale, autonoma posizione soggettiva. Si pensi, per esempio, alle figure associative più semplici e talvolta informali ravvisabili comunemente nell'ambito dei diversi ordinamenti, come la partnership anglosassone, o alla società di capitali tedesca in corso di formazione, sussumibile nell'istituto della *Vorgesellschaft*.

Potrebbe profilarsi, quindi, l'ipotesi che il legislatore abbia implicitamente optato per una distinzione, nell'alveo delle figure societarie, tra quelle che presentano una connotazione istituzionistica e quelle invece caratterizzate dall'elemento contrattualistico, utilizzando il criterio di «perfezionamento costitutivo» come formale discriminante, al posto del concetto di organizzazione adoperato, come visto, dalla legge svizzera. In tal caso, la formulazione dell'art. 25 risulterebbe essere alquanto contraddittoria, perché, se da un lato sembra ispirarsi all'unitarietà della categoria, in virtù dell'ampia e tendenzialmente onnicomprensiva definizione della sua portata soggettiva, dall'altro potrebbe attuarsi di fatto una sostanziale, ma non esplicita, distinzione tra persone giuridiche formalizzate ed enti che non lo sono, con conseguente esclusione di questi ultimi dall'ambito applicativo dell'art. 25.

Non si dispone ancora di prassi interpretativa e le relazioni che accompagnano gli atti parlamentari relativi alla legge di riforma tacciono sul punto; non è dunque possibile trarre delle conclusioni definitive al riguardo, tuttavia si possono svolgere alcune considerazioni di carattere generale sulle implicazioni giuridiche che conseguirebbero a ciascuna delle due interpretazioni possibili.

Innanzitutto, è opportuno ricordare che lo spirito con cui è sempre stata affrontata la materia dalla prevalente dottrina e giurisprudenza è quello di assoggettare l'intera categoria, seppure eterogenea, ad un'unica regolamentazione di conflitto, tanto che in passato, nonostante fosse incerta l'origine e l'esistenza stessa di una norma sulle società, la tendenza era di considerarle comunque in modo unitario, evitando di ricondurre le forme più semplici alla norma sulle obbligazioni contrattuali. Tale era l'orientamento generale anche in sede di riforma, come risulta dalla relazione al disegno di legge, per la quale la categoria comprendeva anche «enti non personificati o la cui personalità è controversa».

In secondo luogo, il problema della sottoposizione delle fattispecie, presumibilmente escluse dall'art. 25, ad una norma di conflitto differente conduce inevitabilmente a scegliere quella relativa ai contratti, ossia l'art. 57 che rinvia alla convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali in materia civile e commerciale, la quale, sebbene venga esplicitamente richiamata «in ogni caso», esclude tuttavia dal proprio ambito applicativo le questioni inerenti allo statuto personale della società, come risulta dal suo stesso art. 1 lett. e).

Se si ritiene possibile, come in alcuni primi interventi orali di commento alla legge è stato ipotizzato, che il testo convenzionale sia applicabile a prescindere dalle limitazioni ivi previste, in virtù del richiamo generico operato dalla norma di conflitto nazionale che ne estende l'applicazione ad ogni tipo di obbligazione contrattuale, la materia societaria non riconducibile all'art. 25 potrebbe pertanto trovare comunque una soluzione di conflitto nel contesto normativo contenuto nella convenzione. Accentuandone l'aspetto contrattuale le fattispecie non personificate verrebbero concepite come una rete di obbligazioni negoziali, ciascuna delle quali disciplinata dalla legge scelta dalle parti, o in assenza, dal diritto del paese con il quale presenta la connessione più stretta. Non è da escludere, poi, che anche in tale contesto si potrebbe attribuire in materia di qualificazione una certa competenza alla legge straniera, al fine di definire la reale consistenza giuridica della fattispecie, e decidere così se sottoporla alla disciplina materiale relativa alle società piuttosto che ai contratti. A tale proposito si può riflettere su ipotesi di società di persone non rigidamente definite dal punto di vista tipologico, come avviene per esempio, nella normativa societaria danese in cui esse vengono affidate, almeno in parte, alla autonomia contrattuale, e regolate dai rispettivi statuti nel contesto della prassi giuridica consolidata in ambito nazionale. Si ricorda che la convenzione, cui si conforma la nostra legge di riforma con l'art. 13 par. 4, esclude l'operare del rinvio e prevede la possibilità per l'interprete di applicare, in presenza di alcune circostanze, disposizioni imperative di ordinamenti terzi rispetto a quello che regola, in via principale, la fattispecie⁴².

Per quanto riguarda l'altra ipotesi possibile, essa consiste nel ricondurre anche le fattispecie non propriamente perfezionate nell'ambito dell'art. 25, in funzione di una trattazione unitaria della materia. Il problema in questo caso consiste nel riuscire a qualificare una situazione giuridica non ancora definita in base alla legge presumibilmente applicabile se invece fosse tale. Una società in corso di formazione non gode ancora della personalità giuridica piena, tuttavia sono in genere previsti degli specifici regimi di responsabilità per coloro che hanno agito in suo nome, talvolta unitamente alla stessa società costituenda, nella sua forma embrionale, o all'ente definitivamente sorto se ratifica le operazioni precedenti. La qualificazione di tali fattispecie nel senso di ricondurle al contesto societario piuttosto che a quello puramente negoziale o rappresentativo, se affidata alla legge destina-

⁴² A proposito della disciplina contenuta nella convenzione di Roma, ora richiamata anche dall'art. 57 della l. di riforma, si rinvia alla relazione sulla convenzione a cura di GIULIANO e LAGARDE, in *GUCE*, n. C 282 del 31-10-1980; cfr. inoltre TREVES (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983; BALLARINO, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali entra in vigore*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1991, 648 ss.; BONOMI, *Il nuovo diritto internazionale privato dei contratti: la convenzione di Roma del 19-6-1980 è entrata in vigore*, *ibidem*, 1992, 36 ss.; BROGGINI, *La scelta della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali nella convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, *FP*, 1992, II, 32 ss.; BALLARINO e BONOMI, *Sulla disciplina delle materie escluse dal campo di applicazione della convenzione di Roma*, *RDIn*, 1993, 939 ss.

ta a disciplinare il futuro ente cui ineriscono, implica una coerenza normativa nella regolamentazione dei rapporti che intercorrono tra la situazione di pre-incorporazione e quella di incorporazione avvenuta, consentendo il rispetto dei principi posti a tutela dell'affidamento.

Una questione diversa da quella appena esaminata può porsi con riferimento all'ipotesi in cui, relativamente ad una determinata fattispecie societaria, il richiamo alla legge dello Stato di costituzione degli enti, attuato dalla norma di conflitto contenuta nell'art. 25 par. 1, non operi in modo univoco, in quanto si riscontrino più ordinamenti che hanno provveduto, ciascuno nel proprio ambito giuridico, ad incorporare l'ente sulla base dei diversi presupposti assunti al riguardo dei rispettivi diritti societari nazionali. Supponendo una differenza di contenuti tra le diverse leggi in gioco, si tratta a questo punto di capire se, in sostanza, ci si trovi di fronte ad un'unica formazione sociale, che riceve una differente disciplina nell'ambito dei diversi sistemi giuridici con cui presenta contatti, o piuttosto a due distinte persone giuridiche. La situazione dovrà trovare soluzione in base alle peculiarità dei singoli casi in esame, anche perché è necessario considerare l'effettiva valutazione attuata dagli ordinamenti in gioco relativamente alla loro reale volontà di disconoscere l'esistenza straniera dell'ente, potendosi in ipotesi configurare un caso simile a quello che prevede l'applicazione necessaria del diritto italiano, di cui all'ultima frase dell'art. 25 par. 1, il quale non sembra implicare di per sé la negazione del carattere estero della società⁴³.

I problemi interpretativi e qualificatori che si pongono in relazione alla formulazione dell'art. 25 par. 1 non sono evidentemente di facile soluzione, e soprattutto si prestano a differenti approcci a seconda delle circostanze concrete in cui si presentano le singole fattispecie. Certo è che se, da un lato, le questioni applicative non sempre consentono una valutazione in termini specifici ed univoci, dall'altro, la concreta indagine circa la legge regolatrice degli enti richiederebbe un percorso lineare, tale da condurre a conclusioni possibilmente uniformi sul piano internazionale, e idonee a soddisfare le condizioni di certezza ed effettività necessarie nei rapporti giuridici ed economici societari.

L'utilizzo della tecnica del rinvio è stato previsto per rispondere a questo tipo

⁴³ Un ampio approfondimento sul punto, con l'elaborazione di interessanti soluzioni in parte condivisibili riguardo al problema evidenziato, è offerto da BENEDETTELLI, *Commento*, cit. L'Autore propone, tra l'altro, con una serie di distinzioni a seconda dell'intensità applicativa dei diritti in gioco, il temperamento dei diritti interessati dalla fattispecie, procedendo, in certi momenti ad una sorta di adattamento delle singole norme materiali. Tale tecnica, tipica di altri sistemi giuridici, come quello tedesco, è in realtà da sempre poco praticata nel nostro ordinamento, se si eccettuano i casi di applicazione cumulativa originati dal ricorso al criterio della cittadinanza; sebbene premi la coerenza di un sistema volto a coordinare la competenza delle legislazioni interessate dalla fattispecie, e privilegi un approccio empirico, calato, come tale, nella realtà concreta della situazione in esame, ci si chiede tuttavia se il ricorso al metodo dell'adattamento in senso stretto non comporti un'eccessiva e non prevedibile frammentazione nella disciplina della fattispecie, a scapito dell'esigenza di certezza del diritto e della tutela dell'affidamento, dando luogo di fatto all'applicazione di un diritto «composto» in sede giudiziale.

di esigenze, sebbene la sua portata venga notevolmente ridimensionata dai risultati cui conduce la norma di conflitto sulle persone giuridiche, nella formulazione adottata dall'art. 25 par. 1. A prescindere dai problemi legati alla qualificazione, evidenziati in precedenza, la combinazione dei criteri di collegamento su cui si impernia la nostra disposizione di diritto internazionale privato – e che riflette in misura variabile le soluzioni di conflitto in materia generalmente adottate all'estero – esaurisce per molti aspetti l'effetto perseguito dal sistema stesso del rinvio. La forma del rinvio indietro, infatti, finisce per essere superata dal richiamo alla legge di incorporazione associato alla sottoposizione necessaria al diritto italiano delle fattispecie che sul nostro territorio hanno, come vedremo, collegamenti effettivi, coprendo già in prima battuta entrambe le ipotesi più frequenti di richiamo internazionalprivatistico presumibilmente contemplate dall'ordinamento richiamato.

Per quanto concerne il rinvio altrove, il primo problema da risolvere è relativa all'estensione della ricerca mediante rinvio, resa dubbia dalla stessa formulazione dell'art. 13: non è sufficientemente chiaro infatti se la ricerca dell'ordinamento che accetta il rinvio può proseguire virtualmente all'infinito, ovvero arrestarsi al primo sistema giuridico richiamato dal diritto internazionale privato straniero cui rinviano le nostre norme di conflitto⁴⁴. Qualunque sia la soluzione generale rispetto a tale questione, l'applicazione della tecnica del rinvio in materia di persone giuridiche sembra comunque destinata ad esaurirsi alle prime fasi; infatti, gli ordinamenti, il cui diritto internazionale privato richiama la legge del luogo della sede amministrativa, solitamente prevedono, per esigenze di coerenza applicativa, comunque la possibilità di applicare la propria legge materiale nel caso in cui l'ente in questione si sia costituito in ambito nazionale. In genere la tendenza è quella di far coincidere, o per esplicita previsione normativa o per prassi giurisprudenziale, la sede effettiva con quella statutaria, se è solo quest'ultima ad essere situata sul territorio. Del resto, è comprensibile come uno Stato che ha incorporato una società non possa evitare di continuare a disciplinarla per il solo motivo che essa presenta connessioni, seppure consistenti, con un paese straniero, a meno che non rinvenga un'ipotesi di avvenuto trasferimento di sede statutaria all'estero. Portando all'estremo questo ragionamento, si può arrivare a chiedersi perfino quale possa essere, nella pratica, la funzione del rinvio nei confronti dell'art. 25 par. 1 che richiama l'ordinamento di costituzione di una società, dal momento che per la sola circostanza di averla incorporata e quindi disciplinata nella sua esistenza, indipendentemente dai presupposti assunti a tal fine, si esprime la volontà dell'ordinamento in questione di trovare applicazione, a prescindere dal proprio diritto internazionale privato.

Diverso era il valore del rinvio, invece, con la soluzione adottata in precedenza dal progetto di riforma italiano impostata sul criterio della sede effettiva, poiché

⁴⁴ Si veda BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 1996, spec. 175 ss.

l'ordinamento individuato poteva non essere quello di incorporazione e quindi mostrarsi anche estraneo alla fattispecie. Sembra pertanto plausibile ritenere che, salvo conclusioni particolari legate al problema della qualificazione come osservato in precedenza, la legge applicabile all'ente finisca per coincidere, il più delle volte, con quella dell'ordinamento richiamato dalla nostra norma di conflitto, in quanto diritto di incorporazione e come tale originariamente competente anche per quello stesso sistema giuridico.

Naturalmente le considerazioni sopra esposte riguardano i casi in cui non rilevano quelle circostanze che, in base all'ultima parte del par. 1 dell'art. 25, motivano, invece, l'applicazione necessaria e unilaterale del diritto italiano: si tratta della presenza in Italia della sede dell'amministrazione o dell'oggetto principale dell'ente. Trattandosi di connessioni effettive, queste sono ravvisabili non tanto nel momento costitutivo quanto piuttosto nella pratica societaria. È evidente l'intenzione di garantire all'ordinamento italiano il controllo diretto nei confronti di quelle persone giuridiche che, presentando un collegamento significativo e concreto con il nostro territorio, ricadono in una sfera di interesse nazionale.

Il rilievo che i summenzionati aspetti dell'attività dell'ente assumono per la vita giuridica ed economica del nostro paese trova, dunque, espressione nell'obbligo di sottoporre queste fattispecie integralmente alla legge materiale italiana, come prevedeva similmente l'art. 2505 c.c., ora abrogato dalla legge di riforma. Le considerazioni dottrinali svolte in passato relativamente all'operatività di tale articolo possono valere *mutatis mutandis* anche per la norma unilaterale contenuta nell'art. 25 par. 1⁴⁵; ciò che però può essere opportuno approfondire riguarda l'incisività dell'applicazione del diritto italiano a questa categoria di società, allorché esse siano sorte secondo una legge straniera. Il precedente art. 2505 c.c. richiedeva espressamente l'assoggettamento dell'ente alla normativa nazionale anche per ciò che concerneva i requisiti di validità dell'atto costitutivo; questo aspetto non viene menzionato nell'art. 25, probabilmente ritenendolo già compreso nel richiamo generale alla legge italiana. Tuttavia, poiché la localizzazione degli elementi summenzionati in Italia per un ente incorporato all'estero è suscettibile di avvenire il più delle volte solo posteriormente al momento costitutivo, l'applicazione del diritto nazionale sembra intervenire solo in relazione al manifestarsi del contatto richiesto con il territorio italiano, non incidendo sull'identità precedente dell'ente, che mantiene quindi la sua origine straniera⁴⁶. Se interpretata in base al principio

⁴⁵ Per le varie posizioni dottrinali a proposito degli artt. 2505 e 2509 c.c. in riferimento alla situazione precedente la riforma: VITTA, *Diritto*, cit., 61 ss.; LUZZATTO, *Persona giuridica*, cit., spec. 286 ss.; SIMONETTO, *Delle società. Trasformazione e fusione delle società. Società costituite all'estero od operanti all'estero*, (artt. 2498-2510), in *Comm. Scialoja e Branca*², Bologna-Roma, 1976, 387 ss.; PICONE, *Diritto*, cit., 137 ss.; COSCIA, *Il riconoscimento*, cit., 145 ss.; SANTA MARIA, *Problemi*, cit., 1473 ss. situazione prevista dall'applicazione dell'art. 2505 c.c. prima che venisse abrogato.

⁴⁶ A tale proposito, in passato era già emersa la questione relativa alla sottoposizione di un atto costitutivo regolato da un diritto straniero alla necessaria omologazione da parte del tribunale italiano nelle ipotesi previste dall'art. 2505 c.c., prima che venisse abrogato. In tali situazioni ci si era po-

di continuità dell'esistenza delle società, la prevista applicazione necessaria del diritto italiano sembra di fatto richiedere all'ente di conformarsi, senza soluzione di continuità, alle prescrizioni nazionali in materia societaria, senza però né discostarne l'origine straniera, né escludere che lo stesso ente mantenga la sua originaria identità giuridica nel paese di incorporazione, se questo lo consente. Anche il par. 3 dell'art. 25, che contempla, invece, specificamente l'ipotesi del trasferimento di sede statutaria in altro Stato e le fusioni di enti con sede in Stati diversi, appare ispirato al medesimo principio, riconoscendo implicitamente la continuità delle persone giuridiche che spostano la sede sociale all'estero nel rispetto delle leggi interessate⁴⁷.

6. *Portata della legge regolatrice delle società e statuto personale*

La legge richiamata dall'art. 25 par. 1 è competente a disciplinare, in via di principio, l'intero statuto personale delle società, ossia tutto quel complesso di materie elencate solo esemplificativamente nel successivo par. 2 dell'articolo citato.

L'ambito applicativo del diritto chiamato a regolare le persone giuridiche contempla oltre alla costituzione, trasformazione ed estinzione, anche gli aspetti relativi alla natura giuridica e alla denominazione sociale, alla capacità, all'organizzazione interna, alla rappresentanza e responsabilità dell'ente, alla posizione dei soci e alle conseguenze che derivano dalle violazioni della legge o dell'atto costitutivo. Come già osservato in precedenza, la funzione indicativa e non esauriente del par. 2, suggerita dallo stesso contesto letterale, lascia intendere la portata tenden-

sti il problema se l'intervento del tribunale dovesse avere per oggetto un atto redatto ex novo, totalmente in conformità del diritto italiano, ovvero limitarsi – ove possibile – ad appurare se nell'atto costitutivo originario fossero rispettati i requisiti richiesti imperativamente dalla nostra legge al fine della regolare costituzione di quel dato tipo di ente, chiedendo eventualmente che essi venissero adeguatamente soddisfatti (per esempio, l'ammontare minimo del capitale sociale o il versamento dei tre decimi dei conferimenti in denaro per le società di capitali). In quest'ultimo caso si accetta, in via di principio, l'operatività della legge straniera originaria della persona giuridica sia negli aspetti in cui essa si rivela in sintonia con il diritto italiano, sia per quegli aspetti che il nostro ordinamento non si propone di disciplinare o demanda alla volontà dei fondatori. Al riguardo si veda COSCIA, *Il riconoscimento*, cit., 145 ss., e SANTA MARIA, *Le società*, cit., 186 ss. Per un approfondimento del contenuto del controllo dell'autorità giudiziaria in sede di omologazione di atti societari si rinvia a GUGLIELMUCCI, *Il controllo dell'autorità giudiziaria sugli atti costitutivi di società*, RDC, 1992, I, 209 ss., spec. 216 ss., il quale ricorda, in termini generali, che il controllo si esprime in una verifica della presenza in concreto dei presupposti assunti dall'ordinamento come condizioni essenziali per la concessione del beneficio della responsabilità limitata, non limitandosi tuttavia all'accertamento formale dei requisiti richiesti dagli artt. 2328 e 2329 c.c., «dovendosi considerare esteso il controllo al contenuto dell'atto costitutivo o modificativo e, in particolare, alla sua rispondenza a norme e principi che regolano il funzionamento della società, con riguardo sia ai rapporti con i terzi, che a quelli fra i soci».

⁴⁷ Si rinvia al penultimo paragrafo del presente lavoro.

zialmente onnicomprensiva della legge individuata dalla norma di conflitto, limitata solo dall'eventuale applicazione necessaria delle disposizioni imperative del diritto italiano in materia societaria. In realtà, non è possibile escludere radicalmente l'intervento di leggi diverse dalla *lex societatis* nella disciplina di alcune singole questioni concernenti la vita della società. Infatti, i rapporti che ineriscono allo statuto personale dell'ente non sono sempre di facile definizione; la loro natura promiscua, in quanto comunque radicata, almeno originariamente, nell'elemento contrattuale, rende talvolta difficoltosa una loro univoca qualificazione, e quindi si può porre il dubbio se ascriverli nel contesto societario, assoggettandoli così alla legge regolatrice delle società, piuttosto che sottrarli a tale dominio per disciplinarli autonomamente, in base ad una norma di conflitto più appropriata⁴⁸.

A parte la questione relativa al contratto di società e ad eventuali atti ad esso collegati, la cui valutazione qualificatoria condotta in base alla *lex societatis* può stabilirne la natura prevalentemente contrattuale nel sistema giuridico di riferimento, vi sono alcuni aspetti concernenti l'attività dell'ente che mantengono comunque una certa indipendenza rispetto al complesso societario vero e proprio. La compravendita di partecipazioni azionarie⁴⁹, così come i patti parasociali⁵⁰ sono, per esempio, pratiche giuridiche fortemente legate all'esistenza della società, in quanto inerenti alla trasmissione della qualità di socio, nel primo caso, e alla regolamentazione dei rapporti tra associati in merito all'organizzazione societaria, nel secondo; eppure, il connotato negoziale che in varia misura li caratterizza può condurre talvolta ad una trattazione, almeno in parte, autonoma rispetto alla *lex*

⁴⁸ Per una disamina generale sulla portata dello statuto personale societario e sulla sottoposizione di singoli aspetti a leggi diverse dalla *lex societatis* – anche se riferito alla precedente versione dell'art. 25 impostata sul criterio della sede amministrativa – si rinvia a BALLARINO, *La società per azioni*, cit., 124 ss.

⁴⁹ Si ricorda che il trasferimento di azioni, determinato da rapporti negoziali, successivi o inerenti al diritto di famiglia, ricadrà sotto la legge regolatrice del rapporto sostanziale per ciò che attiene alle modalità del trasferimento (con rilievo in certi casi anche delle disposizioni di diritto materiale necessariamente applicabile dell'ordinamento sul cui mercato finanziario si svolge la compravendita o il trasferimento), ma le condizioni alle quali il trasferimento può avvenire, gli effetti che ne conseguono, e il contenuto delle posizioni giuridiche delle parti in relazione all'organizzazione societaria sono valutabili alla luce della legge regolatrice della società cui le partecipazioni si riferiscono; parimenti non si esclude la rilevanza di altre leggi interessate dal trasferimento azionario, come per esempio la legge regolatrice dei titoli di credito o dei diritti reali o possessori, se la situazione è tale da dar luogo ad una qualificazione di alcuni aspetti della fattispecie anche sotto questi profili, e in questo caso si dovranno considerare le peculiarità delle differenti situazioni al fine di operare una corretta ripartizione delle competenze di ciascuna legge in gioco. Cfr. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Compravendite internazionali di partecipazioni societarie*, Milano, 1990; CARBONE, *Conflitti di leggi e tra giurisdizioni nella disciplina dei trasferimenti dei pacchetti azionari di riferimento*, in *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di BONELLI e DE ANDRÉ, Milano, 1990, 445 ss.

⁵⁰ Cfr. OVERRATH, *Stimmverträge im internationalen Privatrecht*, in *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 1974, 86 ss.; OPPO, *Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, RDC, 1987, 517 ss.; CARBONE, *Patti parasociali, autonomia privata e diritto internazionale privato*, RIPP, 1991, 885 ss.

societatis. Ciò che attiene alla qualità di associato ad un determinato ente, ai requisiti di ammissibilità degli accordi inter partes relativi al contesto societario, o alla validità di clausole statutarie particolari sembra comunque valutabile in base alla legge regolatrice della persona giuridica, anche se una distinzione netta tra i singoli aspetti delle questioni non è sempre agevole⁵¹. Tuttavia, si può suggerire, in termini generali, che se l'attività qualificatoria conduce a distinzioni applicative, in merito a situazioni giuridiche attinenti alla vita di un ente, la *lex societatis* mantiene comunque una propria competenza riguardo a tutti gli effetti che possono incidere sulla struttura societaria, e a tutti i condizionamenti che l'appartenenza ad essa comporta. Per ciò che concerne, ad esempio, gli accordi interni relativi al diritto di voto, sarà opportuno valutarne la validità contemperando la libera autonomia delle parti, espressa in termini contrattuali e quindi sottoposta alla *lex contractus*, con le disposizioni previste in proposito dalla legge societaria, cui il nostro art. 25 rinvia esplicitamente per la disciplina sia del funzionamento degli organi sociali che dei diritti e degli obblighi inerenti alla posizione del socio.

Più complicata può rivelarsi talvolta la definizione di alcuni rapporti societari, allorché l'ente interessato sia quotato in una o più Borse straniere rispetto all'ordinamento di costituzione; è noto che il ricorso al pubblico risparmio costringe in genere la società, nei singoli ambiti nazionali, all'adempimento di numerose formalità volte, tra l'altro, alla tutela dei terzi e alla trasparenza degli atti societari⁵². Le molteplici norme di applicazione necessaria che intervengono quindi nella regolamentazione delle fattispecie straniere, soprattutto in relazione al mercato delle azioni e alle ipotesi di controllo sociale, finiscono per interferire con l'integrale applicazione della *lex societatis*.

Talvolta la sfera imperativa degli ordinamenti nazionali, relativamente alle operazioni azionarie che si svolgono nel loro ambito, impone l'osservanza del diritto locale, a prescindere da una definitiva riconduzione del rapporto al contesto societario straniero; le offerte pubbliche di vendita e di acquisto di titoli a livello transnazionale, per esempio, vedono interessate sia la legge della società proponente, sia quella della società bersaglio, sia infine il diritto territoriale del mercato finanziario su cui l'offerta si attua⁵³. L'eventuale accertamento disgiunto dei requisiti necessari per il compimento di una simile operazione, da attuarsi in base

⁵¹ Per un'ampia ed approfondita disamina della portata della *lex societatis* in relazione ai singoli aspetti inerenti allo statuto «personale» societario, si rinvia a BENEDETTELLI, *Commento*, cit.; si veda anche, con riferimento però alla norma di conflitto sulle persone giuridiche nella versione precedente all'emendamento parlamentare, BALLARINO, *La società per azioni*, cit., 124 ss.

⁵² Un interessante quadro di diritto comparato in materia è offerto dalla raccolta di contributi di autori vari, pubblicato in *RDCo*, 1990, sotto il titolo *L'ammissione in Borsa di valori immobiliari: esperienze a confronto*, in cui vengono analizzate le seguenti regolamentazioni: francese, 399 ss.; tedesca, 427 ss.; spagnola, 490 ss.; inglese, 595 ss.; statunitense, 603 ss.; giapponese, 616 ss.; italiana, 663 ss.; di seguito ad ogni saggio viene riprodotto anche il testo della normativa nazionale di riferimento.

⁵³ Cfr. BALLARINO, *Le società per azioni*, cit., 148 ss.

alle diverse leggi societarie coinvolte, sembra doversi inevitabilmente confrontare con il dettato delle regolamentazioni territoriali, la cui osservanza, soprattutto in materia di pubblicità e documentazione, risponde ad esigenze pubbliche di controllo e tutela dell'affidamento. Si tratterà, quindi, di individuare nei vari contesti normativi le prescrizioni per loro natura e scopo inderogabili, al fine di garantirne il rispetto, distinguendo ciò che attiene ai rapporti esterni da ciò che interessa la mera organizzazione interna dei singoli enti, affidata alle rispettive leggi di costituzione.

L'art. 25 non contempla specificamente i gruppi di società, lasciando incerta la valutazione giuridica del fenomeno dal punto di vista internazionalprivatistico.

Il problema legato ai gruppi e alle multinazionali è di recente stato affrontato in modo ampio da dottrina e giurisprudenza⁵⁴: da un lato, è emersa l'esigenza di considerare debitamente il legame tra le componenti del gruppo, spesso riassunto nel concetto di unità economica e direzionale, il cui effetto più manifesto è la frequente totale o parziale dipendenza che affligge le società figlie nei confronti della capogruppo; dall'altro, risulta difficile abbattere il muro giuridico della autonomia e distinta personalità delle singole società membra, qualora non vi sia una specifica regolamentazione in materia.

Sotto il profilo del diritto internazionale privato si pone principalmente la questione di individuare la legge regolatrice dei rapporti intercorrenti tra le singole componenti, soprattutto in considerazione della relazione particolare che lega le diverse unità e la stretta interdipendenza che condiziona le scelte economico-aziendali delle controllate; per cui anche in presenza di veri e propri rapporti contrattuali tra gli enti interessati, talvolta il semplice rinvio al diritto regolatore delle obbligazioni contrattuali può non soddisfare in modo adeguato le esigenze di protezione che emergono, in favore dei soci di minoranza o dei creditori della società figlia, in seguito all'esercizio arbitrario del controllo da parte della società madre.

Il riconoscimento giuridico dell'effettiva implicazione della capogruppo nell'attività delle figlie si rende necessario sotto diversi aspetti, non da ultimo in materia di responsabilità, dal momento che la sede in cui vengono decise le strategie finanziarie e imprenditoriali delle controllate è in realtà spesso esterna ai loro organi dirigenziali, per collocarsi invece al vertice del gruppo. È frequente, del resto, la commistione stessa del personale amministrativo e direttivo tra le varie unità. A tale

⁵⁴ I contributi in materia sono molto numerosi, pertanto ci limitiamo a citarne alcuni cui rinviamo per ulteriori spunti bibliografici: ALESSI, *La disciplina dei gruppi multinazionali nel sistema societario italiano*, Milano, 1982; CASSONI, *Problemi relativi al fenomeno del gruppo sotto il profilo della legge regolatrice e della legge sostanziale italiana*, RS, 1985, 862 ss.; SACERDOTI, *Questions de responsabilité envers les tiers dans les groupes*, RS, 1985, 976 ss.; *L'impresa multinazionale come gruppo internazionale di società*, GCo, 1988, 62 ss.; GALGANO, *Il punto sulla giurisprudenza in materia di gruppi di società*, in *Contratto e impresa*, 1991, 897 ss.; LABORDE, *Droit international privé et groupes internationaux des sociétés: une mise à l'épreuve réciproque*, in *Mélanges offerts à J. Derruppé*, Paris, 1991, 49 ss.; BALLARINO, *Le società per azioni*, cit., 190 ss. Cfr. anche le pronunce nn. 5103 (1988), 5891 (1988), 5920 (1989); 6000 (1988); 6519 (1991) rese in base alle regole di arbitrato CCI, in *Bulletin de la Cour International d'Arbitrage de la CCI*, 2, 1991, rispettivamente 20 ss., 23 ss., 27 ss., 31 ss., 34 ss.

proposito, le conclusioni suggerite dalla prevalente dottrina fanno ricorso, in linea di massima, alla legge regolatrice della società controllata, ai fini di valutare l'ipotesi del controllo e le relative conseguenze giuridiche sulla società dominata, concependo la società controllante nella sua qualità di socio di maggioranza e, come tale, sottoposta, nei suoi rapporti con l'ente, alla legge che disciplina lo statuto personale di quest'ultimo. Gli strumenti a tutela dei soggetti deboli, coinvolti nella società controllata, saranno quindi quelli offerti dalla *lex societatis* di quest'ultima, non escludendo la possibilità di considerare, nell'ambito di tale legge, le questioni relative al conflitto di interessi o all'implicazione della capogruppo nei termini più generali di responsabilità contrattuale o extracontrattuale, qualora non sia possibile usufruire di una adeguata normativa materiale specifica sui gruppi.

Non sono poche, dunque, le questioni legate allo statuto personale di un ente suscettibili di poter essere considerate con una certa autonomia, vuoi perché riconducibili, per loro natura, a contesti normativi differenti da quello societario, vuoi perché legate a motivi di particolare interesse pubblico, e come tali, quindi, assoggettabili in larga misura a disposizioni territorialmente imperative.

Non si riscontrano criteri generali cui uniformarsi nella valutazione della portata applicativa della *lex societatis* in relazione alle altre leggi di volta in volta interessate dai singoli rapporti. L'ausilio più immediato, che si può trarre dalla norma di conflitto contenuta nell'art. 25, è la tendenziale unicità della disciplina, per quanto concerne soprattutto le relazioni interne all'organizzazione e alla struttura dell'ente; è stato osservato in dottrina, come lo schema societario sia tradizionalmente sottoposto ad una disciplina più rigida rispetto a quella puramente contrattuale, mentre è noto che la tutela dei terzi viene, in genere, assicurata in modo maggiore con l'applicazione delle normative più strettamente ed effettivamente connesse al rapporto giuridico in esame. Ampio rilievo, quindi, può rivestire ai fini di un equo e corretto temperamento delle leggi in gioco, il tipo di interesse che si intende tutelare.

7. *Il trasferimento di sede e la fusione di società*

L'art. 25 par. 3 disciplina, come si è ricordato, le questioni del trasferimento di sede statutaria all'estero e della fusione tra enti situati in Stati diversi, affermandone l'efficacia solo se posti in essere conformemente alle leggi degli ordinamenti interessati dalla vicenda.

Per quanto concerne in particolare l'ipotesi del trasferimento della sede sociale in un paese straniero o dall'estero in Italia, in un passato piuttosto remoto essa veniva a volte considerata dai tribunali italiani assimilabile alla messa in liquidazione della persona giuridica, con la conseguente estinzione della stessa e l'eventuale successiva nuova costituzione all'estero⁵⁵; la dottrina, seguita in tempi più recenti anche dalla giurisprudenza, sosteneva, al contrario, che il trasferimento di sede

⁵⁵ Cfr. A. Torino, 17-6-1958, *RDI*, 1958, 607 ss.

non comportasse in linea di principio un pregiudizio per l'esistenza della fattispecie societaria, purché ciò fosse consentito dalla legislazione dei due Stati interessati⁵⁶. Quest'ultima tesi, che è stata evidentemente ripresa dalla norma contenuta nel par. 3, non riflette tuttavia una posizione unanime a livello internazionale, soprattutto tra gli Stati che utilizzano sul piano internazionalprivatistico il criterio della sede come elemento indicatore della legge applicabile alle persone giuridiche: vi sono infatti degli ordinamenti che di fatto impongono agli enti che trasferiscono la propria sede sociale in un altro paese una nuova costituzione in base alla legge locale, identificando tale vicenda come la causa di una soluzione di continuità nell'esistenza societaria in quanto vi ricollegano le conseguenze dello scioglimento dell'ente originario⁵⁷. Per ciò che riguarda il nostro sistema giuridico, l'ubicazione in Italia della sede statutaria, necessaria ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese, è condizione essenziale per la regolare costituzione delle società in nome collettivo, in accomandita semplice e delle società di capitali⁵⁸; tuttavia è possibile che i soci di una società, costituita in Italia, ed ivi avente la propria sede statutaria, stabiliscano successivamente quest'ultima all'estero, senza che questo comporti l'estinzione dell'ente alla luce del diritto italiano. Infatti, le disposizioni del codice civile prevedono che la sede statutaria, ai fini della costituzione, venga fissata inizialmente in Italia, ma non implicano il divieto per i soci di trasferirla in un secondo tempo fuori dal territorio italiano, come si deduce dal disposto dell'art. 2437 c.c., che prevede, tra le circostanze che conferiscono il diritto di recesso al socio dissenziente, anche quella di un eventuale trasferimento all'estero della sede sociale. Parimenti, un ente incorporato all'estero può trasferire in un momento ulteriore la sua sede statutaria nel nostro territorio e mantenere

⁵⁶ Cfr. CAPOTORTI, *Il trasferimento di sede di una società da uno Stato all'altro*, *FI*, 1958, 209 ss.; *Sulla continuità delle società di «persone» che trasferiscono la sede in un altro Stato*, *RDIn*, 1958, 607 ss.; SIMONETTO, *Delle società*, cit., 364 ss.; DE VITA, *Commento* relativo ad una sentenza tedesca della Corte d'Appello di Baviera 7-5-1992, in *Le società*, 1993, 141 ss. Per ciò che concerne la giurisprudenza, A. Milano, 7-5-1974, *GCo*, 1975, II, 832 ss. per il quale le società italiane possono trasferirsi all'estero mantenendo il loro carattere italiano, e T. Pordenone, 28-9-1990, *FP*, 1991, 187 ss., che si è pronunciato invece in favore di un trasferimento di sede dall'estero in Italia riconoscendo tuttavia all'ente la sua origine straniera.

⁵⁷ Uscendo dal contesto italiano, si ricorda, per esempio, la già menzionata sentenza bavarese del 7-5-1992 (v. nt. precedente), che si oppone ad un trasferimento di sede all'estero di una società con statuto personale tedesco, poiché esso non consente all'ente di conservare la propria identità, comportando invece lo scioglimento della società. Una simile posizione è in genere adottata da parte delle Corti britanniche: un esame critico è offerto da SMART, *Corporate domicile and multiple incorporation in English private international law*, in *The Journal of Business*, 1990, 126 ss.

⁵⁸ Mentre per le società di capitali l'iscrizione nel registro delle imprese è indispensabile ai fini della loro stessa esistenza giuridica, per le società di persone, con eccezione delle società semplici, essa determina solo lo stato di regolarità di tali enti rispetto all'ordinamento italiano: l'eventuale localizzazione all'estero della loro sede statutaria, possibile sotto il profilo giuridico, ne comporta pertanto la configurazione in termini di società irregolari, con la conseguente attenuazione, tra l'altro, dell'autonomia patrimoniale: cfr. FERRARA Jr., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1987, 329 ss. e 344 ss.

ciononostante il suo carattere straniero, se il paese di origine consente una simile eventualità, ossia non impone lo scioglimento della società in questione⁵⁹. Tale impostazione, che già si desume comunque dal primo paragrafo dell'art. 25, il quale, rinviando per la disciplina delle persone giuridiche al luogo di incorporazione, ne presuppone il riconoscimento a prescindere dalle vicende cui è soggetta la loro sede statutaria, trova una significativa precisazione nel par. 3 del medesimo articolo, in virtù dell'attenzione che la norma impone di riservare all'atteggiamento degli Stati interessati. Potrebbe profilarsi, per esempio, l'ipotesi di una società che, in seguito ad uno spostamento della sua sede statutaria all'estero, pur continuando ad esistere nell'ordinamento di origine non venga riconosciuta con il suo carattere straniero da parte dell'ordinamento di destinazione, il quale, al contrario, imponga ai soci di procedere ad una nuova costituzione; in tale caso la norma di conflitto contenuta nel nostro art. 25 par. 1 richiamerebbe due leggi, entrambe ugualmente titolate, in via di principio, a disciplinare la persona giuridica in esame. Il dettato del terzo paragrafo consente di risolvere tale questione in quanto sancisce il principio per cui il trasferimento – intendendo implicitamente la continuità della persona giuridica, come la stessa espressione chiaramente implica – ha efficacia solo se posto in essere conformemente alle leggi degli Stati interessati; ne consegue che se i paesi di origine e di destinazione non concordano sugli effetti da attribuire alla vicenda societaria essa, non potendosi configurare dunque come un trasferimento di sede, dovrà risolversi nella distinta valutazione di quanto dispone al riguardo, nel proprio ambito, ciascuno dei due ordinamenti coinvolti. La disposizione contenuta nell'art. 25 par. 3 condiziona, quindi, il riconoscimento della continuità societaria nel caso di spostamenti di sede all'estero alla verifica dell'ammissibilità di tale ipotesi nel contesto normativo di tutti i sistemi giuridici interessati, richiedendo a tale scopo una delicata attività interpretativa dei diritti in presenza⁶⁰. Se gli ordinamenti in rilievo – o anche solo uno di essi – non consentono ai membri di una formazione sociale costituita nel proprio ambito di trasferire in un altro Stato la sede statutaria, l'operazione, qualora posta in essere, può dar luogo alternativamente allo scioglimento dell'ente originario e all'incorporazione di una nuova fattispecie societaria nel paese ospitante, ovvero all'esistenza di due enti distinti nel caso in cui non venga imposta l'estinzione della società preesistente nell'ordinamento di partenza ma si richieda una costituzione ex novo nel paese di destinazione. Qualora invece il trasferimento di sede sia ammissibile in quanto consentito dagli Stati interessati, esso si configurerà come una modificazione statutaria e dovrà avvenire con le modalità previste al riguardo dalla *lex societatis* richiamata in base al primo paragrafo dell'art. 25, nel rispetto tuttavia delle prescrizioni, soprattutto in materia di pubblicità, richieste dallo Stato ospitante ai fini dell'ubicazione della sede sul suo territorio.

L'ipotesi del trasferimento di sede sociale all'estero, e precisamente in ambito

⁵⁹ Cfr. COSCIA, *Il riconoscimento*, cit., 119; SIMONETTO, *Delle società*, cit., 366 ss.

⁶⁰ Cfr. BENEDETTELLI, *Commento*, cit.

europeo, è stata affrontata in relazione al diritto di stabilimento sancito nel trattato istitutivo della Comunità europea. La possibilità di circolare liberamente nel territorio comunitario, modificando il proprio domicilio, è affermata con esclusivo riguardo alle persone fisiche dalla direttiva del Consiglio n. 73/148 del 21-5-1973⁶¹ sulla base del diritto primario contenuto negli artt. 52 ss. del trattato di Roma; poiché tali disposizioni disciplinano il diritto di stabilimento, esteso dall'art. 58 alle società «costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro d'attività principale all'interno della Comunità», equiparate quindi, in tale contesto, alle persone fisiche aventi la cittadinanza di un paese dell'Unione, la questione della presunta incompatibilità con il diritto comunitario di eventuali previsioni normative nazionali, che impediscono o subordinano ad autorizzazione governativa lo spostamento della sede societaria da uno Stato all'altro della Comunità, è stato sottoposto recentemente in via pregiudiziale all'esame della Corte di Giustizia con il caso *Daily Mail*⁶². In questa occasione, i giudici comunitari si sono limitati a rimarcare il carattere nazionale del diritto societario, sottolineando come le società devono la loro esistenza e il loro funzionamento alle singole legislazioni statali, le quali sono libere sia di disciplinarle nella sostanza che di determinare i criteri di collegamento necessari ai fini della loro costituzione nei diversi ordinamenti giuridici territoriali. Di conseguenza gli eventuali impedimenti normativi che ostacolano, in un contesto nazionale, il trasferimento all'estero della sede statutaria di una società regolata da quell'ordinamento, non contrastano, secondo la Corte, con il diritto comunitario, in quanto gli articoli del trattato istitutivo non stabiliscono in capo alle società appartenenti agli ordinamenti comunitari il diritto di trasferire incondizionatamente la loro sede sociale in un altro Stato. La Corte afferma, nella sentenza citata, che i requisiti e le modalità in base ai quali un ente può modificare il luogo di situazione della sede sociale, spostandolo da uno Stato membro all'altro, «sono ancora di competenza del diritto nazionale dello Stato ove essa è stata costituita e di quello dello Stato ospitante», concetto ripreso come si è osservato dal par. 3 del nostro art. 25.

Qualche considerazione ulteriore deve essere svolta con riferimento all'ipotesi della fusione transnazionale di enti con sede in paesi diversi, questione che, oltre ad essere contemplata anch'essa nel contesto dell'art. 25 par. 3, è pure oggetto di una proposta di direttiva comunitaria⁶³. La norma di conflitto italiana si limita, come per il trasferimento di sede statutaria, ad affermare la validità della fusione

⁶¹ In *GUCE*, n. 1. 172 del 28-6-1973, 14 ss.

⁶² Sentenza del 27-9-1988, in causa *The Queen e H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily mail and General Trust PLC*, in *Raccolta*, 1988, 5505 ss. Per un commento alla sentenza si legga SANDROCK-AUSTMANN, *Das Internationale Gesellschaftsrecht nach der Daily Mail-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs: Quo vadis?*, in *Recht Int. Wirtschaft*, 1989, 505 ss.

⁶³ Si tratta della proposta di decima direttiva sulle fusioni transfrontaliere delle società per azioni: sull'argomento si veda SANTA MARIA, *Diritto commerciale*, cit., 158 ss.

se posta in essere conformemente alle legislazioni statali interessate dalla vicenda, presupponendo una verifica della regolarità dei presupposti, delle modalità e degli effetti della fusione nell'ambito di tutti gli ordinamenti coinvolti. In realtà, le problematiche internazionalprivatistiche inerenti al procedimento di fusione internazionale sono molteplici e di difficile soluzione⁶⁴, poiché il riferimento della fattispecie a più ordinamenti implica una delicata attività interpretativa che, da un lato, consideri attentamente le finalità economiche ed imprenditoriali sottese all'iniziativa della fusione, e, dall'altro, componga in modo armonico le diverse competenze delle leggi in presenza al fine di garantire, con la loro corretta attuazione, la protezione di tutte le posizioni soggettive coinvolte. Mentre per alcuni aspetti, infatti, le differenti legislazioni possono essere oggetto di una analisi disgiunta, nel senso di sottoporre, in modo distinto, le questioni concernenti singolarmente le società che procedono a fusione alla legge regolatrice di ciascuna di queste – indicata, dal primo paragrafo dell'art. 25, in quella che ne ha curato il perfezionamento costitutivo – per altre materie, invece, vale a dire quelle che comportano una attività comune dei diversi enti, l'applicazione distributiva dei diritti in presenza può risultare impraticabile. Si tratta allora, in questo ultimo caso, di coordinare cumulativamente le varie leggi societarie nazionali, richiedendo l'adempimento delle condizioni più restrittive, al fine di consentire in questo modo una maggiore tutela delle parti ipoteticamente più deboli coinvolte nella vicenda, siano essi soci minoritari o creditori di uno degli enti in questione⁶⁵.

La società che risulta dalla fusione può essere una delle società preesistenti, se la fusione è avvenuta per incorporazione; in un simile caso, possibile solo se il diritto applicabile all'incorporante consente una tale ipotesi in sintonia con la rispettiva estinzione delle incorporate imposta dalla loro legge regolatrice, la fusione, configurandosi come una particolare modificazione statutaria, non comporta una soluzione di continuità nell'esistenza dell'ente assorbente, il quale assume, in via di principio, tutte le posizioni giuridiche che erano proprie delle società assorbite. Se dalla fusione nasce al contrario un ente del tutto nuovo, sottoposto, in quanto tale, alla legge del luogo di costituzione, ad esso verranno conferite le attività patrimoniali delle società precedenti, con le modalità e le forme imposte, tra l'altro, anche dalla legge del luogo di situazione dei beni societari.

La proposta di decima direttiva del Consiglio della Comunità europea, che ha segnato la fine del progetto di convenzione comunitaria in materia⁶⁶, disciplina la procedura da seguirsi per dar luogo ad una fusione di società per azioni appartenenti a Stati diversi, senza uniformare totalmente il diritto sostanziale al riguardo,

⁶⁴ Si veda in generale BEITZKE, *Les conflits de lois en matière de fusion de sociétés (droit communautaire et droit international privé)*, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 1967, 1 ss.

⁶⁵ Per un esame dei problemi internazionalprivatistici relativi alla fusione si veda BALLARINO, *La società per azioni*, cit., 112 ss.

⁶⁶ Cfr. LUZZATTO, *La Convenzione CEE sulla fusione delle società*, in *Il diritto delle società nella CEE*, Padova, 1975, 101 ss.

ma implicando piuttosto l'applicazione distributiva delle diverse *lex societatis* per tutte le fasi che precedono l'atto comune di fusione, e indicando nelle circostanze che comportano una attività comune degli enti la legge di riferimento per la loro regolamentazione. Ciò è comprensibile dal momento che è stata emanata la terza direttiva del 9-10-1978 n. 78/855 sulle fusioni interne delle società per azioni⁶⁷, che ha già provveduto in parte ad armonizzare i singoli diritti nazionali in materia: ad essa la proposta di decima direttiva spesso fa riferimento, oltre che per definire la nozione di fusione, di cui precisa che il carattere internazionale è dovuto alla circostanza che le società che partecipano all'operazione sono soggette alla legislazione di Stati membri diversi, anche per la disciplina di alcune specifiche situazioni. Le norme contenute nella direttiva presentano in termini generali la peculiarità sia di individuare il diritto concretamente applicabile ad alcuni aspetti determinati della fusione, attuando in questo modo un rinvio internazionalprivatistico basato di frequente, nel caso in cui l'attività veda coinvolte congiuntamente le società interessate dall'operazione, sulla applicazione cumulativa delle leggi in presenza, sia di indicare successivamente, in modo espresso o mediante il riferimento a precedenti direttive comunitarie di armonizzazione dei diritti materiali, le garanzie minime che la legge richiamata deve assicurare per poter essere applicata⁶⁸.

8. *Aspetti di diritto comunitario*

Come si è avuto modo di osservare in precedenza, il trattato istitutivo della Comunità europea equipara, nell'esercizio della libertà di stabilimento, le società di cui all'art. 58, ossia quelle che presentano uno stretto legame con l'ordinamento comunitario, alle persone fisiche cittadine dei paesi membri, non pregiudicando tuttavia la competenza di ciascuno Stato a stabilire autonomamente i criteri di connessione secondo i quali ricondurre nel proprio ambito una fattispecie societaria, assoggettandola così alla propria legge nazionale. Il diritto comunitario, quindi, pur nella concretezza dell'affermazione del diritto di stabilimento, non si occupa del problema internazionalprivatistico di stabilire quale sia l'ordinamento di riferimento per la disciplina dello statuto personale di un ente, demandando tale questione alle diverse legislazioni statali. L'art. 58, nella genericità dei criteri di collegamento ricordati, non impone agli Stati membri gli elementi con cui individuare il diritto regolatore delle società estere e con esso attuare il reciproco riconoscimento delle fattispecie societarie, bensì presuppone tale compito come già assolto dai vari sistemi internazionalprivatistici nazionali, limitandosi a sintetizza-

⁶⁷ In *GUCE*, n. 1. 295 del 20-10-1978, 36 ss. Si veda MASCARDI, *La fusione di società di diritto comunitario*, *RS*, 1991, 1721 ss. e SANTA MARIA, *Diritto commerciale*, cit., 152 ss. cui si rinvia per l'ampia bibliografia in proposito.

⁶⁸ Sul punto cfr. MASCARDI, *La fusione*, cit., spec. 1776 ss. In generale si veda MORERA, *I principi comunitari per la fusione di società*, *FI*, 1987, 252 ss.

re nell'ampio spettro delle connessioni elencate quali enti siano da considerare appartenenti allo spazio comunitario, e come tali destinatari del diritto di stabilimento⁶⁹. A conferma di questo ricorre l'art. 220 del trattato istitutivo, nel quale si prevede esplicitamente che gli Stati membri si adopereranno per definire a livello convenzionale i problemi di conflitto inerenti alle società e al loro reciproco riconoscimento, nonché la questione del mantenimento della personalità degli enti che trasferiscono la loro sede sociale all'estero o attuano una fusione internazionale in ambito europeo. Al fine di attuare quanto disposto da tale articolo gli Stati comunitari avevano stipulato a Bruxelles il 29-2-1968⁷⁰ una convenzione sul reciproco riconoscimento delle società e persone giuridiche, mai entrata in vigore per il rifiuto dei Paesi Bassi di ratificarla.

Per quanto concerne il riconoscimento delle persone giuridiche da parte degli Stati membri, la Convenzione di Bruxelles richiede che esse si siano costituite in conformità al diritto di un paese appartenente alla Comunità, e che abbiano la sede statutaria in uno dei territori cui si applica la convenzione⁷¹. L'art. 4 prevede tuttavia la possibilità, per ogni Stato contraente, di applicare «le disposizioni della propria legge, che esso considera imperative», e in certe situazioni anche le disposizioni suppletive, alle società che abbiano la sede effettiva sul suo territorio, nonostante esse siano state costituite secondo la legge di un altro Stato aderente alla

⁶⁹ Sul diritto comunitario in materia di società si rinvia ampiamente a SANTA MARIA, *Diritto commerciale* cit., 18 ss. e BALLARINO, *La società per azioni*, cit., 95 ss.

⁷⁰ Si veda MENEGAZZI MUNARI, *Gli enti collettivi negli accordi stipulati dall'Italia*, Padova, 1978, 55 ss. cui si rinvia anche per il testo della convenzione.

⁷¹ L'art. 1 della convenzione di Bruxelles del 1968 contiene i criteri di collegamento con cui individuare, in via ordinaria, gli enti destinatari del riconoscimento. Esso infatti afferma: «sono riconosciute di diritto le società civili o commerciali, comprese le società cooperative, costituite in conformità alla legge di uno Stato contraente che conferisce loro la capacità di essere titolari di diritti e di obblighi ed aventi la sede statutaria nei territori in cui si applica la presente Convenzione». Tuttavia importanti deroghe a questa regola generale sono contenute nei successivi artt. 3 e 4, come si legge nel testo. Cfr. FLETCHER, *Conflict of Laws and European Community Law*, in *Problems in private international law*, GRAVESON (ed.), vol. 3, Amsterdam-New York-Oxford, 1982, in particolare 260 ss. L'atteggiamento dimostrato dai redattori della convenzione di Bruxelles, in particolare per quanto riguarda il rilievo attribuito alla circostanza che l'ente sia effettivamente connesso ai territori comunitari, non è rimasto isolato. Nella convenzione di Lomè per esempio, sottoscritta per la prima volta il 28 febbraio 1975 tra la CEE e 46 Paesi dell'Africa, dei Caraibi, e del Pacifico (i cosiddetti Stati ACP), l'art. 63 utilizza in un primo momento come criterio di collegamento generale la nazionalità degli enti, precisando successivamente al 2° co. che sono da considerarsi società di uno Stato membro o di uno Stato ACP le società costituite conformemente alla legislazione di uno di questi Stati, ed aventi la sede sociale o legale, l'amministrazione centrale o il principale centro di attività in uno di detti Paesi. «Tuttavia, qualora dette società abbiano in uno Stato membro od in uno Stato ACP soltanto la sede sociale, la loro attività deve essere connessa in modo effettivo e continuo con l'economia di detto Stato membro o di detto Stato ACP». Tale accordo, soggetto ad una scadenza quinquennale è stato successivamente rinnovato più volte e il testo dell'art. 63 è stato ripreso sostanzialmente anche nelle Convenzioni di Lomè successive. Il testo della convenzione di Lomè I del 1975 è contenuto nel volume *Convenzione ACP - CEE di Lomè, firmata il 28 febbraio 1975*, a cura del Segretariato generale del Consiglio delle Comunità Europee, Lussemburgo, 1975.

convenzione. L'espressione «sede effettiva» viene poi definito dall'art. 5 come il luogo in cui si trova l'amministrazione centrale della persona giuridica. Nel caso in cui un ente non manifesti «un legame serio» con l'economia dei territori cui si applica la convenzione, ed abbia invece la sua sede effettiva fuori dalla Comunità europea, gli Stati contraenti possono dichiarare, in virtù dell'art. 3, di non applicare le norme pattizie nei confronti di tale persona giuridica, anche se essa è sorta in base alla legge di un paese membro e possiede la sua sede formale in ambito comunitario. La preferenza che emerge dal testo convenzionale nei confronti di legami concreti ed effettivi, unita alla circostanza che tutti gli Stati contraenti avevano manifestato l'intenzione di avvalersi di quanto dispone l'art. 4, sembrava esprimere, già allora, una tendenza comunitaria volta a consentire, in presenza di un conflitto di leggi, un preminente spazio di applicazione al diritto dello Stato in cui è localizzata la sede reale o amministrativa della società (soprattutto se esso coincide con lo Stato del foro), confermata in una certa misura anche di recente, in occasione del caso *Daily Mail* citato, in cui in sostanza si afferma, tra l'altro, la compatibilità del ricorso ad elementi di connessione legati all'attività societaria con le libertà e i principi comunitari⁷². Tale orientamento deve essere esaminato, tuttavia, in rapporto ai presupposti su cui si incardina la libertà di circolazione delle persone, dei servizi, dei beni e dei capitali, sancita nel trattato istitutivo della Comunità europea e definita in modo specifico mediante la produzione normativa posta in essere dagli organi comunitari, la quale si pone evidentemente, da un punto di vista teorico, in contrasto con qualsiasi scelta internazionalprivatistica nazionale che, privilegiando nel proprio ambito territoriale l'applicazione della legge locale anche alle fattispecie formatesi all'estero o regolate inizialmente dal diritto di un altro paese comunitario, non ne riconosca il carattere straniero e, di conseguenza, i contenuti originari.

Proprio in virtù dell'obbligo posto in capo agli Stati membri di eliminare tutte le restrizioni e gli ostacoli discriminatori alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, i quali spesso conseguono alla diversità sostanziale delle singole legislazioni nazionali, si desume dall'attività normativa delle istituzioni comunitarie il principio per cui il solo modo per garantire la libera circolazione e il reciproco riconoscimento delle attività è quello di applicare alle fattispecie straniere la legge del loro ordinamento di origine, presupponendone l'equivalenza con i contenuti del diritto materiale interno⁷³. Parimenti, la Corte di giustizia ha

⁷² Parte della dottrina tedesca ha letto nella sentenza della Corte comunitaria un'implicita pronuncia a sostegno del criterio della sede reale in materia di diritto internazionale privato delle società: cfr. GROSSFELD-KÖNIG, *Das internationalen Gesellschaftsrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, in *Recht Int. Wirtschaft*, 1992, 433 ss.; SANDROCK-AUSTMANN, *Das internationale Gesellschaftsrecht nach der Daily Mail - Entscheidung des europäischen Gerichtshofs: Quo vadis?*, *ibidem*, 1989, 249 ss. In generale sulla questione del trasferimento di sede, cfr. BALLARINO, *La società per azioni*, cit., 20 ss. e 103 ss.

⁷³ Cfr. LUZZATTO, *Il principio del mutuo riconoscimento degli enti creditizi nel mercato interno della C.E.E.*, in *Dir. comm. int.*, 1989, 183 ss.

elaborato il criterio della non applicabilità, da parte di un paese della Comunità nei confronti di cittadini appartenenti ad un altro Stato membro, di norme interne che, pur rivolgendosi in egual modo ai nazionali e agli stranieri comunitari, di fatto pongono limitazioni od impedimenti all'offerta e allo svolgimento delle prestazioni di questi ultimi nell'ambito di quell'ordinamento, a meno che non siano dettate da motivi di interesse pubblico generale⁷⁴. Il principio della libertà di circolazione e di stabilimento, basilare per l'intero sistema comunitario, sembra, dunque, stimolare l'adozione, nei singoli ambiti nazionali, di soluzioni internazionalprivatistiche che favoriscono il mutuo riconoscimento delle attività economiche e delle realtà disciplinate da uno degli ordinamenti della Comunità, orientando la scelta di conflitto nel senso di applicare a tali fattispecie la legge in base alla quale tali fattispecie hanno avuto origine. Il rapporto che intercorre tra diritto comunitario e regimi di conflitto statali, soprattutto con riguardo all'incidenza che i secondi esercitano sull'effettiva realizzazione dei contenuti del primo, richiede, infatti, che la determinazione della legge regolatrice delle diverse situazioni giuridiche, che non si presentano come totalmente interne ad uno Stato, non comprometta la concreta ed armonica attuazione dei dettami comunitari; le scelte di diritto internazionale privato di un paese membro possono, in sostanza, risentire dell'esigenza di favorire la circolazione comunitaria, e cedere rispetto alla necessità di dare attuazione ad una legge che meglio si presta di quella ipoteticamente indicata a concretizzare gli obiettivi comuni⁷⁵.

In un simile contesto, la moderazione con la quale è stata affrontata in sede comunitaria la questione della libera circolazione degli enti nello spazio europeo – che ha condotto ad escludere l'esistenza di un diritto in capo alle società di trasferire il proprio centro direzionale in un altro Stato, e a dichiarare compatibili con il diritto di stabilimento le eventuali restrizioni statali in merito – può in parte stupire; ciononostante, una ragionevole spiegazione si ravvisa nell'ampio ricorso effettuato dalle istituzioni comunitarie allo strumento della direttiva allo scopo di armonizzare, per quanto possibile, le singole legislazioni statali in materia, e ridurre così, in mancanza di una generale uniformizzazione delle disposizioni di conflitto per le fattispecie societarie, le differenze delle normative nazionali che pregiudicano la concreta attuazione del diritto di stabilimento⁷⁶. Sebbene non sia questa la sede per approfondire il contenuto dei singoli interventi di coordinamento delle legislazioni societarie nazionali, è opportuno tuttavia sottolineare come nel conte-

⁷⁴ Si veda RADICATI DI BROZOLO, *L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation*, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 1993, 401 ss., cui si rinvia per i relativi riferimenti normativi e giurisprudenziali comunitari (vedi nt. 15, 16 e 18).

⁷⁵ Si rinvia a RADICATI DI BROZOLO, *L'influence*, cit., 406 ss.

⁷⁶ In alcune direttive comunitarie figurano dei rinvii internazionalprivatistici che fanno riferimento alla legge nazionale delle società, al riguardo si rinvia a SANTA MARIA, *L'attuazione negli ordinamenti interni delle direttive comunitarie in materia di società*, in *Il gruppo di società e il bilancio consolidato di gruppo, Direttive comunitarie e diritto nazionale*, Milano, 1981, 13 ss., spec. 26 ss. e dello stesso Autore, *Diritto commerciale*, cit., 130 ss.

sto europeo interi settori del diritto societario siano stati dotati di una disciplina tendenzialmente armonica, favorendo il venir meno, in una certa misura, delle ragioni che nell'ambito dei singoli ordinamenti motivano posizioni di difesa, come la cautela ad accettare l'eventuale operatività di una normativa straniera nei confronti di una fattispecie societaria, ovvero, nel caso questa sia, in via di principio, riconosciuta applicabile, il ricorso all'eccezione dell'ordine pubblico⁷⁷.

⁷⁷ Si veda SANTA MARIA (a cura di), *Verso un diritto europeo delle società*, Milano, 1991; FORTUNATO, *L'armonizzazione comunitaria del diritto societario: tecniche e metodologie*, in *Le società*, 1993, 901 ss.; JAEGER, *Profili dell'armonizzazione del diritto societario*, RTPC, 1994, 681 ss. Per ragioni di completezza si ricorda che accanto ad una attività comunitaria di armonizzazione dei rispettivi diritti materiali nazionali in materia commerciale, da tempo si discute sulla possibilità di adottare delle forme societarie transnazionali sottoposte a disciplina uniforme quali la Società europea (v. proposta di regolamento del 25-8-1989, in COM (89) 268 def. - SYN 218), una sorta di associazione europea e la Società cooperativa europea, tutte ancora formulate a semplice livello di proposta (v. GUCE n. C 236 del 31-8-1993, rispettivamente a p. 1 ss. e 17 ss.); su un piano differente si pone invece l'istituto di natura consortile del GEIE, previsto dal regolamento del Consiglio CEE 2137/85 del 25-7-1985 (in GUCE, n. 1. 199 del 31-7-1985). Si rinvia a SANTA MARIA, *Diritto commerciale*, cit., 180 ss.

I Principi UNIDROIT e l'arbitrato commerciale internazionale *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I Principi come sistema unitario. – 3. *Segue*: condizionamenti di carattere teorico. – 4. Il richiamo espresso ai Principi. – 5. I Principi quali «regole di diritto appropriate». – 6. I Principi UNIDROIT quali disciplina applicabile in caso di «delocalizzazione» del contratto. – 7. I Principi UNIDROIT quali strumento di selezione di norme nazionali.

1. Premessa

Il compito affidato ai relatori su questo tema non è certo agevole. Determinare quale possa essere l'atteggiamento di un arbitro internazionale nei confronti dei neonati Principi UNIDROIT sui contratti commerciali internazionali è impresa che – dato il suo carattere, per così dire, anticipatorio di quelli che potranno rivelarsi in avvenire gli atteggiamenti concretamente tenuti dalla prassi – comporta l'ovvio rischio di compiere previsioni azzardate, o di fondarsi su speculazioni a carattere puramente astratto, del tutto prive di quell'indispensabile convalida che soltanto l'esperienza applicativa può dare. D'altra parte, il tema può indurre ad avventurarsi in un settore dell'esperienza giuridica, quello relativo alla determinazione dei criteri che l'arbitro internazionale di diritto privato deve tener presenti ai fini del giudizio sul merito della controversia a lui sottoposta, che nella prassi arbitrale e nella dottrina giuridica che se ne è occupata vede notoriamente esprimere la più grande varietà di soluzioni. La presente relazione intende senz'altro evitare di addentrarsi nella tematica menzionata da ultimo, resistendo alle suggestioni che essa può indubbiamente offrire. Essa non vuole ripercorrere le strade che altri, autorevolmente, hanno già tracciato a tale riguardo, e fra essi – com'è ben noto – anche l'altro Relatore sul medesimo tema¹. Neppure essa pretende di tentare una

* Pubblicato in *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit* (a cura di M.J. Bonelli e F. Bonelli), Milano, 1997, pp. 92-104.

¹ Cfr. P. LALIVE, *Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse*, in *L'arbitrage international privé et la Suisse*, Genève, 1977, p. 57 ss. (e in *Rev. arbitrage*, 1976, p. 155 ss.); ID., *Le droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage*, in *Rass. arbitrato*, 1977, p. 1 ss. Si veda ancora, nell'abbondante letteratura sul tema, J. LEW, *Appli-*

valutazione delle diverse soluzioni proposte al riguardo. Dando tutto ciò per presupposto, ci si limiterà ad un tentativo – certamente a carattere prognostico, e pertanto connotato da elementi di inevitabile incertezza – di immaginare come i Principi UNIDROIT possano intervenire nel processo decisionale affidato all'arbitro, incidendo su tale processo o addirittura determinandone l'esito. Il tutto alla luce di ciò che tali Principi vogliono essere, e di ciò che effettivamente sono.

2. I Principi come sistema unitario

Sotto il profilo menzionato da ultimo, il Preambolo dei Principi rende del tutto chiaro che essi ambiscono a costituire un insieme a sé stante di norme giuridiche, che valgono come tali nel loro complesso, ossia come sistema unitario dotato di originalità e coerenza intrinseca. Ciò è reso manifesto da quanto si legge al secondo comma del citato Preambolo, ossia che i Principi «si applicano quando le parti hanno convenuto che il loro contratto sia da essi disciplinato». Non si tratta dunque, nell'ottica propria dei Principi, di un insieme di regole² destinate a trovare applicazione soltanto in quanto richiamate dalle parti nell'ambito di un contratto, ma da valutarsi nel più vasto ambito costituito da un diritto nazionale di per sé sempre applicabile, ed alla luce dei principi di quest'ultimo, nel quale sarebbero inquadrate formalmente. Che il punto di vista adottato dai redattori di Principi sia di questo genere, non pare possa dare adito a dubbi: il richiamo che le parti di un contratto effettuino ai Principi viene considerato come *kollisionsrechtlich*, e non come *materiellrechtlich*. Se ciò è vero sul piano degli intenti dei redattori, non significa naturalmente ancora che si tratti di un punto di vista capace di acquistare effettività. Rimane infatti da vedere se esso abbia effettiva capacità di realizzazione, o debba essere invece considerato puramente velleitario: come certo accadrebbe, se una capacità siffatta venisse smentita dai dati della realtà. È evidente che questa seconda evenienza è in astratto possibile: essa costituisce però un punto da discutere, sulla base della realtà effettuale dei vari ordinamenti giuridici, e non un presupposto dal quale prendere le mosse.

Né si potrebbe di per sé escludere l'idoneità dei Principi a fungere da punto di

cable Law in International Commercial Arbitration, Dobbs-Ferry-New York, 1978; e W.L. CRAIG, W.W. PARK, J. PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2^a ed., New York-London-Rome-Paris, 1990, p. 283 ss. Com'è ben noto, i principali metodi di ricerca del diritto applicabile possono essere individuati nel ricorso al sistema di conflitto ritenuto più appropriato (art. VII Conv. Ginevra del 1961), nell'uso del criterio della relazione più stretta (es. art. 834 c.p.c. italiano) e nella c.d. *voie directe* che evita qualsiasi procedimento di tipo internazionalprivatistico (art. 1496 NCPC francese; art. 1054.2 legge olandese del 1986).

² È stato frequentemente osservato dai primi commentatori dei Principi che, ad onta del nome loro attribuito, spesso questi contengono regole assai dettagliate (come ad esempio l'art. 7.4.9 in tema di interessi su debiti pecuniari). I Principi contengono dunque regole di carattere giuridico aventi un grado di generalità assai variabile, e non appare utilizzabile nel loro ambito una netta distinzione logica fra «principi» e «regole».

riferimento di un rinvio del tipo menzionato (internazionalprivatistico, per dirla con un termine che, pur se usato impropriamente, è idoneo ad evocare con immediatezza il tipo di fenomeno cui ci si vuol riferire) la sola circostanza, che i Principi non presentano carattere di completezza. Tale circostanza è, in sé stessa, indubitabile, poiché i Principi escludono essi stessi la propria applicabilità ad alcune materie (es. invalidità del contratto per incapacità, carenza di poteri e contrarietà alla legge o al buon costume) e non ne contemplano altre (es., prescrizione e decadenza), oltre a far salva l'applicazione di certe norme imperative (art. 1.4)³. Ma il loro carattere di insieme organico di norme non significa necessariamente completezza, né autosufficienza, né le presuppone quali condizioni essenziali.

3. Segue: *condizionamenti di carattere teorico*

La possibilità che il carattere sistematico dei Principi, che essi stessi appaiono presupporre, ne faccia un insieme normativo capace di essere oggetto di riferimento unitario dipende naturalmente, in ultima analisi, da premesse e considerazioni di carattere teorico, che non possono trovare in questa sede lo sviluppo che esse richiederebbero. Ma deve essere sottolineato che di questo, appunto, si tratta. La possibilità che si è appena menzionata non può, ovviamente, che venire negata ed esclusa in radice, da chi consideri che la dicotomia tra diritto statale e diritto internazionale pubblico esaurisce l'intero mondo del diritto positivo, e non lascia spazio ad alcun altro fenomeno definibile come giuridico⁴. Se al contrario si è disposti ad ammettere che nulla, sul piano dei principi teorici generali, esclude l'esistenza di fenomeni di giuridicità che si riconducono allo *jus gentium* inteso come diritto a carattere interindividuale espresso allo stato elementare, quantomeno, da certi settori della comunità umana universale priva di organizzazione istituzionale propria⁵, la conclusione è destinata a cambiare. In questa diversa prospettiva non vi sarebbero infatti più ragioni decisive per escludere la possibilità di configurare i Principi come insieme di regole di diritto costituenti un insieme organico e coerente. E tali regole dovrebbero allora essere considerate senz'altro capaci di asurgere al rango di norme giuridiche positive, ancorché – ovviamente – prive del carattere della statualità. E ciò, sia per il loro carattere di principi generali comuni ai principali sistemi giuridici interni – si pensi al celeberrimo art. 38, n. 1, lett. c) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia –, sia attraverso la loro diffusa

³ Sui temi indicati si veda specialmente A. GIARDINA, *Les Principes UNIDROIT sur les contrats internationaux*, in *Clunet*, 1995, p. 547 ss.

⁴ Si tratta dell'impostazione più tradizionalmente seguita dalla dottrina italiana: per una decisa riaffermazione cfr. M. GIULIANO, T. SCOVAZZI, T. TREVES, *Diritto internazionale*, pp. 14 ss., 541 ss.

⁵ Si veda al riguardo P. ZICCARDI, *Ordinamento giuridico (diritto internazionale)*, in *Enc. diritto*, XXX, Milano, 1980, p. 766 ss. (ora anche in *Vita giuridica internazionale*, I, Milano, 1992, p. 107 ss.), ove anche riferimenti a precedenti scritti dello stesso Autore.

accettazione da parte dei soggetti appartenenti agli ambienti internazionali interessati (e nei limiti in cui gli ordinamenti statali, che certo ne avrebbero, nel mondo giuridico di oggi, la possibilità, non ne escludano positivamente il riconoscimento nell'ambito spaziale in cui i rispettivi Stati sono in grado di esercitare il proprio potere coercitivo).

4. *Il richiamo espresso ai Principi*

Accettando la prospettiva che si è segnalata da ultimo, è chiaro che il richiamo che le parti espressamente abbiano ad effettuare in contratto ai Principi varrà ad attribuirvi valore e significato di complesso normativo regolatore dell'assetto contrattuale nel suo insieme. Ciò corrisponde ad un'alternativa indicata dagli stessi Principi come possibile⁶. Di ciò l'arbitro internazionale – come soggetto che non amministra un ordinamento giuridico statale dato, ma esprime i valori propri di una comunità diversa, e più ampia – dovrà tenere conto, e valutare la relazione contrattuale nel quadro, ed alla luce, dei Principi. Naturalmente, però, l'arbitro dovrà considerare i Principi in un quadro più vasto, che in essi non si esaurisce. Da una parte, verranno in considerazione in primo luogo le norme applicabili alle materie che sono escluse dalla sfera di applicazione dei Principi, di cui l'arbitro dovrà tener conto in base alle consuete regole da lui utilizzabili per la determinazione del diritto applicabile al merito della lite. Dall'altra, poi, spiegheranno la propria efficacia le norme imperative che i Principi fanno salve, anch'esse ovviamente da determinare in base alle regole appena menzionate⁷.

Nell'ambito così segnato, dovrà rimanere esclusa qualsiasi prevalenza, sui Principi, di regole contenute in norme soltanto imperative – non, dunque, di applicazione necessaria – che appartengano al diritto normalmente competente in virtù dei principi di diritto internazionale privato, che l'arbitro dovesse ritenere astrattamente applicabili alla specie portata al suo giudizio. Infatti la prevalenza di norme del genere si potrebbe affermare soltanto sul presupposto che l'efficacia dei Principi consegua esclusivamente alla recezione che le parti ne compiano all'interno delle proprie pattuizioni contrattuali. Poiché invece essa consegue, nell'ipotesi esaminata, ad un vero e proprio inquadramento dell'assetto contrattuale

⁶ Si legge nel Preambolo, intitolato alle «finalità dei principi», che essi «si applicano quando le parti hanno convenuto che il loro contratto sia da essi regolato» (nel testo inglese: they shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them), cfr. M.J. BONELL, *Un «Codice» Internazionale del Diritto dei Contratti*, Milano, 1995, p. 151 ss.

⁷ Per la prospettiva entro la quale si muove l'arbitrato internazionale di diritto privato, sotto il profilo indicato nel testo, cfr. il mio studio *Illecito internazionale e arbitrato internazionale di diritto privato*, in *Le droit international à l'heure de sa codification, Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, Milano, 1987, p. 167 ss. Per l'inquadramento dei Principi nel complesso delle norme imperative applicabili, A. GIARDINA, *Les Principes*, cit., p. 553 ss. Sul rispetto delle norme imperative insiste lo stesso commento ai Principi, *sub art. 1.4.*

ad opera delle parti al di fuori di un sistema giuridico statale dato, e nell'ambito del complesso normativo rappresentato dagli stessi Principi, una subordinazione di questi alle regole semplicemente imperative appartenenti all'uno o all'altro ordinamento risulta fuori questione. L'esercizio dell'autonomia delle parti ha luogo infatti nel senso e con la conseguenza di escludere interamente il ricorso al meccanismo internazionalprivatistico, che risulta così inutilizzabile da parte dell'arbitro internazionale.

È opportuno tuttavia rilevare che, sino a che il richiamo ai Principi non acquisti piena diffusione nella pratica commerciale internazionale contribuendo a consolidarne il carattere positivo, un arbitro dovrebbe procedere con notevole prudenza ove un eventuale contrasto con norme (anche semplicemente) imperative dovesse venire a profilarsi. L'ipotesi non sembra, del resto, destinata a verificarsi con frequenza, in vista dei caratteri propri dell'opera che ha portato all'elaborazione dei Principi e della metodologia in essa seguita dai redattori⁸.

5. I Principi quali «regole di diritto appropriate»

Nelle ipotesi in cui manchi qualsiasi richiamo espresso ad opera delle parti, non è di per sé esclusa qualsiasi possibilità di tener conto dei Principi UNIDROIT. Essi potranno infatti venire in considerazione, tutte le volte che l'arbitro internazionale si trovi ad operare nell'ambito di un sistema processuale contenente regole che ammettono l'applicazione al merito della controversia da parte degli arbitri internazionali di semplici «regole di diritto» – anche appartenenti a complessi di norme di origine non statale – pur in assenza di una manifestazione di volontà delle parti in tal senso. È il caso, ben noto, della Francia (art. 1496 NCPC), dei Paesi Bassi (art. 1054.2 della legge sull'arbitrato del 1986) e della Svizzera (art. 187 della legge di diritto internazionale privato del 1987)⁹, oltre che di qualche altra legislazione recente, come quella del Québec. Ciò in contrasto con la scelta effettuata da altri legislatori, come quello italiano del 1994, che ha ammesso sì, secondo l'interpretazione prevalente, la scelta di norme non statali ad opera delle parti in sede di arbitrato internazionale (art. 834 cod. proc. civ.), ma ha invece escluso la stessa possibilità in assenza di scelta delle parti, imponendo in tal caso agli arbitri internazionali l'applicazione di uno specifico «diritto» – quello con il quale il rapporto si presenta più strettamente collegato – che non può non appartenere ad uno Stato¹⁰.

⁸ Sui quali cfr. M.J. BONELL, *Un «Codice» Internazionale*, cit., spec. p. 21 ss.

⁹ Sulla norma elvetica, il cui testo appare differente nelle sue tre versioni ufficiali (si parla infatti di «règles de droit» nel testo francese, e di «Recht» e «diritto» in quelli tedesco e italiano), cfr. P. LALIVE, in P. LALIVE, J.F. POUURET, C. REYMOND, *Le droit de l'arbitrage interne et International en Suisse*, Lausanne, 1989, p. 387 ss.

¹⁰ Sulla norma italiana cfr. L. FUMAGALLI, in G. TARZIA, R. LUZZATTO, E. RICCI, *Legge 5 gen-*

Qualora l'arbitro si muova nell'ambito di sistemi di norme processuali più permissive, appartenenti alla prima categoria menzionata, nulla esclude in via di principio che egli applichi i Principi, in qualità di «regole di diritto appropriate» rispetto al caso di specie¹¹. Ma è inutile dire che in ipotesi del genere non si dovrebbe procedere ad alcun automatismo: l'arbitro dovrebbe convincersi in ogni caso, e darsi carico di dimostrare in modo esauriente, che il ricorso ai Principi, e la loro utilizzazione, rappresentano veramente l'applicazione delle regole più appropriate rispetto al caso di specie. Il ricorso a questa possibilità dovrebbe essere, insomma, circondato dalle cautele necessarie ad escludere qualsiasi sconfinamento nell'arbitrario e possibilità di censura per eccesso di potere. D'altra parte, le particolari caratteristiche dei Principi ne fanno uno strumento certamente, per sua stessa natura, a forte vocazione internazionale: e tutte le volte che situazioni tipiche dei rapporti commerciali internazionali vengano ad avere contatti con ordinamenti nazionali ispirati a concezioni e tradizioni particolaristiche e non adeguate rispetto alle esigenze delle relazioni economiche internazionali del mondo contemporaneo, il carattere di *better law* potrà essere facilmente riconosciuto ai Principi stessi, giustificando così la preferenza che l'arbitro volesse accordare loro. Che poi, dal punto di vista formale, l'arbitro ascriva i Principi alla più vasta (e diversa) categoria degli usi del commercio internazionale, oppure a quella dei principi generali di diritto comuni a più ordinamenti statali, o ad altro ancora (come, ad esempio, la troppo spesso richiamata categoria della c.d. *lex mercatoria*), dipenderà, tra l'altro, dai futuri sviluppi della prassi e dall'atteggiamento che gli operatori assumeranno nei confronti dei Principi. Ma, in definitiva, proprio in quanto ciò riguarda un dato di carattere formale, non si tratterà di un aspetto di rilievo determinante: ciò che conta sarà piuttosto il giudizio di «adeguatezza» rispetto alle circostanze del caso concreto, che l'arbitro sia disposto a formulare, in base ai poteri che gli sono conferiti dalle norme pertinenti, nei confronti dei Principi UNIDROIT. Queste norme, infatti, come in precedenza si è ricordato, autorizzano spesso l'arbitro internazionale a risolvere la controversia che gli è sottoposta applicando le «*règles de droit*» che egli giudica appropriate, a prescindere da qualsiasi inquadramento formale di esse nell'ambito dei vari fenomeni qualificabili come fonti di norme giuridiche.

Nei casi appena ricordati, è il caso di aggiungere, l'applicazione dei Principi dovrà avvenire in qualità di utilizzazione di complesso normativo a sé stante, e quindi come un tutto organico e coerente, in quanto solo in questo modo appare possibile porre in rilievo e valorizzare fino in fondo la capacità dei medesimi di rappresentare l'insieme di regole più appropriate rispetto ad una data situazione.

naio 1994, n. 25, *Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*, Padova, 1995, p. 214 ss., e ivi ulteriori riferimenti.

¹¹ Ciò a maggior ragione quando gli arbitri siano stati autorizzati dalle parti a decidere secondo equità e come amichevoli compositori, o quando si muovono nell'ambito di sistemi che accordano poteri del genere anche in assenza di espressa autorizzazione delle parti: sul punto cfr. M.J. BONELL, *Un «Codice» Internazionale*, cit., p. 158 ss., ove anche una rassegna delle ipotesi in cui gli arbitri potrebbero ricorrere ai Principi pur dovendo pronunciare secondo diritto.

6. I Principi UNIDROIT quali disciplina applicabile in caso di «delocalizzazione» del contratto

Anche al di fuori delle ipotesi di applicazione diretta dei Principi quale complesso normativo «competente» – per espressa designazione delle parti, o per scelta da parte dell'arbitro – a regolare il contratto e le relazioni che ne derivano, altre possibilità di ricorso ad essi non mancano.

Va tenuto presente che i Principi, già per espressa dichiarazione dei loro redattori – e, perlomeno, per gran parte del loro contenuto –, esprimono quanto vi è di comune tra i vari sistemi giuridici contemporanei, e mirano a darne una sintesi¹². L'arbitro internazionale, in vista di queste loro caratteristiche, ne potrà tener conto tutte le volte che le parti di una controversia portata al suo giudizio abbiano dimostrato – nella clausola compromissoria, o in qualsiasi altro modo anche nel corso del giudizio arbitrale – l'intenzione di *non volere* l'applicazione esclusiva di un solo sistema di diritto nazionale. Un'ipotesi del genere, ad onta di quanto si potrebbe pensare, è tutt'altro che rara nella pratica della vita economica e commerciale internazionale. Naturalmente, occorre che un'intenzione siffatta sia espressa in modo inequivoco, e non si potrebbe certo considerarla presente su base solamente induttiva o congetturale, ad esempio per il solo fatto che le parti non hanno fornito alcuna indicazione in ordine al diritto applicabile.

Il pensiero corre qui alle ipotesi in cui una clausola compromissoria esprima l'intento delle parti di collocare la soluzione della controversia sul piano dei principi generali di diritto comuni ad un insieme di sistemi giuridici nazionali (spesso, quelli dei Paesi interessati a vario titolo al rapporto), o addirittura le parti facciano menzione espressa di complessi normativi quali la c.d. *lex mercatoria* (ipotesi più rara, ma non certamente solo teorica). In casi di tal genere, la precisa volontà delle parti di evitare l'applicazione esclusiva dell'uno o dell'altro sistema astrattamente competente in base ai comuni principi internazionalprivatistici è chiara: ma la prassi presenta inevitabili incertezze nella determinazione delle regole sostanziali applicabili. Il ricorso alla c.d. *lex mercatoria*, ed il rifugio in essa, ne sono il più chiaro sintomo¹³.

L'utilizzazione dei Principi, in questo senso, potrà dimostrarsi preziosa. E va considerato come un dato del più grande significato il fatto che, in molte delle – in verità non frequentissime – ipotesi nelle quali arbitri internazionali hanno risolto le controversie loro sottoposte richiamandosi alla travagliata nozione della *lex mercatoria*¹⁴, essi hanno applicato (a titolo di principi generali di diritto o di usi

¹² Sul punto si veda *L'Introduzione ai Principi dei Contratti commerciali internazionali*, Roma, 1994, p. VIII; e M.J. BONELL, *Un «Codice» Internazionale*, cit., p. 51 ss.

¹³ Sull'idea della «delocalizzazione» del contratto, ed i suoi limiti, cfr. S.M. CARBONE, R. LUZZATTO, *Il contratto internazionale*, Torino, 1994, p. 72 ss.

¹⁴ Per un'analisi delle ipotesi menzionate cfr. W.L. CRAIG, W.W. PARK, J. PAULSSON, *International Chamber of Commerce*, cit., p. 603 ss.

del commercio) alcuni principi giuridici, che nei Principi UNIDROIT trovano perfetta corrispondenza. Si pensi, ad esempio, agli obblighi di comportarsi secondo buona fede nei loro vari aspetti (articoli 1.7 e 2.15 dei Principi), alle regole di interpretazione dei contratti (art. 4.5.), a quelle sul recesso (art. 7.3.2), all'obbligo di non aggravare il danno (art. 7.4.8), alle regole in tema di *hardship* (art. 6.2). A proposito di tutte queste ipotesi, è possibile ritrovare specifiche decisioni arbitrali pubblicate, che fanno applicazione di regole ora espressamente enunciate nei Principi¹⁵: questa loro autorevole riaffermazione consentirà alla pratica arbitrale di fondare la decisione della controversia su basi più certe e solide di quanto in precedenza non accadesse.

Naturalmente, nelle ipotesi ora menzionate, il richiamo ai Principi non verrà ad essere il risultato della specifica volontà delle parti, né della ricerca delle norme più appropriate da parte degli arbitri, che a ciò siano autorizzati dalle regole processuali applicabili al procedimento. Essi potranno trovare applicazione, per così dire, *proprio vigore*, rilevando la volontà delle parti soltanto nel senso negativo di escludere il ricorso all'uno o all'altro ordinamento giuridico statale, e quindi di «delocalizzare», in questo senso, il rapporto nascente dal contratto. Diverrà pertanto rilevante l'individuazione precisa del ruolo che ciascuno dei Principi – o, in ipotesi, i principi nel loro complesso – affermati nella realtà internazionale a titolo di usi generalmente osservati dagli operatori, o quali principi generali comuni ai vari sistemi interessati (in questo secondo caso, però attraverso una valutazione da compiersi inevitabilmente in relazione a ciascuno di essi). Solo l'avvenire, evidentemente, potrà fornire agli interpreti una risposta sicura circa il ruolo che i Principi, in base all'atteggiamento che gli operatori manifesteranno nei loro confronti, si riveleranno capaci di assumere e di svolgere nella realtà della vita economica internazionale.

7. I Principi UNIDROIT quali strumento di selezione di norme nazionali

Un ultimo aspetto appare significativo.

Anche in assenza di qualsiasi indicazione circa l'effettiva intenzione delle parti di applicare i Principi o di «delocalizzare» il contratto, e in mancanza di norme processuali applicabili all'arbitrato che consentano all'arbitro di far ricorso a materiali giuridici non statali, appare possibile individuare un ulteriore ruolo di Principi.

È opportuno riflettere, a questo riguardo, sul fatto che l'arbitro internazionale

¹⁵ Per i principi sulla buona fede, si veda la sentenza CCI nel caso n. 5953, in *Clunet*, 1990, p. 1056 ss.; per un esempio in tema di interpretazione, la sentenza CCI nel caso n. 1434, in *Clunet*, 1976, p. 978 ss.; per il recesso, la sentenza CCI nel caso n. 2520, in *Clunet*, 1976, p. 992 ss.; per l'obbligo di non aggravare il danno e l'*hardship*, la sentenza CCI nel caso n. 4761, in *Clunet*, 1987, p. 1012 ss.

non è chiamato ad applicare necessariamente il diritto di uno Stato – pur nei casi in cui la legge processuale competente non consente il richiamo diretto di norme anazionali – nello stesso modo in cui dovrebbe farlo il giudice appartenente a tale Stato. L'arbitro non è infatti tanto chiamato ad attuare quell'ordinamento realizzando tutti i valori giuridici propri e particolari di quest'ultimo, quanto piuttosto a risolvere la controversia a lui sottoposta, applicando sì le norme sostanziali appartenenti a quel sistema, ove ciò sia necessario per volontà delle parti o per altri principi che l'arbitro stesso ritenga applicabili, ma tenendo sempre presente l'appartenenza del rapporto ad una sfera più ampia di vita economica e giuridica internazionale. In questo senso, va certamente inteso il richiamo, effettuato per la prima volta dall'art. VII.1 della Convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961 e poi generalizzatosi, agli usi del commercio quali parametri essenziali di giudizio che l'arbitro deve tener presenti¹⁶, richiamo che risulterebbe altrimenti del tutto banale e privo di effettivo contenuto.

Alla luce delle considerazioni svolte, appare possibile trarre un'ulteriore conclusione. I Principi potranno certamente servire a risolvere il problema derivante dall'impossibilità di individuare la norma del diritto nazionale applicabile, come si legge nello stesso loro preambolo, o a colmarne eventuali lacune¹⁷. Ma oltre a ciò è possibile attribuire loro la capacità di svolgere un'essenziale funzione nella direzione che si è sopra indicata. I Principi si dimostrano infatti idonei a condurre ad un'applicazione di un diritto nazionale, che risulti applicabile nell'ambito di un procedimento arbitrale internazionale, più coerente rispetto alle esigenze di una disciplina del rapporto aderente al carattere internazionale di questo. Ciò, in particolare, consentendo all'arbitro di operare una sintesi dei valori appartenenti ai vari sistemi interessati. Essi potranno mostrare qui dove le soluzioni accolte da un ordinamento esprimono valori comunemente accolti, e dove invece esse sono fedeli ad esigenze tipicamente interne, proprie e specifiche di quell'ordinamento: e consentire quindi l'individuazione, pur sempre nell'ambito di quello stesso sistema, di regole differenziate in funzione del carattere internazionale del rapporto. Nel secondo caso menzionato, l'arbitro potrà ben evitare l'applicazione della norma interna, laddove i Principi ne dimostrino l'estraneità a regole generali comunemente accolte e ne evidenzino la rispondenza ad esigenze specifiche delle relazioni puramente interne a quell'ordinamento.

L'opera, in questo modo affidata all'arbitro internazionale, risulta naturalmente assai complessa e delicata, ma la guida fornita dai Principi si potrà dimostrare

¹⁶ Si ricordino i noti esempi dell'art. 1496 NCPC francese, dell'art. 1054.2 della legge olandese sull'arbitrato, e dell'art. 13.5 del Regolamento CCI, oltre che – da ultimo – dell'art. 834 c.p.c. italiano. Quest'ultimo segue la formula dell'art. VII della Convenzione di Ginevra anche nel richiamo alle «indicazioni del contratto», omissso dalle norme francesi e olandesi.

¹⁷ «I Principi possono fornire una soluzione a questioni controverse nei casi in cui si dimostri impossibile individuare la regola pertinente del diritto altrimenti applicabile»: sul punto, per il ventaglio di possibilità offerto da quest'ipotesi, si veda M.J. BONELL. *Un «Codice» Internazionale*, cit., p. 182 ss.

di rilievo essenziale. Vale poi la pena di sottolineare che tutto ciò non è affatto limitato all'ipotesi che all'arbitro sia stata conferita la facoltà di decidere *ex aequo et bono*, o quale amichevole compositore. La giurisprudenza di diversi Paesi ha ormai chiarito in modo esauriente che l'applicazione di regole non nazionali da parte di arbitri, che siano tenuti a decidere la controversia secondo le regole di diritto, non vizia il lodo sotto il profilo dell'eccesso di potere, in quanto non ne fa venir meno il carattere di decisione secondo diritto¹⁸.

¹⁸ È sufficiente ricordare, al proposito, tre notissimi casi della prassi internazionale: il caso *Norsolor* (*Norsolor S.A. c. Pabalk Ticaret Ltd.*, sentenza della Corte suprema austriaca del 18 novembre 1982, in *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1984, p. 96 ss. nota B. VON HOFFMANN); il caso *Valenciana* (*Compania Valenciana de Cementos Portland S.A. c. Primary Coal Inc.*, sentenza della Corte di cassazione francese del 22 ottobre 1991, in *Clunet*, 1992, p. 177 ss., nota B. GOLDMAN, e *Rev. arbitrage*, 1992, p. 457 ss., nota P. LAGARDE); il caso *Deutsche Schachtbau* (*Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrergesellschaft m.b.H., v. Rakoil*, sentenza della *Court of appeals* inglese del 24 marzo 1987, in 2 *All E.R.* 769, e *Yearbook Comm. Arb.*, 1988, p. 522 ss.). Per altri precedenti si veda F. LATTANZI, *L'impugnativa per nullità nell'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 1989, p. 257 ss.

«Legge applicabile» e «riconoscimento» di *trusts* secondo la convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Alcune speciali caratteristiche della convenzione dell'Aja. – 3. a) La distinzione fra «legge applicabile» e «riconoscimento» del *trust*. – 4. b) Nozione di *trust* secondo la convenzione. – 5. c) Contenuto del «riconoscimento» di un *trust*. – 6. Le norme di conflitto poste dalla convenzione in materia di *trusts* e le «clausole di salvaguardia». – 7. L'art. 13 della convenzione.

1. Premessa

Dall'entrata in vigore della convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, relativa alla legge applicabile ai *trusts* e al loro riconoscimento, sono trascorsi ormai alcuni anni¹. L'Italia, com'è noto, fu – con premura abbastanza sorprendente² – il secondo Stato a depositare il proprio strumento di ratifica della convenzione, dopo la Gran Bretagna: e per essa, dunque, gli effetti della convenzione iniziarono a prodursi immediatamente dopo la sua entrata in vigore, che con la ratifica di un terzo Stato, l'Australia, avvenne il 1° gennaio 1992³.

Il lasso di tempo ormai trascorso sembrerebbe tale da consentire un primo bi-

* Pubblicato in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1999, pp. 5-20. Scritto dedicato alla Raccolta in onore di Francesco Capotorti.

¹ La convenzione è infatti entrata in vigore il 1° gennaio 1992. Al momento dell'entrata in vigore, essa vincolava tre Stati, ossia il Regno Unito, l'Italia e l'Australia: alla data del 5 marzo 1999 essa è in vigore fra altri quattro Stati, ossia Canada, Cina (per il territorio di Hong Kong), Malta e Paesi Bassi.

² La legge italiana di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione è del 16 ottobre 1989 (n. 364), in *Gazz. Uff.*, n. 261 dell'8 novembre 1989 (suppl. ord.) e la ratifica italiana è del 21 febbraio 1990 (*Gazz. Uff.*, n. 285 del 5 dicembre 1991). Le ragioni di tale rapidità, del tutto inusuale se si pensa ai tempi normalmente necessari perché entrino in vigore gli accordi internazionali stipulati dall'Italia (cfr. LIBRANDO, MOSCONI, RINOLDI, *Tempi biblici per la ratifica dei trattati*, Padova, 1993, pp. 10 ss., 69 ss.), sono probabilmente da ricercare nell'idea che il riconoscimento di *trusts* e il loro operare in Italia porti ad un incremento dei flussi di investimento (v. sul punto GAMBARO, *Il trust in Italia*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1214 ss.: ma v. le osservazioni di PONZANELLI, *Le annotazioni del comparatista*, *ivi*, a p. 1228).

³ L'Italia fu così il primo paese non di *common law* – o, come frequentemente si dice, *non-trust* – a divenire parte della convenzione.

lancio degli effetti della convenzione in un ordinamento non appartenente all'area del *common law*, nel quale – per giunta – il legislatore nazionale non ha provveduto ad introdurre specifici istituti intesi a riprodurre in qualche modo le caratteristiche di fondo dei *trusts*⁴. Viceversa, la cosa non sembra ancora possibile. Alla mancanza di un numero consistente di decisioni giurisprudenziali, idoneo a consentire l'individuazione di indirizzi definiti, fa riscontro soltanto un certo interesse riscontrabile nella prassi, specie notarile⁵. Accanto all'interesse emerge però una certa confusione di idee, che a livello dottrinale investe anche punti centrali della problematica e appare notevolmente pericolosa proprio per quel successo dell'istituto, che l'interesse da esso suscitato dovrebbe assicurarli.

E quindi opportuno fare il punto su alcuni aspetti essenziali, attinenti non alla disciplina sostanziale dei *trusts* nei sistemi giuridici che li regolano⁶, ma allo strumento internazionale che ha consentito loro di spiegare direttamente effetti nell'ordinamento italiano: ossia, la convenzione dell'Aja del 1985. Proprio sulla struttura, la portata e gli effetti di questo testo convenzionale sembrano infatti concentrarsi equivoci ed incertezze.

2. Alcune speciali caratteristiche della convenzione dell'Aja

Il dato di partenza, in sé del tutto ovvio, è costituito dalla considerazione che il testo dell'Aja rappresenta una normale convenzione di diritto internazionale privato, al pari di tutte quelle elaborate sotto l'egida della Conferenza permanente dell'Aja, che al diritto internazionale privato è appunto dedicata⁷.

⁴Un'ampia panoramica degli istituti affini al *trust* in ordinamenti civilistici o misti si trova in LUPOI, *Trusts*, Milano, 1997, p. 337 ss. (e prima nell'opera dello stesso Autore, *Introduzione ai trusts*, Milano, 1994, p. 81 ss.).

⁵Si vedano, a dimostrazione di tale interesse, alcuni scritti raccolti nel volume *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. Beneventi, Milano, 1996: PICCOLI, *Trusts, patti successori, fedecommesso*, *ivi*, p. 133 ss.; TONDO, *Ambientazione del trust nel nostro ordinamento e controllo notarile sul trustee*, *ivi*, p. 183 ss.; LEBANO, *Esperienze notarili nell'istituzione di trusts: il trust «Mevio»*, *ivi*, p. 205 ss.; RISSO, *Esperienze notarili nell'istituzione di trusts: il trust «Eileen»*, *ivi*, p. 213 ss.

⁶Per la disciplina sostanziale è sufficiente inviare all'ampia e dettagliata ricostruzione effettuata da LUPOI, *Trusts cit.*, p. 9 ss.

⁷Per le origini della convenzione si veda *Conférence de la Haye de droit international privé, Actes et documents de la quinzième session (8-20 octobre 1984)*, II, La Haye, 1985. In dottrina cfr. GAILLARD-TRAUTMAN, *La Convention de la Haye du 1 juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, in *Revue critique*, 1985, p. 1 ss.; VON OVERBECK, *La Convention de la Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, in *Ann. suisse droit int.*, 1985, p. 30 ss.; BERAUDO, *La Convention de la Haye du 1 er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, in *Trav. Com. français de droit int. privé*, 1985-86, p. 21 ss.; KÖTZ, *Die 15. Haager Konferenz und das Kollisionsrecht des Trust*, in *Zeitschrift für ausl. und intern. Privatrecht*, 1986, p. 562 ss.; HAYTON, *The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition*, in *Int. Comp. Law Quarterly*, 1987, p. 260 ss.; JAUFFRET-SPINOSI, *La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1er juillet*

La notazione può apparire persino banale. Ma è egualmente opportuno richiamarla, allo scopo di evitare qualsiasi assimilazione a vere e proprie convenzioni internazionali di diritto uniforme (del tipo, per fare un solo esempio, di quella di Vienna del 1980 in materia di vendita internazionale). Un'assimilazione del genere sarebbe assolutamente arbitraria. Eppure se ne può cogliere qualche eco nelle proposte, a volte avanzate, che vorrebbero suggerire persino la configurabilità di *trusts* sottoposti alle stesse norme contenute nella convenzione, magari integrate con regole del diritto interno italiano in materia di istituti capaci di svolgere funzioni, e di raggiungere finalità, sostanzialmente analoghe a quelle svolte e perseguite mediante l'organizzazione di un *trust*⁸.

Tuttavia, è evidente che la convenzione dell'Aja sui *trusts*, pur nella sua sicura appartenenza alla categoria delle convenzioni internazionali in materia di diritto internazionale privato, presenta alcune caratteristiche che ne fanno un *unicum* nell'ambito di tale categoria. Si tratta, del resto, di peculiarità strettamente connesse con quelle proprie dei *trusts*, che hanno indotto i redattori a discostarsi in più punti dalla tecnica comunemente seguita.

Ha assunto peso determinante, nella struttura stessa del testo convenzionale, il fatto che il *trust* quale nato e sviluppato nel diritto inglese costituisce il caso più celebre, e addirittura emblematico, di istituto giuridico sconosciuto ad una grande parte degli ordinamenti giuridici non appartenenti all'area del *common law*. Tutte le volte che le trattazioni di diritto internazionale privato affrontavano le difficoltà provocate, specie sul piano della qualificazione, dal fatto che un determinato istituto straniero non trovasse un equivalente nell'ordinamento del foro, era immancabilmente all'esempio del *trust* inglese che si faceva ricorso per illustrarle concretamente⁹.

Del resto, lo scopo fondamentale della convenzione dell'Aja sul *trust* è stato proprio quello di risolvere le difficoltà che si pongono agli ordinamenti che non conoscono l'istituto tutte le volte che si tratta di prenderlo a qualsiasi effetto in considerazione¹⁰.

Dalle circostanze ricordate discendono almeno tre rilevanti conseguenze. Queste imprimono al testo convenzionale alcune caratteristiche che ne fanno un caso

1985), in *Journal droit int.*, 1987, p. 23 ss.; REYMOND, *Réflexions de droit comparé sur la Convention de la Haye sur le trust*, in *Rev. droit int. et dr. comparé*, 1991, p. 9 ss.

⁸ Il suggerimento è esplicito in CALVO, *La tutela dei beneficiari nel «trust» interno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 22 ss., a p. 51 ss. Su piano ovviamente diverso si collocano gli autori che sottolineano e valorizzano determinate affinità di istituti interni rispetto al *trust*: si veda ad es. GAMBARO, *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei trusts nei paesi di civil law*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 93 ss., e LUPOL, *Trusts cit.*, p. 461 ss.

⁹ Sul punto, e sulle conseguenze che ne sono derivate quanto alle particolarità della convenzione, v. FUMAGALLI, *La Convenzione dell'Aja sul «trust» e il diritto internazionale privato italiano*, in *Dir. comm. int.*, 1992, p. 533 ss., a p. 538; GIARDINA, *La Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai trusts ed al loro riconoscimento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1211 ss.

¹⁰ Si vedano le relazioni di VON OVERBECK (*Rapport de la Commission spéciale e Rapport explicatif*) alla Conferenza dell'Aja, in *Actes et documents cit.*, risp. pp. 172 ss. e 370 ss.

del tutto particolare nell'ormai ricco insieme di convenzioni elaborate dalla Conferenza dell'Aja.

(a) In primo luogo, la convenzione distingue tra la «legge applicabile» ai *trusts*, da una parte, ed il loro «riconoscimento», dall'altra: ciò risulta dalla stessa intitolazione dell'atto internazionale, viene ribadito dall'art. 1 e trova riscontro nella distinzione fra capitolo II e capitolo III della convenzione, dedicati rispettivamente alla «legge applicabile» (articoli 6-10) ed al «riconoscimento» (articoli 11-14).

(b) In secondo luogo, la convenzione enuncia all'art. 2 una sorta di «qualificazione convenzionale» dell'istituto che essa considera, contenente l'indicazione dei vari elementi che devono in concreto concorrere perché si possa dire sussistente il presupposto che consente, ed impone, l'entrata in giuoco della disciplina convenzionale.

(c) In terzo luogo, la convenzione stabilisce all'art. 11 che cosa si deve intendere per «riconoscimento» di un *trust* come tale: la norma ne definisce il contenuto minimo e specifica quali conseguenze concrete ne devono derivare.

I tre aspetti menzionati meritano ciascuno alcune brevi considerazioni, in particolare dal punto di vista della consueta tecnica internazionalprivatistica.

3. a) *La distinzione fra «legge applicabile» e «riconoscimento» del trust*

(a) Se ci si riferisce ad una qualsiasi norma di diritto internazionale privato di tipo classico, che designa il diritto applicabile ad un dato rapporto giuridico¹¹, la distinzione tra legge applicabile al rapporto e riconoscimento del medesimo è sempre possibile, in via puramente astratta.

Nulla esclude infatti la possibilità di affermare che un matrimonio, uno *status* di filiazione, un diritto successorio, un contratto è regolato da un determinato diritto, e che, in quanto considerato validamente esistente da tale diritto, l'atto, il rapporto o il diritto di cui si tratta è «riconosciuto» ad opera della norma di diritto internazionale privato.

Normalmente la distinzione fra i due aspetti non viene effettuata, in quanto del tutto superflua: l'uno è infatti compreso nell'altro, in quanto da esso presupposto. Così, se un contratto risulta validamente concluso e vincolante per le parti in base alla legge regolatrice, il suo «riconoscimento» – ossia, l'attribuzione ad esso di tutti gli effetti che in base a questa legge ne conseguono – è tutt'uno con l'assegnazione a questa del ruolo di legge regolatrice, ed è implicito in essa. Inversamente, se si volesse dire, contrariamente all'uso linguistico corrente, che un dato

¹¹ Intendo riferirmi qui al metodo più tradizionale, che da una nota dottrina moderna è stato designato quale metodo fondato sulla «localizzazione della fattispecie»: cfr. PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, spec. pp. 5 ss., 263 ss. (ove anche i riferimenti alle opere precedenti dello stesso A.).

contratto è «riconosciuto» in Italia se valido ed efficace in base alla legge designata dalle parti, ciò sarebbe perfettamente equivalente all'affermazione che quel contratto è sottoposto alla *lex voluntatis*, che è la legge ad esso applicabile.

Queste ovvie constatazioni discendono dal modo stesso di operare della tecnica internazionalprivatistica corrente, e non vengono meno neppure quando nel linguaggio giuridico comune si sia affermato un uso diverso.

Così accade, ad esempio, in materia di società e persone giuridiche. Qui è tradizionalmente invalso l'uso di parlare di «riconoscimento» di società e persone giuridiche straniere, e ne è chiara la ragione storica. Non si tratta del particolare tipo di situazione giuridica in giuoco: come dimostra il fatto che, a proposito degli individui, non si usa parlare di «riconoscimento» della capacità degli stranieri, quanto di legge regolatrice di questa. Si tratta invece del fatto che per lungo tempo l'attribuzione di autonoma soggettività ad una società costituita all'estero venne condizionata ad un atto di autorizzazione («riconoscimento») da parte della pubblica autorità nazionale, che assumeva le funzioni di vera e propria condizione necessaria dell'esistenza stessa della società quale soggetto creato in base ad un ordinamento straniero.

In realtà, come scriveva nel 1966 Capotorti, a proposito delle iniziative allora in corso nella materia con riferimento all'art. 220 del trattato istitutivo della Comunità europea,

«In linea di principio il problema del riconoscimento delle società e delle persone giuridiche straniere non presenta una natura diversa da quello del riconoscimento di qualsiasi altra realtà giuridica creata da ordinamenti di Stati stranieri: si tratta di considerare rilevanti fattispecie sorte alla stregua di questi ordinamenti, e dunque di far sì che leggi straniere abbiano effetto anche nell'ambito proprio del nostro diritto e di fronte agli organi del nostro Stato. In breve: si tratta di un problema di diritto internazionale privato, ed esattamente di rinvio al diritto straniero»¹².

Naturalmente, è necessaria qui una precisazione: quanto osservato presuppone che, in concreto, il funzionamento della norma di diritto internazionale privato conduca all'applicazione di un diritto straniero. Nell'ipotesi che sia invece applicabile il diritto del foro, non avrebbe più senso parlare di «riconoscimento» della realtà giuridica da esso creata: com'è ben noto, l'applicabilità della norma interna non dipende infatti dalla norma di conflitto, che si limita a determinare gli elementi della fattispecie mancanti.

Il ricorso all'idea del «riconoscimento» di un valore giuridico straniero, inoltre, se può risultare appropriato quando si tratta di rapporto già costituito all'estero, lo è assai meno quando si tratta invece di provvedere alla costituzione *ex novo*

¹² CAPOTORTI, *Il problema del reciproco riconoscimento delle società nella Comunità economica europea*, in *Riv. società*, 1966, p. 969 ss., a p. 970. Per l'evoluzione storica del problema del riconoscimento in Italia v. SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, 1970, pp. 12 ss., 65 ss.

del rapporto nell'ambito dell'ordinamento giuridico del foro. In questo caso, è naturale la tendenza a ragionare in termini di «legge applicabile» al rapporto da costituire, e non di riconoscimento interno delle norme sulla base delle quali il rapporto deve prendere vita.

Questi aspetti forniscono una spiegazione ulteriore, accanto a quella storica, del ricorso alla nozione di riconoscimento a proposito di società e persone giuridiche: posto che, nel foro, la costituzione di tali soggetti non può aver luogo che in base al diritto interno, il fenomeno si riduce in effetti a quello del valore da riconoscere ai soggetti già creati in base alle norme di ordinamenti stranieri¹³. In Italia la situazione può essere diversa soltanto per le società di persone, per le quali nulla vieta la costituzione secondo un diritto straniero, ma la scarsissima incidenza pratica del fenomeno lo rende ben poco significativo ai fini del discorso qui svolto¹⁴.

Occorre ora chiedersi se le considerazioni esposte offrano elementi per spiegare il ricorso alla distinzione fra le nozioni di «applicabilità» di una legge e di «riconoscimento» nella convenzione sui *trusts*. La risposta non può però che essere negativa. Nessuna ragione in qualche modo analoga a quelle valide in materia di società e persone giuridiche può essere richiamata, né sotto il profilo storico né sotto quello del necessario intervento di organi pubblici in sede di costituzione dell'istituto¹⁵. D'altronde, è certo che la convenzione dell'Aja del 1985 non intende affatto limitare gli obblighi che essa impone a ciascuno Stato contraente all'atteggiamento da tenere nei confronti dei *trusts* già costituiti nell'ambito degli ordinamenti di *altri* Stati contraenti. Se così non fosse, la stessa divisione della materia regolata tra i capitoli II e III della convenzione rimarrebbe del tutto priva di giustificazione.

In realtà, la distinzione, che il testo convenzionale enuncia, tra «legge applicabile» e «riconoscimento» dei *trusts* dipende semplicemente dalla specifica caratte-

¹³ Cfr. il mio *Persona giuridica (dir. int. priv.)* in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 276 ss., a p. 281 ss. In relazione al fenomeno è stato negato che una norma di dir. int. priv. in materia di società, anche se formulata in modo perfettamente bilaterale, possa funzionare come le altre: si tratterebbe in realtà di una «coppia di autonome norme unilaterali» (v. PICONE, *I metodi di coordinamento tra ordinamenti nel progetto di riforma del diritto internazionale privato italiano* (1990), ora in *La riforma italiana*, cit., p. 3 ss., a p. 50 s. ove anche riferimenti ai precedenti scritti dell'Autore sullo specifico punto).

¹⁴ Sul piano comparativo è nota la tendenza a parlare in termini di «riconoscimento» di *status* acquisiti all'estero nell'ambito del diritto inglese, in connessione con il fenomeno dell'applicazione esclusiva del diritto materiale interno in sede di costituzione dello Stato di cui si tratta: v. ad es. DICEY and MORRIS, *The Conflict of Laws*, 9 ed., London, 1973, pp. 227 ss., 478 ss. Questa constatazione conferma la spiegazione offerta nel testo a proposito delle ragioni che hanno indotto a preferire il ricorso all'idea del «riconoscimento» di certe situazioni giuridiche invece che a quella dell'applicabilità di un certo diritto.

¹⁵ E neppure, va aggiunto, sotto il profilo dell'impossibilità di applicare norme straniere in sede di costituzione di un dato rapporto (v. nota precedente a proposito del riconoscimento di *status* in diritto inglese).

ristica, propria degli istituti riconducibili a questa categoria, di non essere disciplinati da una larga serie di ordinamenti giuridici del mondo non appartenenti alla famiglia del *common law*: e pertanto di essere, in questo senso, istituti sconosciuti a tali ordinamenti¹⁶. La distinzione fra i due aspetti ricordati ha consentito ai redattori della convenzione di indicare nella parte dedicata al riconoscimento, in modo specifico e particolareggiato, quali effetti devono essere ricollegati alla valida costituzione di un *trust* secondo la legge che gli è applicabile. Gli effetti indicati negli articoli 11 e 12 della convenzione, in quanto previsti dal diritto applicabile ad un *trust* in base agli articoli 6 ss., avrebbero dovuto essere comunque ammessi negli ordinamenti degli Stati contraenti secondo gli impegni convenzionali da questi assunti. Ma la loro elencazione specifica rende più agevole il compito dell'interprete collocato nell'ambito di sistemi che non conoscono il *trust*, ed evita, in particolare, facili tentazioni di ricorrere a soluzioni proprie di istituti interni in qualche modo affini al *trust*, e di snaturare, così facendo, le caratteristiche che sono proprie di questo secondo il diritto che gli è applicabile. Le norme degli articoli 11 e 12 hanno, dunque, più che una vera e propria portata precettiva, un significato esplicativo e «pedagogico» rispetto all'insieme della disciplina convenzionale.

Quanto esposto non è smentito dal contenuto dell'art. 21 della convenzione¹⁷. Tale norma attribuisce a ciascuno Stato contraente il potere di escludere, mediante la formulazione di apposita riserva, il carattere «universale» della convenzione, riservandosi il diritto di applicare le disposizioni del capitolo III soltanto ai *trusts* la cui validità è regolata dalla legge di uno Stato contraente. A prima vista, il fatto che la riserva limiti solo l'applicazione delle norme del capitolo III, che riguardano il «riconoscimento», e non di quelle del capitolo II, relative alla legge applicabile, sembrerebbe introdurre una differenza di trattamento non irrilevante tra i due aspetti. In realtà, però, le cose stanno diversamente.

Nel caso che uno Stato formuli la riserva prevista dall'art. 21, ne conseguirà il mancato riconoscimento dei *trusts*, la «validità» dei quali è sottoposta alla legge di uno Stato non appartenente alla convenzione. La mancanza di riconoscimento comporta che un *trust* costituito secondo tale ultima legge non sarà riconosciuto come *trust* nello Stato autore della riserva. Ma ciò significa che, dal punto di vista di questo Stato, anche le regole convenzionali concernenti la legge applicabile rimarranno in concreto prive di qualsiasi effetto, pur restando esse apparentemente dotate di carattere universale, ossia dell'idoneità a riferirsi anche al diritto di Stati non contraenti¹⁸. In realtà, le norme sulla legge applicabile rimarranno operanti

¹⁶ Insiste sul punto lo stesso preambolo della convenzione, sottolineando che il *trust* «est une institution caractéristique créée par les juridictions d'équité dans les pays de *common law*»; nonché le norme che prendono in considerazione la possibilità che il diritto «applicabile» non conosca l'istituto del *trust* (articoli 5 e 6, secondo comma).

¹⁷ Sulla norma cfr. CORRAO, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1325 ss.

¹⁸ Così come accadrebbe, naturalmente, se la riserva non fosse stata formulata.

per quello Stato soltanto nel limitato senso che indicheranno quale diritto regola la validità del *trust* ai fini dell'art. 21, e quindi al fine di stabilire se, nel caso concreto, la riserva operi conducendo all'esclusione del riconoscimento.

4. b) *Nozione di trust secondo la convenzione*

(b) L'art. 2 della convenzione stabilisce che cosa si debba considerare come «*trust*» ai fini della medesima, e indica quali sono le caratteristiche principali di esso. In particolare, il termine «*trust*» si riferisce, in base all'art. 2, ai rapporti giuridici creati, per atto tra vivi o a causa di morte, da un soggetto, il costituente (*settlor*), quando dei beni sono stati posti sotto il controllo di un *trustee* nell'interesse di un beneficiario o per uno scopo determinato.

La disposizione prosegue poi indicando che un *trust* presenta le seguenti caratteristiche: (a) i beni costituiscono un fondo separato e non fanno parte del patrimonio del *trustee*; (b) il titolo ai beni del *trust* è a nome del *trustee* o di un'altra persona per conto del *trustee*; (c) il *trustee* ha il diritto e l'obbligo, di cui deve render conto, di amministrare, gestire o disporre dei beni secondo i termini del *trust* e i doveri speciali a lui imposti dalla legge. Si aggiunge, infine, che il fatto che il costituente si riservi certi diritti e poteri, ed il fatto che il *trustee* possa avere diritti in qualità di beneficiario, non sono necessariamente incompatibili con l'esistenza di un *trust*¹⁹.

Risulta immediatamente evidente il carattere del tutto insolito delle disposizioni indicate nell'ambito dello schema normalmente seguito dalle convenzioni di diritto internazionale privato, ed in particolare quelle dell'Aja. Da tale schema, infatti, è assente una qualsiasi descrizione, o definizione, degli istituti giuridici che rientrano nel campo di applicazione della convenzione: l'ambito di comprensività di quest'ultima risulta affidato all'interpretazione, e forma oggetto di ciò che è consueto definire come operazione di qualificazione. Per questa, poi, com'è noto e viene comunemente sottolineato, deve essere tenuta presente in modo particolare l'esigenza di interpretazione di carattere internazionale ed uniforme, svincolata dall'aderenza ai principi e criteri propri dell'ordinamento giuridico del foro²⁰.

Ora, i redattori della convenzione relativa ai *trusts* hanno provveduto essi stessi a svolgere sul piano normativo quelle operazioni, che vengono normalmente affidate all'interprete. E ciò, ovviamente, in quanto hanno ritenuto che le speciali caratteristiche degli istituti considerati lo rendessero particolarmente opportuno.

¹⁹ Sull'art. 2 si veda il commento di BUSATO, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1229 ss. Indica la descrizione di cui all'art. 2 come intesa a stabilire qual è il presupposto di applicazione della convenzione VON OVERBECK, *Rapport explicatif*, cit., p. 378 s.

²⁰ Sul tema in generale cfr. GIARDINA, *Le convenzioni di diritto uniforme nell'ordinamento interno*, in *Riv. dir. int.*, 1973, p. 701 ss.; e, con riferimento alla convenzione dell'Aja, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1211 s.

Così, essi hanno inteso esplicitare alcune specifiche caratteristiche dei *trusts*, considerate come quelle che vi imprimono la fisionomia che è loro peculiare. E la conseguenza ne è il carattere molto generale della descrizione, che si limita a fissare gli aspetti ritenuti assolutamente essenziali alla figura considerata.

Esatta o non che sia²¹, la descrizione inserita dai redattori nell'art. 2 della convenzione non ha comunque altra funzione che quella di indicare le caratteristiche proprie e comuni di figure di *trust* positivamente esistenti negli ordinamenti che lo prevedono. Nulla potrebbe autorizzare a ritenere che quella descrizione sia intesa a configurare una sorta di figura autonoma di *trust*, creata dalla stessa convenzione per astrazione dalle figure tipiche note ai vari ordinamenti, attraverso la posizione di norme sostanziali uniformi. La regola convenzionale ha la sola funzione, già sopra indicata, di individuare le note considerate essenziali nell'ottica della convenzione: ma queste note devono potersi riscontrare negli istituti specificamente organizzati dai vari ordinamenti come *trusts*, non essendo sufficiente una generica analogia di funzione che possa essere individuata in altri istituti, tipicamente previsti dal diritto che li organizza per scopi diversi²².

5. c) *Contenuto del «riconoscimento» di un trust*

(c) Strettamente collegata all'art. 2 è la disciplina posta, in apertura del capitolo III dedicato al riconoscimento del *trust*, dall'art. 11 della convenzione.

Tale articolo precisa quale deve essere il contenuto minimo del riconoscimento di un istituto come *trust*. Si tratta di effetti immediatamente derivanti dalla descrizione dell'istituto data dall'art. 2: i beni del *trust* costituiscono un fondo separato, il *trustee* può agire in giudizio come attore e convenuto in tale sua qualità, e può comparire od agire sempre in tale sua qualità, avanti ad un notaio o ad un pubblico ufficiale. Basta porre a confronto il testo dell'art. 11, nella parte appena menzionata, con quello dell'art. 2, per rendersi conto che gli effetti descritti dall'art. 11 in questa parte non sono altro che il riflesso immediato delle caratteristiche essenziali descritte nell'art. 2: la separazione dei beni del *trust* rispetto al patrimonio del *trustee* è espressa con le identiche parole, mentre i poteri da riconoscere al *trustee* sono la traduzione concreta di quanto previsto dall'art. 2 per quanto concerne la titolarità dei beni ed il potere-dovere ad esso spettante per quanto riguarda amministrazione, gestione e disposizione dei medesimi.

²¹ Che la nozione di *trust* descritta dalla convenzione risponda alla figura tipica dell'istituto come si è sviluppato nel diritto inglese è stato vivacemente contestato da LUPOI, *Trusts* cit., spec. p. 411 ss., il quale utilizza, per indicare la prima, il termine di *trust* «amorfo» o «shapeless». Per una panoramica del *trust* nei vari ordinamenti si veda anche WATERS, *The Institution of Trust in Civil and Common law*, in *Recueil des Cours*, t. 252, 1995-II, p. 123 ss.

²² Sul punto cfr. VON OVERBECK, *Rapport explicatif* cit., p. 372 s.; FUMAGALLI, *La Convenzione dell'Aja sul «trust»* cit., p. 533 ss., a p. 543. Cfr. anche MALAGUTI, *Il futuro del trust in Italia*, in *Contratto e impresa*, 1990, p. 985 ss., a p. 992.

Data dunque la descrizione inserita nell'art. 2, non è sembrato concepibile un «riconoscimento» del *trust* – nel senso che si è indicato in precedenza – senza che si producano le conseguenze ora viste. Il che significa anche che, ove queste ultime non si dovessero verificare in termini sostanzialmente analoghi nell'ambito del diritto al quale un *trust* è sottoposto in base alla convenzione, verrebbe meno un ingrediente essenziale della stessa nozione di *trust* fatta propria da quest'ultimo.

L'ipotesi sembra a prima vista contraddittoria e irrealizzabile: potendo apparire inconcepibile che, se il titolo ai beni del *trust* è a nome del *trustee* e questi è dotato del potere di amministrare e disporre, egli non possa agire in tale sua qualità in giudizio od esservi convenuto, o comparire nella stessa veste avanti ad un qualsiasi pubblico ufficiale.

Ancora una volta, peraltro, emerge la particolare prospettiva fatta propria dalla convenzione, che consiste nello sforzo di tradurre in fenomeni di *civil law* realtà che trovano la propria origine in altre e diverse esperienze. E ciò spiega la ragione per la quale essa individua nei termini ricordati – che sono familiari ai giuristi dei Paesi di *civil law* – il contenuto minimo del riconoscimento, rendendolo indipendente dal modo di disporre della legge regolatrice del *trust*. Nell'ottica della convenzione, le conseguenze enunciate dall'art. 11, primo comma sono necessariamente insite nella stessa essenza fondamentale di un *trust*. Se peraltro il diritto regolatore di uno specifico *trust* non le dovesse prevedere negli stessi termini, pur consentendo le altre condizioni enunciate dall'art. 2, esse dovranno essere comunque ammesse dagli Stati contraenti. In questo senso, è stato osservato che la norma sugli effetti minimi del riconoscimento costituisce una norma materiale uniforme per tutti gli Stati contraenti²³.

Il contenuto minimo del riconoscimento viene poi distinto, dall'art. 11, rispetto a certi effetti ulteriori: che ne costituiscono uno svolgimento, e sono considerati compresi nel riconoscimento – in base al secondo comma dell'articolo – soltanto nella misura in cui la legge applicabile al *trust* lo richieda o lo preveda. Si tratta qui dell'insensibilità dei beni del *trust* rispetto ad aggressioni da parte dei creditori personali del *trustee*, anche in caso di insolvenza e fallimento, restando separati anche rispetto al regime matrimoniale ed alle successioni di questo (art. 11, secondo comma, lett. a-c); e della possibilità che i beni del *trust* siano oggetto di rivendicazione ove il *trustee*, in violazione dei suoi obblighi, abbia confuso i beni del *trust* con i suoi o ne abbia disposto (lett. d)²⁴.

Una soluzione diversa da quelle adottate dall'art. 11 per contenuto minimo ed effetti ulteriori del riconoscimento è stata prescelta dalla norma contenuta nell'art. 12 della convenzione, che riguarda una questione assai rilevante negli ordinamenti di tipo continentale, quella della «registrazione» o «iscrizione» dei beni del *trust*

²³ Così si esprime LUPOI, *Trusts* cit., p. 444 s.

²⁴ La norma, com'è stato rilevato, vuole riferirsi al c.d. *tracing* del diritto inglese, che consiste però in una tecnica processuale; cfr. LUPOI, *Trusts* cit., pp. 74 ss. (con altri numerosi riferimenti), 408, 445 s.

da parte del *trustee* in tale sua qualità (od in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del *trust*). La norma stabilisce il potere del *trustee* di richiedere tale iscrizione dei beni o dei titoli relativi, ma solo in quanto ciò non sia vietato dalla legge dello Stato in cui la misura pubblicitaria è richiesta o sia con essa incompatibile²⁵. Qui dunque non si ha alcun riferimento alla legge che regola il *trust*, ma neppure si stabilisce un obbligo assoluto degli Stati contraenti di ammettere la legittimazione del *trustee* come tale all'ottenimento delle misure pubblicitarie. La legge locale (normalmente competente in materia di pubblicità di atti relativi a diritti reali: vedi in Italia l'art. 55 della legge n. 218/95)²⁶ acquista preminenza nell'ipotesi che espressamente o implicitamente vieti l'iscrizione idonea a rivelare l'esistenza del *trust*²⁷.

6. *Le norme di conflitto poste dalla convenzione in materia di trusts e le «clausole di salvaguardia»*

Sia pure con le particolarità sin qui indicate – che sono, lo si è visto, immediatamente dipendenti dalle speciali caratteristiche dell'istituto giuridico considerato – la convenzione dell'Aja sul *trust* segue nel complesso la struttura e produce gli effetti tipici delle normali convenzioni di diritto internazionale privato elaborate nell'ambito della Conferenza permanente dell'Aja.

Le sue norme fondamentali presentano le caratteristiche tradizionali delle norme di conflitto bilaterali, con i soli adattamenti e limitazioni derivanti dal fatto che l'istituto considerato può non essere disciplinato dal diritto sostanziale di alcuni fra gli Stati contraenti (come è il caso dell'Italia)²⁸.

Negli ordinamenti degli Stati contraenti vengono così ad operare specifiche norme di conflitto riguardanti il *trust* secondo la qualificazione che la convenzione ne dà. Si tratta, per gli Stati che non hanno formulato la riserva consentita dall'art. 21²⁹, di norme a carattere universale, non condizionato al fatto che il diritto

²⁵ Sulla norma v. PAGNI, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1274 ss.; e LUPOI, *Trusts* cit., p. 446 ss.

²⁶ Sull'art. 55 si veda, in generale, il mio commento in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato* (a cura di Pocar, Treves, Carbone, Giardina, Luzzatto, Mosconi e Clerici), Padova, 1996, p. 262.

²⁷ Com'è noto, l'atteggiamento dei vari sistemi sul punto varia dal divieto di misure pubblicitarie (come in diritto inglese) all'obbligo di pubblicità del trasferimento: v. al riguardo LUPOI, *Trusts* cit., pp. 224 ss., 385 ss.

²⁸ Oltre a quanto già indicato nel testo, si pensi alle norme di cui agli articoli 5 e 6, secondo comma, che rispettivamente escludono l'applicazione della convenzione e del criterio della scelta del diritto applicabile ove l'istituto non sia noto al diritto applicabile, o indicato dal costituente. Cfr. i commenti di FUMAGALLI, *La Convenzione dell'Aja* cit., p. 541 ss. e la critica di BROGGINI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, in *I trust in Italia oggi* cit., p. 11 ss., a p. 20.

²⁹ Come appunto l'Italia: per il nostro ordinamento, le norme convenzionali operano dunque a prescindere dal fatto che il diritto designato come applicabile appartenga ad uno Stato contraente.

designato sia quello di uno Stato contraente, ma soltanto alla presenza nel diritto applicabile di norme sostanziali che disciplinino il *trust*, secondo il disposto dell'art. 5³⁰.

Come tutte le ordinarie norme di conflitto, anche quelle relative al *trust* poste in essere dalla convenzione dell'Aja operano in due direzioni: sia in sede di costituzione del rapporto nell'ambito di un ordinamento, sia in sede di attribuzione di effetti ad un rapporto già costituito altrove. A nulla rileva, a questo riguardo, che il *trust* debba essere costituito nell'ambito di un sistema che non lo disciplina direttamente attraverso il proprio diritto sostanziale, proprio in quanto la norma consente in primo luogo di organizzare un *trust* valendosi della legge designata come applicabile, ed in secondo luogo di riconoscere gli effetti di quelli già costituiti altrove in base a tale legge.

Anche in Italia opera oggi, a seguito dell'adattamento alla convenzione dell'Aja sul *trust*, una norma di conflitto che sottopone tale istituto alla legge designata dal costituente secondo l'art. 6, oppure, in mancanza di scelta, o qualora il diritto prescelto non conosca il *trust* o la specifica categoria di *trust* in questione, a quella con la quale il *trust* ha il collegamento più stretto, in base all'art. 7 della convenzione³¹. La legge applicabile si applica poi, in virtù dell'art. 8, alla validità del *trust*, alla sua interpretazione, ai suoi effetti ed alla sua amministrazione, ed in specie alle questioni semplificate nel secondo comma dello stesso articolo³².

La norma menzionata funziona, come si è già detto, sia con riferimento a istituti già in concreto organizzati in altri sistemi giuridici, sia in relazione alla creazione *ex novo* di un *trust* in Italia. La mancanza nel sistema giuridico italiano di una disciplina giuridica sostanziale dell'istituto non rileva in senso contrario, purché naturalmente il diritto applicabile *ex* articoli 6 e 7 conosca il *trust*, o la categoria particolare di *trust* che si vuole organizzare, come richiesto dall'art. 5³³.

³⁰ La ricorrenza in concreto di tale condizione dipenderà, naturalmente, dalla minore o maggior larghezza con la quale si sia disposti ad individuare la nozione dell'istituto in rapporto alle figure note ai vari sistemi: si veda, al riguardo, quanto osservato sopra nel testo, par. 4 in fine.

³¹ L'art. 7 prescrive di tener conto, al riguardo, del luogo di amministrazione del *trust* designato dal costituente, del luogo di situazione dei beni, della residenza o sede di affari del *trustee*, degli obiettivi del *trust*, e dei luoghi dove devono venire realizzati. Sugli articoli 6 e 7 cfr. SARAVALLE, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, pp. 1246 ss., 1251 ss.; e, riguardo al ruolo della volontà in relazione alla scelta del diritto applicabile, POCAR, *La libertà di scelta della legge regolatrice del trust*, in *I trust in Italia oggi cit.*, p. 3 ss.

³² Che riguardano tutta la vita ed il funzionamento del *trust* e lo statuto del *trustee*: v. SARAVALLE, in *Nuove leggi civ. comm.*, p. 1258 ss.

³³ Una prima applicazione giurisprudenziale delle norme convenzionali in Italia si trova nella decisione del Tribunale di Lucca, 23 settembre 1997, in *Foro it.*, 1998, I, 2007, nota BRUNETTI, che ha correttamente individuato nel caso ad essa sottoposto le caratteristiche di un *trust* testamentario e ne ha affermato la riconoscibilità in base alla convenzione dell'Aja (non si trattava però nel caso di *trust* puramente interno, in quanto la maggior parte del patrimonio del *de cuius* era situata all'estero, ed il testatore aveva anche la cittadinanza di uno Stato straniero). Per la scarsa giurisprudenza italiana più antica in materia si veda la rassegna di LUPOI, *Trust e sistema italiano: problemi e prospettive*, in *Fiducia, trust, mandato ed agency*, Milano, 1991, p. 101 ss. Per l'atteggiamento giurisprudenziale

Non esiste pertanto secondo la convenzione alcun limite di carattere generale ed assoluto alla creazione di un *trust* nell'ambito di un ordinamento che non prevede l'istituto nel proprio diritto interno. La convenzione pone invece una serie di limitazioni specifiche, contenute in clausole che sono state dette di «salvaguardia», in relazione ad ipotesi particolari³⁴. Principale fra queste è la disposizione contenuta nell'art. 15, che fa salva in via generale l'applicazione delle norme imperative contenute nella legge applicabile secondo le norme di conflitto del foro, particolarmente nelle materie ivi elencate³⁵. Se a ciò si aggiungono gli strumenti generali di difesa degli interessi fondamentali del sistema giuridico del foro – norme di applicazione necessaria ed ordine pubblico – fatti salvi dagli articoli 16 e 18, la piena competenza degli Stati in materia fiscale che rimane del tutto impregiudicata dalla convenzione, secondo l'art. 19³⁶, ed il potere discrezionale riservato agli Stati membri dall'art. 13, di cui si dirà al paragrafo successivo, è facile constatare come la libertà di organizzare *trusts* in base alle norme di conflitto poste dalla convenzione rimane pur sempre circondata da notevoli e consistenti cautele.

7. L'art. 13 della convenzione

Rimangono da esaminare significato e portata dell'art. 13 della convenzione sui *trusts*. Si tratta di una norma che può acquistare particolare rilevanza dal punto di vista di *trusts* organizzati in Italia con riguardo ad interessi italiani, e che richiede pertanto specifica attenzione in questa sede.

Secondo l'art. 13, «nessuno Stato è tenuto a riconoscere un *trust* i cui elementi significativi³⁷, ad eccezione della scelta della legge applicabile, del luogo di

ziale in merito all'utilizzazione di *trusts* in relazione alla garanzia di prestiti obbligazionari, v. il commento di D'ORIO, *Un trust a garanzia di un prestito obbligazionario*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 235 ss.; e in relazione al debito di uno Stato estero, App. Milano, 6 febbraio 1998, in questa *Rivista*, 1998, p. 582 ss.

³⁴ Si tratta degli articoli 15, 16, 18 e 19, riguardanti le garanzie dell'applicazione delle norme imperative applicabili in determinate materie (v. nota successiva), le norme di applicazione necessaria, l'ordine pubblico e la piena competenza degli Stati contraenti in materia fiscale.

³⁵ L'elencazione, neppure di carattere tassativo, comprende la protezione dei minori e degli incapaci, gli effetti personali e patrimoniali del matrimonio, i testamenti e la devoluzione delle successioni, in particolare la legittima, il trasferimento della proprietà e le garanzie reali, la protezione dei creditori in caso di insolvenza, la protezione dei terzi in buona fede sotto altri profili. Cfr. al riguardo DELI, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1286 ss.

³⁶ Sul tema, dal punto di vista del diritto italiano, cfr. TUNDO, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1316 ss. e LUPOLI, *Trusts cit.*, p. 603 ss. Si veda ora la delibera del Comitato di coordinamento del Se.C.I.T. n. 37/98 dell'11 maggio 1998 sul tema «La circolazione dei *trusts* esteri in Italia», in *II fisco*, 1998, p. 11148 ss.

³⁷ «Importanti» secondo la traduzione non ufficiale pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* insieme al testo dell'ordine di esecuzione della convenzione.

amministrazione e della residenza abituale del *trustee*, sono più strettamente collegati con Stati che non conoscono l'istituto del *trust* o la categoria di *trust* in questione».

In primo luogo va rilevato che, secondo quanto a suo tempo posto in luce³⁸, per quanto la norma menzioni soltanto il riconoscimento di un *trust*, in realtà essa finisce per limitare la stessa applicazione della legge competente. Qualora uno Stato contraente si avvalga della norma in questione, esso viene a limitare la possibilità che tale legge spieghi i propri normali effetti (i quali, in questo senso, non vengono «riconosciuti») ³⁹.

Per quanto riguarda poi l'intento perseguito dai redattori con la norma di cui si tratta, l'esame della sua storia dimostra come si sia voluto permettere agli Stati contraenti di evitare l'applicazione della legge competente secondo la convenzione – normalmente, quella designata dal costituente⁴⁰ – all'ipotesi di un *trust* che, in considerazione dei suoi aspetti più significativi, risulti in realtà collegato in modo esclusivo con uno Stato che non conosca l'istituto, od il particolare tipo di *trust* di cui si tratta⁴¹. La norma, quindi, non è tanto ispirata all'intento di garantire l'applicazione della *lex fori*. A ciò provvedono, infatti, le specifiche garanzie previste dagli articoli 15 e 16 della convenzione. Essa intende piuttosto evitare che un *trust* a carattere sostanzialmente «interno» rispetto ad uno Stato, il cui ordinamento non lo preveda, debba essere obbligatoriamente riconosciuto dal medesimo, così come dagli altri Stati contraenti. L'intento va individuato, insomma, in quello di lasciare gli Stati contraenti liberi di dare o non dare effetto ad un *trust* sostanzialmente interno nelle situazioni considerate.

Per inquadrare in modo adeguato la norma nell'ambito dell'esperienza internazionaleprivatistica, è opportuno tener presenti fenomeni analoghi già noti a questa. Il problema generale che i redattori della convenzione hanno affrontato e risolto con la disposizione in esame è quello che tradizionalmente si pone quando una norma di diritto internazionale privato fa dipendere l'individuazione del diritto applicabile ad un dato rapporto da una manifestazione di volontà dei soggetti interessati. Si deve decidere, al riguardo, se la volontà possa determinare in completa

³⁸ V. *supra*, par. 3.

³⁹ Si è discusso se la norma dell'art. 13 sia rivolta al legislatore od al giudice degli Stati contraenti: v. LUPOI, *Trusts*, cit., p. 450. Peraltro, dal punto di vista internazionalistico la discussione ha poco senso, in quanto è ovvio che la norma riguarda lo Stato nel suo complesso come soggetto internazionale, e questi potrà esercitare la facoltà a lui riconosciuta tanto in via legislativa, con un intervento destinato a valere in via generale, quanto in sede giurisdizionale, con decisioni valide per i singoli casi concreti. Poiché non constano interventi legislativi in applicazione dell'art. 13, nel testo si parlerà in generale di poteri dei giudici degli Stati membri al riguardo.

⁴⁰ L'ipotesi che il ricorso all'art. 13 possa portare al mancato riconoscimento di *trusts* sottoposti al diritto che presenta con essi il collegamento più stretto appare, infatti, ben poco realistica (v. FUMAGALLI, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1283).

⁴¹ Per la puntuale ricostruzione dei lavori preparatori relativi all'art. 13, si veda LUPOI, *Trusts* cit., p. 448 ss.; e per considerazioni generali sugli effetti della norma, FUMAGALLI, *La Convenzione* cit., p. 554 ss.

libertà l'applicazione di qualsiasi diritto nazionale⁴², oppure incontri limitazioni: ed in questo secondo caso, se queste ultime siano date in via generale dal solo carattere «internazionale» del rapporto che si tratta di regolare, oppure consistano in specifici collegamenti di carattere materiale fra il rapporto stesso e il diritto designato, richiesti quale condizione dell'efficacia della designazione, oppure ancora risultino dirette a paralizzare l'intento soggettivo delle parti teso a sottrarre la disciplina del rapporto alla normativa dell'ordinamento che si ritenga più naturalmente destinato ad applicarsi.

Di fronte al problema in questione, le soluzioni date sul piano normativo o su quello interpretativo sono, com'è noto, variamente differenziate. Per limitarsi al terreno della disciplina delle obbligazioni contrattuali, che è quello sul quale il problema si è particolarmente posto, la prevalente interpretazione dell'ora abrogato art. 25, primo comma disp. sulla legge in generale, premesse al codice civile italiano del 1942, era nel senso che l'*electio iuris* effettuata dalle parti costituisse l'elemento necessario e sufficiente per fondare l'applicabilità di un qualsiasi diritto straniero, anche privo di altri collegamenti con la situazione contrattuale ed anche ove questa fosse tutta interna ad un ordinamento diverso⁴³. La soluzione non era peraltro unanimemente condivisa, neppure in Italia: mentre in altri Paesi la possibilità di sottoporre la disciplina del contratto e delle sue conseguenze ad un ordinamento prescindendo da qualsiasi altro collegamento, od in presenza di situazioni puramente interne, incontrava difficoltà e limiti⁴⁴.

Una soluzione diversa ed originale è data dalla convenzione di Roma del 1980. L'art. 3 par. 3, come è noto, stabilisce che la scelta di una legge straniera ad opera delle parti, qualora nel momento della scelta tutti gli altri dati di fatto si riferiscano a un unico paese, «non può recare pregiudizio alle norme alle quali la legge di tale paese non consente di derogare per contratto». In questo modo, la libertà di scelta della legge applicabile non viene negata in via di principio in situazioni puramente interne. Peraltro, l'eventuale intento elusivo viene paralizzato impedendo che si verifichi l'effetto al quale poteva essere diretto, ossia la sostituzione delle norme imperative dell'ordinamento rispetto al quale la situazione contrattuale presenta carattere interno⁴⁵.

Dal quadro sommariamente delineato emergono con nettezza i termini del problema, le esigenze in giuoco e le scelte operate dalla convenzione. Essa respinge anzitutto la soluzione – astrattamente più favorevole ai *trusts* – di non dare in alcun modo rilievo alle note di effettiva internazionalità di un *trust*, imponendo gli stessi obblighi agli Stati contraenti sia in presenza di *trusts* veramente internazionali, sia

⁴² Tralascio di considerare qui la questione se la scelta del diritto applicabile possa cadere su complessi normativi non appartenenti ad un ordinamento statale.

⁴³ Si veda sul punto CARBONE e LUZZATTO, *Obbligazione VI) Diritto int. privato e processuale: obbligazioni da contratto*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990.

⁴⁴ Si vedano, ad esempio, i rapporti presentati al *Colloque de Bâle sur la loi régissant les obligations contractuelles*, Bâle-Francfort, 1983, p. 29 ss.

⁴⁵ Sul tema v. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, 2^a ed., Padova, 1996, p. 597 ss.

di fronte a *trusts* puramente interni. Ma essa respinge egualmente l'altra soluzione estrema, consistente nell'escludere la propria applicazione a questi ultimi⁴⁶.

Di fronte ad ipotesi di *trusts* puramente interni, gli Stati contraenti⁴⁷ si vedono così attribuito dall'art. 13 il potere di rifiutare di darvi effetto, quando il diritto dello Stato al quale conducono i dati di fatto significativi non conosce l'istituto (o la sua particolare categoria di cui si tratta). Nelle situazioni indicate dalla norma i giudici degli Stati contraenti – ove questi non abbiano attuato appositi interventi normativi – dispongono dunque di un potere discrezionale: essi possono disapplicare le disposizioni convenzionali, senza che consegua a ciò una responsabilità internazionale dello Stato al quale appartengono.

Il carattere discrezionale del potere avrà modo, in particolare, di manifestarsi nella determinazione della «più stretta connessione» degli «elementi significativi» del *trust* con lo Stato che non lo conosce. Per quanto riguarda gli elementi significativi, l'interprete verrà anzitutto ricondotto a quanto dispone l'art. 7, secondo comma della convenzione, e quindi alla considerazione della situazione dei beni del *trust*, dei suoi scopi e dei luoghi ove questi devono essere realizzati⁴⁸. Quanto alla più stretta connessione di tali elementi, oltre ai dati puramente oggettivi, l'esercizio della discrezionalità non potrà non tener conto dell'insieme degli interessi coinvolti, del loro carattere e dell'eventuale loro collegamento con diversi Stati. Ma anche una volta che sia stata constatata l'esistenza di un collegamento più stretto del *trust* con uno Stato che non lo conosca, la convenzione non impone l'obbligo di negare il riconoscimento, ma soltanto consente di farlo. Emerge qui un profilo ulteriore di discrezionalità attribuita al giudice. Un'interpretazione della norma dell'art. 13 che tenga conto dell'insieme della convenzione e delle sue finalità induce a ritenere che la negazione del riconoscimento non debba conseguire meccanicamente alla constatazione di prevalenza del legame del *trust* concretamente posto in essere con un ordinamento che non ne conosce la disciplina. Il riconoscimento potrà venire negato soltanto in mancanza di qualsiasi ragionevole e legittima giustificazione del ricorso all'istituto, che compete al giudice di valutare. Solo così appare possibile contemperare le esigenze che hanno ispirato l'adozione dell'art. 13 e quelle di un'interpretazione del complesso delle norme convenzionali alla luce del loro oggetto e del loro scopo (valorizzati, com'è ben noto, dall'art. 31 della convenzione di Vienna sul diritto dei trattati)⁴⁹.

⁴⁶ In senso contrario, però, BROGGINI, *Il trust* cit., p. 21 ss. Non mi sembra peraltro che la tesi accolta nel testo debba fondarsi su argomenti relativi alla pretesa illegittimità costituzionale, sotto il profilo della violazione del principio di eguaglianza, in cui incorrerebbe la tesi contraria, come alcuni tendono a ritenere (v. ad esempio, LUPOI, *Trusts* cit., p. 452; CALVO, *La tutela dei beneficiari* cit., p. 53 s.): e ciò in vista dell'evidente diversità delle situazioni da raffrontare.

⁴⁷ E, per essi, i loro giudici, ove manchi qualsiasi intervento legislativo: *supra*, nota 39.

⁴⁸ Così LUPOI, *Trusts*, cit., p. 454.

⁴⁹ Sulle norme di Vienna relative all'interpretazione dei trattati si veda per tutti CAPOTORTI, *Il diritto dei trattati secondo la Convenzione di Vienna*, Padova, 1969, p. 35 ss.

Proprietà intellettuale e diritto internazionale *

SOMMARIO: 1. Le convenzioni internazionali in materia di proprietà intellettuale e i caratteri di fondo della loro disciplina. – 2. Convenzioni internazionali e diritto internazionale privato: il principio di territorialità. – 3. Principio di territorialità e diritto internazionale generale. – 4. Le norme nazionali di diritto internazionale privato: l'art. 54 legge 218/95. – 5. La portata dell'art. 54 legge 218/95. – 6. Violazioni all'estero e *cross-border injunctions*.

1. *Le convenzioni internazionali in materia di proprietà intellettuale e i caratteri di fondo della loro disciplina*

Le grandi convenzioni internazionali multilaterali concluse nella seconda metà dell'Ottocento in materia di proprietà intellettuale ed industriale presentano alcune caratteristiche di fondo comuni, che attribuiscono loro una specifica fisionomia destinata a permanere inalterata anche nella grande maggioranza delle convenzioni internazionali successive nella materia considerata.

Si tratta della particolare prospettiva prescelta da tali convenzioni al fine di raggiungere una regolamentazione internazionale della materia sufficiente a soddisfare le esigenze fondamentali avvertite da operatori e titolari dei diritti in questione nel giuoco dei rapporti fra i vari sistemi giuridici. Tale prospettiva determina i punti essenziali della disciplina che le convenzioni intendono realizzare.

Questi sono, da un lato, il principio di assimilazione, e dall'altro, quello del livello minimo di protezione garantito dal regime convenzionale.

Così, la Convenzione di Unione di Parigi del 20 marzo 1883 per la protezione della proprietà industriale, successivamente riveduta più volte sino al testo adottato a Stoccolma il 14 luglio 1967¹ – la quale, com'è ben noto, include brevetti d'invenzione, modelli di utilità, disegni o modelli industriali, marchi di fabbrica o di commercio, marchi di servizio, nomi commerciali, indicazioni di provenienza e denominazioni di origine, nonché la repressione della concorrenza sleale (art. 1, n. 2) – stabilisce all'art. 2 n. 1 che “i cittadini di ciascuno dei Paesi dell'Unione go-

* Pubblicato in *Studi di diritto industriale in onore di Adriano Vanzetti*, vol. I, Milano, 2004, pp. 895-908.

¹ Resa esecutiva in Italia nel testo di Stoccolma con legge 28 aprile 1976 n. 424, in *Gazz.Uff. Suppl.* Ord. n. 160 del 19 giugno 1976.

dranno, in tutti gli altri, per quanto riguarda la protezione della proprietà industriale, dei vantaggi che le leggi rispettive accordano attualmente o accorderanno in avvenire ai nazionali, restando però impregiudicati i diritti specialmente previsti dalla presente Convenzione. Essi avranno quindi la stessa protezione dei nazionali e gli stessi mezzi legali di ricorso contro ogni lesione dei loro diritti, sempreché siano adempiute le condizioni e le formalità imposte agli stessi nazionali". E i "diritti specialmente previsti" dalla Convenzione vengono poi specificamente enunciati in una serie di norme successive, che costituiscono nel loro complesso il nucleo essenziale dei diritti, che gli Stati contraenti sono tenuti a riconoscere a tutti i soggetti in virtù della normativa internazionale, per quanto riguarda i vari istituti contemplati da quest'ultima nell'ambito della categoria della proprietà industriale².

Non dissimile è lo schema seguito dalla Convenzione di Berna del 9 settembre 1886 per la protezione delle opere letterarie e artistiche, anch'essa più volte riveduta sino al testo di Parigi del 24 luglio 1971³. Anche qui, dopo l'analitica descrizione di ciò che la Convenzione intende per opere letterarie e artistiche e per opere originali, delle possibili esclusioni (articoli 2 e 2-bis), e di quali autori sono ammessi alla protezione, anche in rapporto alla pubblicazione dell'opera (articoli 3 e 4), l'art. 5 n. 1 fissa il principio fondamentale secondo il quale "nei Paesi dell'Unione diversi da quello di origine dell'opera gli autori godono, relativamente alle opere per le quali sono protetti in forza della presente Convenzione, dei diritti che le rispettive leggi attualmente conferiscono o potranno successivamente conferire ai nazionali, nonché dei diritti conferiti specificamente dalla presente Convenzione". Anche qui, dunque, all'enunciazione del principio di assimilazione ai nazionali si accompagna la previsione del conferimento di alcuni specifici diritti garantiti dallo stesso atto internazionale ed oggetto di norme contenute nei successivi articoli della Convenzione⁴.

È interessante rilevare che lo schema di base ora ricordato, non soltanto continua ad informare tutti i successivi testi risultanti dalle revisioni degli atti originari

² Quella della "proprietà industriale" era infatti la categoria utilizzata dalla prassi internazionale meno recente per indicare i vari istituti appartenenti a quello che viene normalmente definito in Italia come "diritto industriale", a prescindere dal diritto di autore sulle opere dell'ingegno e dai diritti c.d. connessi. Soltanto con l'Accordo TRIPS, di cui oltre nel testo, la categoria generale utilizzata diviene quella della "proprietà intellettuale" in genere.

³ Reso esecutivo in Italia con legge 20 giugno 1978 n. 399, in *Gazz. Uff. Suppl. Ord.* n. 214 del 2 agosto 1978.

⁴ Come, ad esempio, i diritti morali (art. 6-bis), la durata della protezione per le varie categorie di opere (art. 7), il diritto di traduzione e di riproduzione (articoli 8 e 9), i diritti sulle opere drammatiche e musicali (art. 11), quello di adattamento e di variazione (art. 12), e via dicendo. Per un quadro generale delle grandi convenzioni internazionali dell'Ottocento in materia di proprietà intellettuale e industriale si veda R. FRANCESCHELLI, *Trattato di diritto industriale*, Parte generale, Vol. I, Milano, 1961, p. 462 ss.; e per un analitico esame di quelle relative al diritto d'autore ed ai diritti connessi, H. DESBOIS, A. FRANÇON, A. KEREVER, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Paris, 1976.

del 1883 e 1886, ma si ritrova sostanzialmente inalterato – anche se, ovviamente, accompagnato dagli adattamenti richiesti dalle esigenze specifiche delle singole Convenzioni – negli atti internazionali, assai più recenti, che sono intervenuti a disciplinare la materia. Così può dirsi a proposito della Convenzione universale sul diritto d'autore, firmata a Ginevra il 6 ottobre 1952 (e riveduta a Parigi il 24 luglio 1971)⁵; così, ancora, per la Convenzione di Roma sulla protezione degli artisti interpreti o esecutori del 26 ottobre 1961 (articoli 4, 5 e 6, da una parte, e 7 ss. dall'altra)⁶; per quella di Parigi del 2 dicembre 1961, sulla protezione dei ritrovati vegetali (articoli 3 e 4 ss.)⁷; così, per giungere fino ai nostri giorni, per l'Accordo (TRIPS) sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio, concluso a Marrakech il 15 aprile 1994⁸.

Quest'ultimo Accordo presenta un interesse particolare: non soltanto perché segna l'entrata della materia della proprietà intellettuale nell'ambito di quelle di interesse e competenza della neo-costituita Organizzazione mondiale del commercio (OMC)⁹, che, dunque, viene a porsi accanto all'Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale (OMPI) quale foro internazionale competente nella materia, ma anche perché, pur presentando numerosi aspetti di novità, determinati dalla prospettiva particolare fatta propria dall'Accordo rispetto a quella tradizionale, inserisce però tali elementi innovativi sul tronco ben noto degli schemi adottati dalle convenzioni anteriori. E così, l'Accordo del 1994 consacra il principio del trattamento nazionale – articoli 1 n. 3 e 3 –, pur affiancandovi, con certe limitazioni, quello, tipico del sistema OMC, del trattamento della nazione più favorita. Inoltre, pur enunciando alcuni “obiettivi” e “principi” alla luce dei quali la protezione di tutti i diritti di proprietà intellettuale dovrebbe essere intesa e configurata (articoli 7 e 8), l'Accordo dedica la parte più consistente delle proprie disposizioni alla posizione di una normativa intesa ad assicurare una protezione minima ed uniforme dei vari diritti considerati (Parte II, articoli da 9 a 40), aggiungendovi un meccanismo tipico di rinvio ricettizio alle disposizioni delle Convenzioni di Parigi e di Berna (articoli 2 e 9), ed una specifica Parte III dedicata ai mezzi di tutela dei vari diritti (articoli 41-61)¹⁰.

⁵ Resa esecutiva in Italia con legge 16 maggio 1977 n. 306, in *Gazz. Uff.* n. 70 del 12 marzo 1980.

⁶ Resa esecutiva in Italia con legge del 22 novembre 1973 n. 866, in *Gazz. Uff.* n. 3 del 3 gennaio 1974.

⁷ Resa esecutiva (nell'Atto del 1978) con legge del 14 ottobre 1985 n. 620, in *Gazz. Uff. Suppl. Ord.* n. 266 del 12 novembre 1985.

⁸ Resa esecutiva in Italia con legge del 29 dicembre 1994 n. 747, in *Gazz. Uff. Suppl. Ord.* n. 7 del 10 gennaio 1995.

⁹ Sugli aspetti relativi all'attività del GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) nel settore della proprietà intellettuale prima della costituzione dell'OMC, si veda il volume collettaneo *Liberalization of Services and Intellectual Property in the Uruguay Round of GATT* (a cura di G. Sacerdoti), Fribourg, 1990.

¹⁰ In generale sull'Accordo TRIPS cfr. D. GERVAIS, *The TRIPs Agreement: Drafting History and*

Risulta chiaro da questi brevi cenni come la normativa internazionale in tema di proprietà intellettuale si sia sempre mossa secondo linee uniformi, che sono rimaste costanti nel tempo nonostante i profondi mutamenti intervenuti nella comunità internazionale degli Stati ed il variare delle esigenze che, di volta in volta, hanno indotto gli Stati alla stipulazione degli accordi in questione. È soltanto nell'ambito, da un lato, di istituti più limitati, e dall'altro, di cerchie di Stati più ristrette e spesso fra loro più integrate, che si sono verificati tentativi di impostare la disciplina di taluni istituti su basi diverse. Ad esempio, prevedendo una regolamentazione internazionale uniforme per il rilascio ad opera di uffici internazionali di marchi, brevetti o disegni (si pensi all'*Arrangement* di Madrid del 1891 per la registrazione internazionale dei marchi, al Protocollo di Madrid del 1989 in materia di marchi, o al Regolamento 40/94 della Comunità europea sul marchio comunitario; all'Accordo dell'Aja del 1925 relativo al deposito internazionale dei disegni o modelli industriali, completato dall'Atto di Stoccolma del 1967; oppure alla Convenzione di Monaco del 5 ottobre 1973 sul brevetto europeo, ed ai tentativi da molti anni in corso nell'ambito della Comunità europea per la realizzazione di un brevetto comunitario, soltanto di recente coronati dal successo con un'intesa politica destinata a tradursi nell'emanazione di un regolamento che ne disciplinerà l'istituzione ed il regime).

2. *Convenzioni internazionali e diritto internazionale privato: il principio di territorialità*

Le caratteristiche di fondo della normativa internazionale che si è ricordata escludono la possibilità di ricondurla, sia alle convenzioni di diritto internazionale uniforme, sia a quelle di diritto internazionale privato.

Non si tratta di convenzioni di diritto uniforme, in quanto la loro finalità e la loro struttura non sono assimilabili a quelle di convenzioni di quel tipo. Esse non mirano infatti ad armonizzare le regole che negli ordinamenti degli Stati contraenti riguardano i vari istituti considerati, né si traducono nella formulazione di norme uniformi che gli Stati siano chiamati ad introdurre nei propri sistemi: si limitano, invece, come si è visto, a stabilire il principio dell'assimilazione ai nazionali e ad imporre un livello minimo di protezione su determinati punti della materia¹¹.

Ma non si tratta neanche di convenzioni di diritto internazionale privato. Esse

Analysis, London, 1998; e per un inquadramento generale dell'Accordo nel più vasto ambito del diritto del commercio internazionale, A. LUPONE, *La proprietà intellettuale nel diritto degli scambi internazionali*, in *Comunicazioni e studi* dell'Istituto di diritto internazionale dell'Univ. di Milano, XXI (1997), p. 597 ss.

¹¹ Sulla nozione generale di convenzione di diritto uniforme, e sulle varie categorie ad essa riconducibili, si veda S. BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, 1986, p. 18 ss.

non si preoccupano, infatti, di stabilire – attraverso il ricorso al metodo tradizionale della determinazione del diritto applicabile – le condizioni di applicabilità dell'uno o dell'altro diritto appartenente agli Stati contraenti. Al contrario, il sistema di tutte le convenzioni ricordate presuppone l'applicazione della legge locale in ciascuno di tali Stati, e partendo da tale presupposto impone ai contraenti gli obblighi descritti. Il problema relativo all'applicabilità, all'interno degli Stati contraenti, di leggi diverse da quella di ciascuno di essi è del tutto estraneo alle preoccupazioni di cui le convenzioni si sono date carico¹².

L'assenza di norme di diritto internazionale privato caratterizza in modo così permanente il movimento convenzionale internazionale in materia, da indurre a chiedersene la ragione. E la risposta alla domanda non può che essere una: il peso determinante che assume nella materia il principio di territorialità. Poiché infatti le convenzioni internazionali ricordate ovviamente non mirano a creare esse stesse i diritti riconducibili alla categoria della proprietà intellettuale, ma si limitano a prendere atto della disciplina normativa nazionale che li riguarda, esse non possono che presupporre, per quei diritti, i caratteri di fondo che sono loro attribuiti dall'esperienza giuridica universale. Ora, uno di tali caratteri di fondo – al di là di qualsiasi differenza di costruzione teorica o di inquadramento sistematico – consiste nell'esclusività del diritto conferito all'autore, all'inventore o agli altri titolari del diritto di proprietà intellettuale. Tale esclusività rappresenta un connotato essenziale dei vari poteri e facoltà attribuiti al titolare dall'ordinamento giuridico, e si concreta nell'attribuzione di poteri esclusivi quanto al territorio dello Stato, per il quale i relativi diritti sono conferiti. Il diritto di utilizzazione esclusiva di certe entità immateriali (opera dell'ingegno, invenzione, marchio ecc.) nell'ambito territoriale segnato dal territorio dello Stato è dunque elemento essenziale presupposto da tutti i regimi convenzionali considerati¹³. Si tratta di un'esclusività che, mentre caratterizza profondamente i diritti di cui si tratta rispetto ad altri aventi

¹² Va peraltro ricordato che, secondo qualche autore, norme di diritto internazionale privato sarebbero contenute in alcune delle Convenzioni ricordate: in particolare, l'appartenenza alla categoria delle norme di conflitto è stata affermata a proposito dell'art. 5, nn. 2 e 3, della Convenzione di Berna del 1886. Sul tema cfr. G. KOUMANTOS, *Sur le droit international privé du droit d'auteur*, in *Il diritto d'autore*, 1979, p. 616 ss.; ID., *Le droit international privé et la Convention de Berne*, in *Le droit d'auteur*, 1988, p. 452. La tesi non appare peraltro giustificata, dovendo le norme convenzionali essere interpretate sulla base del presupposto, che è loro proprio, che lo Stato preso in considerazione dalle norme dell'art. 5 sia quello in cui la protezione è accordata al diritto in questione: si tratta dunque di norme sul trattamento degli stranieri, e non sulla legge applicabile. In questo senso, cfr. R. MASTROIANNI, *Diritto internazionale e diritto d'autore*, Milano, 1997, p. 392 ss., ove anche numerosi altri riferimenti. Del resto, un elemento a favore dell'interpretazione così proposta sta proprio nell'abituale estraneità alle convenzioni del problema di diritto internazionale privato: il che porta a ritenere che il carattere di norme intese a risolvere problemi di questo tipo dovrebbe poter essere riconosciuto soltanto in presenza di elementi del tutto inequivoci, quali certo non sono quelli relativi all'art. 5 Conv. di Berna.

¹³ Per questi aspetti si veda la classica analisi di T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3ª ed., Milano, 1960, p. 309 ss.

natura anch'essa esclusiva (quali i diritti della personalità o i diritti reali), trova il proprio connotato essenziale nel fatto di essere intrinsecamente correlata all'estensione del territorio dello Stato. E per questa ragione, a differenza di quanto accade per altre categorie di diritti anch'essi assoluti, quali i diritti reali o della personalità, la limitazione territoriale del diritto di proprietà intellettuale non è *conseguenza* della determinazione della sfera di applicabilità di una data legge attraverso i normali principi di diritto internazionale privato; ma al contrario, *precede* tale determinazione, perché discende dal modo stesso in cui l'ordinamento disciplina i diritti appartenenti a questa categoria fissandone l'esclusività nello spazio¹⁴. È del resto nozione comunemente ripetuta che all'identica opera dell'ingegno, all'identica invenzione, all'identico marchio, corrispondono nei diversi Stati beni giuridici e diritti fra loro del tutto distinti, proprio perché ognuno creazione territorialmente limitata di ciascuno Stato: dunque, tanti diritti sullo stesso bene quanti sono gli Stati per i quali il diritto ha ottenuto protezione giuridica.

3. *Principio di territorialità e diritto internazionale generale*

Alla base della disciplina internazionale si ritrova così un principio di territorialità, che riflette le caratteristiche essenziali dei diritti considerati ma non rappresenta affatto, di per sé, l'espressione di un principio di diritto internazionale privato.

Dal punto di vista del diritto internazionale pubblico, un siffatto principio – che, dal punto di vista interno, rappresenta la conseguenza del modo in cui i vari legislatori tutelano i diritti di proprietà intellettuale – è l'espressione della competenza legislativa di ciascuno Stato a disciplinare all'interno del proprio ordinamento la materia della proprietà intellettuale, in via esclusiva rispetto a tutti gli altri. Nel fondarsi sul principio di territorialità nel senso indicato, le convenzioni internazionali chiaramente presuppongono l'esistenza di una competenza siffatta. I vari Stati la esercitano determinando ognuno le condizioni di protezione di ciascun bene (c.d. immateriale), e la creazione, il contenuto e l'estinzione della protezione medesima. L'esercizio della competenza da parte dei vari Stati, ognuno nel proprio ambito territoriale, comporta poi la conseguenza che, al pari di tutte le altre espressioni della sovranità dei medesimi, l'esistenza dei vari diritti e poteri così attribuiti ai soggetti che ne sono titolari acquista rilevanza e deve, in tal senso, venire riconosciuta anche dal punto di vista degli ordinamenti di tutti gli altri Stati in virtù dello stesso diritto internazionale generale¹⁵.

¹⁴ V. ancora T. ASCARELLI, *Teoria*, cit., pp. 341 ss., 874 ss.; e M. FABIANI, *Diritti d'autore*, in *Novissimo Dig. it., Appendice II*, Torino, 1981, p. 1113 ss., 1122 ss.; ID., *Il diritto di autore*, in *Tratt. di dir. privato* diretto da P. Rescigno, Vol. 18, Torino, 1982, p. 177 ss.

¹⁵ Mi permetto di rinviare, per la dimostrazione delle tesi dal punto di vista dell'ordinamento internazionale, al mio studio *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano, 1972, spec. p. 246 ss.

4. *Le norme nazionali di diritto internazionale privato: l'art. 54 legge 218/95*

Fermo restando che, come si è visto, le convenzioni internazionali non adottano un punto di vista internazionalprivatistico quale fondamento della disciplina che enunciano, né contengono vere e proprie norme di diritto internazionale privato, è necessario chiedersi quale ruolo svolgano le norme di conflitto vere e proprie che si ritrovano nell'ambito di vari ordinamenti nazionali. Come è noto, anche il legislatore italiano del 1995 ha inserito nella legge 31 maggio 1995 n. 218 uno specifico articolo dedicato ai diritti sui beni immateriali. Secondo tale articolo, "i diritti su beni immateriali sono regolati dalla legge dello Stato di utilizzazione".

Secondo un'opinione largamente diffusa, si tratta di una vera e propria norma di diritto internazionale privato, idonea a svolgere al pari di tutte le altre la propria tipica funzione consistente nel determinare la legge applicabile al diritto di cui si tratta. Essa sarebbe applicabile a tutto quanto concerne presupposti, contenuto e tutela del diritto sul bene immateriale, legittimando quindi l'applicazione nell'ambito del processo italiano di diritti stranieri su beni tutelati all'estero. Quanto al criterio di collegamento, esso dovrebbe essere inteso nel senso di "Stato per il quale la protezione è richiesta", secondo la proposta da tempo formulata in dottrina a favore dell'applicazione del diritto del c.d. *Schutzland*¹⁶. L'articolo 54 verrebbe in sostanza a tradurre sul piano positivo note posizioni dottrinali sostenute da studiosi svizzeri e tedeschi e concretatesi in una proposta di Ulmer in vista di un lavoro di codificazione a suo tempo promosso dalla Commissione delle Comunità europee, ma rimasto poi senza seguito¹⁷.

Se peraltro si riflette sul ruolo che una vera e propria norma di diritto internazionale privato dovrebbe svolgere nella materia considerata per poter essere davvero considerata tale, è inevitabile concludere che l'art. 54, nella sua apparente semplicità, non può essere costruito come norma di conflitto riguardante tutta la materia dei diritti su beni immateriali.

Di per sé, e lo si è già visto, il principio di territorialità non rappresenta un

¹⁶ O "diritto del Paese protettore".

¹⁷ La più compiuta formulazione della tesi si ritrova in E. ULMER, *La proprietà intellettuale nel diritto internazionale privato*, Bruxelles-Lussemburgo, 1980, p. 20 ss.

Per la dottrina italiana sull'art. 54 legge 218/95 si vedano, per tutti, R. MASTROIANNI, *Diritto internazionale*, cit., p. 386 ss., ove anche ulteriori riferimenti e T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 592 ss. Cfr. anche la posizione di A. TROLLER, *Neu belebte Diskussion über das Internationale Privatrecht im Bereich des Immaterialgüterrechts*, in *Problemi attuali del diritto industriale*, Milano, 1977, p. 1125 ss. È interessante rilevare come questo Autore svolga considerazioni critiche nei confronti della tesi dottrinale che vorrebbe sottoporre la disciplina internazionalprivatistica dei diritti sui beni immateriali al diritto dello Stato di origine del bene (*Ursprungsland*): in questo caso, e soltanto in questo, si potrebbe dire di essere effettivamente di fronte ad un principio di diritto internazionale privato.

principio di diritto internazionale privato. Esso indica, da una parte, un criterio di competenza legislativa degli Stati, e dall'altra, l'inerenza al territorio dello Stato delle prerogative a carattere esclusivo attribuite al titolare dei diritti appartenenti alla categoria considerata. Anche a voler risolvere il criterio del "luogo di utilizzazione" in quello del luogo in cui una violazione è stata compiuta, e viene quindi invocata la protezione (c.d. *Schutzland*), vi è una decisiva ragione che impedisce di considerare la norma come vera e propria norma di conflitto. Presupposto essenziale di ogni norma di conflitto è l'esistenza di una pluralità di leggi, astrattamente idonee ad essere applicate ad un identico rapporto o ad un'identica situazione giuridica: la funzione ed il senso della norma sta proprio nell'effettuare una scelta fra le varie leggi astrattamente concorrenti nella disciplina di quel rapporto o di quella situazione. Ora, nel caso dei beni immateriali, è proprio questo fondamentale presupposto che viene a mancare. Non esiste infatti un identico rapporto giuridico, per la disciplina del quale sia possibile scegliere fra l'una e l'altra legge. I diritti su beni immateriali, lo si è già visto, sono tanti quanti gli Stati per i quali la protezione è stata ottenuta, ed all'unicità dell'opera o invenzione corrisponde una pluralità di rapporti giuridici. Per ciascuno Stato, il diritto sul bene immateriale non è altro che quello da esso attribuito, e questo non può, in sé stesso, essere sottoposto ad un diritto diverso. La sussistenza dei diritti sullo stesso bene conferiti da altri Stati non può *come tale* avere rilevanza dal punto di vista della norma di conflitto, perché si tratta, non della stessa situazione giuridica, ma di situazioni diverse e distinte.

Non esistono, insomma, dal punto di vista italiano, tanti diritti sullo *stesso* bene immateriale quanti sono gli Stati in cui esso trova tutela, e tra i quali l'art. 54 possa determinare quello da tener presente ai fini del diritto applicabile¹⁸.

L'identità della fattispecie rispetto alla quale dovrebbe operare la norma di diritto internazionale privato è esclusa dal carattere strettamente territoriale proprio del bene e della sua tutela.

Nonostante le apparenze, l'art. 54 legge 218/95 non può dunque portare a ritenere che un diritto su bene immateriale possa essere, in sé stesso, sottoposto in Italia a norme diverse da quelle della legge italiana. Per quanto riguarda creazione, contenuto ed estinzione del diritto, l'art. 54 non può che essere letto come norma di diritto internazionale privato in senso puramente negativo: nel senso, cioè, che i soli diritti su beni immateriali esistenti ("utilizzati") in Italia sono quelli attribuiti dalla legge italiana¹⁹. I diritti conferiti sullo stesso bene in altri Stati non

¹⁸ Per queste considerazioni cfr. il mio commento all'art. 54, in F. POCAR, T. TREVES, S.M. CARBONE, A. GIARDINA, R. LUZZATTO, F. MOSCONI, *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 257 ss. Per la considerazione che il meccanismo tipico del diritto internazionale privato presuppone l'identità del rapporto giuridico oggetto di regolamentazione da parte di diverse leggi, cfr. G. MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, 2ª ed., Padova, 1954, p. 11 ss.

¹⁹ In senso analogo, ossia unilaterale, dispone la legge spagnola del 1974 (art. 10): "I diritti sulla proprietà intellettuale ed industriale saranno tutelati nel territorio spagnolo in base al diritto spagno-

possono, in sé stessi, essere resi rilevanti in Italia dall'art. 54, o da alcun altro principio internazionalprivatistico, proprio perché si tratta di situazioni giuridiche non richiamate né richiamabili come tali.

5. La portata dell'art. 54 legge 218/95

È tuttavia possibile attribuire all'art. 54 legge 218/95 un diverso significato, nel tentativo di attribuire alla norma il massimo "effetto utile" possibile.

Esclusa la possibilità di richiamare direttamente in base all'art. 54 la disciplina straniera dei diritti su beni immateriali, per le ragioni sinora esposte, va sottolineato che esistono altre situazioni, a questi connesse, in relazione alle quali il normale meccanismo del diritto internazionale privato continua ad essere idoneo a funzionare. Ciò accade, ad esempio, per quanto concerne la materia del c. d. diritto morale di autore e di inventore; quella relativa alla titolarità di un'opera dell'ingegno, di un'invenzione o di altro diritto appartenente alla categoria della proprietà intellettuale; quella degli atti di disposizione dei diritti su beni immateriali; quella, infine, delle violazioni di tali diritti e delle connesse responsabilità. In ipotesi del genere, risulteranno anzitutto applicabili le normali regole di diritto internazionale privato relative alle categorie giuridiche di volta in volta poste in giuoco (diritti della personalità, obbligazioni contrattuali, e via dicendo). Rispetto a tali regole, l'esistenza e la tutela del diritto su beni immateriali nell'ambito di un ordinamento straniero acquisteranno rilevanza in virtù, non del funzionamento dell'art. 54, ma del generico obbligo di riconoscimento del diritto straniero quale elemento costitutivo dell'ordinamento e della personalità dello Stato cui esso appartiene, come sopra si è visto.

Riguardo alle conseguenze delle violazioni di diritti su beni immateriali, è tuttavia da chiedersi se la regola pertinente sia quella generale in materia di responsabilità da illecito (ora, l'art. 62 legge 218/95), o se lo stesso art. 54 non possa svolgere un ruolo al riguardo. Modificando un'opinione in precedenza espressa, ritengo che questa seconda soluzione sia preferibile. Il meccanismo d'insieme dell'art. 62 appare infatti scarsamente compatibile con le specifiche esigenze del regime della responsabilità per violazione dei diritti di proprietà intellettuale, mentre l'utilizzazione del criterio dello *Schutzland* fissato nell'art. 54 può far acquistare a quest'ultima norma un senso ed un significato più consono alle reali carat-

lo". Peraltro, anche negli ordinamenti in cui esistono norme specifiche rivolte alla disciplina dei beni immateriali sotto il profilo internazionalprivatistico, come in Svizzera, l'interpretazione corrente è nel senso che il richiamo al diritto del Paese straniero per il quale la protezione è richiesta possa aver luogo soltanto al fine di far valere nel foro nei confronti di un convenuto domiciliato in Svizzera le conseguenze di una violazione avvenuta all'estero: dunque, per tener conto della disciplina di tali violazioni, non del diritto in sé stesso (cfr. articoli 109 e 110 della legge di diritto internazionale privato del 1987, su cui cfr. G. JEGHER-A. SCHNYDER, in *Internationales Privatrecht*, Basel-Frankfurt a.M., 1996, p. 713 ss.).

teristiche degli istituti considerati, dandole quel contenuto concreto che altrimenti, per le ragioni esposte, sembrerebbe doverle essere negato²⁰.

6. *Violazioni all'estero e cross-border injunctions*

Risulta pertanto chiaro che gli spazi lasciati dal principio di territorialità all'applicazione del diritto straniero all'interno dell'ordinamento italiano, e di processi che si svolgono nel quadro di quest'ultimo, sono tutt'altro che indifferenti. Si può teoricamente giungere fino all'applicazione del diritto dello Stato in cui il bene immateriale trova tutela all'estero, al fine tra l'altro di valutare in Italia la responsabilità per violazione dei relativi diritti. E ciò nonostante il fatto che l'esperienza giurisprudenziale mostri una casistica assai limitata, presumibilmente per l'incidenza delle norme sulla giurisdizione – che possono rendere difficile in concreto agire avanti al giudice italiano nei confronti di responsabili di violazioni avvenute in altri Paesi – e per la delicatezza dei problemi che devono essere affrontati qualora si voglia far accertare le conseguenze di violazioni avvenute all'estero da parte del giudice italiano.

Il problema è stato affrontato in epoca recente in Italia a proposito delle c.d. *cross-border injunctions*, o inibitorie transfrontaliere. Si tratta, come è noto, di un rimedio largamente utilizzato in altri ordinamenti, in particolare quello olandese, al fine di inibire attraverso un unico provvedimento la commissione di atti di contraffazione di una pluralità di Stati nei quali abbia effetto uno stesso brevetto per invenzione rilasciato in base alla Convenzione sul brevetto europeo del 1973 dall'ufficio di Monaco²¹. La giurisprudenza italiana non sembra avere ancora manifestato un orientamento uniforme²², mentre la dottrina appare orientata fondamentalmente in senso favorevole²³.

In questa sede, interessa soprattutto sottolineare che l'ammissibilità di provvedimenti del tipo considerato (sia *ante causam*, sia in corso di giudizio) presuppone un duplice vaglio tanto alla luce del diritto italiano, quanto alla luce di quello applicabile al diritto su bene immateriale di cui in concreto si tratti (e quindi, alla luce del diritto dello Stato per il quale la protezione è invocata). Quest'ultimo diritto è infatti competente per stabilire se il provvedimento richiesto è concreta-

²⁰ Ritengo di dover così aderire alla tesi sostenuta da S. BARIATTI, *Internet e il diritto internazionale privato: aspetti relativi alla disciplina del diritto d'autore*, in *AIDA*, 1996, p. 59 ss., a p. 74 ss.

²¹ Per un'accurata disamina della questione e dei dati legislativi e giurisprudenziali olandesi cfr. C. HONORATI, *La Cross-Border Prohibitory Injunction olandese in materia di contraffazione di brevetti: sulla legittimità dell'inibitoria transfrontaliera alla luce della Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 301 ss.

²² Cfr. in particolare l'ordinanza del Tribunale di Torino, 19 maggio 2000, Pres. Barbuto, in causa *Whirlpool c. BSH e Sassano*, in *Il diritto industriale*, 2001, p. 221 ss.

²³ Si veda C. GALLI, *Problemi e prospettive delle Cross-Border Injunctions in materia di proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 1999, I, p. 35 ss.

mente previsto quale mezzo di tutela nell'ambito dell'ordinamento straniero, e può quindi essere emanato dal giudice, anche di un altro Stato, sulla base delle norme applicabili ed a titolo di concretizzazione di queste. Il diritto italiano rimane, invece, competente al fine di stabilire se i provvedimenti conosciuti dal sistema straniero di tutela sono compatibili con gli strumenti processuali noti al sistema italiano (che sono i soli utilizzabili dal giudice che a questo appartiene: art. 12 legge 218/95), e possono essere impartiti nelle forme processuali previste da quest'ultimo²⁴.

²⁴ Si veda in M.S. SPOLIDORO, *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, Milano, 1982, pp. 23 ss., 193 ss., una completa analisi dei provvedimenti noti al diritto italiano e dei rapporti che intercorrono fra i medesimi e le decisioni di merito pronunciate nel processo; e, sul carattere generale del rimedio inibitorio, A. DI MAIO, *La tutela civile dei diritti*, 2^a ed., Milano, 1993, p. 132 ss.; V. PIETROBON, *Illecito e fatto illecito, inibitoria e risarcimento*, Padova, 1997, p. 115 ss.

Corte costituzionale e diritto internazionale privato *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La posizione del «sistema» di diritto internazionale privato dal punto di vista costituzionale: qualche indicazione giurisprudenziale. – 3. (*Segue*) rilevanza costituzionale del fenomeno internazionalprivatistico. – 4. Valori internazionalistici, principio di eguaglianza e diritto internazionale privato. – 5. Il sindacato di costituzionalità e le norme di conflitto. – 6. Il coordinamento tra sistemi e la tutela dei principi fondamentali.

1. Premessa

Le norme ed i principi, che nel loro insieme costituiscono ciò che l'attuale legislazione italiana (l. 31 maggio 1995, n. 218) indica come il «sistema» di diritto internazionale privato, definiscono il modo e la misura nei quali l'ordinamento nazionale si coordina con quelli degli altri Stati. In quanto destinati a svolgere questa funzione, quei principi e quelle norme determinano l'apertura dell'ordinamento verso l'esterno, predisponendo gli strumenti per l'attribuzione di efficacia ai valori giuridici stranieri e stabilendone il modo di operare e gli effetti¹.

Trattandosi di una funzione che viene svolta nei confronti dell'ordinamento giuridico nel suo insieme, così da influire immediatamente sul modo di essere e sull'operatività di questo in quanto sistema regolatore della vita sociale, appare evidente che il diritto internazionale privato² incide sotto numerosi profili su situazioni ed aspetti che sono oggetto di regolamentazione a livello costituzionale.

* Pubblicato in *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte Costituzionale* (a cura di L. Daniele), Napoli, 2006, pp. 453-471.

¹ Ci si riferisce qui complessivamente alle norme che fanno parte del diritto internazionale privato in senso ampio, comprendendovi quindi non soltanto quelle che richiamano direttamente il diritto straniero per la disciplina nel foro di determinate categorie di rapporti, ma anche quelle di carattere più direttamente processuale (e che perciò vengono tradizionalmente ascritte al diritto processuale civile internazionale) che determinano il coordinamento tra giurisdizione nazionale e giurisdizioni straniere, attribuendo determinati effetti ai processi stranieri ed agli atti che ne risultano.

² Inteso nel senso ampio già menzionato. Ai fini del presente discorso non è necessario prendere posizione in merito alla costruzione teorica del modo di operare delle norme di conflitto, come vengono spesso denominate le norme di diritto internazionale privato in senso stretto, che è oggetto – com'è ben noto – di configurazioni assai diverse tra loro: per tutti, v. P. PICONE, *La teoria del diritto internazionale privato nella legge italiana di riforma della materia*, in *Riv. dir. int.*, 1996, p. 289 ss. (ora in *Studi di diritto internazionale privato*, Napoli 2003, p. 247 ss.).

In questa sede, verranno presi in considerazione alcuni fra quelli di tali profili che appaiono maggiormente significativi e rilevanti: anzitutto, l'individuazione della posizione del «sistema» di diritto internazionale privato dal punto di vista costituzionale; poi, il rilievo dei valori internazionalistici nella prospettiva ed ai fini del giudizio di eguaglianza; il ruolo dei valori costituzionali nella determinazione dei criteri di individuazione del diritto applicabile; ed infine, la rilevanza di certi valori fondamentali costituzionalmente tutelati nel funzionamento del meccanismo del diritto internazionale privato nei suoi vari aspetti.

2. La posizione del «sistema» di diritto internazionale privato dal punto di vista costituzionale: qualche indicazione giurisprudenziale

Al fine di tentare di definire in modo adeguato la posizione del «sistema» di diritto internazionale privato nell'ambito della Costituzione, occorre anzitutto individuarne la possibile collocazione alla luce delle indicazioni fornite dalla stessa Carta costituzionale e dalla giurisprudenza della Corte costituzionale.

Il compito è reso, almeno a prima vista, poco agevole dalla mancanza, nella Carta, di qualsiasi disposizione che espressamente consideri il fenomeno del diritto internazionale privato, o che comunque indichi una diretta presa in considerazione del fenomeno stesso da parte del costituente³. Certamente, però, non è possibile interpretare tale silenzio quale negazione del fenomeno internazionalprivatistico, e ritenere che essa sia stata ignorata dal costituente perché considerato incompatibile con l'assetto costituzionale disegnato dalla Carta. Una visione del genere – che non risulta, del resto, mai fatta esplicitamente propria da alcuno – si porrebbe in assoluto contrasto con l'esperienza, sia anteriore, sia successiva alla Costituzione del 1947⁴ e non potrebbe invocare, a suo sostegno, alcun elemento positivo desumibile, non si dice dal testo costituzionale, ma neppure dalle discussioni e dai lavori che vi condussero⁵.

³ Neppure la dottrina ha dedicato molta attenzione alla questione: se si eccettuano gli studi di T. BALLARINO, *Costituzione e diritto internazionale privato*, Padova 1974, spec. pp. 19 ss. e 96 ss., e di F. SORRENTINO, *Prime considerazioni sulla rilevanza costituzionale del diritto internazionale privato*, in *Ann. Fac. Univ. Genova* (Omaggio della Facoltà giuridica di Genova a Mario Scerni), 1977, p. 923 ss., il rapporto tra Costituzione e diritto internazionale privato è stato considerato essenzialmente nella prospettiva dell'incidenza dei valori costituzionali sui criteri di collegamento relativi ad uno solo dei soggetti di uno stesso rapporto familiare, che è anche l'unico del quale la Corte costituzionale abbia avuto occasione di occuparsi in diverse sentenze. A tale prospettiva è dedicato il volume *Norme di conflitto italiane e controllo di costituzionalità*, B. BAREL e B. COSTANTINO (a cura di), (Atti del Convegno di studio sulle sentenze 71/87 e 477/87 della Corte costituzionale, Padova, 16 marzo 1988), Padova 1990.

⁴ Che vede la pacifica applicazione nella realtà pratica e giurisprudenziale delle norme di diritto internazionale privato, senza che alcun argomento di carattere costituzionale appaia mai sollevato sul piano generale al fine di impedirne l'operatività.

⁵ Per un'accurata ricostruzione dei motivi ispiratori delle norme c.d. internazionalistiche della

D'altra parte, il discorso non può chiudersi qui: se il risultato cui conduce il diritto internazionale privato è quello di dare effetto nell'ordinamento nazionale a valori giuridici di provenienza esterna, siano questi espressi da norme astratte oppure concrete (leggi, sentenze, atti), un tale risultato deve poter trovare un fondamento costituzionale. Altrimenti, rimarrebbe da chiedersi come l'attribuzione di effetti a valori «esterni» possa conciliarsi con i principi costituzionali in materia di fonti legislative (art. 70 ss.) e di giurisdizione (artt. 102 e 111 ss.), ai quali evidentemente quei valori non sono riconducibili sotto il profilo della formazione delle norme, né sotto quello della loro garanzia giurisdizionale.

Una prima risposta ad un quesito del genere può essere, in verità, trovata in alcune prese di posizione della Corte costituzionale, relative non al fenomeno internazionaleprivatistico, ma a quello comunitario. In una prima occasione, la Corte venne investita della questione di legittimità costituzionale di alcune norme del Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, che si assumevano contrarie agli artt. 102 e 113 Cost. Nel dichiarare l'infondatezza della questione, la Corte enunciò con nettezza il principio che le disposizioni denunciate di quel Trattato erano «fuori del dettato degli articoli 102 e 113 Cost.», i quali «concernono soltanto la tutela dei diritti e degli interessi che sono attribuiti ad ogni soggetto per la sua posizione nell'ordinamento interno e non dei diritti e degli interessi che gli derivano dalla sua posizione in un ordinamento estraneo com'è quello della C.e.c.a.». Analogamente, secondo la Corte, è poi vano discutere se la Corte di giustizia comunitaria «si pone come organo di giurisdizione speciale rispetto ad organi ordinari della giurisdizione dello Stato, perché il rapporto fra organi di giurisdizione ordinaria e organi di giurisdizione speciale....deve ricercarsi nel quadro dell'ordine giuridico interno, e quindi non è delineabile tra gli organi della giurisdizione italiana e quello della giurisdizione comunitaria, posti, come sono, in orbite giuridiche separate»⁶.

Alcuni anni più tardi alla Corte venne nuovamente sottoposta una questione relativa al contrasto di alcune norme comunitarie – questa volta, appartenenti al Trattato istitutivo della C.e.e. e relative agli effetti dei regolamenti comunitari in base all'art. 189 di quel Trattato –, sotto il profilo della contrarietà della legge di esecuzione del Trattato alle norme costituzionali relative alla riserva di legge ex art. 23 ed a quelle sulla formazione delle leggi (art. 70 ss.). A questo riguardo, dopo aver espressamente richiamato la precedente decisione, la Corte ribadì che «le disposizioni costituzionali disciplinano unicamente l'attività normativa degli organi dello Stato italiano, e per la loro natura non sono riferibili o applicabili al-

Costituzione, e delle posizioni politiche e ideologiche dei vari gruppi politici al riguardo, cfr. A. CASSESE, *Lo Stato e la Comunità internazionale* (Gli ideali internazionalistici del costituente), in *Principi fondamentali, Artt. 1-12, Comm. cost.* Branca, Bologna-Roma 1975, p. 461 ss.

⁶ Sentenza 27 dicembre 1965, n. 98, in *Giur. cost.*, 1965, I, p. 1322 ss. v. anche la successiva decisione della Corte in data 1° marzo 1971, n. 30, in *Giur. cost.*, 1971, I, p. 156 ss. relativa alla posizione della giurisdizione canonica.

l'attività degli organi comunitari» (par. 8 della sentenza). Allo stesso modo, la disposizione relativa alla riserva di legge (art. 23 Cost.) non è, afferma la Corte, «formalmente applicabile alle norme comunitarie, emanazione di una fonte di produzione autonoma, propria di un ordinamento distinto da quello interno»⁷.

3. (Segue) *rilevanza costituzionale del fenomeno internazionalprivatistico*

Gli aspetti e gli argomenti, in questo modo valorizzati dalla Corte, offrono elementi utili anche al fine di valutare la posizione del fenomeno internazionalprivatistico dal punto di vista costituzionale. Non vi è dubbio, infatti, che le norme costituzionali relative all'attività normativa ed a quella giurisdizionale riguardano unicamente gli organi dello Stato italiano, e non sono quindi riferibili o applicabili all'attività svolta nell'ambito di ordinamenti stranieri dagli organi competenti secondo le regole di questi.

Non si deve, peraltro, trascurare il fatto che l'aspetto ora sottolineato non può essere considerato di per sé sufficiente a dare ragione del fenomeno in modo esauriente e compiuto. Tale aspetto, infatti, consente di escludere che la presenza delle norme costituzionali indicate sia di per sé tale da impedire l'efficacia interna di valori giuridici stranieri, e ciò proprio in vista dell'affermata limitazione della portata di quelle norme all'attività ed ai poteri degli organi appartenenti all'ordinamento italiano.

Ma esso non consente, da solo, di dar ragione del passo successivo, consistente nell'affermare positivamente la rilevanza costituzionale del conferimento di effetti interni a situazioni giuridiche create da norme ed atti stranieri. Va ricordato che la rilevanza costituzionale del fenomeno comunitario ha sempre trovato fondamento, nella giurisprudenza costituzionale, nella norma dell'art. 11 Cost., che di per sé non appare idonea ad operare nei confronti del diritto internazionale privato⁸. Ed anche la decisione sopra richiamata – in particolare, la seconda –, sottolinea come il principio espresso dall'art. 11 Cost. legittimi le limitazioni ai poteri dello Stato in ordine all'esercizio delle funzioni legislativa, esecutiva e giurisdizionale, quali si rendevano necessarie per l'istituzione di una Comunità tra gli Stati europei.

Ci si deve, dunque, chiedere se la rilevanza del fenomeno internazionalprivatistico sia lasciata, dal punto di vista costituzionale, in ogni suo aspetto al legislatore ordinario, limitandosi la Carta ad escludere che le norme in essa stabilite quanto all'esercizio delle funzioni dello Stato possano di per sé impedire ogni rilevanza di quel fenomeno. Oppure, se vi sia nei principi costituzionali qualcosa di più, che possa conferire al fenomeno un più sicuro ancoraggio a livello della stes-

⁷ La decisione ricordata è quella del 27 dicembre 1973, n. 183, in *Giur. cost.*, 1973, I, p. 2401 ss., nota P. Barile.

⁸ Ciò sin dalla sentenza della Corte del 7 marzo 1964, n. 14, in *Giur. cost.*, 1964, p. 129 ss.

sa Costituzione, con le conseguenze che ne possono derivare nei rapporti con le altre norme che di quest'ultima fanno parte.

Nel primo senso sembrerebbe orientare, oltre all'assenza di qualsiasi riferimento testuale al fenomeno internazionalprivatistico, la difficoltà di ricondurlo alle norme «internazionalistiche» presenti nella Costituzione, in particolare ai suoi articoli 10 e 11. L'attinenza dell'art. 10, comma 1, alle sole norme del diritto internazionale generalmente riconosciute rende ardua qualsiasi utilizzazione del principio di adattamento in esso stabilito in ordine al diritto internazionale privato, che come tale indubbiamente non appartiene al diritto internazionale generale⁹. Quanto all'art. 11, sebbene un tentativo di riferirvi il fenomeno internazionalprivatistico non sia mancato¹⁰, l'interpretazione che correntemente se ne dà, anche in sede giurisprudenziale, tende ad escludere che si possano dedurre dalla norma conseguenze relative a situazioni che prescindano dalla presenza di organizzazioni internazionali, peraltro specialmente qualificate quanto a struttura e finalità¹¹.

Ciò nonostante, una considerazione più approfondita porta a ritenere che anche il fenomeno internazionalprivatistico non sia del tutto estraneo alle regole internazionalistiche della Costituzione, e che in queste debba individuarsi il fondamento ultimo della sua rilevanza.

A questo proposito, va tenuto presente che la Costituzione inquadra con chiarezza la sovranità dello Stato nell'ambito della Comunità internazionale, considerandola quindi come destinata a coesistere con quella di tutti gli altri Stati e ad autolimitarsi in relazione a questa. Da tali presupposti ideologico-filosofici, condivisi nel loro nucleo fondamentale dalle principali forze politiche presenti nell'Assemblea Costituente¹², conseguono sul piano strettamente giuridico, tanto l'adattamento automatico al diritto internazionale generale, sancito dall'art. 10, comma 1, quanto il ripudio dalla guerra come strumento di soluzione delle controversie internazionali, di cui al successivo art. 11. L'inquadramento della sovranità dello Stato nell'ambito della Comunità internazionale comporta di per sé il riconoscimento degli ordinamenti giuridici degli Stati stranieri e la conseguente autolimitazione.

Ciò corrisponde ad un principio di diritto internazionale generale, riflesso dell'ob-

⁹ Su questo punto la dottrina moderna è assolutamente concorde. Altro è, naturalmente, chiedersi se nel diritto internazionale generale siano presenti principi che possano rilevare anche ai fini della valutazione del fenomeno internazionalprivatistico, come indicato oltre nel testo.

¹⁰ E la tesi di F. SORRENTINO, *Prime considerazioni*, cit., p. 931 ss.

¹¹ Si è esclusa, pertanto, la riferibilità dell'art. 11 Cost. all'Accordo generale sulle tariffe e sul commercio (GATT): Corte cost., 25 luglio 1985, n. 219 in *Giur. cost.*, 1985, I, p. 1688 ss. Naturalmente, il problema potrebbe essere oggi riesaminato con riferimento alla creazione dell'Organizzazione mondiale del commercio, ma rimane comunque fermo il requisito richiesto dalla Corte in quella sentenza, ossia che le limitazioni di sovranità ex art. 11 siano correlate alla creazione di «un ente del tipo sovranazionale».

¹² V. gli ampi riferimenti contenuti in A. CASSESE, *Lo Stato e la Comunità*, cit., p. 463 ss., anche riguardo alla traduzione concreta di quei presupposti nelle disposizioni «internazionalistiche» della Costituzione. Su queste cfr. anche T. PERASSI, *Costituzione italiana e ordinamento internazionale* (1952), ora in *Scritti giuridici*, I, Milano 1958, p. 417 ss.

bligato stesso di riconoscere la soggettività degli Stati stranieri, in virtù del quale ogni Stato gode del diritto di scegliere il proprio sistema giuridico interno, organizzando come meglio crede il proprio ordinamento, e correlativamente ha l'obbligo di riconoscere quelli di tutti gli altri Stati, considerandoli come concreta attuazione dei rispettivi diritti sovrani¹³. Effetto di tale riconoscimento è l'attribuzione di rilevanza agli ordinamenti stranieri nelle loro caratteristiche intrinseche, e quindi nella loro originaria giuridicità, e la conseguente limitazione della sfera di efficacia di quello nazionale¹⁴.

Nel principio di riconoscimento indicato sta il fondamento ultimo del fenomeno internazionalprivatistico. Lo Stato non potrebbe infatti, senza porsi in contrasto con tale principio, negare ogni e qualsiasi effetto a norme ed atti di altri Stati, misconoscendo in tal modo quella che è l'esplicazione, internazionalmente tutelata, del potere sovrano di tali Stati¹⁵. Peraltro, la norma generale si limita ad assicurare il riconoscimento generico degli altri ordinamenti, nella concreta esplicazione delle loro funzioni, senza specificare la portata e gli effetti che gli atti, risultanti da tale esplicazione, possono assumere e svolgere all'interno di Stati diversi da quello che li ha emanati. E ciò giustifica la tradizionale affermazione relativa all'assenza di norme internazionali generali in materia internazionalprivatistica. Fermo restando l'obbligo di riconoscimento nei termini indicati, è rimesso alla libera iniziativa dei singoli Stati il compito di elaborare in sede pattizia o legislativa le regole specifiche di diritto internazionale privato necessarie al fine di assicurare in ciascuno di essi la concreta possibilità di creazione delle norme interne capaci di realizzare le situazioni giuridiche destinate ad assicurare l'uniformità e

¹³ Di «libertà di scegliere il sistema giuridico interno», considerata come elemento ricompreso nell'eguaglianza sovrana di cui ogni Stato è titolare secondo la famosa Dichiarazione 2625/XXV dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite sulle relazioni amichevoli tra gli Stati, e quindi oggetto di un principio fondamentale del sistema internazionale, parla F. CAPOTORTI, *Corso di diritto internazionale*, Milano 1995, p. 12 s.

¹⁴ Chi scrive ha cercato di dimostrare l'esistenza dell'obbligo generale di riconoscimento quale elemento del principio di diritto generale che tutela la sovranità degli Stati in *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano 1972, spec. p. 246 ss.

¹⁵ Già a cavallo tra Ottocento e Novecento un grande internazionalista italiano, D. Anzilotti, insisteva sul rilievo che, per la materia del diritto internazionale privato, ha un principio fondamentale del diritto internazionale pubblico, ossia «il riconoscimento dello Stato estero come organizzazione giuridico-politica avente proprio valore»: principio dal quale egli faceva derivare «la ragione generica del riconoscere ed applicare le leggi straniere»: D. ANZILOTTI, *Studi critici di diritto internazionale privato* (1898), ora in *Opere*, III, *Scritti di diritto internazionale privato*, Padova 1960, p. 93 ss., a p. 211 ss., e più diffusamente in *Il diritto internazionale nei giudizi interni* (1905), ora in *Opere*, II, 1, *Scritti di diritto internazionale pubblico*, Padova 1956, p. 281 ss., spec. p. 390 ss. Nella dottrina successiva, sotto l'influenza delle correnti positivistic-nazionaliste, la coscienza di tale nesso di derivazione del fenomeno internazionalprivatistico dalla posizione dello Stato nella Comunità internazionale venne presto a smarrirsi. Il legislatore italiano del 1995, nel sottolineare in vario modo nell'ambito della l. 218 l'appartenenza della disciplina internazionalprivatistica al livello dei rapporti tra gli Stati e i relativi ordinamenti giuridici (v. l'insistita prevalenza della disciplina delle convenzioni internazionali sulle norme interne, sancita dall'art. 2, e l'estensione attuata in diverse materie dell'applicazione di certe discipline convenzionali anche al di là del loro ambito di applicazione originario: artt. 3, 42, 45, 57, 59) ha dato nuovo risalto a tale antico motivo ispiratore.

la continuità della vita giuridica internazionale dei soggetti privati.

Il principio del riconoscimento degli ordinamenti stranieri, attraverso l'art. 10, comma 1, Cost., viene ad operare quale principio regolatore dei rapporti tra ordinamento giuridico italiano e sistemi stranieri, e garantisce fondamento costituzionale al fenomeno del diritto internazionale privato. L'attribuzione di rilevanza agli ordinamenti stranieri nelle loro caratteristiche intrinseche, che ne consegue, legittima l'intervento del legislatore ordinario – tanto unilaterale, quanto volto a dare efficacia interna a una regolamentazione pattizia – inteso a svolgere e completare il principio di riconoscimento estendendo gli effetti dei valori giuridici stranieri al di là di quanto richiesto dalla norma di diritto internazionale generale, e correlativamente restringendo l'ambito di applicazione dell'ordinamento interno. Interventi legislativi in questo senso non risultano quindi di per sé in contrasto con la Costituzione, in quanto autorizzati dall'art. 10, comma 1, di questa al fine di introdurre nell'ordinamento le limitazioni all'ambito di applicazione del diritto ed all'estensione della giurisdizione necessarie per un adeguato coordinamento con gli ordinamenti degli altri Stati. E la stessa finalità può consentire limitazioni della portata di altri principi sanciti dalla Costituzione, quale per esempio, la garanzia del diritto di azione stabilita dall'art. 24: la relativa tutela viene infatti ad atteggiarsi in modo particolare, ove sia considerata nell'ambito del rapporto con le giurisdizioni di altri Stati, e l'apparente limitazione del diritto dipende pertanto da esigenze di coordinamento con queste ultime¹⁶.

Il «valore» del coordinamento del sistema giuridico nazionale con quelli stranieri viene in tal modo assunto a valore costituzionale, e se da una parte fonda l'intero sistema di diritto internazionale privato, dall'altra è idoneo a legittimare interpretazioni della portata di certi diritti fondamentali costituzionalmente garantiti – come tali sicuramente inderogabili anche sul piano dei rapporti con altri ordinamenti –¹⁷, capaci di tenere conto delle specifiche caratteristiche ed esigenze della regolamentazione dei rapporti transnazionali¹⁸.

¹⁶ Così, ad esempio, non si potrebbe dubitare della legittimità costituzionale rispetto all'art. 24 Cost. delle restrizioni al potere di agire in giudizio avanti alle giurisdizioni nazionali, che derivano dalla limitazione della sfera di competenza giurisdizionale dei giudici dello Stato rispetto a determinati classi di controversie, in vista del collegamento che queste presentano con altri sistemi, oppure di quelle che derivano dal riconoscimento di una litispendenza estera od ancora dal riconoscimento degli effetti di decisioni straniere. A proposito della litispendenza cfr., sotto il profilo considerato, le considerazioni di A. MIGLIAZZA, *La litispendenza internazionale e la sua disciplina nella legge 31 maggio 1995 n. 218*, in *Comunicazioni studi*, XXI, Milano 1997, p. 37 ss. (in particolare, con riferimento alla contraria tesi di E. RICCI, *Il nuovo diritto processuale internazionale di fronte alla Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 308 ss.); e più in generale F. SALERNO, *Il diritto processuale civile internazionale comunitario e le garanzie processuali fondamentali*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova 2004, p. 95 ss.

¹⁷ Sul punto, con riferimento alla giurisprudenza costituzionale pertinente, si veda quanto osservato al successivo par. 6.

¹⁸ Per quanto riguarda la deroga alla giurisdizione, si veda il paragrafo successivo; e sulla giurisprudenza della Corte a proposito dell'art. 24 Cost. *infra*, par. 6 e decisioni ivi citate.

4. Valori internazionalistici, principio di eguaglianza e diritto internazionale privato

Al di là del principio generale di coordinamento, la Costituzione non contiene alcuna direttiva più specifica circa il modo ed i limiti nei quali il coordinamento stesso debba attuarsi. L'individuazione di questi rimane dunque rimessa alla discrezionalità del legislatore ordinario: il quale, salvi i condizionamenti derivanti dagli interventi comunitari o dalla normazione pattizia, conserva il potere di determinare le modalità ed i limiti del coordinamento interpretando le esigenze espresse dalla realtà sociale internazionale e dalla collocazione in tale ambito dell'ordinamento italiano.

Si deve peraltro tenere presente che l'esercizio di tale discrezionalità spettante al legislatore non è privo di rilievo e di riflessi per quanto riguarda il sindacato di costituzionalità delle norme di legge poste in essere nell'attuazione del coordinamento con gli altri sistemi.

L'apprezzamento di determinate esigenze di carattere internazionale relative a tale coordinamento, e la correlativa differenziazione della disciplina rispetto a quella dettata per fattispecie puramente «interne», possono infatti assumere il ruolo di elemento di raffronto, o *tertium comparationis*, tutte le volte che il sindacato costituzionale di eguaglianza sia rivolto a norme intese ad attuare il suddetto coordinamento¹⁹.

È ben noto, al riguardo, che nei giudizi sull'eguaglianza delle leggi non vengono posti a raffronto diretto i parametri costituzionali e le norme impugnate: al contrario, il sindacato di eguaglianza richiede l'individuazione del cosiddetto *tertium comparationis*, rappresentato da una situazione normativa anche molto generale e ricavata dal sistema giuridico nel suo complesso, il più delle volte – come è stato spesso posto in luce – a livello di legge ordinaria, e non (necessariamente) costituzionale. In questo schema a carattere ternario l'insieme delle scelte compiute dal legislatore ordinario ai fini dell'individuazione di strumenti e mezzi del coordinamento con gli altri ordinamenti giuridici viene a costituire un elemento essenziale nella conformazione della situazione oggetto del giudizio costituzionale. Ed alla luce di tale insieme dovrà essere valutata la possibilità, o invece l'impossibilità, di assimilare tra loro determinate fattispecie normative, alle quali rispettivamente non conseguano, o invece conseguano, le adeguate differenze di disciplina²⁰.

¹⁹ Tale sindacato rimanendo, naturalmente, sempre ammissibile al fine di assicurare la coerenza delle scelte legislative con il parametro costituzionale di cui all'art. 3 Cost.

²⁰ Sul ruolo dell'elemento di raffronto nel giudizio di eguaglianza cfr. in particolare L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale di eguaglianza. Aprile 1979-Dicembre 1983*, in *Giur. cost.*, 1984, I, p. 219 ss. (ed in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, Padova 1985, p. 605 ss.), e dello stesso Autore, con riferimento agli interventi della Corte rispetto alle norme di diritto internazionale privato, *Relazione introduttiva*, in *Norme di conflitto italiane e controllo*, cit., p. 7 ss. In generale sulla struttura e le logiche del giudizio di eguaglianza, A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzio-*

Così, le esigenze della vita internazionale contemporanea, presa in considerazione nel 1995 dal legislatore internazionalprivatistico, e le connesse scelte da esso effettuate in ordine all'apertura dell'ordinamento nei confronti delle giurisdizioni e dei diritti degli altri Stati, devono essere attentamente vagliate e tenute presenti al fine dell'individuazione dell'elemento di raffronto, tutte le volte che si tratti di sindacare sotto il profilo dell'eguaglianza le norme positive di diritto internazionale privato, per valutarne la ragionevolezza (intesa questa come coerenza, non contraddizione, corretta implicazione, congruità dei mezzi rispetto al fine, e via dicendo)²¹.

Molto significativa nella direzione ora segnalata è la decisione della Corte costituzionale nella prima questione di legittimità ad essa proposta in relazione alle norme della l. 218/1995²². Si trattava, com'è noto, dell'asserita illegittimità costituzionale del combinato disposto dagli artt. 1341, comma 2, 1342, comma 2, cod. civ. e 4, comma 2, della l. 218, in vista della disparità di trattamento – che si affermava ingiustificata – delle clausole di deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria e di quelle di deroga alla giurisdizione della stessa.

La Corte non ha mostrato esitazione nel dichiarare, con l'ord. 18 ottobre 2000, n. 428, la manifesta infondatezza della questione sollevata, affermando la «palese disomogeneità» delle situazioni poste a raffronto in vista delle «esigenze di carattere internazionale» che entrano in giuoco soltanto a proposito delle clausole di deroga alla giurisdizione, e che «il legislatore, nella sua discrezionalità, può ben ritenere prevalenti» rispetto alle esigenze di tutela del contraente più debole.

In particolare, la Corte valorizza la constatazione di una «imponente tendenza alla «delocalizzazione» della giurisdizione, manifestatasi (anche per ragioni di concorrenza commerciale) negli usi del commercio internazionale, nella normativa pattizia internazionale e negli ordinamenti sovranazionali», e vi ricollega la legittimità della soluzione legislativa in favore di «una più libera esplicazione dell'autonomia privata nella scelta della giurisdizione». Il tutto nell'ambito del «principio di tendenziale fungibilità delle giurisdizioni introdotto dall'art. 4 della legge n. 218», che la Corte utilizza egualmente come fondamento concettuale per escludere la sussistenza di un contrasto con l'art. 24 Cost., essendo il diritto di difesa assicurato nell'ambito della giurisdizione prescelta²³.

nale di), in *Enc. giur.* Treccani, 1994, p. 8 ss. V. anche i rilievi di M. BENEDETTELLI, *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità europee*, Padova 1989, pp. 18 ss., 34 ss.

²¹ Sulla possibilità che i valori costituzionali operino in modo diverso nell'ambito di diversi metodi di coordinamento fra ordinamenti utilizzati dalle norme di diritto internazionale privato, v. P. PICONE, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova 1986, p. 177 ss.

²² Ord. 18 ottobre 2000, n. 428, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 164 ss. Sulla decisione e sui vari problemi che la tematica coinvolge, cfr. F. SALERNO, *Deroga alla giurisdizione e Costituzione*, *ivi*, p. 33 ss.

²³ Con riguardo alla tematica affrontata dalla Corte, va ricordato che in altre occasioni essa aveva avuto modo di affermare che una inderogabilità assoluta della giurisdizione statale non risulta da espresse norme della Costituzione, e neppure è deducibile, con particolare riguardo alla materia civile, dai principi generali dell'ordinamento, nel quale ipotesi di deroga sono stabilite da leggi ordinarie: è dunque compatibile con l'ordinamento costituzionale una deroga alla giurisdizione che sia razionalmente e politicamente giustificabile. Così le sentenze 11 dicembre 1973, n. 175 in *Giur. cost.*, 1973,

Sotto il profilo qui considerato, è opportuno menzionare ancora una decisione della Corte in tema di adozione²⁴. La questione di legittimità costituzionale proposta riguardava la mancata previsione dell'obbligo di affidamento preadottivo della durata di un anno, previsto in via generale dal diritto italiano, in ipotesi di adozione internazionale. Nel dichiararla infondata, la Corte esclude l'esistenza di una irragionevole disparità di trattamento, rilevante ai fini dell'art. 3 Cost., facendo leva sul principio per cui le due forme di adozione rappresentano fattispecie differenti, pur con alcuni profili comuni: e rispondono a diverse esigenze concrete, che ne consentono una diversa disciplina. In particolare, nel caso di adozione internazionale, la disciplina nazionale deve, secondo la Corte, tenere conto della necessità di favorire accordi tra Stati, capaci di assicurare una regolamentazione uniforme intesa a raggiungere l'obiettivo «di un diritto internazionale uniforme nell'ambito di equi rapporti in materia di adozione internazionale»²⁵.

5. Il sindacato di costituzionalità e le norme di conflitto

Anche con riferimento specifico alle norme di diritto internazionale privato intese in senso stretto, ossia con esclusione di quelle relative al coordinamento tra sistemi processuali, è da rilevare anzitutto che dalla Costituzione non sembrano risultare particolari elementi idonei a condurre all'indicazione del diritto applicabile ai vari rapporti giuridici. Varrà naturalmente, per quanto sin qui osservato, il principio costituzionale di eguaglianza, che impone come tale al legislatore il limite di effettuare le sue scelte quanto al diritto applicabile con un criterio di ragionevolezza: criterio questo che, sul piano del diritto internazionale privato, può esprimersi in via generale nel senso che si dovrà tener conto in modo non arbitrario dei collegamenti che le varie situazioni presentano con l'uno o l'altro ordinamento giuridico²⁶.

Il principio di eguaglianza può, però, esplicare effetti anche su un diverso ver-

p. 2321 ss., nota C. Mirabelli e 2 febbraio 1982, n. 18, *ivi*, 1982, I, p. 138 ss. Quanto all'art. 24 Cost., l'esigenza di forme di tutela del diritto di difesa nell'ambito del sistema competente è sempre stata affermata dalla Corte, sin dalle sentenze 98/1965 e 183/1973 relative alla giurisdizione comunitaria, ed è ribadita nella citata sentenza 18/1982 a proposito dei tribunali ecclesiastici, sentenza nella quale la dichiarazione di incostituzionalità pronunciata dalla Corte ha colpito proprio la mancanza di potere della Corte d'appello di accertare che il diritto di difesa fosse stato assicurato nel giudizio avanti a quei tribunali. L'aspetto in questione è stato ribadito, sempre a proposito del fenomeno comunitario, dalla più recente dec. 21 aprile 1989, n. 232 in *Giur. cost.*, 1989, I, p. 1001 ss. nota M. Cartabia.

²⁴ Ord. 31 luglio 2002, n. 415, in *Giur. cost.*, 2002, I, p. 2994.

²⁵ Il riferimento è alla Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, resa esecutiva in Italia con l. 576/1998. Afferma la Corte che l'obbligatoria previsione di un periodo di affidamento preadottivo per il minore adottato all'estero sarebbe in insanabile contrasto con la Convenzione e con lo stesso sistema del diritto internazionale privato.

²⁶ V. sul punto G. GAJA, *Sulle relazioni fra norme di diritto internazionale privato e principio di eguaglianza*, in *Norme di conflitto italiane e controllo*, cit., p. 77 ss.

sante relativo alle norme di diritto internazionale privato; quello che riguarda i criteri di scelta del diritto applicabile, quando questi siano determinati con riferimento alle parti di uno stesso rapporto. Si tratta qui del più rilevante aspetto internazionalprivatistico che abbia mai avuto occasione di essere preso in esame da parte della Corte costituzionale.

Esso merita quindi un breve esame, anche se si tratta di vicenda ormai sostanzialmente superata dall'entrata in vigore della riforma della materia attuata nel 1995²⁷.

L'aspetto che veniva in considerazione nella vicenda menzionata era quello della discriminazione tra marito e moglie, quale poteva profilarsi nell'ambito delle norme di conflitto che utilizzavano quale criterio di collegamento la cittadinanza di uno solo dei soggetti del rapporto giuridico familiare: quella del marito al tempo della celebrazione del matrimonio, in mancanza di legge nazionale comune, nel caso dei rapporti personali tra i coniugi (art. 18 disp. sulla legge in generale premesse al codice civile) ed in quello dei rapporti patrimoniali tra i coniugi (art. 19) o quella del padre, nel caso dei rapporti fra genitori e figli (art. 20). Si trattava dunque di fare applicazione diretta alle norme di diritto internazionale privato del principio di eguaglianza, ed in particolare di quello dell'eguaglianza tra i coniugi (artt. 3, comma 1, e 29, comma 2, Cost.).

All'ammissibilità di un sindacato di costituzionalità riferito alle norme di diritto internazionale privato veniva frequentemente opposta la natura puramente strumentale di queste norme, che non contengono la disciplina sostanziale del rapporto ma solo consentono di individuare le norme dell'uno o dell'altro ordinamento, dalle quali ricavarla. Di qui sarebbe derivata la «neutralità» di tali norme dal punto di vista costituzionale, posto che la diseguaglianza può manifestarsi soltanto sul piano dell'applicazione del diritto sostanziale, e quindi al di fuori della struttura della norma internazionalprivatistica²⁸.

Peraltro, com'è noto, un tale punto di vista – diffuso non solo in Italia, ma anche in Germania –²⁹ è stato rifiutato dalla Corte costituzionale, che con due sentenze del

²⁷ Avendo questa eliminato dalle norme relative ai rapporti familiari qualsiasi utilizzazione del criterio della cittadinanza propria ad uno solo dei soggetti del rapporto.

²⁸ Sulla tesi cfr. in particolare T. BALLARINO, *Costituzione e diritto internazionale privato*, cit., spec. p. 65 ss. (ma v. successivamente dello stesso Autore, *Diritto internazionale privato*, Padova 1982, p. 139 ss.); E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, Torino 1972, p. 296. In senso contrario, A. GIARDINA, *L'eguaglianza dei coniugi del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1974, p. 5 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *Uguaglianza dei coniugi (diritto internazionale privato)*, in *Noviss. dig. it.*, App. VII, Torino 1987, p. 969 ss.

²⁹ Cfr. anche per tutti i riferimenti, T. BALLARINO, *Costituzione*, cit., p. 123 ss., e R. QUADRI, *Commento agli articoli 17-21 disp. prel.*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1978, p. 142 ss. Il *Bundesverfassungsgericht* intervenne nella materia con alcune famose decisioni (4 maggio 1971, in *Rabels Zeitschr.*, 1972, p. 145 ss.; 22 febbraio 1983, in *Neue Jur. Wochenschr.*, 1983, p. 1968 ss.; 8 gennaio 1985, *ivi*, 1985, 1282 ss.) con le quali l'idea della neutralità delle norme di conflitto venne del tutto superata. Per la ricostruzione delle vicende in Germania federale v. T. BALLARINO, in *Norme di conflitto italiane e controllo*, cit., p. 182 ss. Sulla prima delle citate deci-

1987 ha dichiarato la parziale incostituzionalità degli artt. 18 e 20 disp. sulla legge in generale: del primo nella parte in cui, per il caso di mancanza di legge nazionale comune ai coniugi, stabiliva che si applicasse la legge nazionale del marito al tempo del matrimonio; il secondo nella parte in cui, con riferimento all'ipotesi che siano noti entrambi i genitori e manchi una legge nazionale ad essi comune, sanciva la prevalenza della legge nazionale del padre³⁰. Soltanto di recente, poi, con una decisione del 2006 (4 luglio 2006, n. 254) si è aggiunta la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 19 disp. sulla legge in generale in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi, ormai da tempo abrogato a seguito dell'entrata in vigore della l. 218/1995.

La Corte rifiuta nettamente l'idea della neutralità costituzionale delle norme di conflitto, affermando che nella formulazione dei criteri per l'individuazione delle norme, interne o straniere, applicabili queste ultime possano ispirarsi a determinati principi o valori, siano questi sottesi alla disciplina civilistica interna dell'istituto o di altro genere. La scelta, in tal modo effettuata, è di ordine normativo, e «non può non confrontarsi con le scelte di fondo a livello costituzionale rispetto alle quali assuma rilievo il principio (o valore) cui essa si ispira». Ora, dichiara la Corte, la scelta adottata dalle norme di conflitto di cui si tratta è senza dubbio ispirata al principio «che si concreta nel riconoscimento al marito di una posizione preminente nella famiglia» e un tale principio si pone certamente in contrasto con le scelte di fondo operate dall'art. 3, comma 1, e 29, comma 2, Cost.

Così decidendo, la Corte afferma in sostanza la necessità che, per essere conforme ai principi costituzionali, la scelta internazionalprivatistica in favore del criterio della nazionalità operi nello stesso modo a favore del marito e della moglie, consentendo che ciascuno dei soggetti del rapporto coniugale sia sottoposto al diritto cui lo collegano elementi di connessione a lui propri³¹. Ciò, del resto, in armonia con i motivi di fondo che hanno ispirato altre precedenti decisioni della stessa Corte in tema di cittadinanza, nelle quali viene sottolineata l'esigenza di evitare qualsiasi lesione della posizione giuridica della moglie e della madre nell'ambito dei rapporti con lo Stato e con la famiglia³².

sioni v. E. JAYME, *La Costituzione tedesca e il diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1972, p. 76 ss.; e C. LABRUSSE, *Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale*, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 1974, p. 1 ss.

³⁰ Corte cost., 5 marzo 1987, n. 71 e 10 dicembre 1987, n. 477, in *Foro it.*, 1987, I, 2316, nota B. Poletti di Teodoro, e 1988, I, 1418.

³¹ Sulla prima sentenza della Corte del 1987 v. per tutti, A. GIARDINA, *La Corte costituzionale ed i rapporti personali fra coniugi nel diritto internazionale privato*, (*Riv. dir. int. priv. proc.*, 1987, p. 209 ss.), le cui considerazioni possono essere riferite anche alle sentenze successive indicate. Cfr. anche le osservazioni di L. MARI, *Valori costituzionali e valori di diritto internazionale privato: i termini del confronto*, in *Norme di conflitto italiane e controllo*, cit., p. 47 ss.

³² V. in particolare, le sentenze del 16 aprile 1975, n. 87 e 9 febbraio 1983, n. 30, in *Giur. cost.*, 1975, I, p. 807 ss. e 1983, I, p. 91 ss. e sulla tematica G. GAJA, *Matrimonio e cittadinanza: aspetti costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1975, I, p. 2086 ss.; P. ZICCARDI, *Motivi della illegittimità costituzionale dell'art. 10, commi 1 e 3 della legge italiana sulla cittadinanza (1975)*, ora in *Vita giuridica internazionale*, Scritti scelti a cura degli allievi, Milano 1992, II, p. 293 ss.

In questa prospettiva, il controllo effettuato dalla Corte circa la scelta legislativa operata dalla normativa di conflitto appare espressione delle stesse esigenze di tutela della posizione e degli interessi della donna, che stanno alla base delle pronunce della stessa Corte in materia di cittadinanza, e dunque riflesso sul piano internazionalprivatistico degli identici principi e valori di ordine costituzionale.

6. *Il coordinamento tra sistemi e la tutela dei principi fondamentali*

Il coordinamento tra sistemi, attuato attraverso le norme di diritto internazionale privato nei confronti del diritto e della giurisdizione degli altri Stati, oltre ad essere soggetto al controllo di costituzionalità nelle varie direzioni esaminate, può poi incontrare ulteriori limiti di ordine costituzionale.

Tali limiti sono individuati dalla Corte costituzionale richiamando la nozione di «principi supremi dell'ordinamento costituzionale»³³, o – altre volte – di principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e diritti inalienabili della persona umana³⁴. Essi svolgono l'essenziale funzione di assicurare il soddisfacimento delle esigenze di tutela della sovranità dello Stato, quale affermata nell'art. 1, comma 2 Cost., ed operano nei confronti di qualsiasi valore giuridico estraneo – internazionale, comunitario, canonico, straniero – che sia ammesso ad esplicare effetti nell'ambito dell'ordinamento interno dello Stato³⁵.

Si tratta di principi che attuano un controllo, non più dello strumento di richiamo del valore giuridico estraneo, ma del suo risultato: e dunque, del concreto contenuto delle regole, che tramite quello strumento divengono vincolanti quali norme di condotta all'interno dell'ordinamento nazionale, o presiedono alla formazione di atti estranei dotati di tali effetti.

Il risultato concreto, al quale l'operare dei principi in questione può condurre, varia a seconda dei casi. Nei confronti di norme internazionali o comunitarie, così come di norme appartenenti all'ordinamento canonico, l'incidenza del principio può essere tale da investire direttamente la regola di origine estranea, ed in questo caso potrà aversi dichiarazione di incostituzionalità riferita alle norme interne che ne consentono gli effetti nell'ordinamento nazionale. Nel caso delle norme straniere, un risultato del genere, pur risultando teoricamente possibile, non potrà normalmente verificarsi, tutte le volte che la contrarietà al principio fondamentale dipenda dal modo di disporre dalla norma straniera richiamata da

³³ Tale la formulazione utilizzata nelle decisioni relative ai rapporti con le norme concordatarie, in particolare in quella fondamentale 18/1982 ricordata sopra alla nota 23.

³⁴ Tale diversa formula è presente nelle decisioni relative ai rapporti dell'ordinamento nazionale con il fenomeno comunitario europeo: v. ad esempio la sentenza 232/1989 (sopra, nota 23).

³⁵ Per una considerazione complessiva dei vari aspetti ricordati, v. G. BARILE, *Costituzione e rinvio mobile a diritto straniero, diritto canonico, diritto comunitario, diritto internazionale*, Padova 1987, spec. p. 15 ss.

quella interna di diritto internazionale privato, o applicata dal giudice straniero.

In queste ipotesi, infatti, il funzionamento dello strumento interno di richiamo non è affatto tale da produrre di per sé il risultato contrastante con il principio costituzionale. Al contrario, è proprio tale strumento a prevedere al proprio interno la valvola di sicurezza capace di impedire il verificarsi di quel risultato³⁶.

Tale valvola è rappresentata, com'è ben noto, dal tradizionale limite dell'ordine pubblico, operante tanto nei confronti delle norme astratte appartenenti ad ordinamenti stranieri, quanto nei confronti di atti da questi provenienti. Previsto oggi in via generale dagli artt. 16, 64 e 65 della l. 218, il limite in questione, già contemplato dalle norme corrispondenti a queste nella legislazione previgente, è stato considerato, da una importante decisione della Corte costituzionale, come appartenente ai «principi supremi dell'ordinamento costituzionale». Come si legge nella sentenza del 2 febbraio 1982, n. 18 «la inderogabile tutela dell'ordine pubblico, e cioè delle regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società, è imposta soprattutto a presidio della sovranità dello Stato, quale affermata nel secondo comma dell'art. 1», ed il relativo principio va ascritto «nel novero dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale»³⁷.

Sotto il profilo dell'ordine pubblico, le regole costituzionali rilevano dunque, come chiaramente risulta dalla giurisprudenza della Corte, in quanto si traducono in regole di base dei vari istituti giuridici positivi: fermo restando che non possono venire in considerazione a questi fini, e come tali, le norme costituzionali riguardanti la disciplina dell'attività normativa e giurisdizionale degli organi statali, che non sono di per sé applicabili ad organi di ordinamenti estranei.

Se ai fini del controllo della conformità del diritto straniero applicabile in Italia in virtù delle norme di conflitto ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale è sufficiente la salvaguardia derivante dell'ordine pubblico, inteso nel senso indicato, quei principi potranno, invece, venire direttamente in considerazione, tutte le volte che il diritto straniero, nel suo modo di essere e nei principi ai quali si ispira, rilevi non in quanto oggetto di richiamo da parte delle norme di conflitto³⁸, ma come regolamentazione che debba essere presa in considerazione ad altri fini, rilevanti ai fini del coordinamento tra sistemi. Ad esempio, si pensi al rilievo che possano avere in vista dell'esercizio della giurisdizione italiana processi stranieri dei quali si assuma la non conformità a determinati principi costitu-

³⁶ Né ovviamente sarebbe possibile ipotizzare un controllo di costituzionalità riferito direttamente alle norme straniere, che non possono esservi come tali soggette.

³⁷ Sopra, nota 23. La configurazione dell'ordine pubblico internazionale enunciata dalla Corte è stata poi spesso ripresa dalla giurisprudenza ordinaria: v. ad esempio, Cass., Sez. Un., 1° ottobre 1982, n. 5026, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1983, p. 661 ss., e Cass., 11 novembre 2002, n. 15822, *ivi*, 2003, p. 978 ss. ed, *ivi*, p. 809 ss. il commento di R. CLERICI, *Rapporti di lavoro, ordine pubblico e Convenzione di Roma del 1980*.

³⁸ E quindi, ai fini della creazione con i mezzi propri dell'ordinamento della relativa norma concreta, secondo il modo tipico di operare di tali norme.

zionali. In casi del genere, i «principi supremi dell'ordinamento costituzionale» si imporranno in via immediata e diretta impedendo che a tali processi vengano ricollegate nell'ordinamento italiano le conseguenze che normalmente vi dovrebbero essere proprie³⁹.

Sotto questo profilo, verranno anzitutto in linea di conto i principi costituzionali relativi alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana, visti come nucleo essenziale ed irrinunciabile che si oppone comunque agli effetti di regole estranee contrastanti, di qualsiasi origine esse possano essere. Va tenuto presente, a tale riguardo, che la determinazione dell'esatta portata di tali principi non può fondarsi sulla semplice considerazione del testo della relativa disposizione costituzionale, ma ne richiede un'accurata interpretazione alla luce della giurisprudenza della Corte. Così, ad esempio, il diritto fondamentale di agire e di resistere in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi, garantito dall'art. 24, comma 1, Cost., è stato annoverato dalla Corte tra quelli inviolabili della persona umana, che la Costituzione garantisce all'art. 2, ed ascritto tra i principi supremi dell'ordinamento costituzionale: ma, come la stessa Corte ha precisato, esso si colloca a tale livello «solo nel suo nucleo più ristretto ed essenziale...; ma tale qualifica non può certo estendersi ai vari istituti in cui esso concretamente si estrinseca e secondo le mutevoli esigenze storicamente si atteggia pur se taluni di questi istituti siano garantiti da precetti costituzionali»⁴⁰. In armonia con tale impostazione, del resto, la stessa Corte ha in altra occasione affermato la compatibilità con il diritto fondamentale in questione dell'immunità dalla giurisdizione civile spettante all'agente diplomatico straniero in base al diritto internazionale generale⁴¹.

Per altro verso, poi, la portata dei diritti fondamentali facenti parte dei «principi supremi» ricordati potrebbe attingere elementi dalle stesse convenzioni universali o regionali in materia, tenendo presente l'affermazione della Corte secondo cui «al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione»⁴².

È opportuno rilevare, infine, che dato il ruolo attribuito ai principi essenziali dell'ordinamento costituzionale e ai diritti fondamentali della persona umana per ciò che riguarda gli effetti di norme ed atti estranei, la salvaguardia di tali principi e diritti deve operare anche in presenza di norme di diritto internazionale privato che siano emanate dagli organi comunitari in base all'art. 65 del Trattato CE. La «comunitarizzazione» della materia, attuata con il Trattato di Amsterdam, non importa alcuna significativa modificazione sotto il profilo che qui interessa: basti

³⁹ Per ipotesi prospettabili in relazione alla disciplina della deroga alla giurisdizione v. F. SALERNO, *Deroga alla giurisdizione*, cit., spec. p. 59 ss.

⁴⁰ Così anche più volte citata sentenza del 2 febbraio 1982, n. 18 (sopra, nota 23).

⁴¹ Sentenza 18 giugno 1979, n. 48, in *Giur. cost.*, 1979, p. 373 ss.

⁴² L'affermazione è contenuta nella sentenza del 22 ottobre 1999, n. 388, a proposito della tutela dei diritti fondamentali attuata dalla Carta costituzionale e dai vari trattati internazionali al riguardo, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2991 ss.

pensare al fatto che la necessità di salvaguardare comunque i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti fondamentali della persona è stata affermata dalla giurisprudenza della Corte proprio con riferimento al fenomeno comunitario, nel momento stesso in cui se ne affermava la copertura costituzionale in base all'art. 11 Cost.⁴³.

⁴³ Oltre alle più risalenti decisioni del 1965 e del 1973 (sopra, note 6 e 7), v. Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170 e 21 aprile 1989, n. 232, rispettivamente in *Giur. cost.*, 1984, I, p. 1098 ss. e 1989, I, p. 1001 ss. nota M. Cartabia.

Riflessioni sulla c.d. comunitarizzazione del diritto internazionale privato *

SOMMARIO: 1. Verso la creazione di un sistema comunitario di diritto internazionale privato? – 2. Caratteri della competenza di cui agli artt. 61 e 65 Trattato CE. – 3. La creazione dello spazio giudiziario europeo. – 4. Spazio giudiziario europeo e pluralità degli ordinamenti giuridici. – 5. Diritto comunitario e strumenti internazionalprivatistici. – 6. Il c.d. principio dello Stato di origine e gli obiettivi materiali del diritto comunitario. – 7. Conclusione.

1. *Verso la creazione di un sistema comunitario di diritto internazionale privato?*

A seguito dell'entrata in vigore, il 1° maggio 1999, del Trattato di Amsterdam, che modifica il Trattato sull'Unione europea ed il Trattato istitutivo della Comunità europea, è divenuta progressivamente acquisita alla terminologia corrente ed alla descrizione della realtà comunitaria l'idea di una «comunitarizzazione» della materia del diritto internazionale privato¹. Con l'inserimento nel Trattato istitutivo della CE del titolo IV della parte III (articoli da 61 a 69) relativo ai «Visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone» – materia in precedenza collocata nell'ambito del c.d. terzo pilastro del

* Pubblicato in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar* (a cura di G. Venturini e S. Bariatti), Milano, 2009, pp. 613-625.

¹ La letteratura dedicata al tema è ormai molto ampia. In questa sede è sufficiente ricordare, per quanto riguarda i contributi immediatamente successivi all'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, CH. KOHLER *Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le Traité d'Amsterdam* RCDIP 1999, 19 et seq.; J. BASEDOW *The communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam* CMLRev 2000, 706 et seq.; F. POCAR *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una «European Conflict of Laws Revolution»?* RDIPP 2000, 873 et seq.; e negli anni più recenti, S. BARIATTI *Le competenze comunitarie in materia di diritto internazionale privato e processuale* in ID. *Casi e materiali di diritto internazionale privato comunitario* 2003, 3 et seq.; ID. *Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del Trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario* RDIPP 2003, 671 et seq.; P. PICONE (a cura di) *Diritto internazionale privato e diritto comunitario* 2004; A. BORRÁS *Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir* RCADI t. 315 2005, 467 et seq.; F. MUNARI *La ricostruzione dei principi internazionalprivatistici impliciti nel sistema comunitario* RDIPP 2006, 913 et seq.

Trattato di Maastricht –, si ritiene che la Comunità si sia vista attribuire competenza normativa in materia di diritto internazionale privato. E ciò in quanto, da un lato, l'art. 61 prevede ora che allo scopo di istituire progressivamente uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia il Consiglio adotti, tra l'altro – lett. c –, «misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, come previsto all'articolo 65»; e l'art. 65, dal canto suo, stabilisce che tali misure includono fra l'altro, come prevede la lett. b, «la promozione della compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di competenza giurisdizionale»².

Se però, a proposito di tale nuova competenza è ormai consueto parlare di avvenuta comunitarizzazione della materia del diritto internazionale privato, appare tutt'altro che chiarito quali siano il significato e la portata dell'assunzione di competenza da parte della Comunità in relazione alle caratteristiche specifiche della materia di cui si tratta. Qualche riflessione al riguardo è pertanto opportuna, per cercare di collocare il fenomeno nella sua prospettiva corretta ed evitare di ricollegarvi conseguenze poco coerenti con il reale assetto dei rapporti fra diritto degli Stati membri e diritto comunitario sotto il profilo del diritto internazionale privato.

Si tratta, in particolare, di stabilire se l'attuale normativa comunitaria vada considerata come intesa, in prospettiva, alla creazione di un vero e proprio sistema di diritto internazionale privato comunitario, destinato quindi a sostituire, una volta compiutamente realizzato, i vari sistemi internazionalprivatistici degli Stati membri. Se, in altri termini, la competenza attribuita alla Comunità ad Amsterdam nella materia in questione sia del tutto assimilabile alle altre competenze ad essa spettanti, e tale da consentire di parlare di una vera e propria politica comunitaria del diritto internazionale privato³.

Una prospettiva del tipo indicato sembra implicita nell'atteggiamento assunto in relazione al fenomeno della c.d. comunitarizzazione da molti tra gli studiosi che vi hanno rivolto la propria attenzione. Ed è probabile che un analogo punto di vista ispiri la stessa attività delle istituzioni comunitarie. Queste infatti hanno realizzato, nel decennio ormai trascorso dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, tutta una serie di iniziative intese ad esercitare la nuova competenza⁴. È ve-

² Al riguardo si vedano H. LABAYLE *Un espace de liberté, sécurité et justice* RTDE 1997, 813 et seq.; R. ADAM *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo* DUE 1998, 481 et seq.; H. BRIBOSIA *Liberté, sécurité et justice: l'imbroglio d'un nouvel espace* RMU 1998, 27 et seq.

³ Cfr. su questa tematica M. WILDERSPIN, X. LEWIS *Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflit de lois des Etats membres* RCDIP 2002, 1 et seq., 297 et seq.

⁴ Vanno ricordati i seguenti regolamenti: n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza; n. 1348/2000 relativo alle notificazioni e comunicazioni di atti giudiziari ed extragiudiziali (che verrà sostituito dal reg. n. 1393/2007); n. 1347/2000 poi abrogato dal reg. n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale (Bruxelles II e II-bis); n. 44/2001 relativo alla materia già regolata dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 (Bruxelles I); n. 1206/2001 relativo alla cooperazione nell'assunzione di prove in materia civile e commerciale. A questi si aggiungono negli anni successivi altri regolamenti

ro che gli atti già perfezionati ed entrati in vigore rappresentano, per la massima parte, il risultato della trasformazione in atti comunitari, in particolare regolamenti, di convenzioni già in vigore tra gli Stati membri, o comunque in precedenza da essi stipulate⁵, od in altri casi il frutto di studi e negoziati in corso da tempo⁶. Ma accanto a tale serie di atti, va registrata egualmente la presentazione di iniziative comunitarie intese ad investire settori del diritto internazionale privato sinora del tutto estranei alla disciplina europea, come quelli delle successioni e dei testamenti, del matrimonio e del divorzio, dei rapporti patrimoniali tra coniugi⁷. Si tratta qui di lavori ancora ad uno stadio relativamente iniziale, a proposito dei quali si sono già manifestati contrasti e difficoltà⁸: ma che, per il solo fatto di essere stati avviati, dimostrano chiaramente l'intenzione di andare al di là delle materie già disciplinate a livello comunitario, per investire settori sinora estranei alla normativa materiale europea⁹.

Le considerazioni che verranno svolte qui di seguito intendono chiarire alcuni aspetti che vanno tenuti presenti al fine di una corretta valutazione degli indirizzi ricordati.

dedicati alla materia processuale (titolo esecutivo europeo, procedura europea di ingiunzione, procedimento europeo per le controversie di modesta entità). Per quanto riguarda il diritto internazionale privato in senso stretto, vanno menzionati il reg. n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II) e finalmente il reg. n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), che rappresenta la trasformazione in atto comunitario della Convenzione di Roma del 19.6.1980.

⁵ Si pensi alle convenzioni di Bruxelles del 1968 e di Roma del 1980, od a quelle stipulate dagli Stati membri, ma non entrate in vigore, in materia di procedure di insolvenza, di notificazioni, di competenza giurisdizionale ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale.

⁶ Per es., in materia di legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, ora oggetto del reg. n. 864/2007: sulle relative vicende si veda K. KREUZER *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato in materia di obbligazioni extracontrattuali* in P. PICONE (a cura di) *supra* nt. 1, 421 et seq.

⁷ Si pensi al Libro verde su «Successioni e testamenti», COM(2005) 65 def. dell'1.3.2005 (c.d. Roma IV); ed alla proposta di regolamento del 2006 di modifica del reg. n. 2201/2003, che introduce norme sulla legge applicabile in materia matrimoniale (c.d. Roma III), sul quale cfr. *infra* nt. 8. Alla legge applicabile, alla competenza giurisdizionale ed al riconoscimento reciproco delle decisioni in materia di regime patrimoniale tra coniugi è dedicato il Libro verde pubblicato come doc. COM(2006) 400 def. del 17.7.2006, mentre esiste una proposta di regolamento del 15.12.2005 in materia di obbligazioni alimentari.

⁸ Ciò vale in particolare per quanto attiene alla proposta di modifica del reg. n. 2201/2003 ed alla questione della legge applicabile al divorzio. Sul tema si vedano S. BARIATTI, C. RICCI (a cura di) *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III* 2007; B. NASCIMBENE *L'evoluzione della disciplina del divorzio nel diritto internazionale privato e comunitario* CS XXIII 2007, 733 et seq.; ID. *La proposta di modifica del regolamento n. 2201/2003 nel quadro della libera circolazione delle persone* in S.M. CARBONE, I. QUEIROLO (a cura di) *Diritto di famiglia e Unione europea* 2008, 207 et seq.

⁹ La tendenza delle iniziative comunitarie ad investire in modo sempre meno indiretto il settore del diritto di famiglia, nonostante il difetto di una competenza materiale attribuita alla Comunità in materia, è del resto generalmente rilevata, non di rado con approvazione. Cfr. S. BARIATTI *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario* 2007; e da ultimo il volume *Diritto di famiglia e Unione europea*, *supra* nt. 8.

2. Caratteri della competenza di cui agli artt. 61 e 65 Trattato CE

La competenza attribuita dall'art. 61, nuovo testo, del Trattato CE alla Comunità in materia di diritto internazionale privato è definita dall'art. 65 facendo riferimento ad alcuni parametri che si rivelano nell'insieme scarsamente incisivi. Si parla di misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile «che presenti implicazioni transfrontaliere»; e si aggiunge che tali misure dovranno essere adottate «per quanto necessario al corretto funzionamento del mercato interno». Ora, è chiaro che le «implicazioni transfrontaliere» sono presenti, quasi per definizione, ove si tratti di rapporti attinenti alla cooperazione giudiziaria tra Stati membri; mentre la «necessità» ai fini del corretto funzionamento del mercato interno non può che essere intesa in senso estensivo¹⁰, sino a ricomprendere gli aspetti della cooperazione giudiziaria capaci di avere rilevanza anche soltanto indiretta rispetto al funzionamento del mercato comune, a sua volta da intendersi come spazio unitario svincolato da connotati esclusivamente economici¹¹.

Se gli elementi testuali presenti nell'art. 65 non sembrano legittimare una definizione della competenza in termini restrittivi, essa va però inquadrata in generale nei suoi rapporti con le competenze degli Stati membri, da un lato, e definita con precisione nei suoi contenuti, dall'altro.

Sotto il primo profilo, non vi è dubbio che si tratti di competenza, non già esclusiva, ma concorrente con quella che spetta ai singoli Stati membri. Di ciò non si dubita, ed è sufficiente, per convincersene, constatare che la stessa formulazione testuale dell'art. 65 lett. *b*, attribuendo alla Comunità la competenza a «promuovere la compatibilità» delle norme di diritto internazionale privato degli Stati membri evidentemente presuppone il permanente carattere statale di queste, così come del resto fa ancor più chiaramente l'art. 293 Trattato CE, non abrogato, com'è noto, dal Trattato di Amsterdam.

Ne consegue che alla competenza comunitaria in materia internazionalprivatistica si applicano i ben noti principi di sussidiarietà e proporzionalità, come stabiliti dalle norme di cui all'art. 5 n. 2 e n. 3 del Trattato CE, che comportano in ciascun caso di intervento comunitario un attento vaglio della preferibilità di un tale intervento rispetto alla realizzazione degli obiettivi da parte degli Stati membri e della necessità del medesimo per il raggiungimento di quegli obiettivi.

Sotto il secondo profilo, poi, non può essere ignorata la formulazione letterale della norma introdotta dal nuovo art. 65 lett. *b*. Tale norma prevede, come già ricordato, un'azione comunitaria per «promuovere la compatibilità» delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di competenza giurisdizionale:

¹⁰ Cfr. F. POCAR *supra* nt. 1; e S. BARIATTI *Le competenze comunitarie*, *supra* nt. 1, 38 et seq.

¹¹ Si veda L.S. ROSSI *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla «comunitarizzazione» alla «costituzionalizzazione»* RDIPP 2004, 63 et seq. Le considerazioni dell'Autrice riguardano soprattutto la prospettiva del Trattato costituzionale del 2004, ma appaiono condivisibili anche dopo la mancata entrata in vigore di quel Trattato.

regole che, dunque, sono di origine statale (o internazionale), e destinate a rimanere tali, salvo quanto risulti dall'azione intesa a promuoverne la compatibilità¹².

L'azione comunitaria, inoltre, è chiaramente configurata dal Trattato come funzionale al perfezionamento della cooperazione giudiziaria in materia civile, e dunque alla progressiva instaurazione dello «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» prevista dall'art. 61 Trattato CE. Questo punto merita una riflessione ulteriore.

3. *La creazione dello spazio giudiziario europeo*

Sin da epoca ben anteriore al Trattato di Amsterdam l'attenzione degli Stati membri della Comunità, sollecitata da iniziative basate sull'(ex) art. 220 del Trattato, si era rivolta all'opportunità di accompagnare alle azioni intese alla realizzazione del mercato comune altre misure idonee a far sì che la pluralità dei sistemi giurisdizionali esistenti nell'ambito territoriale della Comunità non rappresentasse un eccessivo intralcio alla tutela dei diritti spettanti ai cittadini comunitari. Ne era nata, com'è ben noto, la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, stipulata tra i sei Stati membri originari della Comunità, ma poi estesa nel tempo attraverso le convenzioni di adesione ai nuovi Stati ad essa partecipanti. Partendo dall'intento di semplificare le formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie, come previsto sin dall'origine dall'(ex) art. 220, la Convenzione di Bruxelles perveniva alla creazione di uno spazio tendenzialmente unificato dal punto di vista giurisdizionale; e ciò attraverso la posizione di criteri di competenza giurisdizionale uniformi, spesso idonei a individuare il singolo giudice competente all'interno dei sistemi giurisdizionali degli Stati membri, la previsione della rilevanza della litispendenza nei rapporti fra le giurisdizioni di questi sul fondamento del principio della prevenzione della lite, e la disciplina uniforme del regime di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni¹³.

In questo modo, accanto allo spazio unitario rappresentato dal mercato unico, veniva a profilarsi l'idea di uno spazio giurisdizionale uniforme, dotato di un proprio carattere autonomo specificamente inteso a valorizzare le posizioni giuridiche soggettive dei cittadini comunitari, in collegamento con la libera circolazione di questi ultimi nell'ambito della Comunità¹⁴.

¹² Non ritengo che l'espressione utilizzata dall'art. 65 lett. b si presti comunque ad essere interpretata nel senso di indicare un livello di intervento meno elevato rispetto a quello implicito nell'idea di una generica «armonizzazione».

¹³ Nello stesso preambolo della Convenzione di Bruxelles le Parti contraenti si dichiarano «sollecite di potenziare nella Comunità la tutela delle persone residenti nel suo territorio»; dal canto suo la Corte di giustizia ha sempre sottolineato che attraverso la Convenzione si è inteso porre i rapporti tra i giudici negli Stati comunitari sullo stesso piano di quelli tra i giudici appartenenti ad un solo ordinamento statale (si veda per es. la sent. 8.12.1987 causa 144/86, *Gubisch c Palumbo*, Raccolta 4861, spec. 4876).

¹⁴ Sui caratteri generali dello spazio giudiziario europeo si vedano per tutti, in Italia, S.M. CAR-

L'idea di cui si tratta ha trovato progressivamente conferma e si è consolidata, prima attraverso l'intensa opera giurisprudenziale svolta dalla Corte di giustizia, e poi con l'inserimento del complesso normativo della Convenzione nel *corpus* del diritto comunitario vero e proprio, attuato con il Regolamento n. 44/2001. E ciò in una linea di assoluta continuità: nella quale l'obiettivo di fondo è rappresentato dalla piena attuazione del principio del riconoscimento reciproco di atti e decisioni in materia civile e commerciale, mentre la compatibilità e la convergenza degli ordinamenti giuridici degli Stati membri sono considerate come strumenti o «misure di accompagnamento»¹⁵ utili per facilitare l'attuazione del principio suddetto¹⁶.

Questa prospettiva è fatta propria da tutti i programmi e piani d'azione adottati dalle istituzioni comunitarie dopo il Trattato di Amsterdam, a partire dal Piano d'azione di Vienna del 1998¹⁷ e dalle conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Tampere del 1999, per proseguire con il Progetto di programma di misure relative all'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni e con il Programma dell'Aja del 2005 sul rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea¹⁸.

Se ne desume la conseguenza che gli interventi comunitari in materia di diritto internazionale privato in senso ampio sono tutti funzionali alla piena attuazione del principio del riconoscimento reciproco; che questo principio viene inteso nel senso che le decisioni in materia civile e commerciale dovrebbero essere automaticamente riconosciute in tutta l'Unione senza che siano necessarie procedure intermedie o che sussistano motivi per rifiutarne l'esecuzione, in armonia con l'idea che in uno spazio autentico di libertà e giustizia i cittadini devono poter rivolgersi ai giudici di qualsiasi Stato membro con la stessa facilità che nel loro; che pertanto, per ciò che riguarda le norme di diritto internazionale privato in senso stretto (norme di conflitto), la loro armonizzazione è considerata come misura capace di contribuire a facilitare il reciproco riconoscimento delle decisioni, in quanto intesa a condurre al risultato della tendenziale equivalenza del ricorso ad uno od all'altro dei vari giudici operanti nel territorio della Comunità europea. E tale equi-

BONE *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*⁵ 2006; e F. SALERNO *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*³ 2006.

¹⁵ Così vengono qualificati gli interventi da attuare nel settore del diritto internazionale privato dal Progetto di programma di misure relative all'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale (Parte II, I livelli del riconoscimento reciproco), GUCE C 12 del 15.1.2001.

¹⁶ È interessante rilevare che già nei lavori relativi all'elaborazione della Convenzione di Roma del 1980 l'armonizzazione delle norme di conflitto in materia di obbligazioni contrattuali venne considerata dai rappresentanti degli Stati membri come «il naturale prolungamento della Convenzione di Bruxelles 1968», come indica lo stesso preambolo della Convenzione (cfr. M. GIULIANO, P. LAGARDE *Relazione sulla convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, GUCE C 282 del 31.10.1980).

¹⁷ GUCE C 19 del 23.1.1999.

¹⁸ GUUE C 53 del 3.3.2005.

valenza è vista come fattore che contribuisce alla completa equiparazione degli effetti delle decisioni emanate nello spazio giudiziario europeo¹⁹.

4. Spazio giudiziario europeo e pluralità degli ordinamenti giuridici

Le considerazioni svolte sin qui evidenziano il ruolo centrale che assume, nella costruzione comunitaria, l'idea del territorio (fittiziamente) unificato che sostanzia la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri in materia civile. Esse indicano, al tempo stesso, il carattere funzionale che è proprio, rispetto a quell'idea, della prevista armonizzazione delle norme di conflitto di leggi e di competenza giurisdizionale.

Proprio questi stessi elementi, d'altronde, dimostrano che, nel quadro disegnato dal Trattato CE, lo spazio unitario della cooperazione giudiziaria ricomprende, e presuppone, la pluralità degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, ciascuno con il proprio sistema di diritto internazionale privato a sua volta strettamente influenzato nelle sue caratteristiche del modo di essere del diritto sostanziale dell'ordinamento cui appartiene. Nulla, nell'attuale realtà giuridica comunitaria, consente di ritenere che l'ordinamento della Comunità sia destinato ad annullare tale pluralità, riducendo i sistemi giuridici degli Stati membri a porzioni sottordinate di un'entità superiore e trasformando le norme di conflitto proprie di ciascuno di tali sistemi in norme comunitarie intese a ripartire la competenza legislativa spettante agli Stati membri²⁰.

La pluralità dei sistemi di norme di conflitto di leggi e di competenza giurisdizionale, assunta dall'ordinamento comunitario come un dato caratterizzante lo stesso spazio giudiziario europeo, e non destinata a scomparire, impedisce di configurare un vero sistema di diritto internazionale privato comunitario che possa propriamente definirsi tale.

I presupposti essenziali della configurabilità di un sistema del genere mancano infatti del tutto. Nei rapporti fra Comunità e Stati non comunitari, occorrerebbe che l'ordinamento della prima esprimesse l'esigenza di propri meccanismi di coordinamento con gli ordinamenti di questi ultimi: ciò che non può accadere, in vista del fatto che il diritto comunitario non è il diritto di un ente a competenza generale che eserciti una complessiva attività di governo su comunità umane²¹. Nei

¹⁹ Non va d'altronde dimenticato che già nel sistema di riconoscimento ed esecuzione stabilito dal reg. n. 44/2001 è stato eliminato qualsiasi controllo per quanto riguarda il diritto applicato al merito della controversia dal giudice che ha pronunciato la decisione oggetto di riconoscimento ed esecuzione, ancora limitatamente ammesso dall'art. 27.4 della Convenzione di Bruxelles.

²⁰ Un riflesso sul piano normativo del dato di carattere strutturale di cui nel testo si può trovare nell'art. 6.3 del Trattato sull'Unione europea, secondo il quale «L'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri». In senso analogo cfr. R.M. MOURA RAMOS *Un diritto internazionale privato della Comunità europea: origine, sviluppo, alcuni principi fondamentali* in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti* II 1999, 273 et seq., a 283.

²¹ Diversa questione, che non viene qui affrontata, è naturalmente quella che riguarda la competenza esterna della Comunità in materia di diritto internazionale privato, da esaminare non tanto in via generale ed astratta, quanto con riferimento a ciascuna specifica ipotesi di intervento comunitario nella materia.

rapporti intracomunitari, la sostituzione di un sistema unitario di diritto internazionale privato della Comunità a tutti quelli degli Stati membri è impedita dallo stesso ordine di ragioni: non avendo la Comunità una competenza estesa all'insieme della vita sociale delle comunità nazionali – e sino a che, in ipotesi, una tale competenza non venga acquisita –, non è possibile ipotizzare la creazione ad opera del legislatore comunitario di un insieme di norme destinate a ripartire la competenza legislativa tra i vari Stati membri, trasformando in tal senso il carattere delle norme nazionali di conflitto.

Le norme introdotte nel Trattato CE con l'art. 65 si mostrano, con la loro prudente formulazione, ben consapevoli dei limiti che l'attuale assetto dei rapporti fra diritto della Comunità e ordinamenti degli Stati membri impone per ciò che riguarda il diritto internazionale privato²². Ed è alla luce di tali limitazioni che deve essere valutata l'incidenza complessiva del diritto comunitario, primario e derivato, sul diritto internazionale privato degli Stati membri.

5. *Diritto comunitario e strumenti internazionalprivatistici*

Escludere che si possa propriamente configurare l'esistenza di un vero e proprio diritto internazionale privato comunitario non significa peraltro negare che il diritto comunitario utilizzi, a diversi fini, meccanismi di tipo internazionalprivatistico. Né che esso possa esercitare una propria incidenza, anche profonda, sul modo di essere e di operare del diritto internazionale privato degli Stati membri, sotto profili diversi. L'incidenza può manifestarsi, ad esempio, come conseguenza necessaria della tutela delle libertà fondamentali garantite dal Trattato CE, o – più direttamente – a seguito della creazione di norme specifiche di conflitto destinate a modificare, armonizzandoli, i sistemi internazionalprivatistici nazionali, nell'esercizio della competenza di cui agli artt. 61 e 65 del Trattato²³.

Le diverse ipotesi individuabili vanno però tenute distinte tra loro, ed esaminate nelle rispettive caratteristiche²⁴, evitando di accomunarle in una categoria generale rappresentata da un presunto «diritto internazionale privato comunitario». Un tentativo di questo genere, lungi dal contribuire all'identificazione ed allo sviluppo di un ben definito settore dell'ordinamento comunitario, avrebbe il solo risulta-

²² Rispetto a quanto qui rilevato, nulla è innovato dal Trattato di Lisbona del 13.12.2007. in base al quale il Trattato CE dovrebbe assumere la denominazione del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Il nuovo art. 65 (destinato a divenire l'art. 81 nella versione consolidata) contiene anzi l'affermazione di principio che la cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali, ed in essa rientra la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di legge e di giurisdizione.

²³ O già in precedenza sulla base degli artt. 100 e 100A Trattato CE (ora 94 e 95).

²⁴ Al riguardo si veda la lucida analisi di M.V. BENEDETTELLI *Connecting factors, principles of coordination between conflict systems, criteria of applicability: three different notions for a "European Community Private International Law"* DUE 2005, 421 et seq.

to di confondere le caratteristiche specifiche dei vari fenomeni evidenziati dall'esperienza comunitaria, nascondendone il reale significato.

È opportuno ricordare brevemente le principali categorie di ipotesi riscontrabili. Anzitutto, va rilevato che, com'è ovvio, a proposito delle norme appartenenti all'ordinamento comunitario può sempre porsi il problema relativo alla loro sfera di applicabilità: e dove questa venga determinata, espressamente o implicitamente, attraverso elementi relativi ai rapporti considerati, il meccanismo presenta una fisionomia analoga a quella propria degli strumenti internazionalprivatistici, ai quali appartiene la specifica funzione consistente nel determinare la sfera di applicabilità delle norme nello spazio. Sulla base dei ben noti principi relativi al rapporto fra diritto comunitario e diritto interno, le situazioni del tipo considerato sono idonee a reagire sul normale funzionamento delle regole nazionali di conflitto, precludendo i risultati ai quali queste ultime dovrebbero normalmente condurre.

Si pensi, per esempio, al caso delle c.d. «clausole mercato interno», spesso inserite dal legislatore comunitario in direttive in materia di contratti dei consumatori. Con clausole del genere, gli Stati membri vengono impegnati a garantire in sede di attuazione interna della direttiva che la protezione assicurata al consumatore non venga vanificata attraverso l'applicazione di una legge meno favorevole di uno Stato non membro. Ed a ciò si accompagna l'indicazione di un criterio di applicabilità che determina l'ambito proprio dell'obbligo, e che può consistere nel più stretto collegamento del contratto con il territorio comunitario, nella localizzazione in quest'ultimo del bene immobile, o in altro ancora²⁵.

In altri casi, il criterio di applicazione non è espressamente indicato dalla norma comunitaria, e deve essere individuato in via di interpretazione, come è avvenuto ad esempio a proposito di una direttiva relativa agli agenti di commercio. La soluzione affermata dalla Corte di giustizia è quella di negare che l'applicazione di certe norme protettive possa essere esclusa attraverso il ricorso ad una legge di uno Stato non membro, portando così in sostanza a considerare tali norme come di applicazione necessaria sul piano del diritto internazionale privato²⁶.

Altre ipotesi di possibile interferenza tra norme o principi dell'ordinamento comunitario e regole nazionali di conflitto sono state individuate in relazione alle libertà fondamentali garantite dal Trattato CE, in particolare la libertà di stabilimento, e ad altri principi fondamentali del Trattato.

Sotto il primo profilo, vengono in considerazione le notissime, e controverse, decisioni della Corte di giustizia nei casi *Centros*²⁷, *Überseering*²⁸ e *Inspire*

²⁵ Basti qui ricordare, fra le tante, le direttive in materia di contratti dei consumatori (fra le quali principalmente: 93/13/CEE del 5.4.1993; 97/7/CE del 20.5.1997; 1999/44/CE del 25.5.1999) o in materia di diritto di godimento ripartito di beni immobili (c.d. multiproprietà: 94/47/CE del 26.10.1994). Per l'attuazione in Italia cfr. ora gli artt. 36.5 e 80 CCons (d.lgs. 6.9.2005 n. 206).

²⁶ Sent. 9.11.2000 causa C-381/98, *Iugular c Eaton Leonard Technologies*, Raccolta I-9305.

²⁷ Sent. 9.3.1999 causa C-212/97, *Centros Ltd c Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, *ibidem* I-1459.

²⁸ Sent. 5.11.2002 causa C-208/00, *Überseering BV c Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, *ibidem* I-9919.

Art ²⁹, in materia di società. Qui, le esigenze della piena realizzazione del diritto di stabilimento, quale tutelato dagli artt. 43 e 48 del Trattato CE, impongono agli Stati membri di non opporre al riconoscimento ed all'attività di società costituite in conformità della legge di altri Stati comunitari eventuali norme restrittive del proprio ordinamento, salvi i limiti di cui all'art. 46 del Trattato. E pertanto, come risulta dalle decisioni menzionate, l'esercizio del diritto di stabilimento può venire in conflitto con il risultato cui conduce, nello Stato dello stabilimento secondario, l'applicazione delle norme di conflitto che utilizzino, in materia di società, il criterio di collegamento della sede reale o del luogo di svolgimento dell'attività principale. Senza spingersi sino ad ipotizzare una vera e propria incompatibilità con il diritto comunitario della regola nazionale che utilizzi un criterio di collegamento diverso da quello del luogo di costituzione, come da più parti si è fatto, non vi è dubbio che come i casi ricordati dimostrano, le conseguenze «correttive» imposte dal diritto della Comunità al risultato del normale funzionamento della norma di diritto internazionale privato sono di notevole rilievo ³⁰.

Sotto il secondo profilo ricordato, il ben noto caso *Garcia Avello* ha offerto alla Corte l'occasione per enunciare il principio che il divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità, di cui all'art. 12 del Trattato CE, impedisce agli Stati membri di negare, sulla base del proprio diritto internazionale privato, il riconoscimento delle conseguenze cui conduce in materia di cognome l'applicazione ad un soggetto avente la cittadinanza di due Stati comunitari della legge di uno di questi ³¹.

6. *Il c.d. principio dello Stato di origine e gli obiettivi materiali del diritto comunitario*

Non può invece essere considerato di per sé solo idoneo a spiegare effetti sul funzionamento delle regole nazionali di conflitto un altro principio, frequentemente richiamato a questo proposito: il principio della c.d. competenza dello Stato di origine. Si tratta, com'è ben noto, di un principio enunciato dalla Corte a proposito della libera circolazione delle merci, poi esteso ad altri settori particolari da alcune normative di diritto derivato, che a più riprese si è tentato di ricostruire facendone la base per una disciplina generale dei rapporti fra gli ordinamenti degli Stati membri per quanto riguarda l'ambito di competenza del diritto comunitario ³². Questi tenta-

²⁹ Sent. 30.9.2003 causa C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c Inspire Art. Ltd.*, *ibidem* 1-10155.

³⁰ Per la ricostruzione della portata della giurisprudenza ricordata e le varie tesi affacciate al riguardo si veda per tutti M.V. BENEDETTELLI *Diritto internazionale privato delle società e ordinamento comunitario* in P. PICONE (a cura di) *supra* nt. 1, 205 et seq.

³¹ Sent. 2.10.2003 causa C-148/02, *Garcia Avello c Belgio*, Raccolta 1-11613.

³² Per un panorama delle opinioni espresse al riguardo in dottrina si vedano M. FALLON, J. MEEUSEN *Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition* YBPrIL 2002, 37 et seq.

tivi sono però sostanzialmente falliti, e le opinioni dottrinali a loro sostegno non appaiono fondate³³. In particolare, è stato dimostrato in modo convincente che il principio di cui si tratta, una volta collocato in una prospettiva conflittuale, non è capace di contribuire efficacemente al raggiungimento delle finalità proprie del sistema comunitario, ed in specie del buon funzionamento del mercato interno³⁴. Deve dunque tenersi ferma la conclusione che il principio dello Stato di origine, di per sé solo, riguarda il livello esclusivamente comunitario delle relazioni fra gli ordinamenti degli Stati membri interessati dall'esercizio delle libertà fondamentali, ma non è capace di incidere sul funzionamento delle regole concernenti la determinazione del diritto applicabile ai rapporti privatistici che governano tale esercizio ed a quelli che ne sono la conseguenza. Il tentativo di fare del criterio dello Stato di origine un principio base del sistema delle norme di conflitto rappresenta il risultato di una confusione di fondo tra il ruolo dei principi propri del sistema comunitario e la funzione delle norme di diritto internazionale privato. Queste ultime, anche dopo la c.d. comunitarizzazione, non hanno perduto la loro essenziale funzione di strumenti di coordinamento fra gli ordinamenti nazionali per quanto riguarda le relazioni privatistiche. Esse non possono venire intese ed utilizzate quali strumenti per la realizzazione degli obiettivi propri del diritto comunitario, che devono essere offerti da meccanismi propri di quest'ultimo e sono comunque idonei ad assicurare, nei modi e con gli effetti che si sono esaminati, che il funzionamento delle regole di conflitto nazionali non impedisca il raggiungimento di quegli obiettivi.

Il perseguimento di obiettivi materiali propri dell'ordinamento comunitario può essere affidato alla funzione delle norme di diritto internazionale privato, non in via generale, ma solo nei casi particolari in cui la disciplina comunitaria di una specifica materia debba accompagnarsi ad apposite regole di conflitto, come ad esempio a proposito dei contratti di assicurazione³⁵. Al di fuori di queste ipotesi, l'adozione di norme di conflitto uniformi a livello comunitario attraverso atti di diritto derivato, in base all'art. 65 del Trattato CE, pur facendone dal punto di vista formale regole di diritto comunitario, non ne trasforma la funzione, piegandola al perseguimento degli obiettivi materiali propri della Comunità. Le norme così armonizzate, come quelle contenute nei recenti regolamenti Roma I e Roma II – come già in precedenza quelle della Convenzione di Roma del 1980 – continuano ad essere funzionali alla realizzazione dello spazio giudiziario europeo e della cooperazione giudiziaria tra gli Stati comunitari, ciascuno dotato di un proprio ordinamento da coordinare con tutti gli altri.

Nulla esclude, naturalmente, che le norme di conflitto adottate dalle istituzioni

³³ In questo senso S. BARIATTI *Prime considerazioni supra* nt. 1, 687 et seq. In senso diverso F. MUNARI *supra* nt. 1, 927 et seq.

³⁴ In questo senso A. MALATESTA *Principio dello Stato di origine e norme di conflitto alla luce della direttiva sui servizi nel mercato interno* in F. BESTAGNO, L. RADICATI DI BROZOLO (a cura di) *Il mercato unico dei servizi* 2007, 165 et seq.

³⁵ Una raccolta dei testi rilevanti si può trovare in S. BARIATTI *Casi e materiali, supra* nt. 1, 397 et seq.

comunitarie possano tendere di volta in volta alla realizzazione di determinati obiettivi di carattere materiale, secondo una specifica modalità di coordinamento tra ordinamenti giuridici³⁶. Ciò che va escluso è che, per il solo fatto di divenire formalmente parte del sistema comunitario, esse siano trasformate, da meccanismi di coordinamento fra sistemi giuridici nazionali, a strumenti intesi alla realizzazione degli obiettivi materiali perseguiti in via generale dal Trattato CE, e dalle altre norme comunitarie.

7. Conclusione

In conclusione. Non appare appropriato configurare l'esistenza di un vero e proprio sistema di diritto internazionale privato comunitario, anche soltanto *in fieri*, destinato a sostituirsi a quelli propri degli Stati membri. L'azione comunitaria in materia di norme di conflitto è funzionale alla completa realizzazione dello spazio giudiziario europeo e non costituisce una vera e propria «politica» del diritto internazionale privato dotata di propria autonomia. Le norme di conflitto di leggi e di competenza giurisdizionale sono presupposte, anche dopo il Trattato di Amsterdam, come norme di carattere nazionale, chiamate a svolgere la funzione di coordinare ciascun sistema giuridico statale con tutti gli altri. Rispetto ad esse, la competenza comunitaria riguarda la mera armonizzazione; e non può spingersi sino a tracciare i confini della competenza legislativa dei singoli Stati membri, facendo dei loro ordinamenti altrettanti sistemi subordinati rispetto a quello comunitario.

L'armonizzazione può naturalmente tradursi nell'adozione di norme di conflitto uniformi come è già avvenuto in vasti ed importanti settori (obbligazioni contrattuali e non contrattuali), a condizione che ciò risulti necessario alla luce dei principi di sussidiarietà e proporzionalità³⁷. Al di fuori dell'adozione di norme uniformi, vari principi e norme propri dell'ordinamento comunitario sono suscettibili di incidere in misura notevole, in base ai normali principi relativi ai rapporti fra diritto comunitario e diritto interno, sui risultati ai quali l'applicazione delle regole nazionali di diritto internazionale privato può condurre. Erronea sarebbe, però, la pretesa di comporre tutti i diversi fenomeni ed aspetti evidenziati dalla realtà entro un quadro unitario e coerente, che possa qualificarsi come sistema di diritto internazionale privato comunitario a sé stante, contrapposto – o sovrapposto – a quelli appartenenti ai vari Stati membri.

³⁶ Sul punto v. P. PICONE *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti* in P. PICONE (a cura di) *supra* nt. 1, 485 et seq., a 507 et seq.

³⁷ Il che dovrebbe peraltro venire motivato di volta in volta in modo adeguato, evitando le affermazioni puramente di stile che si leggono nei considerando degli atti sinora adottati.



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

Studi di diritto internazionale ed europeo

25/II

RICCARDO LUZZATTO

IL DIRITTO INTERNAZIONALE
NELLA REALTÀ DEI FENOMENI GIURIDICI
SCRITTI SCELTI A CURA DEGLI ALLIEVI

Tomo II



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2023 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-0132-4 (*Due Tomi indivisibili*)

ISBN/EAN 979-12-211-7970-5 (ebook - pdf)

La pubblicazione della presente opera è stata resa possibile dai fondi del modulo Jean Monnet 101085666l ENGAGE EU e dal finanziamento del Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano.

Composizione: Voxel Informatica s.a.s. - Chieri (TO)

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

3. Diritto processuale civile internazionale

In tema di inderogabilità ed esclusività della giurisdizione italiana *

SOMMARIO: 1. Premessa. Ragioni e limiti dell'indagine. – 2. Posizione della giurisprudenza e della dottrina. – 3. Accettazione della giurisdizione straniera e deroga della giurisdizione italiana. Interpretazione del pensiero della Cassazione al riguardo. – 4. Segue. – 5. L'art. 2 cod. proc. civ. come principio sulla competenza giurisdizionale del giudice italiano e sulla competenza internazionale del giudice straniero. – 6. L'art. 2 cod. proc. civ. come norma speciale e negativa di competenza giurisdizionale. Funzione della volontà delle parti. – 7. Segue. – 8. L'art. 2 e l'utilizzazione dei procedimenti stranieri. – 9. Il concetto di giurisdizione esclusiva e le concezioni «universalistiche» della giurisdizione. – 10. Competenza giurisdizionale e competenza legislativa. – 11. Giurisdizione esclusiva e convenzioni internazionali. La convenzione italo-svizzera sull'esecuzione delle sentenze del 3 gennaio 1933. – 12. Osservazioni conclusive.

1. *Premessa. Ragioni e limiti dell'indagine*

Una recente sentenza della Corte di cassazione a Sezioni Unite¹ ripropone all'attenzione della dottrina il problema dei rapporti e delle reciproche interferenze tra le norme che nell'ordinamento italiano disciplinano il riconoscimento delle sentenze straniere, in quanto rinviano (art. 797 n. 1 cod. proc. civ.), per la determinazione della competenza internazionale del giudice straniero, ai «principi sulla competenza giurisdizionale vigenti nell'ordinamento italiano», e le norme sulla competenza giurisdizionale, tra cui l'art. 2 cod. proc. civ., nel quale si trova sancito il principio dell'inderogabilità convenzionale della giurisdizione italiana.

Nel caso deciso dalla Cassazione si trattava in particolare di stabilire se l'accettazione di una giurisdizione straniera fosse idonea a costituire criterio di competenza internazionale in base all'art. 797 n. 1 in relazione al 4 n. 1 cod. proc. civ., anche al di fuori dei casi in cui l'art. 2 ammette la possibilità di deroga alla giurisdizione. Si tratta di un problema in verità non nuovo, essendo stato più volte

* Pubblicato in *Rivista di diritto internazionale*, 1962, pp. 527-569.

¹ Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, 21 ottobre 1961, n. 2310, in questa *Rivista*, 1962, retro, p. 283, con nota di SAULLE, *L'art. 2 cod. proc. civ. e la pretesa esclusività della giurisdizione italiana*.

affrontato in dottrina ed in giurisprudenza, con soluzioni divergenti². Ma la sen-

² Sostengono la tesi che l'accettazione di una giurisdizione straniera non è idonea a costituire criterio di competenza internazionale del giudice straniero, quando ciò porterebbe ad una deroga della giurisdizione italiana fuori dei casi consentiti dall'art. 2 cod. proc. civ., in dottrina: SCAGLIONI, *Osservazioni sul giudizio di delibazione secondo il nuovo Codice di procedura civile*, in *Diritto internazionale*, 1940, p. 96 ss.; MONACO, *L'efficacia delle sentenze straniere secondo il nuovo codice di procedura civile*, in questa *Rivista*, 1941, pp. 311, 324-326; ID., *Il giudizio di delibazione secondo il nuovo codice di procedura civile*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1942, pp. 93, 94; ID., *Manuale di diritto internazionale pubblico e privato*, Torino, 1949, p. 676; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*¹, vol. III, Napoli, 1942, p. 440; MARRÈ, *Inderogabilità della giurisdizione italiana e giudizio di delibazione*, in *Foro it.*, 1957, IV, 191; SATTA, *Diritto processuale civile*⁵, Padova, 1957, p. 625; CUTRUPA, *Acquiescenza alla giurisdizione straniera del convenuto italiano*, in *Giust. civ.* 1959, I, p. 704 ss.; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Milano, 1959, p. 63; BERRI, *Brevi note sull'inderogabilità convenzionale della giurisdizione italiana*, in *Giur. it.* 1960, I, 1337; in giurisprudenza seguono questo orientamento, nel vigore del codice di procedura civile del 1942, numerose Corti di merito: App. Milano, 25 febbraio 1943, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, II, p. 161; App. Milano, 9 giugno 1943, in *Foro it.*, 1943, I, 853; App. Torino, 8 gennaio 1955, in questa *Rivista*, 1955, p. 592; App. Napoli, 6 aprile 1956, in *Rep. Giust. civ.*, 1956, voce *Competenza civile*, p. 426; App. Roma, 31 gennaio 1959, in *Rep. Foro it.*, 1959, voce *Competenza civile*, n. 54: e la prevalente giurisprudenza della Corte di Cassazione, la cui prima manifestazione, vigente il nuovo codice, è stata la sentenza del 16 marzo 1953, n. 632, in questa *Rivista*, 1953, p. 189, seguita da Cass. S.U. 16 giugno 1955, n. 1889, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 508; Cass. 7 novembre 1956, n. 4178, in *Rep. Foro it.*, 1956, voce *Competenza civ.*, p. 39; Cass. S.U. 22 luglio 1960, n. 2085, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, 1337; Cass. S.U. 22 luglio 1960, n. 2086, in questa *Rivista*, 1960, p. 706; Cass. 18 settembre 1961, n. 2026, in *Foro it.*, 1961, I, 1618; e infine Cass. S.U. 20 giugno 1962, n. 1596, in *Giust. civ.*, 1962, I, 1423. La tesi contraria è seguita dalla maggioranza della dottrina: si vedano principalmente i numerosi articoli e studi di MORELLI, tra i quali: *Competenza del giudice straniero e deroga alla giurisdizione italiana*, in *Foro it.* 1943, I, 852, ora in *Studi di diritto processuale civile internazionale*, Milano, 1961, p. 363 ss.; ID., *Competenza internazionale del giudice cecoslovacco e deroga della giurisdizione italiana*, in questa *Rivista*, 1953, p. 190 ss., ora in *Studi di diritto processuale cit.*, p. 369 ss.; ID., *Diritto processuale civile internazionale*², Padova, 1954, p. 321; CARNELUTTI, *Recessi nella lotta contro la frode processuale*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1943, II, p. 161 ss.; ID., *Deroga c proroga del processo nazionale*, in *Rivista di diritto processuale*, 1956, II, p. 128 ss.; MIELE M., *Il riconoscimento delle sentenze matrimoniali straniere*, Milano, 1949, p. 46 ss.; ID., *L'accettazione della giurisdizione straniera e il divieto di deroga convenzionale della giurisdizione italiana*, in *Giur. it.*, 1954, I, 1, 389; ID., *Giurisdizione straniera (Accettazione della)*, in *Novissimo Digesto italiano*, VII, Torino, 1961, p. 1092 ss.; DURANTE, *La volontà delle parti come criterio di competenza internazionale del giudice straniero*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1953, II, p. 242 ss.; BENTIVOGLIO, *L'art. 2 cod. proc. civ. e la determinazione della competenza internazionale del giudice straniero*, in questa *Rivista*, 1956, p. 217 ss.; VERDE, *Del rapporto tra l'art. 2 e l'art. 4 n. 1 del cod. proc. civ.*, in *Foro it.*, 1956, I, 84; IACCARINO U., *Il c.d. atto di «deroga» alla giurisdizione italiana*, Napoli, 1960, p. 94 ss.; ID., *Accettazione della giurisdizione straniera ad opera del convenuto cittadino italiano e riconoscibilità delle relative sentenze in materia matrimoniale*, in *Foro it.*, 1961, I, 82; ID., in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 1325; SAULLE, *Competenza internazionale del giudice straniero e deroga della giurisdizione italiana*, in questa *Rivista*, 1960, p. 710 ss.; ID., *L'art. 2 cod. proc. civ. e la pretesa esclusività della giurisdizione italiana*, *ivi*, 1962, p. 288 ss.

In giurisprudenza, accolgono questa tesi alcune Corti di merito: App. Roma, 17 febbraio 1948, in *Il diritto ecclesiastico*, 1948, p. 246; App. Torino, 23 febbraio 1954, in questa *Rivista*, 1954, p. 623; App. Genova, 18 ottobre 1955, in *Foro it.*, 1956, I, 84 e in *Riv. dir. processuale*, 1956, II, p. 128; App. Napoli, 23 novembre 1957, in *Temi nap.*, 1958, I, p. 380; App. Milano 27 febbraio 1959,

tenza citata della Cassazione, nel risolverlo in senso negativo, giunge a conclusioni assai più spinte di quelle accolte in precedenti decisioni, negando a tutti i criteri di competenza giurisdizionale di cui all'art 4 cod. proc. civ. l'idoneità a fondare la competenza internazionale del giudice straniero, al di fuori dei casi in cui sarebbe possibile in base all'art. 2 la deroga della giurisdizione italiana: così da infrangere apparentemente qualsiasi continuità di pensiero tra l'attuale ed il precedente orientamento, nonostante il richiamo a quest'ultimo espressamente contenuto nella sentenza. D'altronde la maggioranza della dottrina, in occasione di precedenti pronunzie della stessa Cassazione, non aveva mai mancato di riaffermare la propria posizione contraria, nella quale aveva raggiunto conclusioni di estrema chiarezza, peraltro del tutto trascurate dalla Suprema Corte³. Cosicché queste due constatazioni – il carattere innovatore, almeno secondo le apparenze, della sopra citata decisione della Cassazione, e l'assoluta divergenza di vedute tra la più autorevole dottrina e la giurisprudenza – sembrano sufficienti ad indurre a riesaminare i dati del problema, per vedere se si debba ritenere esatta ed accettabile una soluzione, come quella offerta dalla Cassazione, che toglierebbe all'istituto della delibazione delle sentenze straniere ogni pratica rilevanza, restringendo entro limiti modestissimi la possibilità del riconoscimento in Italia di queste ultime.

Si deve però notare che una recentissima sentenza dello stesso Supremo Collegio⁴ è intervenuta a ristabilire opportunamente alcuni esatti principi in tema di delibazione. E sebbene il problema risolto non si ponesse negli stessi termini in cui si era posto nei casi che avevano dato occasione alle precedenti pronunzie, ed

in *Giust. civ.*, 1959, p. 703 ed in questa *Rivista*, 1960, p. 705; mentre la Corte di Cassazione, sotto l'impero dell'attuale Codice, non ne ha mai fatto applicazione, pur avendola enunciata nella sentenza 6 marzo 1950, n. 563, in *Foro it.*, 1950, I, 388, che però negava la possibilità di delibazione della sentenza straniera per altri motivi: e pur potendosi questa tesi ritenere implicita – si trattava però di controversia in materia obbligatoria – nella sentenza 5 marzo 1953, n. 520 (in questa *Rivista*, 1954, p. 98), che ammette la validità dell'accettazione di una giurisdizione straniera pur non essendovi un atto conforme ai requisiti prescritti dall'art. 2 cod. proc. civ. ma solo un'accettazione tacita.

Quanto alla dottrina ed alla giurisprudenza formatesi nel vigore del codice di procedura civile del 1865, i risultati cui esse pervennero non possono essere oggi utilizzati se non a fini limitati e diversi, data la divergenza dei dati positivi e le notevoli incertezze dogmatiche che per la maggior parte esse rivelano. Ricordiamo ad esempio una delle ultime sentenze che ha fatto, sullo specifico punto, applicazione della legislazione precedente: Cass. 26 aprile 1939, n. 1367 (in *Foro it.*, 1939, I, 700 e *Giur. it.*, 1940, I, 1, 1, con nota di MORELLI, *Competenza giurisdizionale e giudizio di delibazione*), la quale, dopo aver dichiarato che l'accettazione di una giurisdizione straniera costituisce criterio di competenza internazionale del giudice adito, e che tale principio deve ritenersi valido anche in controversie in materia di stato tra cittadini italiani, afferma però che, nella specie, l'accettazione concreta una illegittima proroga della giurisdizione comune alle parti, trattandosi di cittadini italiani entrambi domiciliati in Italia.

³ Si può leggere in particolare la citata nota di MORELLI, *Competenza internazionale del giudice cecoslovacco* cit., la quale, commentando la sentenza 16 marzo 1953 n. 632 della Cassazione, dà, dal punto di vista contrario, una dimostrazione di particolare efficacia.

⁴ Cass. Sez. I. 10 luglio 1962, n. 1820, in questa *Rivista*, 1962, p. 444.

anzi il caso si presentasse tipicamente di specie, essendo applicabile lo speciale complesso di diritto convenzionale vigente nei rapporti tra l'Italia e la Svizzera in forza della convenzione del 3 gennaio 1933⁵, pure le conclusioni raggiunte in questa sentenza, come si mostrerà, sono del tutto incompatibili con quelle delle altre decisioni e ne costituiscono una implicita negazione. Il che lascia sperare che anche quei principi siano suscettibili di completa e sollecita revisione.

2. Posizione della giurisprudenza e della dottrina

L'opinione dominante in giurisprudenza, più volte riaffermata dal Supremo Collegio, è orientata anzitutto nel senso di negare che l'accettazione di una giurisdizione straniera possa costituire criterio di competenza internazionale del giudice straniero, come dovrebbe in base al richiamo all'art. 4 cod. proc. civ. effettuato nell'art. 797, n. 1 (richiamo dal quale la dottrina eccettua unicamente il criterio costituito dalla reciprocità)⁶ in controversie di stato tra cittadini italiani, ed in genere in tutti i casi nei quali la deroga alla giurisdizione italiana è vietata in base all'art. 2 cod. proc. civ. Si può quindi provvisoriamente affermare – salvo maggiori precisazioni – che si istituisce una qualche correlazione, non molto ben definita, tra i due atti di volontà o tra i due aspetti del medesimo atto, ponendo l'accento sul fatto che entrambi consistono di un elemento volontario, e si pone un'equivalenza tra l'esclusione espressa della giurisdizione del giudice italiano e l'esclusione che della stessa indirettamente risulta in seguito all'utilizzazione del procedimento straniero volontariamente accettato ed alla conseguente proposizione dell'istanza di delibazione. Non si può tuttavia affermare che la motivazione di un simile assunto sia molto perspicuamente svolta. Infatti il più delle volte i giudici si limitano ad affermare apoditticamente che, vietando l'art. 2 la deroga della giurisdizione italiana, così non può essere consentito l'accordo di sottoporre la causa ad un giudice straniero, sottraendola alla *patria jurisdictio*, inquantoché l'accettazione si risolve in una deroga, e richiamandosi puramente e semplicemente alla precedente giurisprudenza della Cassazione.

Di fronte a tale posizione la corrente contraria – che ha trovato l'appoggio, oltre che della maggioranza della dottrina, anche della giurisprudenza di alcune Corti di merito⁷ – ha posto da tempo in luce, con accurate e persuasive motivazioni, come il divieto che l'art. 2 pone non riguardi minimamente il problema del

⁵ Il testo della convenzione italo-svizzera del 3 gennaio 1933, resa esecutiva con legge 15 giugno 1933, n. 743, può leggersi nelle *Leggi*, 1933, p. 785 ss., insieme alla relazione ministeriale e a quella dell'ufficio centrale del Senato. Su di essa, oltre alla bibliografia citata *infra* (par. 11), si veda MORELLI, *Diritto processuale*² cit., p. 403 ss.

⁶ Vedi per tutti MORELLI, *Diritto processuale*² cit., p. 322 ss., e ivi ampia bibliografia.

⁷ La giurisprudenza che accoglie questa tesi è sopra elencata alla nota 2. Particolarmente pregevole per l'ampia ed accurata motivazione è la sentenza dell'App. Genova, 18 ottobre 1955, ivi citata, che contiene una decisa critica dell'orientamento seguito dalla Cassazione.

riconoscimento di sentenze straniere, limitandosi ad escludere la rinuncia od esclusione della giurisdizione italiana, che è uno solo dei possibili effetti dell'accordo delle parti – effetto che non è per nulla considerato dall'art. 4 n. 1 in quanto richiamato dall'art. 797 n. 1 cod. proc. civ.⁸ –, mentre per l'art. 3 cod. proc. civ. la giurisdizione italiana non è esclusa dalla pendenza della stessa causa avanti al giudice straniero. Cosicché l'impossibilità di adire il giudice italiano si verifica in un secondo tempo⁹, in base ad un fatto giuridico successivo – domanda di delibazione rispetto a sentenza straniera passata in giudicato – e non semplicemente per l'accordo delle parti, come è per il divieto stabilito dall'art. 2 cod. proc. civ. E si conclude nel senso che la designazione ad opera delle parti di un giudice straniero non è resa inefficace dai limiti alla derogabilità della giurisdizione italiana, traducendosi essa in una delle molte ipotesi di concorrenza tra giurisdizione italiana e straniera, che, per sé stesse, non hanno nulla di eccezionale¹⁰.

Vero è che anche secondo questa dottrina l'art. 2, in quanto principio sulla competenza giurisdizionale, potrebbe essere ritenuto compreso nel richiamo a questi principi effettuato dalle norme sulla competenza internazionale del giudice straniero. Ma allora esso avrebbe per oggetto, non l'inderogabilità della giurisdizione italiana, ma l'inderogabilità della giurisdizione straniera: e funzionerebbe nel senso di escluderla quando, in presenza dei requisiti prescritti, le parti ne avessero pattuita l'esclusione¹¹. Insomma, il fatto in sé che le parti non si fossero valse della giurisdizione italiana sarebbe un semplice fatto, che di per sé non costituirebbe deroga di quest'ultima, non rientrando nel relativo concetto¹².

Tali argomenti, di indubbia efficacia persuasiva, non sono stati però ritenuti sufficienti a risolvere la questione, se la Cassazione, con la sua già citata sentenza a Sezioni Unite, non solo ha potuto ribadire il suo precedente orientamento, affermando che «l'art. 2 salvi i casi tassativamente previsti e già ricordati, sancisce non solo la nullità della rinuncia alla giurisdizione italiana, non potendo questa dipendere dalla volontà delle parti, ma anche la nullità della proroga, ossia dell'attribuzione di competenza, concorrente al giudice straniero, conducendo anch'essa

⁸ Su questo specifico punto vedi IACCARINO, *Accettazione della giurisdizione straniera* cit., col. 84, che cita anche QUADRI, *De la «prorogatio jurisdictionis»*, in *Revue égyptienne de droit international*, 1951, p. 207.

⁹ Cfr. SAULLE, *Competenza internazionale* cit., p. 720; IACCARINO, *Accettazione della giurisdizione* cit., col. 8-5-86, che nota come in questo caso la preclusione del procedimento ordinario italiano è effetto di un altro procedimento italiano, sia pure speciale, cioè del giudizio di delibazione.

¹⁰ Cfr. MORELLI, *Competenza del giudice straniero* cit., in *Studi* cit., pp. 366-367; *Competenza internazionale del giudice cecoslovacco* cit., ivi, p. 372; SAULLE, *Competenza internazionale* cit., pp. 719-720; BENTIVOGLIO, *L'art. 2 cod. proc. civ.* cit., p. 220. In questo senso anche Cass. S.U. 18 settembre 1959, n. 2591, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, col. 1398: «l'accettazione volontaria preventiva consente al cittadino di proporre la sua domanda contro lo straniero davanti al giudice estero, ma non è vincolante e resta irrilevante ai fini di escludere la possibilità di sottoporre la causa al giudice italiano».

¹¹ Su ciò vedi i lavori citati alla nota precedente e MORELLI, *Diritto processuale*² cit., p. 321.

¹² IACCARINO, *Il c.d. atto di «deroga»* cit., p. 94; SAULLE, *L'art. 2 cod. proc. civ.* cit., p. 295.

allo stesso effetto di escludere la giurisdizione italiana, fuori delle ipotesi tassativamente previste; configura quindi, salve le dette eccezioni espressamente consentite, la giurisdizione nazionale come esclusiva, e non ammette pertanto alcun concorso con la giurisdizione straniera»; ma è andata assai più in là, in quanto, ricollegandosi a quest'ultima asserzione, afferma che nessuno dei momenti di collegamento previsti dall'art. 4 cod. proc. civ., qualora in ipotesi sussistente, potrebbe condurre a negare la giurisdizione esclusiva del giudice italiano, per attribuirla a quello straniero¹³.

Ora, come si è accennato, la derivazione logica di queste affermazioni dalle precedenti contenute in altre sentenze sembra puramente apparente, e sembra celare un contenuto in realtà decisamente innovatore, che si porrebbe dunque in netto contrasto con l'esplicito richiamo che la Corte fa alla propria precedente giurisprudenza¹⁴.

Non si può però dire che il pensiero delle precedenti sentenze sia del tutto lineare, potendosi esso prestare a più di una interpretazione. Onde è necessario procedere preliminarmente ad un esame dei significati che a quella prima soluzione è possibile attribuire, ossia delle ragioni e del modo in cui potrebbe astrattamente verificarsi il fenomeno (che la Cassazione in sostanza si limita ad affermare) per cui l'accettazione di una giurisdizione straniera dovrebbe essere vietata fuori dai casi previsti dall'art. 2 cod. proc. civ.

¹³ La non riconoscibilità della sentenza straniera dunque non deriva più, secondo la Cassazione, dal difetto del requisito della competenza internazionale del giudice straniero, ma da una sorta di riserva di giurisdizione, che sussisterebbe a favore del giudice italiano in forza dell'art. 2 cod. proc. civ. per le controversie che non siano specificamente eccettuate da questa norma. Per cui se si volesse ancora parlare di incompetenza o di difetto di giurisdizione del giudice straniero, ciò sarebbe però in senso assai diverso da quello in cui si parla del difetto di competenza internazionale del giudice straniero, inteso come mancanza di quel collegamento tra la giurisdizione straniera e la controversia decisa che, a giudizio dell'ordinamento italiano, fa apparire giustificato, ai fini della dichiarazione di efficacia in Italia della relativa sentenza, l'intervento del giudice straniero. Per questa concezione del requisito della competenza internazionale del giudice straniero, generalmente accolta dalla migliore dottrina, vedi per tutti MORELLI, *La competenza dell'autorità giudiziaria straniera nel giudizio di delibazione*, in *Rivista di diritto privato*, 1934, II, p. 5 ss., ora in *Studi cit.*, p. 327 ss.; *Diritto processuale*² cit., p. 313 ss.: ID., *Circa l'indagine sulla competenza del magistrato straniero nel giudizio di delibazione*, in questa *Rivista*, 1927, p. 1 ss., ora in *Studi cit.*, p. 309 ss.

¹⁴ Si noti però che, come ha osservato lo IACCARINO (*Accettazione della giurisdizione straniera cit.*, col. 83 nota 3), la giurisprudenza, «esclusa l'efficacia, ai fini del requisito della competenza giurisdizionale internazionale del giudice straniero, della manifestazione ex art. 4 n. 1 (in quanto richiamato dall'art. 797 n. 1), non si sia quasi mai preoccupata di ricercare l'eventuale esistenza di un diverso criterio di competenza giurisdizionale internazionale del giudice straniero, ma si sia sempre affrettata a dichiarare la competenza esclusiva dei giudici italiani». Tale dato ha un indubbio valore sintomatico, e mostra come l'attuale tesi della Cassazione fosse già presente ed implicita, forse inconsciamente, nella tesi più limitata precedentemente sostenuta.

3. *Accettazione della giurisdizione straniera e deroga della giurisdizione italiana. Interpretazione del pensiero della Cassazione al riguardo*

La tesi secondo la quale l'accettazione di una giurisdizione straniera non sarebbe idonea a fornire un sufficiente collegamento tra la controversia e la giurisdizione straniera ad opera della quale si è avuta la decisione della stessa, per mancanza, nella sentenza da delibare, del requisito della competenza internazionale del giudice straniero, al di fuori dei casi specificamente previsti ed eccettuati dall'art. 2 cod. prov. civ., non essendo chiaramente motivata né dagli Autori né dalle sentenze che la seguono, potrebbe, come si è detto, essere fondata in via di interpretazione su due distinti ordini di ragioni, che sembrano entrambi presenti nelle pronunce della Suprema Corte, la quale dà maggior risalto ora all'uno, ora all'altro. Potrebbe anzitutto sostenersi che l'accordo (qualificando con questo termine in via provvisoria, per aderire alla terminologia più frequentemente usata in dottrina e in giurisprudenza, il fenomeno che l'art. 2 cod. proc. civ. prende in considerazione attribuendovi determinati effetti), in base al quale le parti hanno adito un giudice straniero costituisca in ogni caso, o almeno quando forma oggetto di apposita pattuizione anteriore al momento dell'instaurazione della lite, anche un «atto di deroga» secondo l'art. 2; e che, trattandosi in sostanza dell'identico fenomeno, esso vada privato di ogni effetto in base a tale norma, e sia di conseguenza inidoneo anche a fondare la competenza internazionale del giudice straniero¹⁵.

Ora, si potrebbe anzitutto notare come una simile configurazione del fenomeno come negazione di efficacia – o di validità – ad un accordo avente determinate caratteristiche, non sarebbe idonea a risolvere nel senso voluto tutti i casi in cui la volontà delle parti diretta ad attribuire competenza al giudice straniero non risulta da un accordo, ma semplicemente dall'esercizio del potere di azione e da una volontà unilaterale del convenuto, o addirittura da una manifestazione non equivoca di quest'ultimo, il quale si limita a non eccepire, come potrebbe, il difetto di giurisdizione del giudice adito.

È ciò che si verifica frequentemente in pratica, cosicché ricercare in tutti i casi un accordo delle parti al fine di sottoporre la controversia al magistrato estero si tradurrebbe in una semplice finzione. Ma, anche da un punto di vista teorico, è innegabile che la configurazione data dal nostro ordinamento, e quale risulta dagli

¹⁵ Ciò equivarrebbe in sostanza a sostenere che la competenza internazionale del giudice straniero deriva, non dall'accettazione pura e semplice del convenuto, ma dalla pattuita esclusività della giurisdizione straniera. Su questo punto, nel vigore del codice abrogato, cfr. per alcuni riferimenti BOSCO, *Questioni in tema di accettazione volontaria di una giurisdizione straniera*, in questa *Rivista*, 1933, p. 255 ss., spec. 259; e SPERDUTI, *Sull'assoggettamento volontario ad una giurisdizione straniera secondo le norme generali dell'ordinamento italiano e secondo la norma di adattamento all'art. 2 n. 2 della Convenzione con la Svizzera sull'esecuzione delle sentenze*, ivi, 1910, p. 251. Per questa interpretazione del pensiero della Cassazione vedi SAULLE, *Competenza del giudice straniero* cit., p. 719; ID., *L'art. 2 cod. proc. civ.* cit., p. 289.

articoli 4 e 37 cod. proc. civ., all'accettazione della giurisdizione da parte del convenuto straniero, comprende non soltanto l'ipotesi di una volontà espressa dal convenuto prima o durante il processo, ma anche quella di mancata eccezione del difetto di giurisdizione, di un comportamento cioè più passivo che attivo. Che in ciò l'ordinamento ravvisi una volontà implicita, risultante cioè da *facta concludentia*, è senz'altro vero; ma da ciò non può dedursi certamente che si sia in ogni caso di fronte ad un accordo, nel senso in cui un fenomeno di questo genere sarebbe preso in considerazione dalla norma sull'inderogabilità della giurisdizione.

A prescindere comunque da ciò, e per limitarci ai casi in cui un accordo delle parti al fine di attribuire competenza ad un giudice straniero fosse effettivamente configurabile, la tesi sopra accennata sarebbe forse sostenibile quando si dimostrasse che l'accettazione, quale è prevista come criterio di competenza internazionale dalla norma di cui all'art. 4 n. 1 in relazione all'art. 797 n. 1 cod. proc. civ., consta di un atteggiamento della volontà delle parti non soltanto nei confronti del processo straniero, come normalmente accade – di un atteggiamento cioè positivo della volontà stessa –, ma anche di un atteggiamento negativo diretto ad escludere il processo nazionale; e che questo duplice atteggiamento, oltre ad essere normalmente voluto dalle parti, è assunto dalla norma di cui l'art. 4 n. 1 cod. proc. civ. come costitutivo del concetto stesso di accettazione, sicché, mancando il secondo aspetto della volontà – vuoi perché inesistente in concreto, in quanto non desumibile dalla manifestazione delle parti, vuoi perché vietato dall'ordinamento giuridico, in quanto non ammesso dall'art. 2 – mancherebbe in realtà il fenomeno qualificato dalla norma come accettazione, e verrebbe meno quindi la competenza internazionale del giudice straniero adito. E ciò dovrebbe in qualche modo risultare dalla stessa norma, che non contiene al contrario alcun indizio che possa far pensare ad una implicazione del genere.

Si noti che non è sufficiente dire che nella manifestazione positiva delle parti è implicita anche la volontà di un effetto negativo: in quanto questa affermazione, a parte la sua scarsa rispondenza alla realtà¹⁶, è priva di significato, sinché non si provi che è la stessa norma giuridica a considerare la fattispecie accettazione – cui conseguirebbe l'effetto di far sorgere la giurisdizione del giudice italiano, e inversamente di creare la competenza internazionale del giudice straniero – come risultante dai due distinti aspetti della manifestazione di volontà. Se quella tesi fosse esatta, ciò significherebbe che la norma positiva sulla competenza internazionale assumerebbe come criterio non la semplice accettazione del convenuto, ma la *patuita esclusività* della giurisdizione del giudice straniero, la quale in tanto potrebb-

¹⁶ V. su ciò SAULLE, *L'art. 2 cod. proc. civ.* cit., p. 289, che cita QUADRI (*De la «prorogatio jurisdictionis»* cit., p. 207), nel senso che la volontà dell'effetto preclusivo della giurisdizione italiana è normalmente assente dall'intento delle parti di sottoporsi ad una giurisdizione straniera. Cfr. anche IACCARINO, *Accettazione della giurisdizione straniera* cit., col. 84 e nota 9.

be sussistere, in quanto fosse ammissibile in base all'ordinamento italiano¹⁷. In caso contrario, se pure si potesse ammettere che l'accettazione produce in ogni caso effetto preclusivo, in quanto la correlazione è normalmente voluta, non si spiegherebbe però perché, oltre a questo effetto (al quale solo, certamente, si adatta la qualifica di derogativo), dovesse ritenersi impedito dall'art. 2 cod. proc. civ. anche quello positivo, che consiste nell'attribuzione di competenza al giudice straniero adito: a meno che non si dimostrasse, come in realtà non è dimostrabile, che il secondo non si può produrre, se non si produce anche il primo.

Ma la giurisprudenza, pur nell'estrema equivocità dei termini usati, non ha mai affermato la mancanza di quell'elemento di collegamento (accettazione) che costituisce criterio di competenza internazionale del giudice adito: ma si è limitata ad affermare che l'accettazione, che essa stessa quindi riconosce sussistere, non poteva costituire criterio di competenza internazionale, in quanto derogativa. Non si può pertanto affermare che sia questo il ragionamento seguito dalla Cassazione, né la cosa può stupire, dato che si è visto come la norma non offra il benché minimo spunto per giustificarlo.

4. *Segue*

Ma la stessa tesi potrebbe essere seguita in base ad un'altra argomentazione, sostenendo cioè che dall'art. 2 cod. proc. civ. si possa desumere una sanzione di nullità o di inefficacia dell'atto c.d. di deroga in sé, considerato giuridicamente come unico: sanzione che, travolgendo l'atto nella sua totalità, lo rendesse inidoneo all'esplicazione di qualsiasi effetto esso potesse produrre come atto giuridico, e quindi anche di quello consistente nell'attribuire competenza al giudice straniero¹⁸. Un'esplicita presa di posizione in questo senso è sempre accuratamente evitata da parte della dottrina che si occupa del problema, la quale, anche in relazione

¹⁷ Si noti che la situazione non era tale nemmeno sotto il codice di procedura civile del 1865, nel vigore del quale era assai controversa l'idoneità dell'accettazione di una giurisdizione straniera a fungere da criterio di competenza internazionale (cfr. MORELLI, *Il diritto processuale civile internazionale*¹, Padova, 1938, p. 198 ss.; e SPERDUTI, *Sull'assoggettamento* cit., p. 251 ss.), ma il relativo problema veniva, comunque, distinto da quello relativo all'idoneità di un accordo fra le parti, diretto ad assoggettarle ad una giurisdizione straniera, a produrre l'effetto preclusivo della giurisdizione italiana. Tale accordo si poneva quindi come del tutto diverso e distinto dall'accettazione pura e semplice e non era di per sé, secondo la dottrina che negava l'idoneità di quest'ultima a fondare la competenza internazionale del giudice straniero (SPERDUTI, op. loc. cit.), atto ad esplicitare questa funzione, in assenza di altri criteri di collegamento.

¹⁸ Non basterebbe dunque nemmeno parlare di una nullità del patto per contrarietà all'ordine pubblico, come la dottrina faceva sotto il codice abrogato in relazione alla configurazione di quel patto come patto di rinuncia all'azione (MORELLI, *Il diritto processuale*¹ cit., p. 216 ss.): infatti questa nullità si riferirebbe soltanto al patto di rinuncia in sé, in quanto espressione di volontà diretta al conseguimento di determinati effetti, e non precluderebbe la possibilità di ammettere la validità dell'atto di accettazione di una giurisdizione straniera.

al problema relativo alla legge regolatrice del cosiddetto atto di deroga, ed in specie del compromesso o della, clausola compromissoria per arbitrato estero¹⁹, fa dipendere la validità intrinseca dell'atto da altre norme che non l'art. 2 cod. proc. civ.²⁰, la valutazione del quale viene in considerazione soltanto a proposito di un divieto o di una nullità della deroga, e non dell'atto in sé, da cui, secondo le affermazioni di quella dottrina, la deroga dovrebbe risultare. Tale posizione è del resto ben giustificata dalla considerazione che la norma non contiene alcun elemento in base al quale procedere ad una valutazione intrinseca dell'accordo in questione, del quale si limita a disciplinare determinati effetti²¹.

Se la struttura della norma giustifica il silenzio della dottrina e della giurisprudenza su questo punto, è vero però che, sin quando non si provi l'invalidità dell'atto, la dimostrazione dell'inidoneità dell'accettazione a costituire criterio di competenza internazionale di un giudice straniero non potrebbe dirsi riuscita, perché occorrerebbe dimostrare che il generico divieto posto dall'art. 2 cod. proc. civ. per i fini e con gli effetti che esso stesso direttamente stabilisce, comprenda in sé quella sanzione di invalidità (o di inefficacia) che sola potrebbe portare alla negazione di ogni efficacia alla manifestazione privata in questione. Escluso infatti che un effetto derogativo possa ritenersi compreso nel concetto di accettazione secondo l'art. 4 n. 1 cod. proc. civ., sarebbe quella l'unica via per poter affermare che la manifestazione di volontà delle parti non ha soltanto un effetto positivo,

¹⁹ La bibliografia su questo punto è vastissima. Si veda per tutti IACCARINO, *Il c.d. atto di «deroga»* cit., in specie p. 145 ss., ed ivi ampi riferimenti alla dottrina ed alla giurisprudenza; e da ultimo GIULIANO, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*, Milano, 1961, p. 88 ss.

²⁰ Tali norme possono essere naturalmente di diversa origine e di diversa natura, a seconda della tesi accettata dai vari autori in ordine alla natura dell'atto: quanto all'origine, norme interne o norme straniere richiamate dagli artt. 25 e 26 delle preleggi, quando si accetti la tesi della natura contrattuale dell'atto; quanto alla natura, norme di diritto processuale o norme di diritto sostanziale (nell'ordinamento italiano ad esempio gli artt. 1341 e 1342 cod. civ.), ecc.

²¹ Sembra evidente che, anche ammettendo l'unicità «naturalistica» dell'atto, non è possibile negare che esso viene preso in considerazione da due norme distinte, le quali vi ricollegano due distinti ordini di conseguenze (esclusione della giurisdizione italiana nei casi consentiti, e affermazione della giurisdizione straniera). Ad un unico fatto materiale, quindi, corrisponderebbero due atti (o negozi) giuridici.

Con riferimento al secondo di tali atti sembra anzi che si dovrebbe considerare con maggiore attenzione di quanto non si sia fatto finora quale sia l'ordinamento alla stregua del quale esso debba essere valutato. Se è vero infatti che le espressioni ed i concetti tecnico-giuridici impiegati nelle norme sui limiti della giurisdizione, anche in quanto queste siano richiamate dall'art. 797 n. 1 cod. proc. civ. «vanno intesi col significato che quelle espressioni e quei concetti hanno nell'ordinamento italiano» (così MORELLI, *Diritto processuale*¹ cit., p. 324), si potrebbe tuttavia dubitare che l'effettiva accettazione di una giurisdizione straniera possa essere valutata esclusivamente alla luce del nostro ordinamento, senza alcuna considerazione dell'ordinamento processuale straniero, che non può evidentemente non influire in modo determinante sul comportamento del convenuto. La questione non può essere qui approfondita; basti notare che, come conseguenza di questo punto di vista, si potrebbe addirittura pensare che l'accettazione non possa valere come criterio di competenza internazionale, quando l'ordinamento straniero non la preveda come autonomo criterio di competenza giurisdizionale.

consistente nell'accettazione di una giurisdizione straniera, ma anche un effetto negativo, ossia privativo della giurisdizione italiana, e che il primo non è ammissibile, se non si può produrre il secondo.

Solo così infatti si potrebbe affermare che l'art. 2 cod. proc. civ. sancisce «non soltanto la nullità della rinuncia alla giurisdizione ma anche della proroga di questa, che conduce allo stesso effetto di escludere la giurisdizione italiana fuori delle ipotesi espressamente previste»²², lasciando impregiudicata la disciplina di tutti gli altri casi, nei quali l'impossibilità di esercizio della giurisdizione italiana consegue ad altri fatti che non dipendano, o non dipendano immediatamente²³, dalla volontà delle parti.

Ma se ciò non è, se cioè la norma sull'inderogabilità della giurisdizione non pone nel nulla l'atto, ma soltanto lo priva di efficacia in ordine ai fini che essa stessa determina, il problema si riporta, appunto, all'esatta individuazione dei fini che la norma persegue. Ora, quella giurisprudenza e quella dottrina, le quali negano che l'unico fine della norma sia quello di vietare l'accordo diretto a porre un giuridico impedimento all'esercizio della giurisdizione italiana, di impedire cioè l'attribuzione di competenza esclusiva al giudice straniero, senza per nulla influire sulla possibilità del fenomeno della «concorrenza» tra giurisdizione italiana e straniera, si trovano nella necessità di individuare quei fini nella predeterminazione di una estesissima categoria di liti, per le quali la giurisdizione italiana si porrebbe come esclusiva: per le quali in altre parole sarebbe sancito l'obbligo di utilizzare la giurisdizione italiana. In conseguenza di tale configurazione, la norma impedirebbe anche la dichiarazione di efficacia in Italia di sentenze straniere che abbiano deciso controversie comprese entro quella categoria, in quanto costitui-

²² Così la sopra citata sentenza della Cassazione, 21 ottobre 1961, n. 2310.

²³ È noto che la dottrina meno recente riteneva fondati su di una volontà presunta del convenuto anche i criteri di competenza giurisdizionale (e inversamente di competenza internazionale) consistenti nel domicilio e nella dimora. Ciò derivava dalla tendenza, diffusa sotto il codice abrogato, a ritenere puramente sussidiari i criteri di competenza giurisdizionale positivamente sanciti, per il caso che lo straniero non volesse sottoporsi alla giurisdizione italiana: donde anche la tendenza a ravvisare alla base di quelli una volontà presunta. Cfr. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile*³, vol. I, Torino, 1902, p. 878. La tesi risale al MORTARA, il quale la respinse però nel suo *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*³, vol. II, Milano, s.d., pp. 351, 359 nota 2 e 363.

Sul fondamento volontaristico della giurisdizione italiana sullo straniero attore e convenuto cfr. QUADRI, *Volontà delle parti e competenza internazionale giurisdizionale*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1936, p. 456 ss., ora in *Studi critici di diritto internazionale (Diritto internazionale privato)*, vol. I, 1, Milano, 1958, p. 77 ss., e ivi ampia bibliografia: a tale interpretazione il QUADRI era, come è noto, decisamente contrario. Cfr. anche MIELE M., *Giurisdizione civile (Accettazione della)*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. V, II, Torino, 1961.

Una simile tesi è stata seguita, vigente l'attuale codice, dalle sentenze del Tribunale Milano, 3 gennaio 1949 (su cui v. GIULIANO, *La giurisdizione civile* cit., p. 7 ss.), e dell'Appello Genova, 18 ottobre 1935, sopra citata. Seguendo questa tesi, quindi, anche in base alla giurisprudenza meno recente della Cassazione si sarebbe potuto giungere ad escludere l'idoneità anche dei criteri della residenza e del domicilio a fungere da criteri di competenza internazionale. Cfr. SAULLE, *L'art. 2 cod. proc. civ.* cit., p. 290.

rebbe «deroga» il fatto stesso che, per aver accettato una giurisdizione straniera, i privati non avessero adito la giurisdizione italiana, sebbene ne avessero avuto la possibilità.

In sostanza, dunque, l'atto con cui i privati porrebbero in essere la deroga vietata dall'art. 2 cod. proc. civ. non dovrebbe più essere individuato nell'atto con il quale, accettando la giurisdizione straniera, si precostituisce un legame tra questa e la controversia, tale da fondare dal punto di vista dell'ordinamento italiano la competenza internazionale del giudice straniero adito: ma nel fatto stesso che le parti abbiano utilizzato, per la composizione della lite tra di loro insorta, la giurisdizione straniera, sottraendo così volontariamente la controversia alla giurisdizione italiana alla quale avrebbero potuto (e dovuto, secondo questa opinione) sottoporla. Ciò anche qualora la competenza internazionale del giudice straniero risulti fondata su altri criteri di collegamento, cosiddetti obiettivi, che nulla hanno a che vedere con la volontà delle parti. La volontarietà dell'atto, nella quale questa opinione identifica la «deroga convenzionale» vietata dall'art. 2 cod. proc. civ., viene così ravvisata, non più nel criterio di competenza internazionale del giudice straniero, ma nel fatto della devoluzione della lite alla cognizione di questo²⁴.

È questo il secondo ordine di ragioni, sul quale potrebbe ritenersi fondato anche il primo indirizzo seguito dalla Cassazione²⁵. A questo punto è evidente che, individuata la *ratio* dell'art. 2 cod. proc. civ. nel vietare, non un accordo privato, ma un risultato di questo, non appare più giustificata, come si accennava, la restrizione della soluzione al solo caso che la competenza internazionale del giudice straniero sia fondata sull'accettazione da parte del convenuto. Se infatti l'impedimento all'esercizio della giurisdizione italiana, che la norma sull'inderogabilità si preoccuperebbe di vietare, viene individuato non in un atto di volontà, ma nel fatto che in certi casi non venga utilizzata la giurisdizione italiana, non ha più alcuna rilevanza il fatto che il ricorso ad un procedimento straniero si basi su di un fatto volontario o su uno qualsiasi dei criteri di competenza internazionale del giudice estero previsti dall'ordinamento italiano. Questa estensione, che la citata sentenza della Cassazione ha senz'altro compiuto, è assolutamente insostenibile per le ra-

²⁴ In base a questo ragionamento l'accordo di volontà che l'art. 2 vuole vietare non si sostanzierebbe più in quell'elemento della lite che sta alla base del criterio di competenza internazionale del giudice straniero, ma sarebbe configurato nel fatto stesso di dare vita al procedimento estero. La obiezione che sorge spontanea a questo punto, per la quale sarebbe veramente difficile individuare così un fatto cui corrisponda la nozione tecnica di atto di volontà che sarebbe espressa dalla norma di cui all'art. 2 (SAULLE, op. ult. cit., p. 295), perde gran parte del suo valore ove si consideri che sotto questo profilo anche l'accettazione di una giurisdizione straniera, come si è già notato, è considerata dalle norme sulla competenza internazionale come un atteggiamento del convenuto nei confronti del processo, e non è certo ravvisata in un atto bilaterale. Il carattere volontaristico dell'atto, in definitiva non sembra tanto più assente dalla devoluzione della controversia ad un giudice straniero di quanto non lo sia dall'accettazione intesa come semplice acquiescenza.

²⁵ Questo ordine di ragioni è stato maggiormente rilevato nell'interpretazione del pensiero della Cassazione dallo IACCARINO, *Accettazione della giurisdizione straniera* cit., col. 82-83.

gioni che si vedranno, ma non è in fondo che la logica conseguenza di un ordine di idee già presente in precedenti decisioni della stessa Suprema Corte.

5. *L'art. 2 cod. proc. civ. come principio sulla competenza giurisdizionale del giudice italiano e sulla competenza internazionale del giudice straniero*

Escluso dunque che la norma di cui all'art. 2 cod. proc. civ. contenga una valutazione avente diretta incidenza sulla manifestazione privata di volontà tendente ad attribuire competenza al giudice straniero, è necessario porsi anzitutto il problema della ragione per cui la suddetta norma possa aver rilevanza per la determinazione della competenza internazionale. Si afferma generalmente che l'articolo 797 n. 1 cod. proc. civ., nel richiamare i principi sulla competenza giurisdizionale vigenti nell'ordinamento italiano, fa riferimento, non solo alla norma di cui all'art. 4, ma a tutto il complesso di norme desumibili dagli articoli 2-5 cod. proc. civ. L'affermazione è certamente esattissima. Ma la conseguenza che se ne dovrebbe trarre è che, in seguito al meccanismo indiretto previsto dall'art. 797 n. 1, l'art. 2 cod. proc. civ. dovrebbe riferirsi all'inderogabilità della giurisdizione straniera, nel caso che le parti avessero pattuito di attribuire la cognizione della controversia ad un giudice diverso da quello che avesse pronunciato la sentenza, come da tempo è stato messo in luce da una autorevole dottrina²⁶. Ciò è conseguenza necessaria della configurazione della norma di cui all'art. 2 come principio di competenza giurisdizionale, ossia riferentesi all'estensione ed ai limiti della giurisdizione, italiana qualora si consideri la norma nella sua funzione diretta, straniera qualora la si considera nella sua funzione indiretta esplicitata attraverso il richiamo di cui all'art. 797 n. 1. In questo caso essa determina, più esattamente, i collegamenti tra la lite e l'ordinamento straniero, che l'ordinamento italiano ritiene sufficienti per giustificare l'intervenuta pronuncia sulla controversia, e l'attribuzione di efficacia a questa. Di conseguenza, in sede di dichiarazione di efficacia della sentenza straniera, la norma sull'inderogabilità non avrebbe alcun significato nel suo riferimento diretto alla giurisdizione italiana, giacché il suo funzionamento sarebbe in relazione unicamente ad una giurisdizione straniera, rispetto alla quale soltanto si potrebbe porre il problema di valutare l'efficacia derogativa di una manifestazione di volontà delle parti.

Se invece non si vuole ritenere la norma compresa tra i principi sulla competenza internazionale vigenti nell'ordinamento italiano, si spiega allora come essa

²⁶ L'osservazione risale al MORELLI, *Competenza del giudice straniero* cit., col. 854; *Competenza del giudice cecoslovacco* cit., p. 192; *Diritto processuale*² cit., p. 321, ed è divenuta comune in dottrina (cfr. BENTIVOGLIO, *L'art. 2 cod. proc. civ.* cit., p. 220 ss., e da ultimo SAULLE, *Competenza del giudice straniero* cit., p. 720, e IACCARINO, *Accettazione della giurisdizione straniera* cit., col. 84, nota 8), sebbene non sia stata mai enunciata dalla giurisprudenza.

possa esplicitare una funzione diretta nei riguardi della giurisdizione italiana, ma resta però da provare come possa operare nel caso di riconoscimento di sentenze straniere²⁷.

La giurisprudenza evita di prendere posizione su questo punto, limitandosi ad affermare che l'art. 2 cod. proc. civ. configura la giurisdizione italiana come esclusiva; concetto questo dotato di indubbia efficacia espressiva, ma assai poco fondato criticamente, come del resto la dottrina migliore ha già da tempo messo in luce²⁸: ma ritiene poi che la norma sia operante anche in materia di processo di delibazione in quanto richiamata dall'art. 797 n. 1 cod. proc. civ. È evidente a questo punto che, da qualsiasi angolo visuale si consideri la questione, si viene inevitabilmente ricondotti alla precisazione della struttura e della funzione della norma sulla quale tutta la costruzione della tesi esposta è fondata, cioè dell'art. 2 cod. proc. civ.

6. *L'art. 2 cod. proc. civ. come norma speciale e negativa di competenza giurisdizionale. Funzione della volontà delle parti*

Nell'esaminare le ragioni e i limiti per i quali l'art. 2 sancisce il principio della «inderogabilità convenzionale della giurisdizione italiana» a favore di giudici

²⁷ La giurisprudenza della Cassazione e la dottrina che segue il suo orientamento sembrano in effetti ritenere implicita nella norma la previsione di una sorta di riserva di giurisdizione a favore del giudice italiano, quando il convenuto sia cittadino italiano. La difficoltà di una simile tesi e la perplessità che la stessa giurisprudenza mostra nell'enunciarla esplicitamente sono provate chiaramente dal fatto stesso che la Cassazione si preoccupa sempre di dimostrare l'applicabilità alla materia del processo di delibazione dell'art. 2, in base al richiamo contenuto nell'art. 797 n. 1, che però, come si è detto, dovrebbe attribuire alla norma una ben diversa portata. Molto significativo, anche per i presupposti ideologici che ne stanno alla base, è il seguente passo del MARRÉ (*Inderogabilità della giurisdizione* cit., col. 192): «Quando perduri la condizione soggettiva di cittadino, si trovi o non si trovi l'individuo fuori dei confini della Patria, il potere sovrano dello Stato continua ad esplicarsi su di lui, in una pluralità di rapporti; e così, sotto l'aspetto giurisdizionale, continua ad affermarsi con la competenza inderogabile dei magistrati italiani, ai quali esclusivamente (e non in concorso) spetta la cognizione delle domande contro di lui proposte»: e ciò in base alla considerazione che, in sede di delibazione, non si deve «equiparare (agli effetti della competenza giurisdizionale del magistrato estero) l'italiano allo straniero, cioè ignorare il rapporto pubblicistico di cittadinanza, che è di tanto rilievo per l'esplicarsi della sovranità dello Stato». È evidente che affermazioni di questo genere disconoscono, oltre tutto, il mutamento intervenuto dal codice di procedura del 1865, che differenziava il caso di riconoscimento di sentenza straniera pronunciata contro cittadini italiani da quello di sentenza pronunciata contro stranieri, all'attuale, che di tale distinzione non conserva traccia; nonché tutta l'evoluzione giurisprudenziale verificatasi già nel vigore del codice abrogato, che tendeva ad eliminare, per quanto riguardava l'indagine sulla competenza del giudice straniero, la distinzione tra l'ipotesi di sentenze contro italiani e l'ipotesi di sentenze contro stranieri. V. su questa tendenza PERASSI, *La competenza dei tribunali svizzeri in materia di separazione tra coniugi italiani*, in questa *Rivista*, 1932, p. 115 ss., ora in *Scritti giuridici*, II Milano, 1960, p. 367 ss., e MORELLI, *La competenza dell'autorità giudiziaria straniera* cit., in *Studi* cit., p. 338.

²⁸ Cfr. MORELLI, *La competenza dell'autorità giudiziaria straniera* cit., in *Studi* cit., p. 327 ss., e qualche cenno in QUADRI, *Volontà delle parti* cit., in *Studi critici* cit., p. 101.

stranieri o di arbitri che pronuncino all'estero, la dottrina fa di solito perno sul concetto di accordo vietato dalla norma; e ai fini specifici del problema che qui si esamina, afferma che l'accordo è vietato solo in quanto miri ad attribuire la competenza esclusiva al giudice straniero, e non in quanto gli attribuisca una semplice competenza concorrente con quella del magistrato italiano²⁹. Sembra però che il concetto di accordo che la norma vieterebbe, se è idoneo a definire in modo immediato ed efficace il fenomeno pratico che la norma considera, non è però atto a scolpire il modo con cui essa persegue il proprio fine, né a definirne l'intima struttura. Quando si parla in genere di atto vietato, si vuole dire evidentemente che l'ordinamento intende impedire il raggiungimento di un certo risultato che l'atto – in assenza di divieto – dovrebbe essere astrattamente idoneo a conseguire. Ora, sarebbe certamente da dubitarsi che l'autonomia privata, in forza delle facoltà ad essa conferite dall'ordinamento italiano, avesse il potere di escludere l'esercizio della giurisdizione italiana, come del resto la dottrina negava quasi concordemente, vigente il codice di procedura civile del 1865, che conteneva una norma d'altro tenore e probabilmente con altro ambito di applicazione³⁰. In sede di interpretazione dell'attuale norma risultante dall'art. 2 cod. proc. civ., dunque, si deve concentrare l'interesse maggiore sulla parte per così dire positiva di essa, ove entro un ambito limitato viene ricollegato un certo effetto a quello che comunemente si denomina l'accordo delle parti. Il problema di interpretazione si concentra perciò, anzitutto, sull'esatta determinazione di quell'effetto, e del mezzo tecnico con cui esso è dalla norma ricollegato alla volontà delle parti.

È opportuno altresì ricordare che già in tempo anteriore all'entrata in vigore del codice di procedura civile del 1942 una parte assai autorevole della dottrina, esattamente impostando, nel silenzio del codice allora vigente, il problema relativo alla validità delle clausole di deroga alla giurisdizione italiana come problema di idonei-

²⁹ Vedi per tutti SAULLE, *Competenza del giudice straniero* cit., pp. 719-720 e ivi bibliografia; e *L'art. 2 cod. proc. civ. cit.*, p. 293.

³⁰ Cioè l'art. 69 del codice di procedura civile del 1865, secondo il quale la giurisdizione non poteva essere prorogata, salvo i casi stabiliti dalla legge: il cui riferimento al fenomeno della deroga in favore di giudici stranieri era tuttavia vivamente controverso. Tra i processualisti infatti era assai seguita l'opinione negativa: cfr. MATTIROLO, *Trattato* cit., I, pp. 17-18. Cfr. anche MORELLI, *Il diritto processuale*¹ cit., p. 211.

Il QUADRI (*Volontà delle parti* cit., spec. p. 91 ss.) già sotto il codice abrogato negava che il problema si potesse porre in questi termini: «Non si tratta infatti di un regolamento di rapporti da parte dei privati che possa contrapporsi con efficacia derogatoria alle norme sulla giurisdizione, bensì si tratta solo di vedere se le norme sulla giurisdizione assumano la volontà delle parti come criterio idoneo a svolgere una eventuale funzione di scelta tra procedimenti, a giudizio del legislatore, equipollenti». Attualmente dà il massimo rilievo alla «inderogabilità» delle norme sulla giurisdizione lo IACCARINO (*Il c.d. atto di «deroga»* cit., p. 31 ss.) secondo il quale l'affermazione esplicita o implicita del carattere dispositivo o derogabile delle norme stesse da parte di vari autori, in quanto espressione di una concezione privatistica circa la giurisdizione, «considerata come funzione predisposta nell'esclusivo interesse dei privati», è da considerarsi determinante nella valutazione delle tesi sostenute circa la funzione del cosiddetto atto di deroga alla giurisdizione italiana.

tà della volontà delle parti a svolgere una funzione di scelta tra procedimenti a giudizio del legislatore equipollenti³¹, aveva chiarito come mancasse dal punto di vista del nostro ordinamento qualsiasi equivalenza tra i mezzi da esso stesso predisposti per la composizione delle liti rilevanti ed i mezzi previsti e disciplinati a questo scopo da ordinamenti stranieri³². Che cioè l'interesse pubblico a che la lite considerata rilevante per l'ordinamento interno venisse composta in modo efficace per l'ordinamento stesso, oltre a poter essere soddisfatto dallo Stato direttamente per mezzo della propria funzione giurisdizionale, non trovava alcun mezzo di soddisfacimento equipollente nei procedimenti all'uopo predisposti dagli ordinamenti stranieri, pur non essendo tale possibilità da escludersi da un punto di vista puramente logico, dato che, ad esempio, lo stesso ordinamento prevedeva e disciplinava come equivalente almeno entro certi limiti il procedimento arbitrale nazionale, la cui utilizzazione valeva ad escludere il ricorso alla funzione giurisdizionale³³.

Ma una simile equivalenza era da escludersi, secondo l'esatto avviso di quella dottrina, tra i procedimenti nazionali e quelli stranieri, perché il riconoscimento delle sentenze, che di quei procedimenti costituivano il risultato, era subordinato dall'ordinamento italiano ad una serie così complessa e variata di requisiti da presentarsi come puramente eventuale, cosicché puramente eventuale diveniva pure la possibilità che la lite fosse composta in maniera rilevante per l'ordinamento attraverso il procedimento estero³⁴. Diversamente, si aggiungeva, sarebbe accaduto qualora l'unico requisito, cui l'ordinamento avesse subordinato il riconoscimento della sentenza straniera fosse stato la competenza internazionale del giudice straniero, che si sarebbe potuto riconoscere come sussistente in base all'accordo delle parti di deferire a quest'ultimo la controversia³⁵. E da ciò si escludeva, correttamente, la possibilità che l'accordo delle parti fosse di per sé idoneo ad escludere l'esercizio della giurisdizione italiana sulle liti ad essa soggette, stante l'indisponibilità dell'interesse pubblico alla loro composizione.

³¹ Cfr. QUADRI, *Volontà delle parti* cit., p. 91, e *Giurisdizione nazionale e giurisdizioni straniere* (1941), ora in *Studi critici* cit., p. 289 ss., specialmente p. 298 ss.

³² Oltre le opere citate alla nota precedente cfr. MORELLI, *Il diritto processuale*¹ cit., p. 305 ss. A maggior ragione lo stesso punto di vista è riaffermato dall'autore nel vigore dell'attuale codice: cfr. MORELLI, *Diritto processuale*² cit., p. 177 ss.

³³ Cfr. MORELLI, op. ult. cit., p. 178; QUADRI, *Sentenza straniera e sentenza di delibazione* (1937), in *Studi critici* cit., p. 145 ss.

³⁴ MORELLI, *Il diritto processuale*¹ cit., p. 212 ss., specialmente p. 215; QUADRI, *Volontà delle parti* cit., p. 101: «... il processo straniero durante il suo corso e svolgimento, non esiste per noi, nè si può sapere se la sentenza che ne sarà il frutto contrasterà o meno con i principi del nostro ordine pubblico, quando, in ipotesi, potrebbe porsi la questione della delibazione».

³⁵ MORELLI, *Il diritto processuale*¹ cit., p. 214, insiste particolarmente sul collegamento che la manifestazione delle parti precostituirebbe tra la controversia e l'ordinamento giurisdizionale straniero, ai fini del riconoscimento del requisito della competenza internazionale del giudice che pronuncerà la sentenza delibando, lo IACCARINO, *Il così detto atto di «deroga»* cit., p. 75 ss., in base ad una sua particolare teoria circa l'aspetto positivo del così detto atto di deroga, che consisterebbe nel giudizio delle parti la effettiva localizzazione della controversia.

Tali conclusioni sarebbero indubbiamente valide anche per il nostro attuale ordinamento, se non fosse intervenuto l'art. 2 cod. proc. civ., il quale impone la necessità di verificarne l'esattezza. Devono comunque rimanere ferme le premesse di quel ragionamento circa la non equivalenza tra giurisdizione italiana e giurisdizioni o procedimenti stranieri. Questa constatazione, di indubbia evidenza, non è invece tenuta sempre presente da parte della dottrina e della giurisprudenza, che fanno spesso ampie concessioni, sebbene implicite, al punto di vista opposto. Ciò è di notevole importanza al fine di spiegare certe posizioni in ordine al problema dal quale abbiamo preso le mosse³⁶.

Se la norma di cui all'art. 2 c.p.c. si fosse limitata a codificare il principio della invalidità della deroga alla giurisdizione italiana, essa avrebbe sancito semplicemente il principio della impossibilità della scelta da parte dei privati dell'una o dell'altra funzione giurisdizionale, considerate astrattamente equivalenti. Ma, ammettendosi invece entro certi limiti la possibilità di una deroga, è necessario chiedersi se ciò comporti qualche eccezione ai principi che si sono delineati. La soluzione di questo punto non è di scarsa importanza, non soltanto per il problema che si sta esaminando, ma anche per tutta una serie di questioni connesse³⁷. Si deve anzitutto escludere che la norma possa configurare una eccezione al principio della non equivalenza tra procedimenti nazionali e procedimenti stranieri, il che si tradurrebbe in una prevalenza dell'accordo privato sulle norme di competenza giurisdizionale, ed in una attribuzione di una facoltà di disposizione del potere dello Stato³⁸. In altre parole non è ammissibile che l'ordinamento attribuisca alla

³⁶ Le citazioni sembrano superflue, trattandosi di un punto di vista tanto diffuso quanto non del tutto espresso, e forse a volte non del tutto cosciente. Si può vedere in generale tutta la dottrina e giurisprudenza citata alla nota 2 come favorevole all'opinione della Cassazione, e in particolare SCAGLIONI, *Osservazioni sul giudizio di delibazione* cit., p. 98. Ma qualche accenno si ha anche nella dottrina contraria: cfr. IACCARINO, *Il c.d. atto di «deroga»* cit., p. 77: «Il giudice straniero (designato dalle parti) ...non giudicherà in luogo di quello italiano, ma in quanto è quello con il quale si è stabilita per la prima volta... una relazione positiva con la controversia. In quanto è quello che ha effettivamente competenza a decidere» (i corsivi sono nel testo).

³⁷ È evidente infatti l'importanza fondamentale che l'interpretazione dell'art. 2 riveste ai fini dell'impostazione e della soluzione di tutti i problemi relativi all'arbitrato così detto estero, in particolare per la costruzione dello stesso concetto di «nazionalità» dell'arbitrato (su cui vedi MIGLIAZZA, *Arbitrati nazionali e arbitrati esteri*, in questa *Rivista*, 1954, p. 203 ss., e da ultimo RICCI, *La nozione di arbitrato estero*, in *Rivista di diritto processuale*, 1961, p. 606 ss.). Tale importanza è del resto in stretta connessione con la determinazione delle premesse, assai più generali, circa la giurisdizione, la sua estensione ed i suoi rapporti con gli altri mezzi di risoluzione di controversie, problemi tutti che la norma positiva introdotta con l'art. 2, lungi dal risolvere, ha semplicemente spostato su basi parzialmente nuove.

³⁸ Vedi in specie IACCARINO, *op. e loc. cit.*, alla nota 30. Non sembra però che si possa concordare con questo autore nel classificare tra coloro che attribuiscono alla volontà delle parti l'idoneità «a mutare l'ordine delle giurisdizioni stabilito dall'ordinamento statale attraverso una manifestazione normativa, che in quanto tale obbligherebbe non solo le parti, ma anche il giudice, alle sue statuizioni» (ivi, p. 36) anche un autore come il MORELLI, il cui pensiero è assai più complesso, e che comunque ha sempre riaffermato decisamente proprio l'inderogabilità delle norme sulla giurisdizione in quanto tali. Cfr. tutte le opere sopra citate, ed in particolare *Il diritto processuale*¹ cit., p. 208, e

volontà privata il potere di sottrarre alla decisione da parte del giudice (o dell'arbitro) italiano controversie comprese entro i limiti della giurisdizione: ciò perché, come si è detto, non vi sarebbe alcuna garanzia che venisse attuato un procedimento equipollente a quello nazionale, e l'accordo delle parti si tradurrebbe nella sottrazione della controversia ad ogni mezzo di composizione rilevante per il nostro ordinamento, salvo il riconoscimento, puramente eventuale, della sentenza che venisse pronunciata all'estero.

Un attento esame della norma mostra invece chiaramente, se si tengono presenti le osservazioni fatte sopra, quale sia la sua struttura e la sua funzione. Essa configura una certa categoria di controversie – cause relative ad obbligazioni – intercorrenti tra soggetti, i cui legami con l'ordinamento giuridico e con lo Stato italiano risultano assai allentati: deve trattarsi infatti di stranieri, oppure di uno straniero ed un cittadino non residente, né domiciliato in Italia. Tenendo presente che, per concorde riconoscimento della dottrina³⁹, la deroga può intervenire solo in ordine a controversie che di per sé sarebbero sottoposte alla giurisdizione italiana in base all'art. 4 cod. proc. civ., o alle norme generali (per cui è criterio sufficiente di competenza giurisdizionale la cittadinanza italiana del convenuto⁴⁰), si determina in tal modo una serie di controversie sulle quali, in presenza di una certa manifestazione di volontà da parte dei soggetti, la giurisdizione italiana non viene affermata.

La norma desumibile dall'art. 2 cod. proc. civ. si configura dunque come una norma speciale e negativa di competenza giurisdizionale, che completa in tal senso il sistema risultante dall'art. 4 e dalle altre norme che esplicano la medesima funzione. Speciale, in quanto riguarda soltanto una certa categoria di controversie; negativa, perché rispetto a queste nega l'estensione della giurisdizione italiana,

*Diritto processuale*² cit., pp. 180-181, ove si afferma che la funzione derogatoria della giurisdizione, riconosciuta in dati casi alla volontà delle parti dall'art. 2, non significa che «questa funzione consista più particolarmente nel derogare alle norme di competenza giurisdizionale, e che queste assumano pertanto, entro dati limiti e in una data direzione, la funzione di norme dispositive», in quanto la volontà «è diretta, non tanto ad influire sui limiti della giurisdizione, quanto a porre in essere la condizione per cui la lite viene considerata dalle norme di competenza giurisdizionale come posta al di fuori dei limiti da esse tracciati».

³⁹ MORELLI, *Diritto processuale*² cit., p. 183; GIULIANO, *La giurisdizione civile* cit., p. 89.

⁴⁰ Non si intende qui, naturalmente, prendere posizione sulla *vexata quaestio* della pienezza della giurisdizione italiana sul cittadino, affermata da chi sostiene il principio dell'universalità della giurisdizione italiana e negata da chi afferma il punto di vista contrario (vedi nel primo senso CARNELUTTI, *Limiti della giurisdizione del giudice italiano*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, p. 218 ss., e *Intorno al principio della pienezza della giurisdizione*, ivi, 1942, I, p. 222 ss., e da ultimo GIULIANO, *La giurisdizione civile* cit., p. 52-53; e, nel secondo senso, in particolare QUADRI, *La giurisdizione sul cittadino nel nuovo codice di procedura civile*, in questa *Rivista*, 1941, p. 3 ss., e *Ancora sulla competenza internazionale dei giudici italiani*, ivi, 1942, p. 257 ss.; ora entrambi in *Studi critici* cit., pp. 301 e 315 ss.). Cerca invece di svincolare la soluzione del punto di quella del problema relativo all'universalità della giurisdizione MIGLIAZZA, *A proposito dei concetti di giurisdizione e di competenza per territorio nel diritto processuale civile internazionale*, in *Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano*, V, 1953, pp. 240-241.

quando sussistano determinati presupposti⁴¹, che si riconducono a certi requisiti soggettivi delle parti ed ad una volontà in un certo modo (atto scritto) manifestata da queste. Tale volontà, che è insita nello stesso rapporto obbligatorio controverso, è dalla norma presa in considerazione direttamente come criterio negativo di competenza giurisdizionale, in modo in certo senso analogo a ciò che accade nel caso di designazione convenzionale della *lex contractus*: essa viene considerata insomma come un modo di essere del rapporto controverso, cioè come un elemento di fatto in presenza del quale viene meno il collegamento in ipotesi esistente, e non sorge pertanto la giurisdizione italiana⁴².

⁴¹ Per la configurazione dell'art. 2 come norma speciale di competenza giurisdizionale v. ZICCARDI, *I criteri speciali di competenza giurisdizionale e la qualificazione delle controversie*, in *Comunicazioni e studi cit.*, VI, 1954, p. 91; e per la qualificazione della norma come norma negativa sulla competenza giurisdizionale, v. per tutti MORELLI, *Diritto processuale*² cit., pp. 97 e 181.

⁴² Questa configurazione del criterio di collegamento costituito dalla volontà delle parti nel campo del diritto internazionale privato è, come è noto, quella delineata con estrema chiarezza e precisione dal Perassi ed accolta in seguito da gran parte della dottrina. Del PERASSI si possono vedere soprattutto i lavori *Sull'autonomia dei contraenti*, in questa *Rivista*, 1928, p. 516 ss., ora in *Scritti giuridici cit.*, II, p. 173 ss., e *Legge regolatrice dei contratti e volontà delle parti*, in *Giurisprudenza comparata di diritto internazionale privato*, X, 1943, p. 174, ora in *Scritti cit.*, II, p. 199 ss.; e *Lezioni di diritto internazionale*, II, Roma, 1938. Vedi anche QUADRI, *Funzione del diritto internazionale privato* (1936), in *Studi critici cit.*, p. 17 ss.; GIULIANO, *Le nuove norme di diritto internazionale privato in tema di navigazione*, in *Riv. dir. nav.*, 1942, p. 91 ss.; ZICCARDI, *Note esegetiche agli artt. 16-31 (diritto int. privato) delle «Disposizioni sulla legge in generale»*, Milano, 1943, p. 24; e MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*⁶, Napoli, 1957, p. 56 ss. È noto che in seguito alla revisione delle concezioni strettamente positivistiche, già dominanti anche nel campo del diritto internazionale privato e processuale, questo punto di vista è stato successivamente modificato dalla tendenza generale della dottrina più recente ad attribuire qualche rilevanza alla valutazione concretamente effettuata dall'ordinamento straniero, ed a conferire quindi ad essa la funzione di condizionare in certo modo la portata del rinvio a quello effettuato dall'ordinamento del foro; ciò in minore o maggior misura, a seconda che più o meno si vogliono tener fermi i postulati di una teoria strumentalistica del diritto internazionale privato. V. su ciò BENTIVOGLIO, *Sulla natura dei criteri di collegamento utilizzati dalla norma di diritto internazionale privato*, in *Comunicazioni e studi cit.*, VIII, 1956, p. 157 ss.; QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*³, Napoli, 1961, p. 120 ss.; BARILE, *Collegamento (Criteri di)*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, p. 3-50 ss. Sullo svolgimento della dottrina italiana meno recente, fino alla codificazione del 1942, vedi MIGLIAZZA, *Il richiamo ad una legge straniera e l'accordo delle parti (sviluppo del sistema italiano di diritto internazionale privato)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 1037 ss., e per gli sviluppi successivi, nonché per una nuova configurazione del criterio di collegamento costituito dalla volontà delle parti, la recentissima opera dello stesso a. *La rilevanza dell'accordo privato sul richiamo a norme e a procedimenti estranei*, Milano, 1962, su cui v. la nota 100.

Ma non sembra che questa tendenza possa influire sull'interpretazione del criterio negativo di competenza giurisdizionale che l'art. 2 accoglie. La configurazione tracciata dal Perassi sembra ancora perfettamente idonea a riflettere le caratteristiche del funzionamento delle norme di competenza giurisdizionale, rispetto alle quali non si pone il problema di valutare alla luce di un altro ordinamento un atto di volontà valutato anche dall'ordinamento del foro, con la necessità di evitare l'incongruenza e l'inconveniente di una valutazione divergente: ma soltanto quello di stabilire i casi in cui la giurisdizione italiana può o non può essere esercitata. Un punto di vista contrario – in seguito alla negazione di quest'ultima affermazione – può naturalmente essere proprio di quegli autori che sostengono la necessità di valutare, dal punto di vista dell'ordinamento italiano, l'accordo delle parti

Nessun argomento contrario a questa configurazione della norma potrebbe trovarsi nell'affermazione già ricordata che l'interesse dello Stato alla composizione delle liti comprese entro determinati limiti – quelli segnati dall'art. 4 e dalle altre norme sulla competenza giurisdizionale – essendo condizionato alla composizione delle stesse in modo efficace per l'ordinamento italiano, non ammetterebbe la possibilità che liti in questo senso «rilevanti» per l'ordinamento giuridico potessero esservi sottratte⁴³. Questo principio, indubbiamente esatto, deve risultare da tutte le norme di competenza giurisdizionale, positive e negative, ivi compreso pertanto l'art. 2, il quale opera sullo stesso piano delle altre⁴⁴. Ora la volontà che l'art. 2 assume come criterio di collegamento negativo non opera rispetto alle altre norme di giurisdizione nel senso di escluderne il funzionamento, ma viene assunta, appunto, come criterio di collegamento ed opera rispetto agli altri criteri. La giurisdizione italiana rimane in tal modo affermata tutte le volte che quei determinati criteri di collegamento sussistano, e non sussista invece il criterio negativo previsto dall'art. 2. Cosicché l'effetto di questa norma non è tanto di porre la lite al di fuori dei limiti della giurisdizione, quanto più precisamente di impedire che la giurisdizione su quella lite sorga, per mancanza del presupposto di fatto (risultante da un insieme di elementi positivi e negativi) cui la legge ne condiziona il sorgere.

anche alla luce di quell'ordinamento straniero nell'ambito del quale è concretamente destinato ad operare, instaurando il procedimento diretto alla composizione della lite. Vedi su ciò *infra*, par. 9 e nota 100. Ed è chiaro come questo modo di vedere sia, almeno in molti autori, una diretta conseguenza del principio dell'universalità della giurisdizione, inteso come astratta capacità di questa di risolvere qualunque controversia, principio che spiega la riluttanza ad ammettere l'esistenza di un limite posto dall'art. 2 alle norme desumibili dall'art. 4, alle quali viene assegnata la funzione di limitare la sfera della giurisdizione italiana.

Si deve ancora ricordare che la dottrina in generale non assegna alla volontà delle parti, in quanto presa in considerazione dall'art. 2, la funzione di criterio di collegamento, sia pure in senso negativo, analoga a quella esplicita nella designazione convenzionale della *lex contractus*, inquantoché considera direttamente operante, tanto nell'ordinamento nazionale quanto in quello straniero, l'accordo privato in quanto tale, che, con riferimento al caso di arbitrato, essa identifica nel compromesso e nella clausola compromissoria. Vedi però QUADRI, *De la «prorogatio jurisdictionis»* cit., e SPERDUTI, *Correlazione tra le norme sulla competenza giurisdizionale e le norme sulla competenza internazionale*, Roma, 1940.

⁴³ Cfr. la dottrina già citata alle note 30-31. ed inoltre MORELLI, *Sulla validità della clausola di deroga alla giurisdizione italiana*, in *Riv. dir. nav.*, 1936, II, p. 374 ss., ora in *Studi* cit., pp. 132-133.

⁴⁴ Secondo lo IACCARINO (*Il c.d. atto di «deroga»* cit., pp. 62-63), invece, poiché i criteri di collegamento sono individuati obiettivamente dalle norme sulla giurisdizione in situazioni determinate che caratterizzano le persone, le cose o i fatti che hanno la proprietà di mettere in rilievo l'appartenenza dell'entità cui si riferiscono ad un determinato ambiente sociale e quindi anche alla competenza di determinati giudici, ammettere che la volontà delle parti funzioni come criterio autonomo di collegamento, significherebbe ammettere che essa si sostituisca alle norme sulla giurisdizione, derogandovi. Ma non si vede perché una norma sulla giurisdizione, quale l'art. 2 indubbiamente è, non possa assumere la volontà come criterio di collegamento, sia pure negativo, tanto più che la stessa volontà esplica quella funzione in senso positivo, quando il convenuto straniero accetta la giurisdizione italiana, in virtù dell'art. 4 n. 1. Non si tratta quindi di derogare, ma soltanto di completare le norme sulla giurisdizione, ponendo un limite al funzionamento dei criteri da esse posti.

In altre parole, tali categorie di controversie presentano un così rilevante carattere di estraneità, che la norma di cui all'art. 2 attribuisce ad un certo atteggiamento della volontà delle parti l'effetto di conferire alla controversia delle caratteristiche che escludono l'interesse dello Stato al suo componimento: e la giurisdizione non sorge perché manca quel collegamento con lo Stato, esprimendosi nella sussistenza del criterio di competenza giurisdizionale, che concreta l'interesse all'esercizio della giurisdizione stessa⁴⁵. Si rifletta, a questo proposito, come la giurisdizione non possa essere affermata a priori in modo del tutto astratto e generale su categorie di rapporti, per «l'impossibilità di predeterminare la sfera dei rapporti suscettibili di essere decisi da organi giurisdizionali italiani»⁴⁶. Le norme di competenza giurisdizionale, infatti, «prendono in considerazione il rapporto non già in sé e per sé, ma in relazione al processo, alla posizione che le parti vi assumono ed alla situazione in cui, all'epoca del processo, il convenuto si trova»⁴⁷. Per cui anche sotto questo profilo risulta evidente come anche in linea pratica il criterio di collegamento negativo costituito dalla volontà delle parti abbia l'idoneità a funzionare in stretta relazione con quelli positivi.

7. *Segue*

Dalle considerazioni esposte possono ora trarsi alcune conseguenze.

Anzitutto l'art. 2, nel consentire la «deroga» per una categoria di controversie, non intende ammettere la possibilità che esse vengano risolte per mezzo di un procedimento straniero, riguardato in via di eccezione come equivalente ai normali procedimenti italiani, e in ogni caso creare la possibilità che la controversia venga comunque decisa. Una volta configurata la volontà delle parti nel modo che si è detto, la controversia risulta non sottoposta alla giurisdizione italiana, ed il giudice che ne fosse investito dovrebbe dichiarare il proprio difetto di giurisdizione previa rilevazione nelle forme e nei modi consueti (art. 37 cod. proc. civ.). La controversia insomma non è diversamente atteggiata, nei confronti della giurisdizione

⁴⁵ Che i criteri di competenza giurisdizionale esprimano l'interesse dello Stato (comunque poi questo interesse debba venire inteso) a che i conflitti di interessi che siano in qualche modo collegati con esso possano venire risolti mediante i procedimenti previsti dall'ordinamento italiano, è osservazione diffusa in dottrina: v. ad esempio MORELLI, *Diritto processuale*² cit., p. 88; ZICCARDI, *I criteri speciali* cit., p. 93. e MIGLIAZZA, *A proposito dei concetti di giurisdizione* cit., p. 254 e nota 24. Il contrario può essere sostenuto soltanto quando si accolga una concezione universalistica della giurisdizione e la si porti all'estremo, nel qual caso è possibile affermare, con il CARNELUTTI che «i limiti alla giurisdizione dello Stato non sono mai dovuti al disinteresse dello Stato per la controversia» (v. su ciò QUADRI, *Ancora sulla competenza internazionale* cit., p. 325) e che l'interesse si presume (cfr. MIGLIAZZA, op. loc. cit.).

⁴⁶ V. su ciò, sotto il vecchio codice, MORELLI, *Limiti dell'ordinamento statale e limiti della giurisdizione*, in questa *Rivista*, 1933, p. 383 ss., ora in *Studi* cit., p. 5 ss., spec. p. 25: ed ora in *Diritto processuale*² cit., p. 92.

⁴⁷ MORELLI, op. loc. cit. alla nota precedente.

zione italiana, da qualsiasi altra controversia nella quale, essendo convenuto uno straniero, non si ravvisi alcun criterio di competenza giurisdizionale previsto dall'art. 4⁴⁸. Naturalmente ciò non esclude che una decisione sulla lite possa essere resa efficace nell'ordinamento italiano per mezzo del procedimento di delibazione, qualora ricorrano i requisiti di cui all'art. 797: ma questo è un fenomeno normale, che si può verificare in ordine a qualunque controversia, della quale pure il giudice italiano non potrebbe conoscere.

In secondo luogo, dal carattere di norma speciale che si è riconosciuto all'art. 2 risulta evidente l'impossibilità di ricavare da tale norma una qualsiasi valutazione in ordine ad altre categorie di controversie. Se infatti la norma ha per fine l'esclusione della giurisdizione italiana quando sussistano determinati presupposti che essa stessa direttamente stabilisce, non è logicamente corretto voler estendere la valutazione da essa posta ad altre categorie di controversie, ritenendo che essa possa modificare in qualche modo, in ordine a queste, la disciplina ricavabile dalle altre norme sulla giurisdizione, e in particolare dall'art. 4. La valutazione della sussistenza o meno della giurisdizione italiana, alla luce del criterio negativo di competenza giurisdizionale risultante dalla volontà delle parti, ha un senso soltanto quando sia compiuta in ordine a quella categoria di controversie; rispetto alle altre, l'unica frazione o porzione di norma ricavabile dall'art. 2 consiste nella riaffermazione indiretta della competenza giurisdizionale italiana in tutte le ipotesi in cui questa sussiste in base alle altre norme generali e speciali, in quanto viene esclusa la sussistenza di una norma negativa. Ritenere il contrario, e cercare di estendere in qualche modo le valutazioni desumibili dalla norma ad altre categorie di controversie, non ha maggior significato di quello che avrebbe il voler estendere la operatività del criterio, ad esempio, del luogo di esecuzione dell'obbligazione a controversie non obbligatorie: ciò se si prescinde dalle apparenze, per cui il criterio della volontà potrebbe, sul piano della pura logica, essere operante nei riguardi di qualunque categoria di controversie.

Un'ultima conseguenza che sembra possibile trarre da quanto si è detto è la seguente. Il fenomeno della deroga alla giurisdizione viene generalmente configurato come valutazione da parte dell'ordinamento degli effetti di un certo atto, che,

⁴⁸ Espressamente in questo senso, pur non traendo da questa affermazione tutte le conseguenze che sembra qui possibile ricavare, MORELLI, *Diritto processuale*² cit., pp. 180-181: la volontà delle parti sarebbe diretta «non tanto ad influire sui limiti della giurisdizione, quanto a porre in essere la condizione per cui la lite viene considerata dalle norme di competenza giurisdizionale come posta al di fuori dei limiti da essa tracciati». La possibilità di impostare la questione in questo senso era stata dallo stesso autore affermata nella prima edizione dell'opera (p. 208), pur escludendosi che allora l'ordinamento italiano contenesse una norma di tale portata. Naturalmente, qualora si configuri, come qui si è tentato di fare, la volontà delle parti, non come il presupposto al quale la norma ricollega l'effetto di escludere la giurisdizione, ma come una caratteristica materiale della lite, si dovrà ritenere che il difetto di giurisdizione possa essere eccepito anche dal cittadino italiano convenuto. Così MORELLI, op. ult. cit., p. 186. *Contra*, nel vigore del vecchio codice, ma senza adeguata motivazione, Cassazione 2 luglio 1941, n. 2004, in *Giur. comp. dir. int. priv.*, V, 1944, p. 96, con nota di MIELE M., conforme sul punto a quanto viene qui sostenuto.

viene variamente definito come patto, accordo, atto complesso⁴⁹ e via dicendo. Questo modo di vedere, che si ricollega ad una visione che si potrebbe dire tradizionale del fenomeno, è direttamente influenzato dalla considerazione che la deroga avviene spesso in seguito a compromesso o clausola compromissoria (per arbitrato estero)⁵⁰, la cui natura di negozio o di contratto è affermata generalmente, almeno quando li si consideri come gli atti che danno vita al procedimento arbitrale nazionale⁵¹. Di qui una serie di problemi, in ordine ad esempio alla legge regolatrice dell'atto, che non hanno cessato di dividere la dottrina⁵². Ora, in base alle affermazioni fatte sopra, sembra evidente che un simile modo di vedere non ha ragion d'essere di fronte alla norma negativa di competenza giurisdizionale quale risulta dall'art. 2.

Infatti la concorde volontà delle parti, ai fini della norma stessa, viene in considerazione unicamente come elemento di fatto del rapporto controverso, che come tale, se pure risulterà da un accordo separato o da una clausola compromisso-

⁴⁹ I termini «patto» e «accordo» sono usati entrambi promiscuamente dal MORELLI, *Diritto processuale*² cit., pp. 172-174: il secondo è quello più diffuso in dottrina. La qualifica dell'atto di deroga come «atto complesso» è accolta invece dallo IACCARINO, *Il c.d. atto di «deroga»* cit., p. 135 ss., che ne esclude il carattere negoziale.

⁵⁰ Si noti del resto che una norma positiva relativa alla deroga della giurisdizione fu per la prima volta introdotta nell'ordinamento italiano in seguito all'adattamento di questo al Protocollo di Ginevra del 24 settembre 1923 sulle clausole di arbitrato in materia commerciale, e che quindi la dottrina anteriore all'entrata in vigore del codice del 1942, nel discutere il problema dell'ammissibilità della deroga in via generale, non poteva non farvi riferimento, sebbene si negasse in genere qualsiasi influenza del principio accolto nel Protocollo sul diritto comune. Cfr. MORELLI, *Sulla validità della clausola di deroga* cit., in *Studi* cit., p. 131 ss. Ma la circostanza che il precedente della norma posta con l'art. 2 sia stato rappresentato, nell'ordinamento italiano, dalla norma posta per adattamento al Protocollo di Ginevra, e che il problema sia stato posto in questi termini dalla maggioranza della dottrina, con indubbia influenza sui compilatori del codice del 1942, non sembra sufficiente per indurre ad interpretare anche l'art. 2 come la norma convenzionale. Questa infatti è perfettamente in grado, data la sua origine internazionale, di considerare gli effetti di uno stesso atto in quanto operante in sistemi giuridici diversi, e di porre una correlazione tra di essi: mentre questa funzione non può essere esplicitata dalla norma interna, se manca il presupposto dell'equivalenza tra i vari mezzi di risoluzione delle controversie.

⁵¹ Sia pure ammettendo che a tale negozio conseguano rilevanti effetti di diritto processuale: cfr. per tutti VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli, 1953, p. 120 ss., e IACCARINO, *Il c.d. atto di «deroga»* cit., p. 102 ss.

⁵² Vedi nota 19. La rilevanza di questo punto agli effetti dell'argomento trattato sta nel fatto che è tendenza diffusa nella dottrina quella di subordinare la possibilità di funzionamento della norma di competenza giurisdizionale di cui all'art. 2 (che viene delineata come se il suo funzionamento consistesse nel ricollegare all'accordo delle parti un effetto preclusivo della giurisdizione italiana) alla validità sostanziale e formale di un accordo, che nel caso di arbitrato si identifica con il compromesso o la clausola compromissoria. Di conseguenza, prima di ammettere l'effetto negativo dell'accordo stesso, si dovrebbe sempre esaminare la validità dell'atto alla stregua di norme che dovrebbero essere il più delle volte ricavate dagli ordinamenti stranieri designati dalle norme di diritto internazionale privato come competenti a disciplinare l'atto. Così la recente sentenza della Cassazione (Sez. Un.) 2 maggio 1960, n. 968 (in questa *Rivista*, 1960, p. 686 ss.), con la quale la Suprema Corte ha mutato la propria precedente giurisprudenza.

ria, prescinde completamente da una valutazione intrinseca e privatistica dell'atto in sé stesso considerato: valutazione che, in ogni caso, non potrebbe mai essere compiuta dal nostro ordinamento, ma solo dall'ordinamento che assumerà la disciplina concreta del procedimento, anche qualora si tratti di clausola compromissoria che è pur sempre considerata, dal punto di vista dell'ordinamento italiano, in coerenza con il carattere giurisdizionalistico o per lo meno misto dell'arbitrato, come l'atto che dà vita al procedimento arbitrale straniero⁵³. Che del resto sia così risulta evidente dal fatto che la norma, prescrivendo il requisito dell'atto scritto, si preoccupa di porre direttamente una sia pure sommaria disciplina della manifestazione della volontà, delle parti, escludendo così ogni richiamo ad una legge sostanziale, interna o eventualmente desunta da altro ordinamento⁵⁴.

Il fatto dunque che l'art. 2 prenda in considerazione la volontà delle parti come elemento di fatto di un rapporto controverso, e non come accordo o patto considerato nella sua struttura privatistica, mentre ha ovviamente rilevanza per la risoluzione di una serie di altre questioni, importa anche ai fini del problema che si sta esaminando, in quanto permette di risolvere definitivamente in senso negativo il quesito relativo alla possibile valutazione diretta dell'atto di volontà da parte della norma di cui all'art. 2 – già negata in base ad altre considerazioni – e respingere quindi con certezza anche la prima interpretazione del pensiero della Cassazione⁵⁵, riguardo ad una possibile incidenza di quella norma sull'atto di volontà nel quale si concretano deroga della giurisdizione italiana ed accettazione di una giurisdizione straniera⁵⁶.

8. *L'art. 2 e l'utilizzazione dei procedimenti stranieri*

In base alle conclusioni esposte fin qui è dunque possibile affermare che il funzionamento della norma contenuta, nell'art. 2 si risolve nell'esclusione della

⁵³ È chiaro infatti che, se le premesse esposte sono esatte, un'indagine sulla validità intrinseca del compromesso o della clausola compromissoria per arbitrato estero non ha alcuna ragion d'essere dal punto di vista del nostro ordinamento, ma soltanto dal punto di vista dell'ordinamento straniero che assumerà la disciplina del procedimento. Si può certamente discutere sulla necessità di tener conto o meno di tale valutazione (*infra*, nota 64): ma questo è un problema distinto, nel quale si risolve quello relativo alla validità intrinseca dell'atto.

⁵⁴ Per questa osservazione cfr. GIULIANO, *La giurisdizione civile* cit., p. 95: «...l'art. 2 considera unicamente l'efficacia processuale degli atti di deroga, e più precisamente il loro effetto preclusivo sulla giurisdizione italiana. Indubbiamente, nel disciplinare tale effetto, il legislatore italiano avrebbe potuto benissimo subordinare l'effetto stesso alla validità ed efficacia sostantiva o privatistica degli atti di deroga. Ma di tale subordinazione non v'è traccia nella norma. Anzi, col parlare di una deroga convenzionale che risultasse da atto scritto, il legislatore ha dimostrato di voler disciplinare l'effetto preclusivo della giurisdizione italiana degli atti di deroga sotto ogni aspetto, anche formale».

⁵⁵ Vedi sopra, par. 3-4.

⁵⁶ In quanto evidentemente non esiste un atto unitario di volontà alla cui validità ed efficacia privatistica sia possibile ricollegare, in virtù delle norme di competenza giurisdizionale, gli effetti di criterio di collegamento, rispettivamente negativo e positivo.

giurisdizione italiana in ordine ad una categoria di rapporti controversi (cause relative ad obbligazioni), atteggiati nel senso di sottrarsi ai normali criteri di competenza giurisdizionale per l'intervento del criterio di collegamento negativo costituito dalla volontà delle parti della lite⁵⁷. Si deve correlativamente escludere nel modo più assoluto che il significato della norma sia invece quello di consentire, per la categoria di liti da essa direttamente contemplata, la possibilità di utilizzare dei mezzi di composizione diversi da quelli previsti e disciplinati dall'ordinamento italiano, con la conseguenza di escludere viceversa tale possibilità per tutte le altre categorie di rapporti litigiosi.

In particolare è da respingere l'ipotesi che i modi «diversi» di risoluzione delle controversie siano costituiti dai procedimenti giurisdizionali o arbitrali stranieri, le cui sentenze siano destinate ad essere rese esecutive in Italia in base ai procedimenti previsti dagli articoli 797 e 800 cod. proc. civ. Tale tesi trova una smentita addirittura testuale nell'art. 800 in relazione all'art. 2, in quanto che mentre la cosiddetta deroga della giurisdizione è consentita soltanto nei casi in cui le parti siano stranieri, o uno straniero ed un cittadino non residente né domiciliato in Italia, le sentenze arbitrali straniere sono invece ammesse al riconoscimento anche se pronunciate in liti nelle quali sia parte un cittadino italiano in Italia domiciliato o

⁵⁷ È importante sottolineare come le norme sulla competenza giurisdizionale si riferiscano sempre a rapporti litigiosi, ossia a controversie, e come in tal modo si sia ricondotti alla considerazione non del rapporto sostanziale, ma del rapporto controverso. Vedi su ciò MORELLI, *Diritto processuale*² cit., p. 90 ss., e ZICCARDI, *I criteri speciali* cit., pp. 62, 80 ss. Se non si tiene ben presente questo punto, e si sposta la considerazione sul rapporto giuridico sostanziale, il problema viene facilmente trasportato su di un piano che non è più quello del diritto positivo. Così ad esempio IACCARINO, *Il c.d. atto di «deroga»* cit., p. 60, che parla di punti di contatto di un rapporto obbligatorio con la giurisdizione, di «collegamento» dello stesso con l'una o con l'altra funzione giurisdizionale e di necessario collegamento con un solo ordinamento, quale conseguenza del principio della effettività delle giurisdizioni. Questo punto di vista, a quanto pare, può essere accettabile dal punto di vista di una ipotetica ripartizione di competenze effettuata da un ordinamento superiore a quelli nazionali: ma dal punto di vista dell'ordinamento processuale italiano non sembra dubbio che vi siano due sole alternative: o alcuni rapporti litigiosi sono soggetti alla giurisdizione, oppure non lo sono, e restano allora del tutto irrilevanti i collegamenti che in fatto i rapporti stessi possano avere con altri ordinamenti processuali. Non sembra, insomma, che le norme italiane di competenza giurisdizionale, nello stabilire i collegamenti positivi o negativi che una controversia deve avere con l'ordinamento interno, possano tener conto del collegamento che il rapporto sostanziale dovrebbe avere, secondo la manifestazione di volontà o di giudizio delle parti, con un ordinamento straniero. E ciò anche in quanto manca ogni corrispondenza tra questo collegamento e quello tenuto in conto dalle norme sulla competenza internazionale del giudice straniero, il quale ancor meno di quello è determinabile con riferimento al rapporto sostanziale. Se per esempio una sentenza straniera venisse pronunciata da un giudice che appartenesse ad altro ordinamento che non quello ritenuto «competente» dalle parti, la sentenza non dovrebbe – coerentemente – venire riconosciuta efficace in Italia nemmeno in presenza di altri criteri di competenza internazionale, se le norme sulla giurisdizione avessero assunto l'indicazione di quell'ordinamento da parte dei soggetti del rapporto come decisiva. Ma tale soluzione sarebbe evidentemente del tutto arbitraria.

Per l'osservazione che «soltanto ragioni concrete, adeguatamente valutate in sede positiva, decidono l'esclusione della giurisdizione rispetto a certe controversie...», e non quindi in via generale il rispetto di un principio di effettività delle giurisdizioni, cfr. ZICCARDI, op. ult. cit., p. 93.

residente. E se è vero che tale conclusione è valida solo per il procedimento arbitrale, non bisogna però dimenticare che la giurisdizione arbitrale e la sua disciplina per quanto riguarda la sua estensione nei rapporti internazionali sono regolate dal codice vigente, per concorde riconoscimento, in modo strettamente analogo alla giurisdizione ordinaria⁵⁸.

Eppure proprio questa è in sostanza la tesi sostenuta dalla recente giurisprudenza della Corte di cassazione⁵⁹. A questo proposito si può ancora rilevare che la tesi potrebbe essere sostenuta in via del tutto ipotetica qualora nell'ordinamento italiano le sentenze straniere fossero riconosciute, almeno nei loro effetti di cosa giudicata, automaticamente per il solo fatto di rispondere a determinati requisiti, così come accade in base ad alcuni sistemi convenzionali⁶⁰. Ma se invece la sentenza straniera, per avere efficacia nel nostro ordinamento, necessita di apposita dichiarazione attraverso il processo di delibazione, cosicché da strumento di attuazione giuridica, come nell'ordinamento di origine, diviene strumento di produzione giuridica, rilevando come fatto in sé e non come risultato di un procedimento, (ossia come espressione di attività giurisdizionale)⁶¹, è chiaro che la dichiarazione di efficacia in Italia non significa utilizzazione di un mezzo di composizione di controversie diverso da quelli previsti e disciplinati dall'ordinamento italiano. Per cui anche sotto questo aspetto il processo di delibazione risulta contemplato da un sistema di norme a sé stante e del tutto privo di contatti (se non indiretti, in virtù del rinvio operato dalla norma di cui all'art. 797 n. 1) con il sistema delle norme sulla giurisdizione.

La dichiarazione di efficacia in Italia di una sentenza straniera ha dunque tutt'altro significato che quello di rispecchiare una diretta rilevanza, per l'ordinamento italiano, di un procedimento proprio di un ordinamento straniero, come mezzo di risoluzione di controversie, come del resto si desume dal sistema di norme risultante dagli articoli 3, 797 n. 4 e 799 cod. proc. civ. Da tali norme infatti risulta che non soltanto la pendenza della lite all'estero, o la pronuncia di sentenza straniera, non passata in giudicato, ma neppure il passaggio in giudicato della sentenza straniera precludono la possibilità di svolgimento del processo interno: e

⁵⁸ Sulla estensione della giurisdizione italiana in materia arbitrale vedi MORELLI, *Diritto processuale*² cit., p. 152 ss., e MIGLIAZZA, *Arbitrati nazionali* cit., pp. 211-216.

⁵⁹ Cfr. la sentenza n. 2310 del 1961 citata alla nota 1. Manca però alla Corte la coscienza dei presupposti su cui la tesi sostenuta si potrebbe basare: infatti in altre occasioni la stessa Cassazione (cfr. la recente sentenza, anch'essa delle Sez. Unite, 18 settembre 1959, n. 2591, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, 1398) ha escluso, sia pure senza alcuna motivazione, che l'art. 2 preveda un caso di giurisdizione concorrente. Si deve anche notare come quest'ultima espressione possa essere utilizzata in più di un significato (la sentenza ora citata, infatti, la impiega a proposito dei casi previsti dall'art. 4 cod. proc. civ.), e debba quindi essere posta in rapporto a premesse di carattere generale. A conseguenze analoghe a quelle cui conduce la teoria della giurisdizione concorrente, può infatti condurre, in argomento, anche l'accoglimento della teoria dell'universalità della giurisdizione: vedi *infra*, par. 9.

⁶⁰ Vedi su questi MORELLI, *Diritto processuale*² cit., p. 384 ss.

⁶¹ In questo senso QUADRI, *Sentenza straniera* cit., pp. 144-146; MORELLI, op. ult. cit., p. 299.

che pertanto ogni attività giurisdizionale straniera non ha, come tale, alcun rilievo riguardo ai limiti della giurisdizione italiana, al di fuori della coordinazione che può essere ottenuta soltanto mediante un atto proprio dal processo italiano⁶². Se questo è esatto, e se in ogni caso il significato della norma che ammette la deroga della giurisdizione non può essere quello di stabilire dei casi nei quali in via di eccezione è consentita la sottrazione alla giurisdizione italiana di controversie altrimenti ad essa soggette, tale significato riducendosi all'esclusione della competenza giurisdizionale, in ordine ad una certa categoria di controversie (fornite di per sé di rilevanti elementi di estraneità ed atteggiate in un certo modo per l'intervento della volontà delle parti), non è dato di rintracciare evidentemente nessuna base, su cui possa fondarsi la tesi che sia ricavabile dall'art. 2 la determinazione di una categoria di controversie, in ordine alle quali la giurisdizione italiana si ponga come esclusiva.

In tale teoria, che si è riconosciuta sfornita di qualsiasi base positiva, è però possibile individuare l'influsso di concezioni più generali circa i fondamenti stessi del diritto processuale civile internazionale, delle quali è del resto avvertibile un riflesso anche in talune affermazioni della dottrina più autorevole, che non sembrano conciliarsi del tutto con le premesse che la dottrina stessa accetta. Si vuole alludere in particolare all'idea, riaffermata anche da Morelli⁶³, secondo cui in tanto la deroga sarebbe consentita dall'ordinamento italiano in quanto sussista, la possibilità che la lite sia decisa attraverso il procedimento straniero: che cioè l'effetto preclusivo della giurisdizione italiana sarebbe condizionato all'effetto positivo dell'accordo delle parti secondo l'ordinamento straniero designato⁶⁴. Mentre

⁶² In questo senso ZICCARDI, *I criteri speciali* cit., p. 94: «... la sentenza straniera non esclude la giurisdizione italiana, nemmeno se passata in giudicato, perché al contrario essa può essere fatta valere in un giudizio pendente soltanto se passata in giudicato, ma il giudizio continua egualmente, senza dunque che ne venga meno la fondamentale condizione della sussistenza della giurisdizione. La coordinazione delle giurisdizioni straniere con quella italiana avviene dunque esclusivamente attraverso un atto del processo italiano, e non fuori di esso; e tale atto è alternativamente o la domanda di delibazione principale di sentenza straniera che sia già passata in giudicato, ammissibile soltanto se prima di quel momento non si sia creata prevenzione a favore del giudice italiano (art. 797, n. 6); oppure la domanda per dichiarazione di efficacia in giudizio pendente, che presuppone anch'essa la precedenza della sentenza straniera passata in giudicato rispetto all'inizio del processo interno. Il quale ultimo non è dunque escluso dal passaggio in giudicato della sentenza straniera, restando così confermata la irrilevanza di ogni attività giurisdizionale straniera, rispetto ai limiti della giurisdizione italiana, nella quale la rilevanza della sentenza straniera si esplica solo nel momento in cui essa venga fatta valere con un atto proprio del processo interno».

Le sentenze dell'App. Genova, 18 ottobre 1955, e dell'App. Milano, 27 gennaio 1959, citate alla nota 3, affermano invece, stranamente, che la preclusione del processo italiano si verifica nel momento in cui la sentenza straniera passi in giudicato, in base all'art. 797 n. 6 cod. proc. civ.

⁶³ Così MORELLI, op. ult. cit., pp. 182-183, e già in *Legge regolatrice della clausola compromissoria per arbitrato estero*, in *Giur. comp. dir. int. priv.*, X, 1944. p. 75 ss., ora in *Studi* cit., p. 149 ss.

⁶⁴ Contrario a tale orientamento si è dichiarato di recente GIULIANO, *La giurisdizione civile* cit., pp. 90-91. Cfr. anche AMATO F., *Inderogabilità convenzionale della giurisdizione*, in *Novissimo digesto italiano*, VIII, Torino, 1962, p. 600. Per quanto riguarda l'argomento, di natura puramente let-

sembra che la necessità di tale correlazione possa essere negata, anche a prescindere dalle considerazioni fin qui svolte, già in base alla considerazione che al momento in cui viene in questione l'effetto preclusivo, può essere del tutto impossibile accertare se l'effetto positivo nei confronti di un ordinamento straniero potrà o meno verificarsi⁶⁵, è chiaro d'altronde che una simile impostazione dipende direttamente da alcuni postulati di carattere generale, che influiscono anche sulle affermazioni sopra ricordate della Cassazione. È perciò in questo senso che l'indagine dovrà brevemente orientarsi.

9. *Il concetto di giurisdizione esclusiva e le concezioni «universalistiche» della giurisdizione*

Si può rilevare in una notevole parte della dottrina e della giurisprudenza, specialmente meno recenti, una tendenza più o meno esplicita nel senso di considerare possibile l'effettuazione diretta da parte di un ordinamento statale di una ripartizione di competenze tra le varie funzioni giurisdizionali, che, nel caso dell'ordinamento italiano, sarebbe eseguita dalle norme sulla competenza giurisdizionale e dall'art. 797 n. 1, per mezzo del richiamo in esso contenuto a quelle norme⁶⁶. In

terale, per cui la subordinazione dell'effetto negativo a quello positivo risulterebbe dall'espressione della norma, che parla di deroga «a favore» di giudice straniero, sembra che l'unico significato di quell'espressione stia nel contrapporre i fenomeni di deroga a quelli che non producono lo stesso effetto, pur «sottraendosi» la lite al giudice italiano (es., compromesso per arbitrato italiano).

⁶⁵ Infatti non è casuale il fatto che la tesi sia sostenuta con particolare riguardo al procedimento arbitrale, nei confronti del quale è certo possibile stabilire se il compromesso o la clausola compromissoria sono idonei ad instaurarlo (cfr., a proposito del Protocollo di Ginevra del 1923, GIULIANO, *La giurisdizione civile* cit., p. 155 ss.). Ma la soluzione dovrebbe essere naturalmente la stessa anche riguardo al normale procedimento giurisdizionale straniero. La questione non dovrebbe quindi essere esaminata solo avendo riguardo al potere d'azione conferito in ipotesi dall'ordinamento straniero, ma anche alla possibilità di concreta instaurazione del processo sotto tutti gli aspetti, ad es. all'esistenza della competenza giurisdizionale del giudice straniero secondo il proprio ordinamento, all'eventuale idoneità della volontà a fungere da criterio di collegamento, e così via. L'esistenza di tutte queste condizioni potrebbe essere difficilmente accertata in un momento precedente all'instaurazione della lite, in quanto si debba anche per l'ordinamento straniero affermarsi la giurisdizione con riguardo alla configurazione concreta del rapporto processuale. La giurisprudenza d'altronde ha sempre avuto occasione di occuparsi del problema soltanto a proposito dell'arbitrato. A quanto risulta, l'unica decisione che affronta la questione a proposito di un procedimento giurisdizionale straniero è quella della Cassazione, 3 luglio 1941, n. 2004 (in *Giur. it.* 1941, I, 1, 793, e in *Giur. comp. dir. int. priv.*, X, 1944, p. 96, con nota di MIELE M.). Ma in questo caso, trattandosi di clausola che prevedeva la competenza dei Tribunali misti di Costantinopoli, ormai aboliti, l'efficacia della deroga fu negata in base alla considerazione che non era possibile presumere una volontà delle parti di adire invece di quelli i tribunali territoriali turchi: la clausola non poteva quindi essere eseguita. La Corte peraltro non si pose la questione della validità della clausola stessa secondo un ordinamento straniero.

⁶⁶ Così GHIRARDINI, *La litispendenza nel diritto processuale civile internazionale*, in questa *Rivista*, 1907, p. 230 ss.; BRESCHI, *Sulla esecutorietà in Italia delle sentenze contumaciali straniere*,

tal modo quest'ultima disposizione non soltanto sarebbe idonea a stabilire un certo collegamento – dal punto di vista dell'ordinamento del foro e per i soli fini della delibazione – tra il rapporto controverso e l'ordinamento cui appartiene il giudice che ha pronunciato la sentenza, ma si reputa atto addirittura a mostrare «a quale giudice spetti la competenza» a giudicare su di una determinata controversia⁶⁷.

Questa tesi si riconnette evidentemente ad una concezione universalistica della funzione giurisdizionale⁶⁸. In base a tale concezione⁶⁹ il procedimento straniero esisterebbe come mezzo di composizione delle controversie efficace almeno virtualmente non meno dei procedimenti previsti e disciplinati dall'ordinamento italiano e il trasferimento di una controversia dalla cognizione di un giudice italiano a quella di un giudice straniero avrebbe, sul piano internazionale, lo stesso significato che ha sul piano interno la proroga di competenza⁷⁰. Ma si è detto già in precedenza come allo stato attuale del nostro diritto positivo, come del resto già nel vigore del codice di procedura civile del 1865, un simile modo di vedere non può che ritenersi del tutto inaccettabile, data l'assoluta non equivalenza dei mezzi stranieri e di quelli nazionali per la soluzione delle liti, e la rilevanza soltanto eventuale, e comunque per mezzo di un apposito procedimento, della sentenza straniera. Sebbene una tale concezione non goda più in dottrina di alcun credito, tuttavia soltanto accettandola si potrebbe affermare, come fa la Cassazione⁷¹, che la norma di cui all'art. 2 sancisce un obbligo per il cittadino⁷² di non trasferire

ivi, 1909, p. 296 ss.; ID., *La competenza dei tribunali stranieri nel nuovo ordinamento del giudizio di delibazione*, Macerata, 1925, p. 32 ss.; SCAGLIONI, *Osservazioni sul giudizio di delibazione* cit., p. 96 ss.; BALLADORE PALLIERI, *I limiti di efficacia dell'ordinamento italiano*, in *Jus*, 1940, p. 85 ss. Ma qualche riflesso di questa tendenza si trova anche in autori più recenti che non accolgano esplicitamente questa tesi: cfr. ad es. le osservazioni di cui alla nota 57.

⁶⁷ Così SCAGLIONI, op. ult. cit., p. 98.

⁶⁸ Cfr. QUADRI, *Volontà delle parti* cit., p. 94 ss., e *ivi* bibliografia italiana e straniera.

⁶⁹ Sulla quale vedi anche IACCARINO, *Il c.d. atto di «deroga»* cit., p. 3 ss.

⁷⁰ Per ravvicinamento dei due problemi, almeno in certi casi, cfr. BALLADORE PALLIERI, *A proposito di proroga della competenza interna ed internazionale*, in *Il Foro della Lombardia*, 1935, col. 544 ss. Sugli effetti ricollegati alla volontà delle parti, specie in materia di proroga della competenza interna, vedi nella dottrina straniera, WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1895, spec. pp. 246 e 499 ss.; HELLWIG, *System des deutschen Civilprozessrechts*, I, Leipzig, 1912, p. 131; SCHÖNKE-SCHRÖDER-NIESE, *Zivilprozessrecht*, Karlsruhe, 1956, p. 190 ss.; e in Italia, SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931, *passim*, e *Commentario al codice di proc. civ.*, II, Milano, 1959, pp. 55-56 e 135.

⁷¹ In particolare nelle sentenze degli anni 1960 e 1961 citate alle note 1 e 2.

⁷² Si noti poi che, se il principio dell'esclusività della giurisdizione viene fatto coincidere con quello dell'inderogabilità, l'obbligo della sottoposizione di certe categorie di controversie alla giurisdizione italiana, dal punto di vista del nostro ordinamento ed in base all'art. 2, vincolerebbe non soltanto il cittadino, ma perfino lo straniero che sia parte in una lite con un cittadino italiano residente o domiciliato in Italia. Il risultato è veramente aberrante, e la Cassazione, considerando il solo caso di controversia di stato tra cittadini italiani, non se ne avvede: ma è conseguenza necessaria delle premesse enunciate.

la controversia da un giudice all'altro, ossia di non sottrarla al normale mezzo di composizione dato dai procedimenti italiani attribuendone la cognizione ad un giudice straniero, e spiegare in pari tempo come mai la norma dell'art. 2, che è norma sulla giurisdizione, possa spiegare l'efficacia di porre da sé sola una certa relazione tra giurisdizione italiana e giurisdizione straniera, considerata nel suo concreto spiegarsi⁷³. Da quel punto di vista infatti, e soltanto da esso, risulta per lo meno comprensibile come il fatto che sia riconosciuto il giudicato emesso da un organo giurisdizionale straniero possa essere considerato un fenomeno conseguente ad una deroga della giurisdizione, ossia al trasferimento della competenza da un organo ad un altro, e quindi vietato dalla norma che impedisce di sottrarre la cognizione della controversia al primo. Ma se invece tra i due fatti non v'è alcuna correlazione, cade la premessa e deve pertanto cadere anche la conseguenza.

Dal punto di vista che qui interessa ad analogo risultato può condurre l'accoglimento di una concezione dell'universalità o pienezza della giurisdizione. Sia pure infatti in via eccezionale, ed in virtù di un principio presente nel sistema, si avrebbe nel caso di deroga l'utilizzazione di un mezzo estraneo di composizione di controversie, come equivalente processuale dei mezzi previsti dall'ordinamento nazionale: anzi il mezzo estraneo verrebbe anch'esso ad inquadrarsi tra questi ultimi, sebbene soltanto sotto determinate condizioni. Il concetto di equivalente processuale o giurisdizionale, è anzi proprio di questa dottrina, che ne fa il centro della sua tesi⁷⁴.

Naturalmente esiste rilevante differenza tra una e l'altra teoria. Mentre infatti accogliendo la concezione dell'universalità della funzione giurisdizionale, il fenomeno della giurisdizione concorrente discenderebbe dai principi accettati circa la funzione stessa, e sarebbe perciò il presupposto della ammissibilità della deroga (e la premessa del ragionamento), secondo il principio della pienezza della giurisdizione, l'equivalenza del procedimento straniero sarebbe stabilita in via eccezionale dalla norma positiva che permetta la deroga in determinati casi, e in assenza della quale il principio dell'inesistenza di limiti logici alla giurisdizione avrebbe dovuto portare a negarne almeno in linea di principio l'ammissibilità.

Tale equivalenza, ed il fenomeno che ne risulta, è dunque secondo questa tesi conseguenza di una norma eccezionale inserita nel sistema: ma il risultato è identico a quello cui si perviene accettando l'idea della giurisdizione concorrente. In

⁷³ La norma assumerebbe in tal modo l'aspetto di una norma formalmente interna, ma sostanzialmente internazionale, a somiglianza di una tesi analoga sostenuta in passato a proposito della natura delle norme di diritto internazionale privato. Vedi su di essa AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934, p. 80 ss.

⁷⁴ Cfr. gli Autori citati alla nota 40, e IACCARINO, *Il c.d. atto di «deroga»* cit., p. 5 ss. Del CARNELUTTI vedi anche il *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 154 ss. Anche MORELLI utilizza la figura dell'equivalente processuale, ma non afferma che il procedimento straniero possa essere veramente tale, se non in senso puramente eventuale (*Diritto processuale*² cit., p. 177 ss.). Sulla concezione della pienezza della giurisdizione vedi da ultimo TARZIA, *Limiti della giurisdizione italiana nell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 397 ss.

entrambi i casi infatti viene affermata l'equivalenza tra un procedimento nazionale ed uno straniero.

In base a questa concezione, assai largamente presente in dottrina ed in giurisprudenza, almeno implicitamente, si spiega con facilità la riluttanza della dottrina ad ammettere che una norma sulla competenza, giurisdizionale possa sussumere la volontà privata come puro e semplice criterio di collegamento negativo, sia pure limitatamente a determinate controversie; e risulta chiara la necessità in cui essa viene a trovarsi di limitare al massimo ogni caso di sottoposizione della controversia ad un mezzo di composizione estraneo, caso di per sé considerato come eccezionale e derogatorio. Di qui pure la necessità che il procedimento straniero equivalente possa essere concretamente instaurato: la necessità quindi di stabilire la correlazione tra effetto positivo ed effetto negativo del cosiddetto atto di deroga, e della valutazione di esso alla stregua dell'ordinamento straniero⁷⁵.

Sembra però insuperabile anche contro questa tesi l'argomento che l'equivalenza del procedimento straniero è puramente eventuale. La norma inserita nel sistema attraverso l'art. 2 non può infatti avere modificato da sé sola la situazione in questo senso. Né la soluzione della controversia ad opera dell'ordinamento straniero può riportarsi, sia pure in via indiretta e mediata, all'ordinamento italiano, come sembra affermare quella dottrina, in altro modo che non sia quello del conferimento d'efficacia alla relativa sentenza straniera, ottenuta attraverso quel procedimento. Questo infatti è l'unico mezzo previsto a tale scopo dal nostro ordinamento. Per poter attribuire una simile funzione all'art. 2, si dovrebbe dunque poter constatare una modifica apportata ad opera di quella norma al sistema delle norme relative alla dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere: ma ciò non è evidentemente possibile.

Ciò che si deve notare è comunque che, affermando l'equivalenza (in via di principio, come gli antichi sostenitori della teoria dell'universalismo giurisdizionale, o in via di eccezione in virtù dell'art. 2, come la più recente dottrina) di un mezzo estraneo di risoluzione di controversie rilevanti per l'ordinamento italiano, si viene ad affacciare l'idea che nei casi in cui l'equivalenza sussiste sia lecito sottrarre la cognizione della lite alla giurisdizione italiana, e che ciò non sia possibile nei casi in cui quell'equivalenza manchi. E se si riflette che, come si è detto, l'unico mezzo per il quale la soluzione giurisdizionale o arbitrale straniera rileva per l'ordinamento italiano non può non essere la dichiarazione di efficacia della relativa sentenza, si può concludere, come la Cassazione, che la dichiarazione stessa è consentita solo nei casi in cui è consentita la deroga⁷⁶.

⁷⁵ In tal modo gli organi stranieri diverrebbero in un certo senso, attraverso il riconoscimento del requisito della competenza internazionale, organi della giurisdizione italiana, non diversamente da ciò che accade per gli arbitri «nazionali». Di qui la conseguenza che la norma posta dall'art. 2 diviene «incomprensibile», in quanto attribuisce «al compromesso ... un valore di deroga alla giurisdizione nazionale diverso a seconda che l'arbitrato previsto dalle parti sia o meno un arbitrato estero» (così MIGLIAZZA, *Arbitrati nazionali* cit., p. 220).

⁷⁶ Come esempio del modo in cui l'idea dell'universalità della giurisdizione, attraverso l'utiliz-

10. Competenza giurisdizionale e competenza legislativa

La rilevata tendenza a considerare il requisito – la cui esistenza è da controllarsi in sede di delibazione – della cosiddetta competenza internazionale del giudice straniero non come un collegamento concreto tra la controversia ed un ordinamento straniero, che a giudizio dell'ordinamento del foro è sufficiente per fare apparire giustificato *a posteriori* l'esercizio della giurisdizione straniera, ma come un requisito del processo straniero in sé e del giudice in relazione all'ordinamento cui appartiene, risolvendosi nel riconoscimento che il giudice era fornito del potere di giudicare, oltre ad essere, come già ricordato, in rapporto ad una concezione universalistica della giurisdizione, si spiega anche con una contaminazione tra questione di «competenza legislativa» e questione di competenza giurisdizionale che manca di qualsiasi giustificazione di fronte al nostro diritto positivo. Una confusione del genere può non di meno spiegare come si sia potuti giungere a delineare il concetto di giurisdizione esclusiva, anche se naturalmente non può spiegare come lo si sia posto in relazione alla norma contenuta nell'art. 2 cod. proc. civ.

Indubbiamente esiste una notevole analogia tra i mezzi tecnici usati dal legislatore per risolvere il problema così detto di competenza legislativa, e quelli utilizzati nel campo della competenza giurisdizionale e internazionale. In entrambi i casi, infatti, l'individuazione di alcune caratteristiche concrete relative alle persone, alle cose, ai fatti ed inerenti ai rapporti giuridici sostanziali o rispettivamente a quelli controversi, serve quale mezzo per conferire a quelle caratteristiche il valore di criterio di collegamento tra il rapporto sostanziale o litigioso e l'ordinamento o la giurisdizione, che ne sussume la disciplina sostanziale, o ne fornisce la risoluzione. E siccome i criteri di collegamento presentano le stesse caratteristiche e sono non di rado gli stessi, l'avvicinamento tra i due problemi viene ancora facilitato e reso quasi spontaneo. In sede positiva poi esistono importanti esempi di ordinamenti che considerano i due ordini di problemi sotto il medesimo angolo visuale⁷⁷. Così il Codice Napoleone, ancora tutto fondato sulla bipartizione tra sta-

zazione della figura dell'equivalente giurisdizionale e la relativa applicazione al caso della deroga, viene a porre un collegamento tra il principio che ispira la norma che prevede la deroga e quello che presiede alle norme sulla dichiarazione di efficacia di sentenze straniere, si possono vedere due passi del CARNELUTTI, entrambi assai significativi: nel primo (*Intorno al principio della pienezza della giurisdizione* cit., p. 227), si afferma che i limiti alla giurisdizione dello Stato non sono mai dovuti al disinteresse dello Stato stesso per le controversie, mentre nel secondo (*Sistema del diritto processuale* cit., p. 158) si dichiara che «il riconoscimento della sentenza straniera presuppone che il conflitto sia di quelli che presentano minore rilevanza – non quindi irrilevanza – per lo Stato italiano». Presupposto del riconoscimento sarebbe dunque la minore rilevanza del conflitto di interessi per lo Stato italiano, ossia proprio quella stessa caratteristica della controversia, in considerazione della quale sarebbe ammessa la deroga.

⁷⁷ Cfr. MIGLIAZZA, *A proposito dei concetti* cit., p. 246 ss., il quale fornisce una accuratissima ricostruzione storica delle norme di giurisdizione contenute nel sistema francese e di quelle italiane, che da esse derivano.

tuti personali e statuti reali, si basa in materia di giurisdizione sulle due norme fondamentali per cui sono conseguentemente criteri di giurisdizione in materia di azioni personali la cittadinanza francese delle parti, ed in materia di azioni reali il luogo di situazione della cosa; e correlativamente la formulazione unilaterale delle poche norme espresse di diritto internazionale privato comporta la particolare caratteristica delle norme sulla giurisdizione che risultano dall'art. 14⁷⁸.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano si può notare che il codice civile del 1865, con l'introdurre delle norme di diritto internazionale privato aventi una formulazione bilaterale, eliminò ogni ragione di confusione tra questione di giurisdizione e questione di diritto internazionale privato; confusione che fu però introdotta con conseguenze di una gravità notevole in seguito alla riforma dell'art. 941 cod. proc. civ. 1865, operata nel 1919 con il decreto-legge Mortara⁷⁹. È noto infatti che in seguito alla nuova formulazione di quella norma, l'indagine relativa alla sussistenza della competenza internazionale del giudice straniero doveva svolgersi, nel caso di sentenza pronunciata contro un cittadino italiano, in conformità alle disposizioni preliminari al codice civile, ossia alle norme di diritto internazionale privato. Quale che fosse l'interpretazione preferibile per quella norma⁸⁰, è tuttavia ben certo che un riferimento ai criteri utilizzati dalle norme italiane di diritto internazionale privato doveva essere comunque effettuato. E se si accettava l'interpretazione proposta dalla dottrina più autorevole, per la quale sarebbe stato internazionalmente competente il giudice di quello Stato, il cui ordinamento era competente a disciplinare il rapporto sostanziale, secondo le norme italiane di diritto internazionale privato, ne risultava una serie di controversie le quali, essendo relative a rapporti regolati dalla legge italiana, non avrebbero potuto venire risolte da sentenze straniere riconoscibili in Italia, dato che a queste avrebbe fatto appunto difetto il requisito della competenza internazionale del giudice straniero⁸¹.

In tal modo si poteva dunque configurare una vasta categoria di controversie

⁷⁸ Vedi lo studio citato alla nota precedente, e SPERDUTI, *La reciprocità nella giurisdizione sugli stranieri e nel riconoscimento delle sentenze di Stati esteri*, in *Comunicazioni e studi cit.*, II, p. 225 ss.

⁷⁹ La riforma dell'art. 941 cod. civ. 1865 fu attuata, come è noto, dal Guardasigilli Mortara con regio decreto-legge 20 luglio 1919, n. 1272, convertito nella l. 28 maggio 1925, n. 823, e fu voluta per restringere i limiti entro i quali era possibile il riconoscimento delle sentenze straniere in base al sistema precedente, ritenuto troppo liberale. In seguito a tale riforma l'indagine sulla competenza internazionale del giudice straniero in base al n. 1 dell'articolo, doveva condursi alla stregua dei principi generali di diritto internazionale, per determinare i quali, nell'ipotesi di sentenza pronunciata contro un cittadino italiano, doveva aversi particolare riguardo alle disposizioni preliminari del codice civile.

⁸⁰ Vedi per le varie interpretazioni proposte, MORELLI, *Circa l'indagine sulla competenza del magistrato straniero nel giudizio di delibazione*, in questa *Rivista*, 1927, p. 1 ss., ora in *Studi cit.*, p. 309 ss.; ID., *La competenza dell'autorità giudiziaria cit.*, spec. p. 339 ss.; ID., *Il diritto processuale¹ cit.*, pp. 332-33.

⁸¹ Così MORELLI, op. ult. cit., p. 332, nota 2.

rientrante nella cosiddetta giurisdizione esclusiva del giudice italiano, che, per effetto della correlazione istituita tra competenza legislativa e competenza giurisdizionale, erano costituite da tutte le liti relative a rapporti regolati dalla legge italiana: in specie quando questa fosse applicabile quale legge nazionale delle parti, e quindi sempre in materia di stato di cittadini italiani.

Dopo la semplificazione apportata dal codice di procedura civile del 1942 in ordine ai criteri per stabilire la competenza internazionale del giudice straniero (che viene determinata unicamente con riferimento ai criteri di competenza giurisdizionale del giudice italiano), nessun accenno a qualsiasi interferenza tra questione di competenza legislativa e questione di competenza giurisdizionale è più rintracciabile nel sistema della legge⁸². Ed infatti il concetto di esclusività della giurisdizione viene ricavato dalla giurisprudenza unicamente in base alla sforzata interpretazione dell'art. 2 che sopra si è vista. Ma proprio le ultime considerazioni fatte sono particolarmente atte a mostrare l'errore insito in una simile interpretazione. Mentre infatti il concetto di giurisdizione esclusiva, come ha da tempo sottolineato la dottrina migliore⁸³, può risultare unicamente dall'impossibilità di riconoscere in Italia una sentenza straniera in ordine ad una certa controversia, di modo che esso esprime il risultato di una indagine già compiuta in base ad altre norme (quelle relative alla competenza internazionale del giudice straniero), volerlo ricavare da una norma che ha per scopo unicamente la delimitazione della giurisdizione italiana significa fare di quel concetto la premessa di un'indagine e vedervi un ostacolo al conseguimento di un risultato, l'impossibilità di raggiungere il quale potrebbe solo portare ad affermarlo⁸⁴. Anche sotto questo profilo è evi-

⁸² Ciò naturalmente non impedisce che, esaminando i criteri di competenza giurisdizionale posti dall'ordinamento italiano, si possa riconoscere tra i motivi ispiratori dell'affermazione della giurisdizione in base a tali titoli anche l'interesse a far decidere dal giudice italiano le controversie alle quali siano applicabili norme sostanziali italiane. Così MIGLIAZZA, *A proposito dei concetti* cit., p. 254 ss. La tendenza a far coincidere i criteri di competenza legislativa e giurisdizionale è stata da tempo rilevata dal SALVIOLI (cfr. MORELLI, *Lacompetenza dell'autorità giudiziaria* cit., p. 341-42): ma allo stato attuale del nostro diritto assume rilievo, come si è detto, solo come motivo ispiratore di qualche criterio sancito positivamente, e non per affermare un rapporto tra i due sistemi di norme.

⁸³ Cfr. MORELLI, *La competenza dell'autorità giudiziaria* cit., p. 328 ss.; *Il diritto processuale*¹ cit., p. 322 ss.; *Diritto processuale*² cit., pp. 314-15; QUADRI, *Sentenza straniera* cit., p. 153. L'uso dell'espressione è assai frequente nella dottrina meno recente, ma quasi sempre senza che ne venga data giustificazione alcuna. Vedi ad es. GHIRARDINI, in questa *Rivista*, 1915, p. 127 ss.; BRESCHI, *La competenza* cit., p. 26 ss.; BETTI, *Sulla validità della clausola compromissoria per arbitrato estero secondo il diritto italiano*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, II, p. 288; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, sez. I, Napoli, 1934, p. 40. Il pensiero del PERASSI in proposito non è del tutto chiaro: sembra tuttavia che anch'egli usi l'espressione nel senso criticato (vedi la nota in questa *Rivista*, 1933, p. 246 ss., e *La competenza dei tribunali svizzeri* cit., in *Scritti* cit., II, p. 367 ss.). Cfr. ancora di recente SATTÀ, *Commentario* cit., I, p. 63.

⁸⁴ È comunque interessante rilevare che anche la dottrina e la giurisprudenza, che nel vigore del codice del 1865 facevano ricorso al concetto dell'esclusività della giurisdizione, non affermavano una coincidenza fra questo ed il principio dell'inderogabilità, quando quest'ultimo veniva affermato, nè la possibilità di dedurre l'uno dall'altro. Anche per esse infatti nderogabilità non significava e-

dente dunque l'arbitrarietà del tentativo di dedurre da una norma sulla giurisdizione un principio che esprime soltanto il risultato di un'indagine compiuta alla stregua di due sistemi di norme – quelle sulla giurisdizione e quelle sul riconoscimento delle sentenze straniere – che hanno diversa natura e mirano a scopi diversi⁸⁵: e che dunque, come tale, non è idoneo a costituire un principio alla stregua del quale uno di quei sistemi di norme possa venire interpretato.

Certo non si vuole negare la possibilità che in un ordinamento giuridico alcune categorie di controversie siano in via generale riservate alla cognizione degli organi giurisdizionali interni, escludendo di conseguenza la possibilità del riconoscimento di sentenze straniere che su di esse abbiano pronunciato⁸⁶. Si vuole solo negare, invece, che ciò avvenga nell'attuale ordinamento italiano, nel quale non esiste alcuna norma a cui si possa attribuire quella funzione.

11. *Giurisdizione esclusiva e convenzioni internazionali. La convenzione italo-svizzera sull'esecuzione delle sentenze del 3 gennaio 1933*

Esistono però nell'ordinamento italiano alcune norme, immessevi in esecuzione di alcuni accordi internazionali⁸⁷, che fanno esplicita menzione del concetto di

esclusività nè viceversa: e quando una correlazione tra i due principi era posta, ciò avveniva soltanto nel senso che, secondo alcuni, il problema dell'ammissibilità della deroga avrebbe potuto propriamente porsi soltanto nel caso di giurisdizione italiana esclusiva, nel qual caso l'ammissibilità veniva generalmente negata, ma per ragioni diverse dall'affermato carattere esclusivo della giurisdizione (GHIRARDINI, in questa *Rivista*, 1915, p. 127 ss.; BETTI, *Sulla validità della clausola cit.*, p. 286 ss. Cfr. anche PERASSI, *Norme convenzionali sulla competenza internazionale e norme interne sulla competenza giurisdizionale*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, III, Padova, 1939, p. 150 ss.; ora in *Scritti cit.*, II, p. 230). Vedi anche recentemente SATTA, op. loc. cit. alla nota precedente: «L'inderogabilità è assoluta: fuori dei limiti dell'art. 2 essa opera tanto se la giurisdizione italiana è esclusiva, quanto se è concorrente».

⁸⁵ Cfr. MORELLI, *Diritto processuale*² cit., pp. 88 ss. e 315.

⁸⁶ Questa soluzione in assenza di norme esplicite era sostenuta nell'ambito dell'ordinamento italiano, in tempo ancora anteriore alla riforma del 1919, dall'ANZILOTTI (in *Giur. it.*, 1896, I, 1, col. 520 ss., e in *Corso di lezioni di diritto internazionale privato*, Roma, 1916, p. 979 ss.), secondo il quale la natura delle questioni di stato ed il loro stretto rapporto con l'ordine pubblico avrebbero comportato che il rispetto della legge nazionale non avrebbe potuto essere assicurato se non a condizione che quella legge venisse applicata dai tribunali nazionali. Altrove (in questa *Rivista*, 1908, p. 174 ss.) lo stesso autore desumeva l'esclusività della giurisdizione dalla circostanza che l'ordinamento italiano avrebbe escluso, negli articoli 105 e 106 cod. proc. civ. 1865, la competenza giurisdizionale del giudice italiano in controversie di stato e di famiglia tra stranieri.

⁸⁷ Così l'art. 5 n. 2 della II convenzione dell'Aja del 12 giugno 1902 sui conflitti di leggi e di giurisdizioni in materia di divorzio e separazione personale (esec. l. 7 settembre 1905, n. 523), in base al quale, in deroga al principio generale della convenzione per cui la domanda di divorzio e di separazione può essere proposta avanti la giurisdizione competente del luogo ove i coniugi hanno il domicilio, «la giurisdizione nazionale è riservata, in quanto essa sia esclusivamente competente per le azioni di divorzio e di separazione». Cfr. MORELLI, *Diritto processuale*² cit., pp. 234-35.

Analogamente l'art. 19 n. 7 della convenzione italo-turca del 10 agosto 1926 (esec. l. 26 aprile

«giurisdizione esclusiva». Queste norme però si limitano a fare riferimento ad eventuali casi di esclusività della giurisdizione stabiliti dal diritto interno degli Stati contraenti, e lasciano pertanto del tutto impregiudicata la questione di sapere se questo ne preveda o meno. Nonostante il fatto che una norma internazionale abbia per sua natura l' idoneità, a differenza di una norma di diritto interno, la quale non può influire sul modo di essere dell'ordinamento giuridico di altri Stati, di predeterminare delle categorie di controversie, in relazione alle quali i singoli Stati destinatari di tali norme sono obbligati a configurare in un certo modo il proprio ordinamento interno, comprendendole od escludendole dai limiti della giurisdizione⁸⁸, le norme di origine internazionale, che si considerano, si limitano, invece, a subordinare gli obblighi sanciti dalle relative convenzioni alla condizione che nell'ordinamento interno di uno Stato contraente non esistano norme aventi un certo contenuto.

Esaminiamo dunque la così detta clausola di riserva della giurisdizione esclusiva contenuta nella convenzione italo-svizzera sulla esecuzione delle sentenze del 3 gennaio 1933, di cui la più recente sentenza della Cassazione già citata ha fatto applicazione⁸⁹. L'articolo 2 di detta convenzione, dopo aver posto nel primo comma sette criteri di competenza internazionale, quattro generali e tre speciali, subordina nel secondo comma il funzionamento dei quattro criteri generali alla circostanza che il diritto dello Stato richiesto non riconosca come esclusivamente competenti, rispetto a quella data controversia, le giurisdizioni dello Stato stesso o quelle di un terzo Stato: nel qual caso soltanto i tre criteri speciali, contenuti nello stesso articolo, e quelli desumibili dalle norme vigenti nell'ordinamento interno dei due Stati⁹⁰, potrebbero fondare la competenza internazionale del giudice di uno dei due Stati richiesta in via generale dalla norma contenuta nell'art. 1 della convenzione.

L'interpretazione di questa clausola di riserva della giurisdizione esclusiva non

1930, n. 1076) richiede, per la sussistenza della competenza internazionale del giudice che ha pronunciato la sentenza, la condizione che «la controversia non sia di competenza esclusiva dei tribunali del paese richiesto». Cfr. MORELLI, *Diritto processuale*², cit., p. 397, e *Riconoscimento di sentenza turca di divorzio*, in *Foro it.*, 1949, I, col. 597 ss., ora in *Studi cit.*, p. 413 ss.

Infine la convenzione italo-svizzera del 3 gennaio 1933 (art. 2 comma 2; esec. l. 15 giugno 1933, n. 743) e la convenzione italo-germanica del 9 marzo 1936 (art. 1; esec. l. 14 gennaio 1937, n. 106) subordinano il funzionamento di alcuni criteri di competenza internazionale alla condizione che il diritto interno dello Stato richiesto non riservi la competenza esclusiva in ordine alla controversia ai giudici dello Stato stesso o a quelli di un terzo Stato. Cfr., ancora MORELLI, *Diritto processuale*² cit., pp. 406 e 411.

⁸⁸ Così MORELLI, op. ult. cit., p. 90.

⁸⁹ Vedi la sentenza n. 1820 del 1962, citata alla nota 4.

⁹⁰ Ciò almeno secondo l'interpretazione che sembra più accettabile. MORELLI, op. ult. cit., p. 404. Seguendo altre interpretazioni, invece (cfr. BALLADORE PALLIERI, *Dei principi di competenza internazionale secondo la convenzione italo-svizzera 3 gennaio 1933*, in *Giur. comp. dir. int. priv.*, III, 1938, p. 105 ss.) la condizione, cui la convenzione subordina il ricorso alle norme interne, non potrebbe mai verificarsi, dato il carattere completo delle norme di competenza internazionale contenute nella convenzione stessa.

è pacifica in dottrina, né la giurisprudenza ha mai avuto occasione di precisarne la portata⁹¹. Mentre infatti secondo Morelli il funzionamento dei criteri generali posti dall'art. 2 della convenzione sarebbe subordinato ad una pluralità di collegamenti, esistente tra la controversia ed almeno due Stati diversi dalla Svizzera, oppure tra uno Stato straniero – che non fosse quello svizzero – e lo Stato italiano⁹², secondo altri, pur facendosi in ogni caso ricorso nell'ambito dell'ordinamento italiano all'art. 797 n. 1 (idoneo a determinare, in relazione alle norme sulla competenza giurisdizionale di cui agli articoli 2-5 cod. proc. civ., quali siano gli Stati le cui sentenze su quella data controversia possano essere riconosciute in Italia), si dovrebbe aver riguardo soltanto al fatto che non venissero riconosciute in Italia, riguardo a quella controversia, sentenze straniere da qualsiasi Stato provenissero, oppure che fossero riconosciute unicamente sentenze provenienti da un terzo Stato, con esclusione anche della competenza giurisdizionale italiana: ma ciò non per assenza di collegamenti tra la controversia ed altri Stati diversi dalla Svizzera, bensì per riserve di altra natura, eventualmente esistenti nell'ordinamento italiano⁹³. Cosicché mentre l'esistenza di un solo collegamento con l'ordinamento italiano oltre che con la Svizzera potrebbe non comportare l'esclusività della giurisdizione italiana, per converso l'esistenza di una pluralità di collegamenti non sarebbe incompatibile con l'esclusività, quando secondo il diritto interno uno dei criteri fosse ritenuto necessariamente tale da escludere il funzionamento di tutti gli altri⁹⁴.

Tra le due interpretazioni sembra da preferirsi la seconda, anche per la considerazione che, seguendo la prima, verrebbe a svuotarsi praticamente di ogni significato la posizione dei criteri generali di collegamento sanciti dall'art. 2 della con-

⁹¹ Cfr. Appello Roma, 27 novembre 1934. in *Foro it.*, 1935, I, 51, con nota di A. P. S. Ciò si spiega agevolmente ritenendo che la giurisprudenza abbia felicemente intuito l'inesistenza nell'ordinamento italiano di casi di giurisdizione esclusiva, per cui non si è trovata nella necessità di far ricorso alla clausola. Nemmeno casi di giurisdizione esclusivamente riservata ad un terzo Stato sembrano individuabili allo stato attuale del nostro ordinamento (non potrebbe evidentemente ritenersi tale la riserva di giurisdizione a favore dei Tribunali ecclesiastici, i quali non appartengono ad alcuno Stato). Cfr. PERASSI, *Norme convenzionali* cit., in *Scritti cit.*, II, p. 230.

⁹² MORELLI, *Diritto processuale*² cit., p. 406. Infatti, quando la controversia fosse collegata con lo Stato italiano e con quello svizzero, la competenza internazionale del giudice svizzero deriverebbe dalla norma generale italiana (art. 797 n. 1), che concorre in ogni caso con quelle della convenzione, e non da queste ultime. Cfr. nota 90.

⁹³ PERASSI, *Norme convenzionali sulla competenza giurisdizionale e norme interne sulla competenza internazionale*, in *Annuario dir. comp. e studi legislativi*, XXI, 1946, p. 8 ss., ora in *Scritti cit.*, II, p. 233, spec. p. 245. Non del tutto chiaro è GIULIANO (Michele), *La convenzione italo-svizzera relativa al riconoscimento e all'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale*, in questa *Rivista*, 1933, p. 172 ss. Aderisce alla tesi di PERASSI il QUADRI, *Sentenza straniera* cit., p. 153, nota 50.

⁹⁴ È chiaro che la tesi di MORELLI è l'unica che mantenga con rigorosa coerenza il parallelismo tra il concetto di esclusività della giurisdizione, quale può essere usato – sia pure impropriamente – nel diritto interno, e quale appare nella convenzione. Nulla vieta, peraltro, di ritenere che questa dia all'espressione un significato particolare, non suscettibile di applicazione fuori dei rapporti convenzionali tra i due Stati contraenti. Di riserve del genere, d'altronde, non consta che nessuno sostenga attualmente l'esistenza.

venzione, privando così quest'ultima di un reale contenuto obbligatorio⁹⁵. Si deve però riconoscere che in tal modo si pone – nell'ambito delle norme risultanti dall'adattamento al diritto internazionale convenzionale – un concetto di giurisdizione esclusiva che non può venire in alcun modo utilizzato in base alle norme generali: il che non comporta d'altronde alcuna conseguenza quando si riconosca, come non è possibile non riconoscere, che l'ordinamento italiano non conosce allo stato attuale alcun collegamento presentato da una controversia con lo Stato italiano o con un terzo Stato, che sia di per sé rilevante ad esclusione di ogni altro⁹⁶.

È evidente comunque che quando si affermi – con la sentenza n. 2310 del 1961 della Cassazione – che l'inderogabilità della giurisdizione, a norma dell'art. 2, comporta l'esclusività della stessa (nel senso che esclude la possibilità di far ricorso a mezzi stranieri di composizione di liti, che possano essere efficaci nell'ordinamento interno), si dovrebbe escludere anche qualsiasi incidenza sui principi in questione di quelle convenzioni internazionali che, come quella tra Italia e Svizzera, contengono la clausola di riserva della giurisdizione esclusiva. Benché la sentenza n. 1820 del 1962 non contenga alcun cenno in argomento, sarebbe stato dunque ben facile, se la Corte avesse ragionato sulla base del concetto di esclusività della giurisdizione, riconoscere nelle controversie in materia di stato tra cittadini italiani delle controversie rispetto alle quali «il diritto interno dello Stato richiesto riconosce come esclusivamente competenti le giurisdizioni dello Stato stesso», a norma dell'art. 2 secondo comma della convenzione italo-svizzera del 1933, e negare così la possibilità del riconoscimento della relativa sentenza straniera. Il non aver seguito questa soluzione, che sarebbe stata confortata dal precedente delle Sezioni Unite, costituisce un esatto risultato, che va senz'altro ascritto a merito della Cassazione⁹⁷.

12. Osservazioni conclusive

Le considerazioni svolte fin qui e le conclusioni cui si è ritenuto necessario giungere non escludono minimamente la consapevolezza del fatto che le tesi com-

⁹⁵ QUADRI, op. loc. cit. alla nota 91. Assolutamente eccezionale sarebbe infatti l'eventualità di fare applicazione dei criteri di competenza stabiliti nei numeri 1 a 4 dell'art. 2 della convenzione, che si verificherebbe soltanto nel caso di una pluralità di collegamenti con Stati diversi dalla Svizzera in base all'art. 797 n. 1 cod. proc. civ. (cfr. MORELLI, *Diritto processuale*², cit., p. 406).

⁹⁶ Nemmeno quella giurisprudenza, qui considerata, che afferma l'esclusività della giurisdizione italiana in una serie estesissima di casi, giunge infatti ad una ammissione del genere: ma tenta di ricollegare la soluzione ad una norma positiva quale l'art. 2.

⁹⁷ La possibilità di riconoscere efficacia alla sentenza straniera di annullamento del matrimonio civile tra i coniugi italiani avrebbe potuto essere negata, accogliendo l'ordine di idee esposto dalla sentenza n. 2310 del 1961, quale che fosse l'interpretazione che la Corte avesse preferito riguardo all'art. 2 della convenzione. Infatti, secondo quell'ordine di idee, le controversie di stato tra cittadini italiani risulterebbero riservate alla giurisdizione esclusiva italiana in base all'art. 2 cod. proc. civ., cui l'adattamento dell'ordinamento italiano alla convenzione italo-svizzera non avrebbe comunque potuto apportare modifica alcuna.

battute sono state enunciate in casi nei quali, trattandosi di controversie in materia matrimoniale tra cittadini italiani, è sempre stata tenuta particolarmente presente dai giudicanti l'esigenza di attuare la tutela più rigida possibile dell'istituto matrimoniale, in omaggio ai principi del *favor negotii* e dell'indissolubilità del vincolo, in base spesso ad una generica sfiducia verso i magistrati stranieri⁹⁸. Ma quei principi, per quanto fondati e meritevoli di tutela appaiano, possono trovare sicuramente una salvaguardia in altri mezzi predisposti a tale specifico fine dal nostro ordinamento giuridico. Che l'unica via per raggiungere quello scopo sia quella di forzare la lettera e lo spirito della legge, e di ricorrere a concetti e principi dei quali una lunga elaborazione dottrinale e giurisprudenziale ha posto da tempo in luce l'inconsistenza e l'insostenibilità, è sicuramente da escludere⁹⁹.

D'altro lato il fatto che i risultati cui giunge la Cassazione siano stati resi possibili, come si è potuto constatare, dall'accoglimento di premesse e teorie di carattere generale¹⁰⁰, sebbene la dottrina più autorevole, pur avendo enunciato quelle premesse, abbia poi raggiunto sul punto specifico risultati ben diversi, mentre spiega forse perché questi ultimi non abbiano potuto affermarsi con quella larghezza che la loro forza persuasiva comporterebbe, costituisce un motivo che dovrebbe senz'altro indurre ad una rimediazione dell'esattezza di quelle premesse.

⁹⁸ La tendenza a raggiungere lo stesso fine in base ad un ordine di considerazioni ugualmente poco fondato di fronte al nostro diritto positivo (in materia di controllo sulle prove poste dal giudice straniero alla base del proprio convincimento, nel giudizio di delibazione) è stata posta recentemente in luce da BONSIGNORI, *Disorientamenti giurisprudenziali a proposito dell'art. 797 n. 7 c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1902, p. 757 ss., il quale parla di «substrato psicologico» per cui «è presumibile che alla coscienza dei giudicanti o quanto meno alla loro sensibilità rispetto al corrente indirizzo politico – volto alla intransigente difesa dell'istituto del matrimonio – repugnasse recepire nel nostro ordinamento giudicati che in Italia non si sarebbero potuti formare, almeno in base a tali prove».

⁹⁹ Afferma la possibilità di fare applicazione, nella materia di discorso, dei principi dell'ordine pubblico e della frode alla legge, il DURANTE, *La volontà delle parti come criterio di competenza cit.*, p. 245. Per un recente riesame del problema della c.d. frode alla legge, cfr. MARIDAKIS, *Réflexions sur la question de la fraude à la loi d'après le droit international privé*, in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, I, Paris, 1960.

¹⁰⁰ Quando il presente lavoro era già stato completato ho potuto vedere l'opera del MIGLIAZZA, *La rilevanza dell'accordo privato sul richiamo a norme e a procedimenti estranei* (Milano, 1962, estratto da *Studi Urbinati*), nella quale l'a., partendo da un punto di vista del tutto diverso da quello da cui si sono prese qui le mosse, compie un riesame generale dell'intero problema relativo alla natura ed alla funzione della norma di cui all'art. 2 cod. proc. civ., considerata in rapporto alle premesse generali relative alla determinazione dell'ambito del potere giurisdizionale. In essa, infatti, l'a. afferma la necessità di porre in modo unitario il problema della valutazione dell'atto di deroga a favore di una giurisdizione o di un arbitrato straniero, e quello della valutazione dell'accordo con il quale si richiama un ordinamento straniero per disciplinare la sostanza e gli effetti di una obbligazione contrattuale: e individua nel nesso di pregiudizialità lo strumento tecnico mediante il quale in entrambi i casi le valutazioni dell'ordinamento richiamato vengono tenute in conto da quelle dell'ordinamento richiamante.

I presupposti della competenza internazionale del giudice straniero e i limiti del loro esame nel giudizio di delibazione *

1. La sentenza della Corte di cassazione del 10 luglio 1962, n. 1820, offre lo spunto per l'esposizione ed il commento di alcuni principi, che essa enuncia o presuppone, in materia di controllo, da parte del giudice della delibazione, della sussistenza della competenza del giudice straniero. La decisione non contiene in apparenza altro che l'ovvia applicazione di alcuni principi ormai noti e consolidati in dottrina ed in giurisprudenza. In realtà però, ad un esame più approfondito, essa si rivela fondata sulla risoluzione implicita di alcune delicate questioni in tema di delibazione di sentenze straniere in materia matrimoniale; e, del resto, proprio l'aver fatto in questa materia fedele applicazione del sistema vigente, in modo rispondente agli autentici lineamenti dell'istituto, rende la sentenza degna di essere segnalata. Con essa la Corte di cassazione si limita ad essere interprete del diritto, senza svolgere quell'opera sostanzialmente di legislatore alla quale precedenti decisioni in materia tendevano: se infatti i principi di diritto ivi enunciati avessero segnato l'inizio di una uniformizzazione giurisprudenziale nel senso voluto, essi avrebbero portato ad innovare profondamente al sistema vigente del nostro diritto processuale civile internazionale, che è materia, come è noto, particolarmente sensibile all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

La Corte doveva anzitutto stabilire se fossero fondate le censure mosse dal P. M. ricorrente alla sentenza dei giudici di merito, i quali, investiti, in sede di delibazione di sentenza svizzera di annullamento, tra cittadini italiani, di matrimonio celebrato in Italia avanti a ministro di culto acattolico, dell'indagine relativa alla sussistenza della competenza internazionale del giudice svizzero, avevano ritenuto di individuare un criterio di collegamento nel domicilio del convenuto in Svizzera. In base alla Convenzione italo-svizzera del 3 gennaio 1933 (es. legge 15 giugno 1933, n. 743) sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale, applicabile nella specie, la competenza internazionale del giudice di uno dei due Stati, richiesta in via generale dall'art. 1 della Convenzione

* Il presente articolo, pubblicato in *Giurisprudenza italiana*, 1964, IV, pp. 23-32, costituisce un commento alla sentenza della Corte di cassazione, 10 luglio 1962, n. 1820, pubblicata nello stesso fascicolo, I, 1, col. 232.

per il riconoscimento delle sentenze da esso provenienti, deve ritenersi sussistente quando sussista uno dei criteri posti dall'art. 2, oppure, in mancanza di regole convenzionali, quando sussista in base alle norme generali interne dello Stato in cui la delibazione è richiesta¹. Tra i criteri previsti dall'art. 2 figura il domicilio del convenuto, determinato nel modo stabilito dall'articolo 12 (luogo in cui la persona risiede con l'intenzione di stabilirvisi e, in mancanza di un tale luogo negli Stati contraenti, il luogo ove la persona ha la sede principale dei suoi interessi): esso era dunque certamente, nella specie, criterio di competenza internazionale del giudice svizzero. La decisione sfuggiva pertanto, sotto questo profilo, ad ogni critica. Ma il ricorrente sosteneva che in realtà la sentenza delibata aveva dimostrato non il domicilio, ma la semplice dimora della convenuta in Svizzera: onde non essendo stata provata la sussistenza dell'elemento di collegamento, la dichiarazione di efficacia avrebbe dovuto negarsi. Rileva però la Cassazione, che il giudice della delibazione ha un proprio potere autonomo di accertamento in ordine alla esistenza delle condizioni per la dichiarazione di efficacia della sentenza straniera, non essendo egli vincolato da quanto è stato in proposito esplicitamente o implicitamente ritenuto dalla sentenza medesima: in armonia con la qualificazione della competenza internazionale del giudice straniero come «condizione dell'azione».

Questo principio è in sé da condividersi, ed è accolto ormai unanimemente dalla dottrina e dalla giurisprudenza². Ma esso deve forse essere precisato nella sua portata. Si può infatti osservare che le questioni che si possono presentare a questo proposito sono due, logicamente diverse ancorché a volte inscindibilmente unite. Si tratta anzitutto di tener ben presente il significato e la portata del concetto di competenza internazionale del giudice straniero ai fini della delibazione, alla luce del principio per cui l'accertamento della competenza stessa non significa accertamento della competenza giurisdizionale del giudice straniero (che come tale non potrebbe non risultare dagli accertamenti contenuti nella decisione straniera). La competenza internazionale e i criteri sui quali essa è fondata nulla hanno a che vedere con la competenza giurisdizionale del giudice straniero, e con i criteri che stanno alla base di questa secondo l'ordinamento giuridico straniero. Mentre infatti quest'ultima esprime un concetto relativo all'ordinamento straniero – indi-

¹ Sulla Convenzione italo-svizzera del 3 gennaio 1933 vedi per tutti, anche per notizie bibliografiche, MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*², in *Trattato di diritto internazionale diretto da Balladore Pallieri, Morelli e Quadri*, Sez. II, vol. IV, Padova, 1954, pag. 403 e segg., e, in Svizzera, GULDENER, *Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz*, Zürich, 1951, pag. 129 segg., spec. 140 segg.

² Si tratta di un'affermazione ormai comune nella giurisprudenza della Suprema Corte: cfr. Cass., 22 luglio 1960, n. 2085, in *Giur. ital.*, 1960, I, 1, 1337; Id., 22 luglio 1960, n. 2086, in *Foro ital.*, 1960, I, 1302; Id., 14 luglio 1956, n. 2672, in *Giust. civ.*, 1956, I, 1855, nota BOLOGNA; Id., 18 giugno 1955, n. 1889, in *Giur. ital.*, 1956, I, 1, 508, e *Riv. dir. intern.*, 1956, 580; Id., 11 ottobre 1954, n. 3554, in *Giust. civ.*, 1954, I, 2338. In dottrina cfr. per tutti MORELLI, *Diritto processuale*², cit., pag. 303.

cando quel collegamento, tra la giurisdizione straniera e la controversia, che legittima, *dal punto di vista dell'ordinamento straniero*, l'esercizio della giurisdizione in ordine ad una lite avente certi elementi di estraneità rispetto allo Stato estero –, la competenza internazionale esprime invece un concetto relativo all'ordinamento italiano, e vuole indicare quel collegamento che, *dal punto di vista di quest'ultimo*, deve sussistere tra una controversia e l'ordinamento del giudice che ha pronunciato la sentenza, perché l'intervento di quello possa ritenersi giustificabile nel caso concreto, e la sua pronuncia riconoscibile³. La completa autonomia di un problema rispetto all'altro è provata dal fatto che le norme in base alle quali si deve giudicare della competenza internazionale del giudice straniero sono norme interne italiane (artt. 2-5 cod. proc. civ., in quanto richiamati dall'art. 797, n. 1, stesso codice: o, in questo caso, le norme interne poste per adattamento alla menzionata convenzione italo-svizzera), mentre quelle in base alle quali il giudice straniero ritiene la propria giurisdizione sono norme appartenenti al sistema giuridico cui esso appartiene (in questo caso, art. 7 h della legge federale svizzera del 1891 sui rapporti civili dei dimoranti e dei domiciliati). Le prime nulla hanno perciò a che fare con le seconde, nemmeno nel caso che esse siano poste – come nella specie sottoposta all'esame della Cassazione –, per adattamento a norme convenzionali, in quanto, anche in questo caso, i criteri di competenza internazionale dei rispettivi giudici saranno (almeno parzialmente) gli stessi nei due Stati, ma non incideranno sulle differenze esistenti tra le norme relative alla competenza giurisdizionale presenti nell'uno o nell'altro ordinamento (che oltretutto potrebbero fondarsi su principi del tutto diversi: non è detto ad esempio che tutti gli ordinamenti assumano come determinante la cittadinanza del convenuto, come l'art. 4 codice proc. civ. italiano).

Da tutto ciò consegue che può ben avvenire che la competenza internazionale del giudice straniero sia fondata su fatti del tutto diversi da quelli in base ai quali esso ha ritenuto la propria giurisdizione sulla lite. Oppure che, essendo i fatti gli stessi, essi siano da qualificarsi diversamente nei due casi: ad es., come semplice dimora, o domicilio, o residenza. Fino a questo punto, l'autonomia del giudice della delibazione nell'accertamento della competenza internazionale del giudice straniero si giustifica semplicemente per essere la relativa indagine appartenente all'ordinamento giuridico italiano, e del tutto indipendente da quella svolta dal giudice straniero ai fini dell'accertamento della sussistenza della propria giurisdizione.

Ma può darsi invece che, pur tenendo correttamente distinte le due diverse indagini, il giudice della delibazione finisca per fondare la competenza internazionale su quegli stessi fatti sui quali il giudice straniero ha fondato la propria giurisdizione. In tal caso si manifesta un nuovo e diverso profilo dell'inesistenza di un vincolo del giudice della delibazione a quanto ritenuto dalla sentenza straniera:

³ Per questa configurazione, accolta dalla migliore dottrina, cfr. MORELLI, *Diritto processuale*², cit., pag. 313 segg.

oltre a non essere vincolato al criterio su cui il giudice straniero ha basato la propria giurisdizione, o alla qualificazione che quegli vi ha dato, esso non è neppure vincolato ai fatti quali sono stati accertati nel processo straniero, e può quindi procedere a nuovo ed autonomo accertamento dei fatti stessi in base alle risultanze del processo. Si affaccia qui il secondo aspetto della questione, cui si accennava sopra, e che attiene, non ad un accertamento di fatti diversi da quelli ritenuti nella sentenza straniera, non ad una diversa qualificazione degli stessi fatti, ma ad un diverso accertamento degli stessi fatti valutati dal giudice straniero al fine dell'indagine circa la propria giurisdizione (accertamento che potrà poi svolgersi nell'ambito di una identica qualificazione, o accompagnarsi ad un mutamento di essa).

Ora, in relazione a quest'ultimo accertamento, potrebbe pensarsi che esso urtasse contro il carattere di mera legittimità proprio del giudizio di delibazione, e contro il divieto di riesame del merito sancito in via generale dall'articolo 798 cod. proc. civ. e ribadito dal secondo comma dell'art. 4 della Convenzione italo-svizzera. È per superare questo dubbio che si è chiarito in dottrina come l'indagine attenga pur sempre all'accertamento di una condizione dell'azione di delibazione, e non si risolva in un riesame del merito della causa svoltasi avanti al giudice straniero⁴. Riesame del merito che ovviamente non ha nulla a che fare con il merito del giudizio di delibazione, il quale consiste appunto nel controllo della sussistenza dei requisiti prescritti perché si possa far luogo alla dichiarazione di efficacia della sentenza straniera⁵.

È naturalmente in base alle particolarità dei casi di specie, quali risultano dai fatti del processo, che si dovrà decidere quale delle diverse indagini sopra indicate debba essere compiuta da parte del giudice della delibazione. Tenendo presenti queste considerazioni si spiega dunque come la concisa motivazione della Suprema Corte, ancorché non permetta di dichiarare con assoluta certezza entro quali limiti il giudice della delibazione avesse dovuto allontanarsi dagli accertamenti contenuti nella sentenza straniera, conduca in definitiva ad una soluzione corretta e da approvarsi. Si noti soltanto come non si possa affermare in via del tutto generale che in ogni caso l'autonoma valutazione della documentazione esibita, come giudizio di fatto, è incensurabile in Cassazione; e come nella specie fosse perfino superfluo richiamare il principio generale sopra enunciato, in quanto la potestà del giudice della delibazione di controllare ed eventualmente disattendere le constatazioni di fatto riportate nella sentenza straniera per quanto concerne la competenza internazionale del giudice straniero si trova espressamente sancita dal primo comma dell'art. 4 della Convenzione italo-svizzera del 1933⁶.

⁴ Cfr. nota 2.

⁵ Sul concetto di «merito» nel giudizio di delibazione, cfr. MORELLI, *Condizioni dell'azione e presupposti processuali nel giudizio di delibazione*, in *Riv. dir. intern.*, 1956, pag. 578 segg., ora in *Studi di diritto processuale civile internazionale*, Milano, 1961, pag. 291 segg.

⁶ Cfr. CANSACCHI, *Il primo triennio di applicazione giurisprudenziale della Convenzione italo-*

Ma vi è un altro profilo sotto il quale la sentenza merita di essere segnalata. L'indagine relativa alla sussistenza della competenza internazionale del giudice straniero è stata condotta, come solo è corretto fare, senza alcun riguardo alla materia della lite svoltasi avanti al giudice estero, ossia alla natura della controversia. Questo risultato, che è l'unico consentito da una esatta interpretazione del sistema vigente, è contrario ad una tendenza, presente nella giurisprudenza della Suprema Corte, che ha raggiunto la sua espressione più completa con la sentenza n. 2310 del 21 ottobre 1961⁷. Muovendo dal rilievo che fra i principi sulla competenza giurisdizionale del giudice italiano, di cui all'art. 797, n. 1, cod. proc. civ., è compreso anche quello dell'inderogabilità convenzionale della giurisdizione italiana, di cui all'art. 2 stesso codice, tale tendenza ha posto in primo piano, nell'indagine sulla competenza internazionale in sede di delibazione, la distinzione tra cause in materia di obbligazioni e cause attinenti a rapporti di altra natura, distinzione stabilita dalla citata norma di cui all'art. 2. Ha poi interpretato quella norma, non soltanto nel senso di riconoscerle la portata di negare alla volontà delle parti l'effetto di porre un giuridico impedimento all'esercizio della giurisdizione italiana fuori dei casi consentiti, ma anche come se escludesse la possibilità di riconoscimento di sentenze straniere all'infuori di quegli stessi casi, ponendo così un concetto larghissimo di deroga alla giurisdizione italiana, che comprende anche il caso di attribuzione di competenza al giudice straniero, senza preclusione della giurisdizione nazionale. Ed infine, ponendo in secondo piano la volontà delle parti (che invece l'art. 2 considera come decisiva), ha ritenuto che effetto di tale norma sia la configurazione della giurisdizione italiana come esclusiva, al di fuori dei casi espressamente eccettuati (cause relative ad obbligazioni, tra stranieri o tra uno straniero ed un cittadino non residente né domiciliato in Italia). L'esclusività della giurisdizione in materia di stato delle persone comporterebbe, così, l'impossibilità che decisioni straniere in materia matrimoniale venissero comunque riconosciute⁸.

Alla base di tale ragionamento si trova l'idea della concorrenza tra giurisdizione italiana e giurisdizioni straniere. Cioè l'idea che l'equivalenza astrattamente sussistente tra di esse imponga di porre un divieto di scelta, in assenza del quale le parti potrebbero utilizzare con pari efficacia i procedimenti stranieri di composi-

svizzera 3 gennaio 1933 relativamente alla delibazione di sentenze svizzere dichiarative di nullità di matrimoni di italiani, in *Riv. dir. matrim.*, 1937, pag. 365 segg., e MORELLI, *Diritto processuale*², cit., pag. 407.

⁷ La sentenza si legge da ultimo in *Giur. ital.*, 1963, I, 1, 271, con nota di AMATO F., *Inderogabilità della giurisdizione italiana e competenza internazionale del giudice straniero*. Ivi ampia nota di richiami dottrinali e giurisprudenziali. In argomento cfr. anche LUZZATTO, *In tema di inderogabilità ed esclusività della giurisdizione italiana*, in *Riv. dir. intern.*, 1962, pag. 527 segg.

⁸ Un concetto siffatto di «giurisdizione esclusiva» segnava un ritorno a posizioni ormai superate dalla dottrina, la quale già sotto il codice di procedura del 1865 le aveva fatte segno ad aspre critiche. Cfr. MORELLI, *La competenza dell'autorità giudiziaria straniera nel giudizio di delibazione*, in *Riv. dir. privato*, 1934, II, pag. 5 segg., ora in *Studi*, cit., pag. 327 segg.; ID., *Diritto processuale*², cit., pag. 314 segg. V. anche LUZZATTO, *In tema di inderogabilità*, cit., pag. 562 segg.

zione della lite. Si parla, così, di obbligatorietà della giurisdizione italiana. Ma tale espressione non ha senso nei confronti delle giurisdizioni straniere, in quanto, se non si utilizza quella italiana, non si hanno altri mezzi efficaci di risoluzione della lite. Può dirsi, ad es., che per certe categorie di controversie la giurisdizione sia obbligatoria nei confronti dell'arbitrato rituale: non nei confronti delle giurisdizioni straniere. La norma di cui all'art. 2 non rende qualificabile la giurisdizione italiana, nei confronti dei mezzi stranieri di risoluzione delle controversie, né come obbligatoria, né come esclusiva: ma soltanto come inderogabile, impedendo cioè di sostituire questi ultimi a quella. Ma tutto ciò nulla ha a che vedere con la delibazione delle sentenze straniere, ove non di sostituire un procedimento straniero ad uno italiano si tratta, ma solo di ammettere all'efficacia in Italia un atto straniero avente determinate caratteristiche⁹.

Quell'orientamento è sicuramente errato, ed equivale ad una sostanziale eliminazione dal sistema italiano dell'istituto della dichiarazione di efficacia di sentenze straniere, la cui portata pratica verrebbe ristretta entro limiti modestissimi. Ora la sentenza che si annota, pur non pronunciandosi sul punto, mostra di muovere da una concezione ben più corretta dell'istituto della delibazione. E si noti ancora che la Convenzione italo-svizzera del 1933, applicabile nella specie, subordina, all'art. 2, il funzionamento dei criteri generali di competenza internazionale da essa posti (e tra essi il domicilio del convenuto), alla circostanza che il diritto dello Stato in cui la decisione è invocata non riservi la competenza esclusiva in ordine a quella determinata controversia ai propri giudici nazionali¹⁰.

La negazione della possibilità di far rientrare le controversie di Stato tra cittadini italiani in quelle comprese nella sfera di competenza esclusiva dei giudici italiani è, così, implicita, ma ben chiara.

2. Esattamente poi la Corte ha escluso l'ammissibilità di un riesame del merito su istanza del P. M., in base alla lettera ed allo spirito della norma di cui all'art. 798 cod. proc. civ., il quale espressamente richiede la domanda del convenuto basata su di una serie di circostanze che hanno riguardo esclusivamente alla persona di quest'ultimo. Il principio, del resto ovvio, era già stato enunciato in passato dalla giurisprudenza, anche in relazione al caso dell'interveniente nel giudizio di delibazione¹¹. Né diversa soluzione potrebbe essere consentita dal carattere ecce-

⁹ Cfr., per più ampi svolgimenti, LUZZATTO, *In tema di inderogabilità*, cit., pag. 556 segg.

¹⁰ Sull'interpretazione di questa clausola di riserva della giurisdizione esclusiva cfr., in vario senso, MORELLI, *Diritto processuale*², cit., pag. 406; QUADRI, *Sentenza straniera e sentenza di delibazione*, in *Archivio di diritto pubblico*, II, 1937, pag. 321 segg., ora in *Studi critici di diritto internazionale, Diritto internazionale privato*, I, 1, Milano, 1958, pag. 153, nota 50; PERASSI, *Norme convenzionali sulla competenza giurisdizionale e norme interne sulla competenza internazionale*, in *Ann. dir. comp. e studi legisl.*, XXI (1946), pag. 8 segg. ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1960, pag. 215. V. anche LUZZATTO, *In tema di inderogabilità*, cit., pag. 565 segg.

¹¹ Così Cass., 10 febbraio 1956, n. 401, in *Foro ital.*, 1957, I, 1060, e *Riv. dir. interni.*, 1957, 275, nota BARILE, *Su di un caso di intervento nel giudizio di delibazione*.

zionale della disposizione, che introduce nello schema dell'istituto della delibazione un elemento estraneo, permettendo di innestare sulla preesistente azione di delibazione una vera e propria azione autonoma esercitabile soltanto quando il giudice abbia respinto l'istanza principale; ancorché si svolga soltanto in seguito ad eccezione del convenuto, e lasci invariate le originarie posizioni processuali delle parti¹².

Si noti però che, nella specie essendo applicabile la Convenzione italo-svizzera del 1933, l'ammissibilità della domanda di riesame del merito doveva ritenersi comunque esclusa – non solo per il P. M., ma anche per lo stesso convenuto – in base al disposto del secondo comma dell'art. 4 della Convenzione, per il quale «*les juridictions de l'État dans lequel la décision est invoquée ... ne procèdent pas à un nouvel examen du fond de la décision*»¹³. È stato infatti più volte affermato, ed è ormai orientamento costante anche della giurisprudenza, che le norme interne di adattamento a convenzioni internazionali prevalgono, nella materia considerata, sulle contrarie norme successive poste dal codice di procedura civile. E ancorché la giustificazione di tale affermazione non sia del tutto univoca – si parla da taluni di specialità nei confronti delle norme generali del codice, da altri di presunzione di conformità del diritto statale alle norme internazionali, mentre altri ancora affermano in via generale ed in base ad altri principi la prevalenza delle norme di adattamento¹⁴ –, pure è ben certo che non può essere sostenuta l'abrogazione della norma ad opera del successivo codice di procedura civile: e quindi che nei rapporti tra Italia e Svizzera non è vigente la norma di cui all'art. 798 cod. proc. civ. ma quella diversa desumibile dall'art. 4 della Convenzione¹⁵.

3. La sentenza ha poi escluso l'ammissibilità dell'istanza di revocazione in base all'art. 397, n. 2, cod. proc. civ. che il P. M. aveva proposto, avanti al giudice della delibazione, avverso la sentenza straniera della quale si chiedeva l'efficacia in Italia. La tesi non è del tutto pacifica in dottrina, non essendo mancata in contrario una voce assai autorevole¹⁶; ma della sua esattezza non sembra possibile

¹² Il MORTARA (*Manuale della procedura civile*, II, Torino, 1921, pag. 243) qualificava l'istanza di riesame come «eccezione riconvenzionale». Sulla natura dell'azione di riesame cfr. BARILE, *Riesame del merito della lite nel giudizio italiano di delibazione*, in *Ann. dir. comp. e studi legisl.*, XXII (1947), pag. 251 segg., spec. pag. 253; MORELLI, *Diritto processuale*², cit., pag. 336; MONACO, *Il giudizio di delibazione*, Padova, 1940, pag. 208 segg.; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*³, III, Napoli, 1953, pag. 510. Cfr. anche, in vario senso, CARNELUTTI, *Opposizione di terzo contro sentenza straniera riconosciuta in Italia*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, II, pag. 34 segg.; QUADRÌ, *Sentenza straniera*, cit., pag. 138; COSTA, *Delibazione con riesame del merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, I, pag. 8 segg.

¹³ Cfr. su ciò CANSACCHI, *Il primo triennio*, cit., pag. 366 seguenti.

¹⁴ Per un'esposizione delle varie tesi, e per altre possibili soluzioni, cfr. FABOZZI, *L'attuazione dei trattati internazionali mediante ordine di esecuzione*, Milano, 1961, pag. 154 segg.

¹⁵ La prevalenza dell'art. 4 della Convenzione italo-svizzera del 1933 sull'art. 798 cod. proc. civ. è affermata anche dalla sentenza della Cassazione n. 401 del 1956 cit. alla nota 11.

¹⁶ CARNELUTTI, *Opposizione di terzo*, cit., pag. 34 segg. *Contra* si veda: MORELLI, *Diritto pro-*

dubitare, di fronte alla considerazione addotta dalla Corte che i rimedi della revocazione e dell'opposizione di terzo sono preordinati come rimedi contro le decisioni italiane e non certo contro le decisioni straniere, «non fosse altro per la ragione che la relativa competenza è attribuita allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata»¹⁷.

Solo qualora la collusione delle parti fosse considerata come causa di inesistenza della sentenza dall'ordinamento straniero cui essa appartiene, tale inesistenza potrebbe essere fatta valere in via autonoma avanti al giudice italiano in tempo successivo al giudizio di delibazione da chi fosse rimasto estraneo a quest'ultimo, in modo che non ostasse il giudicato derivante dalla sentenza di delibazione¹⁸. Non dunque dal P. M. il quale al giudizio non può restare estraneo, senza avere a disposizione il rimedio di cui all'art. 397, n. 1, cod. proc. civ.

D'altra parte, sebbene la considerazione di cui sopra sia senz'altro determinante per la soluzione della controversia in esame, si può notare che la questione sarebbe stata assai più delicata qualora il P. M. avesse proposto revocazione non già contro la sentenza straniera, ma contro la sentenza di delibazione.

Si devono distinguere a questo proposito diverse ipotesi. Anzitutto può darsi che la collusione sia stata posta in essere dalle parti nel giudizio di delibazione. Qualora la sentenza ne sia effetto, ossia sussista il nesso di causalità tra motivo di revocazione e contenuto della sentenza, che giustifica in via generale la previsione del rimedio¹⁹, potrà aver luogo la revocazione *ex art.* 397, n. 2. Ma ciò soltanto quando la frode non abbia inciso su di un punto controverso sul quale il giudice ebbe a pronunciare, e senza alterare maliziosamente la base di fatto della decisione. In quest'ultimo caso infatti la frode si risolverebbe in un vizio del giudizio, che come tale non potrebbe rientrare tra i vizi revocatori (cfr. art. 395, n. 4).

Ciò si dica in particolare per quanto riguarda il criterio di collegamento tra la lite decisa dalla sentenza straniera e l'ordinamento del giudice che ha pronunciato la sentenza. Anche quando il collegamento non sia reale, ma creato maliziosamente, esso non cessa perciò di essere un fatto soggetto alla valutazione libera e sovrana del giudice della delibazione. L'idoneità del criterio a fungere da criterio di competenza internazionale, quando non vi sia una falsa rappresentazione della realtà, dipende dal solo giudizio del magistrato, ed il carattere più o meno fittizio del collegamento non potrà mai dare adito alla revocazione²⁰.

*cessuale*², cit., pag. 301, 340; QUADRI, *Sentenza straniera*, cit., pag. 157 segg.; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 2, Milano, 1962, pag. 339.

¹⁷ Così MORELLI, *Diritto processuale*², cit., pag. 301.

¹⁸ *Op. loc. cit.* alla nota precedente, nota 4. In senso parzialmente diverso MONACO, *Osservazione sui mezzi di impugnazione delle sentenze di delibazione*, in *Foro ital.*, 1940, I, 1229.

¹⁹ Cfr. SATTA, *Commentario*, cit., pag. 320.

²⁰ Questo punto presenta evidentemente molte affinità con il problema della frode alla legge nel diritto internazionale privato in generale: si tratta di vedere se, una volta che l'elemento di collegamento sussista, sia rilevante la circostanza che esso sia stato artatamente posto in essere dalle parti per frodare la legge, ossia per raggiungere un fine non altrimenti consentito. La soluzione negativa

A diversa conclusione si dovrà giungere nell'ipotesi di una pretesa frode alla legge perpetrata nel processo straniero dalla collusione delle parti. La giurisprudenza ha a volte affermato che anche la frode nel processo straniero si risolverebbe in un vizio della sentenza di delibazione e l'esporebbe quindi alla revocazione e all'opposizione di terzo²¹. La dottrina è incerta²². Ma quest'opinione si può reggere, come è chiaro, soltanto in quanto si ritenga che sia effetto della sentenza di delibazione la dichiarazione di una volontà di legge nel caso concreto, dichiarazione che sarebbe fatta propria dal giudice nazionale, e che sarebbe dunque venuta a mancare se la frode non vi fosse stata. Tale ragionamento è però insostenibile, solo che si pensi come la sentenza di delibazione «non solo non è costitutiva del rapporto sostanziale che ha formato oggetto della sentenza straniera, ma non ha neppure per oggetto tale rapporto»; che essa non ha cioè per oggetto una lite – quella svoltasi avanti al giudice straniero –, ma la sentenza estera da delibare, anzi i requisiti di quella, l'idoneità a spiegare efficacia per l'ordinamento italiano. In questo senso è ormai la dottrina pressoché unanime e la giurisprudenza²³. Non si tratta dunque di recezione materiale della sentenza straniera, ossia di appropriazione del contenuto logico di quella da parte della sentenza italiana. Il problema della rilevanza della frode alla legge non può in questo caso essere un problema di revocabilità della sentenza di delibazione, in quanto essa non è effetto della collusione delle parti nel processo straniero²⁴. Il problema verte esclusivamente sul

non sembra, peraltro, contestabile. Cfr. CANSACCHI, *Il primo triennio*, cit., pag. 386 seg., e in generale, da ultimo, BETTI, *Problematica del diritto internazionale*, Milano, 1956, pag. 234 segg., 426 segg.

²¹ Cfr. Cass., 27 marzo 1940, n. 983, in *Foro ital.*, 1940, I, 1228, nota MONACO, *Osservazioni*, cit.; Cass., 30 aprile 1942, n. 1147, in *Riv. dir. proc.*, 1943, II, 133, nota F. C., e *Giur. comp. dir. int. priv.*, X (1944), pag. 135 segg., nota CANSACCHI, *Giudizio di delibazione e frode processuale*; App. Trieste, 19 giugno 1941, in *Foro ital.*, 1941, I, 1372, nota ANDRIOLI; Id. Perugia, 17 giugno 1949, in *Foro ital.*, 1949, I, 964, nota CALVOSA, *Ancora sulla frode alla legge nel processo*, e LORENZI, *Collusione delle parti in «fraudem legis» e giudizio di revocazione proposto dal Pubblico ministero*.

²² In senso affermativo MORELLI, *Diritto processuale*², cit., pag. 347; SATTA, *Commentario*, cit., pag. 339; BARILE, *Riesame del merito*, cit., pag. 265; ID., *Su di un caso di intervento*, cit., pag. 279, nota 5; CARNELUTTI, *Opposizione di terzo*, cit., pag. 40. In senso nettamente contrario, QUADRI, *Sentenza straniera*, cit., pag. 159; CALVOSA, *Ancora sulla frode*, cit., 971 segg.

²³ Cfr. per tutti MORELLI, *Diritto processuale*², cit., pag. 283 segg., spec. pag. 290 segg., con ampi riferimenti bibliografici. V. già QUADRI, *Sentenza straniera*, cit., pag. 125 segg. Pur accogliendo questa impostazione, il BARILE (*Riesame del merito*, cit., pag. 265, nota 27) ritiene che i vizi propri del giudicato straniero incidano sempre, sia pure solo indirettamente, sulla sentenza di delibazione, oggetto diretto dell'impugnazione.

²⁴ Cfr. CALVOSA, *Ancora sulla frode*, cit., 971 seg. Si è detto però che, così ragionando, nel caso di revocazione ex art. 395 si verrebbero a privare gli interessati di ogni tutela nel caso che la scoperta della frode fosse successiva alla pronuncia della sentenza di delibazione: cfr. BARILE, *Riesame del merito*, cit., pag. 266 segg., e CARNELUTTI, *Opposizione di terzo*, cit., pag. 34 segg. Si osservi però che nel caso dell'art. 397, n. 2, il termine per l'impugnazione decorre (art. 326) dal giorno in cui il P. M. ha avuto conoscenza della sentenza, il che mostra chiaramente come la legge non pensi alla scoperta successiva di fatti, ma ad una collusione di per sé evidente dalla sentenza stessa. *Contra*, però, la cit. sentenza dell'App. Perugia, 17 giugno 1949, e LORENZI, *Collusione delle parti*, cit., 965 segg.

punto seguente: può il fatto che la sentenza straniera sia stata ottenuta grazie alla collusione delle parti per frodare la legge avere influenza sull'idoneità di quella ad essere dichiarata efficace nell'ordinamento italiano?

Ciò potrebbe avvenire astrattamente in due modi. Potrebbe anzitutto aversi una reazione della collusione delle parti, quando l'ordinamento straniero ricollegli al dolo processuale bilaterale la conseguenza della nullità assoluta della sentenza. In tal caso mancherebbe la fondamentale condizione che permette l'assunzione della sentenza straniera come atto produttivo di conseguenze giuridiche: che essa cioè abbia le caratteristiche rispondenti alla qualifica giuridica di sentenza. Ciò non si verifica evidentemente nel caso di nullità assoluta, che costituisce pertanto un impedimento al riconoscimento in Italia²⁵, e può essere fatta valere pur nei rigorosi limiti del giudizio di delibazione.

Si è però opposto che l'accertamento della frode processuale perpetrata avanti al magistrato straniero potrebbe essere compiuta soltanto attraverso un riesame del merito, il divieto del quale è sancito dalle norme generali italiane e ribadito da quelle particolari vigenti nei rapporti italo-elvetici²⁶. Tale argomento non sembra però decisivo. Infatti il divieto di scendere ad un nuovo esame del merito della decisione significa semplicemente che il giudizio di delibazione si esaurisce in un controllo della regolarità e della legittimità della sentenza straniera secondo determinati canoni, restandone esclusa qualsiasi valutazione da parte del giudice italiano circa il merito della decisione che si tratta di ammettere all'efficacia. Ma non significa che per l'accertamento di questi requisiti il giudice non possa prendere in considerazione dei fatti concreti che, in quanto fossero considerati in rapporto alla valutazione che il giudice straniero ne abbia fatto, costituirebbero oggetto di un riesame del merito²⁷. Una conclusione del genere sarebbe in piena contraddizione con alcuni risultati che vengono considerati ormai come certi ed indiscutibili. Così è principio consolidato, come si è visto, che il giudice italiano non è vincolato da quanto ebbe ad accertare il giudice straniero circa i presupposti della propria giurisdizione, sebbene sia chiaro che tale indagine può implicare un esame di fatti (ad es., l'esistenza e il momento ed il luogo di conclusione di un con-

²⁵ In questo senso MORELLI, *Diritto processuale*², cit., pag. 311, e ivi riferimenti di dottrina e giurisprudenza. Cfr. anche BARILE, *Riesame del merito*, cit., pag. 262.

²⁶ CANSACCHI, *Il primo triennio*, cit., pag. 383 segg.; ID., *Giudizio di delibazione*, cit., pag. 139 segg. Sui rapporti tra riesame del merito e giudizio circa l'inesistenza della sentenza straniera secondo l'ordinamento di origine, vedi MONACO, *Il giudizio di delibazione*, cit., pag. 210 segg., il quale, distinguendo tra varie ipotesi, non esclude che l'accertamento da compiersi nel giudizio sull'inesistenza possa urtare contro il divieto di riesame.

²⁷ Ciò è del resto evidentissimo di fronte al disposto dell'articolo 798, che ammette in determinati casi il riesame del merito. Quando infatti ricorrono i casi indicati nei nn. 1, 2, 3, 4 e 6 dell'art. 395 cod. proc. civ. la Corte d'appello, su domanda del convenuto, procede al riesame del merito della causa: il che significa che il controllo circa la sussistenza dei detti casi non costituisce riesame, ma soltanto esame del ricorrere di un presupposto di quello. Ciò è tanto vero che, quando l'esame si conclude in senso negativo, la Corte rigetta l'eccezione avanzata dal convenuto e dichiara senz'altro l'efficacia della sentenza straniera.

tratto) che potrebbero astrattamente rientrare nel concetto di riesame nel merito.

Potrebbe inoltre prospettarsi l'ipotesi che la collusione delle parti fosse rilevante in sede di controllo della contrarietà della sentenza all'ordine pubblico²⁸. Ma tale ipotesi sembra senz'altro da respingersi, perché accogliendola si verrebbe a dare un'estensione eccessiva al concetto del limite di ordine pubblico, ed anzi a snaturarlo del tutto²⁹. Contrastanti con esso non sarebbero più, infatti, il contenuto o gli effetti della decisione – che in sé potrebbero essere perfettamente innocui – ma il fatto che essi fossero riconosciuti, nonostante il vizio della sentenza consistente nell'essere essa un risultato della collusione delle parti. Il che equivale ad affermare l'esigenza di politica legislativa che siano precostituiti mezzi idonei ad eliminare gli effetti di sentenze ottenute fraudolentemente, ed a colpire così la frode: ma non prova certo che tali mezzi sussistano nel caso di sentenza straniera, né tantomeno che essi siano da individuare nel ricorso al limite di ordine pubblico.

Si può concludere affermando che: a) il P. M. non ha il potere di esercitare l'azione di revocazione *ex art.* 397, n. 2, né contro la sentenza straniera delibata, né nei confronti di quella di delibazione, quando la collusione delle parti si sia svolta nell'ambito del processo straniero; b) tale collusione può legittimare un'azione autonoma da parte dell'interessato che non sia stato parte nel giudizio di delibazione, quando la collusione sia causa di nullità assoluta della sentenza secondo l'ordinamento straniero; c) essa può infine impedire la dichiarazione di efficacia in sede di controllo dei requisiti della sentenza a norma dell'art. 797 cod. proc. civ., quando ricorrano quegli stessi presupposti.

²⁸ Così Cass., 28 giugno 1934, n. 2346, in *Foro ital.*, 1934, I, 1416, nota CAVAGLIERI; Id., 30 aprile 1942, già citata; BARILE, *Riesame del merito*, cit., pag. 266, e *Su di un caso di intervento*, cit., pag. 280. *Contra*, MORELLI, *Diritto processuale*², cit., pag. 331, e CANSACCHI, *Il primo triennio*, cit., pag. 384 segg.; ID., *Giudizio di delibazione*, cit., pag. 137 segg., con altre indicazioni bibliografiche.

²⁹ Per il concetto di limite di ordine pubblico al riconoscimento delle sentenze straniere cfr. per tutti MORELLI, *Diritto processuale*², cit., pag. 330 segg.

Problemi in tema di azione e di procedimento per la delibazione nella giurisprudenza italiana *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'autonomia dell'azione di delibazione: prescrizione dei diritti sostanziali accertati dalla sentenza straniera, prescrizione dell'*actio iudicati* e prescrizione dell'azione di delibazione. – 3. Legittimazione ed interesse ad agire. – 4. In particolare la legittimazione ad agire. – 5. Successione nei rapporti sostanziali e nell'azione di delibazione. – 6. Decisioni relative all'interesse ad agire. – 7. L'atto introduttivo del procedimento di delibazione degli atti stranieri di giurisdizione volontaria. – 8. L'intervento nel giudizio di delibazione. – 9. Decorrenza degli effetti della sentenza di delibazione. – 10. Rimedi esperibili avverso la sentenza di delibazione. – 11. Estinzione degli effetti della sentenza straniera delibata nell'ordinamento di origine.

1. Premessa

La presente rassegna si propone di offrire un panorama, per quanto possibile esauriente, della giurisprudenza italiana degli ultimi decenni (all'incirca, a partire dal periodo immediatamente successivo alla prima guerra mondiale) in materia di azione e di procedimento per la delibazione delle sentenze straniere. Tra i molti problemi che si presentano in materia, si è concentrata l'attenzione – escluso tutto ciò che attiene ai requisiti che la sentenza straniera deve presentare per essere ammessa a spiegare efficacia in Italia – su alcuni punti che, sia per la delicatezza dei principi posti in giuoco, sia per l'incertezza delle soluzioni offerte dalle diverse correnti dottrinali, apparivano particolarmente idonei a porre in luce l'atteggiamento assunto dalla giurisprudenza. Non si sono invece considerati altri problemi – primo fra tutti, ad esempio, quello relativo alla competenza – che non sembrano presentare attualmente un grande interesse; né quelli, come il problema relativo al riesame del merito, che si presterebbero piuttosto ad una trattazione a sé stante.

Poiché, come si è accennato, la trattazione di molte fra le questioni considerate pone in giuoco alcuni tra i più delicati principi che informano la disciplina dell'azione e del processo di delibazione, sui quali non è possibile prescindere totalmente dall'apporto costruttivo della dottrina – tenuto anche conto dell'indubbia influenza che questa esercita, nella materia in esame, sulla stessa giurisprudenza –, si

* Pubblicato in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1965, pp. 449-480.

è ritenuto necessario dare brevemente conto almeno dei principali commenti apparsi in relazione ad alcune delle sentenze considerate, sui quali si riflettono ovviamente anche gli orientamenti generali della dottrina, tanto internazionalistica quanto processualistica. D'altronde, l'inquadramento generale della materia, utilizzato nel presentare il materiale raccolto, è quello offerto dalla prevalente dottrina, in ispecie dalla nota opera del Morelli. A questa dottrina ci si è sempre implicitamente riferiti in relazione alle questioni generali, la cui trattazione, anche soltanto estremamente sommaria, non era possibile in questa sede senza appesantire eccessivamente l'esposizione.

2. *L'autonomia dell'azione di delibazione: prescrizione dei diritti sostanziali accertati dalla sentenza straniera, prescrizione dell'actio iudicati e prescrizione dell'azione di delibazione*

È opportuno anzitutto prendere in considerazione alcune sentenze nelle quali si trovano dibattuti e risolti alcuni problemi, nella cui soluzione si riflette più da vicino, e viene, per converso, illustrata in modo particolarmente efficace la natura dell'azione per la delibazione della sentenza straniera, e la sua autonomia da quella che possa eventualmente spettare allo stesso soggetto in base al rapporto sostanziale sul quale la sentenza straniera abbia avuto a pronunciare.

Particolarmente significative, in tal senso, sono quelle sentenze che hanno trattato il problema relativo all'influenza che può essere spiegata, sull'azione di delibazione, dalla prescrizione del diritto sostanziale stabilito dalla sentenza straniera. Alcune sentenze meno recenti avevano accolto la tesi che l'avvenuta prescrizione del credito derivante dalla sentenza straniera importasse la prescrizione dell'azione di delibazione. Così la Corte di appello di Genova (pres. est. Perrando), con la sentenza del 12 dicembre 1922 in causa *Ditta S. Instone e C. c. Serra*, ebbe ad affermare che doveva ritenersi prescritta l'azione per la delibazione di una sentenza straniera di condanna al pagamento di un credito derivante da un contratto di noleggio, soggetto alla prescrizione di un anno di cui all'art. 924 del codice di commercio (del 1882). Infatti, secondo la Corte, «se la sentenza di cui si chiede la delibazione non può avere acquistato autorità di cosa giudicata, e se all'azione originaria non può essersi sostituita l'*actio iudicati*, evidentemente il termine della prescrizione avrebbe continuato a decorrere, e la prescrizione sarebbe compiuta col decorso del termine di legge». Nello stesso senso si espresse la medesima Corte di Genova (pres. est. Tortora), con la sentenza del 9 marzo 1925, nella stessa causa *Ditta Instone e C. c. Serra*, in sede di rinvio dal Supremo Collegio.

Tale tesi deve ritenersi del tutto superata, non solo di fronte alle critiche subito oppostevi da alcuni commentatori della prima sentenza sopracitata¹, ma

¹ In particolare il MORELLI, nella Nota pubblicata senza titolo in *Riv. dir. int.*, 1924, p. 396 ss.,

anche in seguito alla successiva giurisprudenza del Supremo Collegio.

Infatti la Corte di cassazione (Sez. un., pres. D'Amelio, est. Madonna, p. m. Nucci, conf.), annullando, con la sentenza del 5 febbraio 1926, in causa *Instone c. Serra*, la sopracitata sentenza della Corte di Genova, ebbe a dichiarare che «solo scopo della delibazione essendo... di vedere se debba permettersi nel nostro territorio l'applicazione degli effetti della sentenza straniera, ... chiaro è che sia preclusa alla delibazione ogni indagine diretta a mutare in qualsiasi modo la consistenza giuridica della sentenza stessa, o il contenuto intrinseco di essa; o di considerarne la portata in relazione ad eventuali modificazioni verificatesi per l'insorgere di nuovi eventi o per semplice decorso di tempo. Tutto ciò, essendo nuovo e successivo, è evidentemente fuori dalla sentenza delibanda e perciò estraneo alla delibazione che riguarda il giudicato straniero nel suo semplice contenuto...».

Aggiunge inoltre la Corte, che «la stessa prescrizione dell'*actio iudicati* non sarebbe opponibile per i già cennati motivi ... Una simile controversia (va) rimessa alla successiva sede dell'esecuzione».

Commentando la sentenza, il Perassi² osserva, criticando l'ultima affermazione riportata, che la Cassazione ha confuso tra *actio iudicati* nell'ordinamento italiano – che deriva, dall'ordinamento italiano stesso, alla sentenza di delibazione – e *actio iudicati* nell'ordinamento straniero, la cui esistenza costituisce un presupposto necessario perché la sentenza possa essere dichiarata esecutiva dal giudice italiano in sede di delibazione, e la cui eventuale prescrizione deve anzi ritenersi rilevabile d'ufficio.

Che «nel giudizio di delibazione (sia) lecito soltanto eccipire la prescrizione dell'*actio iudicati*, e non già quella dell'originaria azione contrattuale», è riaffermato dalla stessa Corte di cassazione (pres. Samperi, est. Pagano, p. m. Terra Abrami, conf.), con sentenza del 6 luglio 1936, in causa *Costa c. Ditta Tomazic Pipan*, la quale, peraltro, si discosta dall'opinione del Perassi, ora riferita, in quanto ritiene che il giudice italiano non debba procedere d'ufficio all'accertamento del termine di prescrizione dell'*actio iudicati* secondo la legge straniera. Tale affermazione ha valso alla sentenza le critiche del Quadri³, il quale rileva come, riguardando l'eventuale prescrizione dell'*actio iudicati* uno dei requisiti che la sentenza deve presentare perché sia ammissibile la dichiarazione di esecutorietà in Italia da parte della Corte di appello, il relativo accertamento deve essere condotto esclusivamente con riferimento alle norme straniere (nella specie, jugoslave), e non, come la Corte ha fatto, a quelle, od anche a quelle, italiane. L'autore aggiunge che la sentenza in esame, così come in genere la giurisprudenza, non fa cenno

ora, con il titolo *Prescrizione dell'azione per la delibazione di una sentenza straniera*, in *Studi di diritto processuale civile internazionale*, Milano, 1961, p. 253 ss.

² Nota senza titolo, in *Riv. dir. int.*, 1926, p. 375 ss. e ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1958, II, p. 277 ss.

³ QUADRI, *Questioni in materia di prescrizione in rapporto al giudizio di deliberazione*, in *Giur. comp. dir. int. priv.*, III (1938), p. 98 ss., ora in *Studi critici di diritto internazionale*, I, 1, *Diritto internazionale privato*, Milano, 1938, p. 233 ss.

di una questione distinta: quella della prescrizione, non del rapporto sostanziale, né dell'*actio iudicati*, ma della stessa azione di delibazione. Infatti, secondo il Quadri, poiché l'ordinamento giuridico italiano ricollega, al passaggio in giudicato della sentenza straniera secondo la legge del luogo di pronuncia, il sorgere dell'azione per la delibazione, quest'ultima, del tutto autonoma rispetto a quella fatta valere innanzi al giudice straniero, si prescrive a sua volta nel termine ordinario (di trent'anni, secondo il codice civile del 1865, allora vigente).

Tale punto di vista, oltre che dalla più autorevole dottrina, è stato ora accolto anche dalla Suprema Corte (pres. Lonardo, est. Stella Richter, p. m. Pepe, conf.) con la sentenza del 15 luglio 1963 (n. 1932), in causa *Donini c. Manz*.

La Corte annulla la sentenza pronunciata in grado di appello, che aveva ritenuto applicabile alla questione di prescrizione la legge germanica (secondo cui il termine di prescrizione ordinaria è di trenta anni), in quanto si trattava di sentenza pronunciata tra cittadini germanici, e relativa ad una obbligazione regolata dalla legge germanica quale legge nazionale comune delle parti, a norma dell'art. 25 disp. prel.

Accogliendo i rilievi della ricorrente, la Cassazione afferma che «nel giudizio di delibazione non è possibile far riferimento alla prescrizione dell'azione originaria che ha dato luogo alla sentenza da delibare. La sentenza straniera non è di per sé produttiva nel nostro ordinamento degli effetti che le sono propri nell'ordinamento straniero, ma ha il solo effetto di far sorgere nelle parti l'azione tendente alla dichiarazione di efficacia della sentenza medesima, vale a dire l'azione di delibazione. È questa un'azione autonoma, rispetto a quella spettante in virtù del rapporto fondamentale, ed ha natura di azione di accertamento costitutivo, in quanto tende ad una pronuncia costitutiva di effetti meramente processuali. Essa sorge con il passaggio in giudicato della sentenza straniera, ed è soggetta al termine di prescrizione stabilito dal nostro ordinamento, dal quale è accertata, vale a dire al termine ordinario che, per il vigente codice, è quello decennale (art. 2946)».

Annotando la sentenza in questione, il Gaja⁴ sostiene la tesi dell'imprescrittibilità dell'azione di delibazione, in base ad una serie di argomenti che attengono, sia alla natura dell'istituto della prescrizione, in rapporto all'azione suddetta, considerata come diritto potestativo; sia alla difficoltà di ritenere ad essa applicabili alcune norme dettate in tema di prescrizione, sia, infine, ad altre caratteristiche dell'azione stessa. In particolare, l'autore ritiene che sarebbe «troppo oneroso per la parte chiedere la dichiarazione di efficacia della sentenza in tutti quegli ordinamenti rispetto ai quali può sorgere in momenti successivi la necessità di farla valere», mentre l'interesse pratico alla delibazione in Italia potrebbe sorgere a termine di prescrizione già decorso. A ciò il Gaja aggiunge due ulteriori argomenti: l'uno dedotto dall'asserita tassatività delle condizioni il cui l'accertamento è imposto dall'art. 797 cod. proc. civile, per poter dichiarare l'efficacia in Italia di una

⁴ GAJA, *Giudizio di delibazione e prescrizione*, in *Riv. dir. int.*, 1964, p. 123 ss.

sentenza straniera, e l'altro fondato sulla circostanza che, ritenendo prescrivibile l'azione di delibazione, potrebbe avverarsi l'ipotesi dell'impossibilità di ottenere una qualsiasi pronuncia con efficacia di giudicato nell'ordinamento italiano. Ciò accadrebbe, infatti, ove non si potesse giungere all'affermazione della giurisdizione italiana su una controversia inerente al rapporto sostanziale definito dalla sentenza straniera, l'azione per la delibazione della quale fosse ormai prescritta⁵.

I concetti chiaramente enunciati dalle citate decisioni del Supremo Collegio, in aderenza alle migliori opinioni dottrinali, non sembrano tenuti presenti dalla Corte di appello di Milano, nella sentenza del 29 aprile 1947 (pres. Ciaccia, est. Primiceri), in causa *International Counter Company c. Soc. an. Cartiere Dervio*, almeno a quanto risulta dalla massima: vi si afferma, infatti, che «se la legge italiana e quella straniera stabiliscono termini diversi per la prescrizione dell'*actio iudicati*, si deve, nel giudizio di delibazione, applicare la legge più favorevole al convenuto».

3. Legittimazione ed interesse ad agire

Per quanto riguarda la legittimazione e l'interesse ad agire in delibazione, è necessario osservare che assai raramente, nelle sentenze reperibili, il problema viene affrontato partendo da un punto di vista generale, esaminando cioè il rapporto tra le due nozioni e la loro applicabilità al giudizio di delibazione. Si può dire, in linea di massima, che la giurisprudenza, posta di fronte al problema di determinare, in tutti quei casi concreti che potessero offrire motivi di dubbio, la sussistenza di quegli elementi che fossero necessari per riconoscere l'esistenza, in capo ad un soggetto, dell'azione di delibazione (o, come si usa dire seguendo la configurazione teorica di una parte assai autorevole della dottrina, del diritto potestativo di chiedere la delibazione della sentenza straniera), ha riportato tutto ciò che atteneva a quella determinazione al concetto di interesse ad agire – ignorando, in tal modo, il problema della legittimazione –, o, viceversa, a quello della legittimazione, trascurando il problema dell'interesse. In altri termini, le sentenze che trattano dell'uno sembrano di solito dare per scontato il problema relativo all'altra, senza assumere peraltro una precisa posizione al riguardo. In definitiva, si tratta dell'identico fenomeno – i requisiti necessari per poter introdurre la domanda di delibazione di una sentenza straniera data – che la giurisprudenza tende ad inquadrare, ora nell'uno, ora nell'altro concetto, ponendo alla base di entrambi l'identico fondamento, che viene identificato in un interesse, non meglio precisato: ancorché l'esistenza di un concreto interesse a proporre la domanda non appaia inscindibilmente connessa, nelle opinioni della dottrina, con il potere di agire in delibazione⁶.

⁵ Così GAJA, *Giudizio di delibazione* cit., p. 128.

⁶ Infatti il MORELLI ritiene che, mentre l'interesse ad agire è sempre presente, trattandosi di

Ciò che fa difetto è, insomma, una chiara presa di posizione circa la definizione dei concetti usati, che sarebbe tanto più opportuna, in quanto nella stessa dottrina del processo civile è dato riscontrare non poche incertezze in materia.

4. *In particolare la legittimazione ad agire*

Tenendo presenti le necessarie precisazioni ora delineate, è possibile esporre le opinioni espresse dalla giurisprudenza in materia di legittimazione ad agire per la delibazione di una sentenza straniera. Si può dire che tutte le principali opinioni espresse in dottrina vi siano rappresentate. Vi sono, anzitutto, alcune sentenze che, aderendo all'opinione espressa dal Carnelutti, ritengono legittimato ad agire chiunque avrebbe avuto legittimazione a proporre avanti al giudice nazionale la pretesa sulla quale la sentenza straniera è stata pronunciata. Così la Corte di appello di Napoli, in due sentenze, la prima del 2 agosto 1955 (pres. Pittiruti, est. Rossi), in causa *Proc. gen. app. Napoli c. Giranna*, in cui si afferma che «la legittimazione ad agire rispetto all'azione di delibazione spetta a tutti i soggetti che avrebbero potuto agire dinanzi all'autorità giudiziaria italiana per ottenere una pronuncia sulla controversia decisa dal giudice straniero»; la seconda del 22 marzo 1958 (pres. Avitabile, est. De Falco), in causa *V.M. c. I. e K.*, in cui il pubblico ministero aveva chiesto la delibazione di una sentenza straniera di annullamento di matrimonio per bigamia. La Corte motiva come segue: «Va ricordato che, secondo un noto insegnamento, avallato dai lavori preparatori del codice procedura civile... la legittimazione attiva viene riconosciuta agli stessi legittimati a proporre davanti al giudice nazionale la pretesa che fu fatta valere avanti al giudice straniero. Ora, è ben certo che l'azione di nullità del matrimonio contratto da chi sia stato già coniugato con altri può essere esercitata dal p.m. (art. 117, arg. art. 125 cod. civ.): ne deriva che una eguale legittimazione spetta allo stesso Ufficio allorché gli consti dell'esistenza di una sentenza straniera che abbia, come nel caso concreto, pronunciato in tal senso».

Limitandosi, in questa sede, ad accennare alle perplessità cui questa tesi dà luogo, sia per il contrasto con il carattere di autonomia che è proprio dell'azione di delibazione rispetto a quella esercitata nel processo straniero – autonomia ben chiara alla giurisprudenza ricordata al paragrafo 2 –, sia per la possibilità, che da tale tesi discende, di una carenza di azione dovuta alla configurazione delle norme italiane di diritto internazionale privato e di diritto processuale civile internazionale che dovrebbero essere tenute presenti nel valutare la proponibilità dell'azione avanti al giudice italiano, si deve ora passare alle sentenze che seguono indirizzi diversi. Due decisioni non recenti si ricollegano alla tesi, autorevolmente sostenu-

azione costitutiva, la legittimazione spetti soltanto a chi sia stato parte nel processo straniero conclusosi con la sentenza delibanda: cfr. *Diritto processuale civile internazionale*², Padova, 1954, pp. 293 e 303.

ta in dottrina, che la legittimazione ad agire spetta a coloro che abbiano un interesse alla dichiarazione di efficacia della sentenza straniera. Così la Corte di appello di Firenze (pres. Di Lella, est. Pistilli), con la sentenza del 22 maggio 1936, nella causa *Toll c. Bock*, ha affermato che «mentre il chiedere il divorzio è indubbiamente un diritto personalissimo dei coniugi, il diritto e l'interesse invece ad ottenere la delibazione e la esecuzione della già pronunciata sentenza straniera di divorzio possono legittimamente competere a tutti coloro i quali dalla declaratoria sullo stato personale di due persone possono derivare propri effetti giuridici ed economici». La Corte di appello di Palermo, nella sua sentenza del 30 luglio 1937, in causa *Cucciardi c. La Spina*, afferma che «il giudizio di delibazione, oltreché dalle parti nel rapporto delle quali fu emessa la sentenza delibata, può promuoversi da chiunque dimostri di avere interesse ad avvalersi della sentenza medesima come titolo esecutivo». A questa tesi si riportano anche le affermazioni contenute in due recentissimi provvedimenti della Corte di appello di Milano: il decreto presidenziale (pres. Ghirardi) del 14 gennaio 1965, nel quale si dichiara che «la declaratoria di efficacia in Italia di un provvedimento giurisdizionale straniero può essere richiesta o con citazione da qualunque interessato o dal P.M. (art. 796, 1° comma, cod. proc. civ.), o in *via diplomatica* (art. 796, 2° comma, cod. proc. civ.) ...», e la decisione del 15 febbraio 1967 (pres. Ghirardi, rel. Donati, p.m. Pontrelli), su richiesta del *Consolato generale di Germania a Milano c. Hein*, ove si afferma che «la procedura per il riconoscimento delle decisioni straniere, secondo l'ordinamento italiano, è disciplinata dall'art. 796 cod. proc. civ., che nel 1° comma prevede che la domanda per il riconoscimento sia proposta con l'instaurazione di un giudizio di cognizione promosso da chi abbia interesse (art. 100 cod. proc. civ.) ad ottenere il riconoscimento...».

Rimane infine, la tesi, dovuta anch'essa ad autorevole dottrina, secondo cui la legittimazione ad agire in delibazione spetta soltanto a chi sia stato parte nel processo concluso con la sentenza straniera. In questo senso si è pronunciata la Corte di appello di Firenze (pres. Calamari, est. Portanova), il 7 giugno 1958, decidendo la causa *Tabocchini c. Raineri*, che ha negato la legittimazione del p.m. a chiedere la delibazione di una sentenza straniera di annullamento di matrimonio: «l'azione relativa – osserva infatti la Corte – è riservata soltanto a chi sia stato parte nel processo straniero». La stessa tesi è accolta – ma solo in linea di principio – dalla Corte di appello di Roma (pres. Tavolato, est. Giordano, p.m. Palermo, diff.), nella sentenza del 15 aprile 1961, in causa *C. c. P. e T.* Si trattava di stabilire se gli eredi del marito di una donna, già vincolata da un precedente matrimonio di cui era stata annullata la trascrizione, fossero legittimati a chiedere la delibazione di una sentenza straniera di annullamento della sentenza che aveva a sua volta annullato la trascrizione del primo matrimonio della donna: sentenza, quest'ultima, che era già stata dichiarata efficace in Italia. La Corte, dopo aver enunziato la già ricordata tesi per cui la legittimazione ad agire in delibazione spetta a chi sia stato parte del processo estero, aggiunge però che la delibazione del provvedimento straniero produrrebbe effetti indiretti sulla validità del matrimonio civile contratto

dalla donna con il dante causa degli attori. Di qui l'interesse di questi ultimi ad impugnare il matrimonio stesso, nella loro qualità di eredi testamentari del secondo marito della donna. A ciò la Corte fa seguire la conclusione che «dalla legittimazione degli attori alla impugnazione del matrimonio della P. con il C. derivi la loro legittimazione a domandare il riconoscimento di un provvedimento giurisdizionale straniero, la cui efficacia in Italia costituisce il presupposto per l'esercizio dell'azione diretta a far valere la nullità del matrimonio P.-C. Infatti se si ha riguardo agli effetti giuridici che il provvedimento giurisdizionale straniero è destinato a produrre, sia pure indirettamente, sullo *status* della P. di coniuge superstite del dante causa degli attori, e quindi sui diritti che la legge riserva al coniuge superstite secondo le norme sulla successione necessaria o contro il testamento, non può negarsi la legittimazione degli eredi testamentari del *de cuius* a far valere il detto provvedimento giurisdizionale estero».

Con il che, peraltro, la Corte sembra abbandonare la tesi in principio enunciata, per avvicinarsi notevolmente a quella, già ricordata, che riconosce la legittimazione a tutti coloro che possono avere interesse alla dichiarazione di efficacia in Italia della sentenza straniera.

La sentenza contiene anche alcune considerazioni in merito all'interesse ad agire in delibazione, che saranno ricordate più oltre.

Si può ricordare, infine, la sentenza della Corte di appello di Milano (pres. Bonicelli, est. Paladini), emessa il 30 giugno 1938, in causa *Schlossberger c. Rosemberg*, che pone la massima che «agli effetti del giudizio di delibazione gli elementi per stabilire la legittimazione attiva e passiva devono ricavarsi dal rapporto processuale nel quale è intervenuta la sentenza straniera di cui si chiede l'esecutorietà». Tuttavia tale massima – che è la sola pubblicata – non consente di valutare esattamente la portata di queste affermazioni della Corte milanese.

Ha trovato a volte considerazione il problema relativo alla legittimazione ad agire nel caso di delibazione incidentale, a norma dell'art. 799 cod. proc. civ. Dalla configurazione che si voglia dare a questo discusso istituto dipende naturalmente la stessa possibilità di porre in questo caso un problema autonomo, distinto da quello della legittimazione ad agire in via principale. Così il Tribunale di Firenze (pres. Poggi, est. Di Bilio), con la sentenza del 4 luglio 1957, in causa *Tabocchini c. Raineri*, ha ritenuto il p.m. attivamente legittimato a chiedere la delibazione in via incidentale di una sentenza straniera che aveva annullato il matrimonio precedente di una delle parti, trattandosi di un giudizio di nullità di matrimonio per bigamia. Si legge nella sentenza che «sia il P.M. che il minore non chiedono la delibazione della sentenza del Tribunale di Ilfov, ma in presenza di una domanda di annullamento per bigamia del matrimonio contratto in Roma nel 1951 eccepiscono l'annullamento del precedente matrimonio, così come avrebbe potuto eccepirlo la Tabocchini, se fosse stata convenuta dal Raineri. A tal fine essi avrebbero potuto ottenere che si giudicasse prima della loro eccezione, così come prescrive l'art. 124 c.c., ma esistendo già sulla nullità un giudicato, non possono che eccepirlo, e, essendo esso un giudice straniero, non possono, nel

concorso delle condizioni indicate dall'art. 797, che proporre l'eccezione a norma dell'art. 799 cod. proc. civ.».

Da questo passo appare chiaro che il Tribunale è stato guidato nel suo ragionamento da una particolare concezione della natura dell'istituto di cui all'art. 799 cod. proc. civ. Osserva in merito il Morelli, in nota alla sentenza in esame⁷, che «nella delibazione incidentale non si ha il mero accertamento di un giudicato precedente, il che presupporrebbe una norma diretta a conferire automaticamente l'efficacia del giudicato alla sentenza straniera in quanto munita dei requisiti richiesti», e nel qual caso «una questione di legittimazione non potrebbe, propriamente, neppure proporsi, essendo evidente che non solo il pubblico ministero chiamato a concludere in un processo, ma una qualunque delle parti di un processo, può, ai fini della decisione che in questo deve emanarsi, invocare un giudicato, ancorché riguardante soggetti diversi...». Poiché invece con l'istanza di delibazione incidentale «non si fa che esercitare, sia pure in modo speciale e ad effetti limitati, la comune azione di delibazione, la relativa legittimazione attiva si confonde con la delibazione attiva all'azione di delibazione in generale», la quale spetta solo a chi è stato parte nel processo straniero.

La sentenza in esame è stata peraltro riformata, dalla Corte di appello di Firenze, con la già menzionata sentenza del 7 giugno 1958.

Nel senso che la domanda di delibazione incidentale possa essere proposta anche da chi non è stato parte nel processo straniero conclusosi con la sentenza che si vuole far dichiarare efficace in Italia, si può vedere la sentenza del 28 ottobre 1953 della Corte di appello di Roma (pres. Manca, est. Laporta, p.m. Pisano, diff.), in causa *Coli c. Berlingieri e Comune di Roma*; e per l'opposta tesi, che cioè sia attivamente legittimato soltanto chi è stato parte in quel processo, Corte di appello di Potenza, 15 maggio 1957 (pres. De Mattia, est. Bonacci), in causa *Di Persia c. Di Persia*.

Quest'ultima sentenza contiene anche alcune considerazioni in tema di legittimazione passiva: «il giudizio non va integrato» – vi si afferma – «nei confronti di quelle parti (del processo straniero), rispetto alle quali non ricorre ipotesi di liti-consorzio necessario, e che non sono comunque interessate alla operatività della sentenza straniera nel processo italiano». La conoscenza della sola massima non consente, tuttavia, una più accurata valutazione della effettiva portata di tali affermazioni nei confronti della specie decisa.

La stessa soluzione è stata raggiunta da altre decisioni meno recenti, ma in compenso accuratamente motivate, relative ad un caso di sentenza di condanna in solido di più debitori. Il quesito sottoposto ai giudici consisteva nello stabilire se di tale sentenza fosse possibile chiedere la delibazione nei confronti di uno solo di questi ultimi. La Corte di appello di Torino (pres. Ricci, est. Peretti Griva), con la sentenza del 28 giugno 1937, nella causa *Hasta c. Simonis*, risolve il quesito in

⁷ MORELLI, *Legittimazione attiva per la delibazione incidentale*, in *Riv. dir. int.*, 1957, p. 618 ss., ora in *Studi*, cit. p. 295 ss.

senso affermativo, osservando che «non deve il magistrato, avanti al quale l'azione è proposta, preoccuparsi siano lasciate, per volontà dell'istante, estranee al giudizio, delle persone facenti parte del contraddittorio nella causa di merito, dovendo essere l'istante stesso lasciato arbitro di valutare il proprio interesse e dovendo considerarsi, dal punto di vista della necessità, limitato il contraddittorio nel giudizio di delibazione alle parti fra le quali si svolge il rapporto in relazione alla domanda concreta proposta nel giudizio stesso».

La Corte di appello di Milano (pres. Pelosi, est. Paladini), decidendo il 22 aprile 1939 la medesima controversia in sede di giudizio di rinvio, riafferma la soluzione enunciata dalla Corte torinese, osservando che, «considerato il giudizio di delibazione nella sua autonomia, interessati ad esso si devono ritenere coloro nei confronti dei quali è necessario che faccia stato l'emananda sentenza e la questione perciò si riduce a vedere se questa sentenza debba necessariamente fare stato nei confronti di tutte le parti del processo straniero...». La necessità del litisconsorzio era sostenuta dalla convenuta sulla base della natura autonoma del giudizio di delibazione, che ha per oggetto il riconoscimento della sentenza straniera come tale, e sulla base della sua natura costitutiva. Ma, sul primo punto, la Corte osserva che l'*exequatur* chiesto e concesso nei confronti di talune delle parti convenute non implica alcuna modifica della sentenza, ove l'*exequatur* così concesso consenta all'attore in delibazione di raggiungere nei confronti delle stesse parti gli effetti della sentenza delibata. E, sul secondo punto, che il carattere costitutivo dell'azione, in se stesso, non è decisivo, potendosi ipotizzare casi di processo costitutivo nei quali il litisconsorzio non è necessario.

Si deve dunque indagare, secondo la sentenza, nei singoli casi, se la sentenza possa avere pratica utilità senza la chiamata in causa di tutti i convenuti nel giudizio di merito. E ciò nel caso, avveniva: infatti la ditta Simonis era stata «dichiarata solidalmente obbligata con altre ditte verso la Hasta, e perciò, valendosi della facoltà che la legge riconosce al creditore in tema di obbligazioni solidali, potrà l'attrice procedere anche in via esecutiva solo nei confronti della ditta Simonis, così come, valendosi delle stesse facoltà, avrebbe potuto agire contro la sola ditta Simonis nel giudizio di merito».

5. Successione nei rapporti sostanziali e nell'azione di delibazione

È opportuno soffermarsi ora ad esaminare alcuni casi, presentatisi alla nostra giurisprudenza, nei quali il problema che si poneva ai giudici consisteva nello stabilire l'influenza sull'azione di delibazione, o comunque sulle sue condizioni, di alcuni mutamenti verificatisi in relazione ai rapporti sostanziali decisi dalla sentenza straniera, che si trattava di dichiarare efficace in Italia. Sono già stati esaminati, nel precedente paragrafo 2, gli effetti che la giurisprudenza ricollega a quelli, tra i mutamenti ora menzionati, che conseguano al decorso del tempo, e si concretino, perciò, in forme di decadenza o di prescrizione. Si tratta ora di esaminare

quali effetti i giudici abbiano riconosciuto ai mutamenti derivanti da rapporti con altri soggetti, in primo luogo alla successione nei rapporti sostanziali considerati dal giudicato straniero. Ciò offrirà l'occasione di passare alla trattazione della giurisprudenza in tema di interesse ad agire in delibazione: in quanto casi sostanzialmente analoghi, come si vedrà, sono stati inquadrati a volte nella problematica relativa alla successione negli obblighi e nei diritti dichiarati dalla sentenza straniera, altre volte in quella relativa all'interesse ad agire.

Un caso del genere è stato affrontato e risolto, in sede di regolamento di giurisdizione, dalla Corte di cassazione (Sez. un., pres. Pellegrini, est. Petrella, p.m. De Martini, diff.), con la sentenza del 29 luglio 1950 (n. 2166), in causa *Governo della Repubblica popolare rumena c. Establishment Valor Investment Company*. Era stata richiesta nei confronti dello Stato rumeno la delibazione di alcune sentenze straniere, pronunziate nello Stato del Liechtenstein, nei confronti di una Società (il Creditul Minier), nazionalizzata in un momento successivo alla pronuncia delle sentenze stesse. L'attrice affermava che lo Stato rumeno era succeduto in tutti i rapporti già facenti capo alla Società nazionalizzata, mentre, secondo quanto sosteneva il ricorrente, effetto della legge di nazionalizzazione 1° giugno 1948 sarebbe stato soltanto quello di fare divenire lo Stato rumeno unico azionista delle società nazionalizzate, lasciandole peraltro sussistere come enti distinti dallo Stato, con un proprio patrimonio destinato allo scopo.

La Corte suprema ha dichiarato l'incompetenza giurisdizionale del giudice italiano a delibare le sentenze in questione nei confronti dello Stato rumeno, osservando: «La questione se lo Stato rumeno sia direttamente succeduto nella titolarità attiva e passiva dei rapporti che facevano capo al Creditul Minier non può essere decisa in unico grado in sede di delibazione delle sentenze pronunciate esclusivamente contro tale Società. Il giudizio di delibazione (salvo il riesame del merito nelle ipotesi, estranee alla fattispecie, previste nell'art. 798 cod. proc. civ.) è circoscritto all'accertamento del concorso dei presupposti richiesti dall'art. 797 per la dichiarazione di efficacia in Italia della sentenza straniera. Se una successione è dedotta nei diritti e negli obblighi accertati dalla sentenza estera, e tale successione è controversa, la decisione della questione esula dai limiti nei quali il giudizio di delibazione deve essere contenuto. Manca nel giudice, in quanto adito per la delibazione, il potere di decidere la questione; e il difetto di tale potere, che si configura quale incompetenza se la questione debba essere decisa nei confronti dei cittadini, si risolve in difetto di giurisdizione se la questione debba essere decisa nei confronti dello straniero. La questione non può esser decisa che in un ordinario giudizio di cognizione, il quale contro lo straniero può essere proposto davanti ai giudici italiani, ove sussista alcuno dei titoli di collegamento di cui all'art. 4 cod. proc. civ.».

La sentenza è stata criticata da due autori, il Morelli ed il Cansacchi. Il primo⁸,

⁸ Nello scritto *Limiti della giurisdizione italiana per la dichiarazione di efficacia di sentenze straniere*, in *Foro it.*, 1951, I, 29, ora in *Studi cit.*, p. 275 ss.

dopo essersi ampiamente soffermato su una questione, prospettata alla Corte con un motivo di ricorso dal Governo rumeno, ma da essa non esaminata, e cioè quella relativa ai limiti della giurisdizione del giudice italiano nel giudizio di delibazione, giungendo in proposito alla negazione che esista un limite qualsiasi alla giurisdizione stessa, esamina più da vicino le affermazioni della Cassazione nella sentenza in esame. Esse vengono criticate, in particolare, sotto due profili: anzitutto, secondo il Morelli, la Corte non avrebbe dovuto trascurare di esaminare la questione di legittimazione passiva rispetto alla domanda di delibazione, per la soluzione della quale doveva essere esaminata l'eventualità di mutamenti nella titolarità dell'azione di delibazione. Inoltre, e soprattutto, la Corte avrebbe dovuto tener presente la possibilità, per il giudice della delibazione, di risolvere, incidentalmente e senza efficacia di giudicato, tutte le questioni la cui soluzione è necessaria, ai fini della decisione della questione principale. La tassatività dell'elencazione dei requisiti richiesti per la delibazione, contenuta nell'art. 797, ad avviso dell'autore non esclude, ma implica, che la Corte di appello risolva incidentalmente tutte le questioni che devono essere risolte per giungere all'accertamento dei requisiti stessi, e quindi alla decisione sulla domanda: questioni che possono riguardare i presupposti processuali del giudizio di delibazione, o le condizioni dell'azione esercitata in tale giudizio.

Con gli stessi argomenti la sentenza viene criticata dal Cansacchi⁹, il quale insiste in particolare sul fatto che «la successione che si allegava essere avvenuta... era appunto una successione nel processo di delibazione e non, invece, una successione nel rapporto sostanziale esaminato e deciso dal tribunale (straniero)... Trattandosi di una questione direttamente inerente ai requisiti processuali del giudizio di delibazione, era necessario che il giudice delibante ne cercasse egli stesso gli estremi».

6. Decisioni relative all'interesse ad agire

Una situazione sostanzialmente non dissimile da quella ora esaminata ha formato oggetto del giudizio della Corte di appello di Genova (pres. Isola, est. Perosio) che nel decidere, il 31 dicembre 1936, la causa *Cuneo c. Montuoro* l'ha valutata soprattutto sotto il profilo dell'interesse ad agire. L'attore in delibazione aveva ceduto, prima dell'introduzione dell'istanza, tutti i diritti e le azioni che gli spettavano in forza della sentenza di cui chiedeva la dichiarazione di efficacia, onde il convenuto aveva eccepito la sua carenza di interesse ad agire, essendo l'attore stesso spogliato dei diritti derivanti dalla sentenza di cui era causa.

La Corte ritenne che l'eccezione non valesse ad impedire l'accoglimento dell'istanza. Il giudizio di delibazione, infatti, osserva la Corte, ha «unicamente per

⁹ CANSACCHI, *Successione nella legittimazione processuale passiva e giudizio di delibazione*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, XXX (1951), 1° quadr., p. 104 s.

iscopo di esaminare se la sentenza straniera riveste gli estremi necessari per essere dichiarata esecutiva nel regno.

Ogni altra indagine rivolta ad accertare se, per effetto di fatti giuridici successivi alla pronuncia della sentenza, gli attori non abbiano interesse a chiederne la delibazione è preclusa dalla natura stessa del giudizio invocato, che consiste essenzialmente nel conferire alla sentenza straniera quella forza esecutiva che già possiede nel territorio di origine e non può quindi né aggiungere né togliere alcunché alla sentenza, la quale deve essere esaminata in se stessa indipendentemente da mutamenti di diritto successivi alla sua pronuncia.

Le ulteriori questioni relative a cessioni di diritti, a prescrizioni e ad altre modificazioni intervenute dopo la pronuncia della sentenza potranno essere sollevate in sede di opposizione agli atti esecutivi, ma non possono ostacolare il giudizio di esecutorietà della sentenza straniera che ha un fine ben determinato e preciso, cioè quello di conferire forza esecutiva nel territorio del regno ad una pronuncia che altrimenti potrebbe solo essere invocata nei limiti dello Stato ove fu emessa».

Il Quadri¹⁰, annotando la sentenza in questione, osserva che essa ha confuso l'interesse ad agire con la *legitimatío ad causam*, in quanto la mancanza di interesse *personale e diretto* atterrebbe appunto a quest'ultima, e non al primo. Ciò posto, l'autore afferma che il portatore dell'azione per la delibazione della sentenza straniera è il titolare, reale od eventuale, del diritto affermato nella domanda giudiziale; diritto che, nel giudizio di delibazione, è il «diritto potestativo di produrre... il mutamento giuridico consistente nel rendere efficace nell'ordinamento giuridico italiano la decisione del giudice straniero». Ora tale diritto spetta, secondo il Quadri, al portatore degli effetti della sentenza straniera: si che, ove vi sia stata una successione nei diritti accertati da quest'ultima, la successione si opererà anche nei confronti del diritto potestativo di cui trattasi. La Corte di Genova avrebbe quindi errato nel ritenere legittimato ad agire il cedente dei diritti che formavano oggetto della sentenza straniera, il quale non potrebbe nemmeno agire quale sostituto processuale del cessionario.

Per quanto concerne, invece, l'interesse vero e proprio, il Quadri afferma che chi è legittimato ad agire in delibazione, come in genere in caso di azioni costitutive, ha sempre l'interesse ad agire, poiché, se la domanda dell'attore è fondata, essa non può essere soddisfatta altrimenti che mediante pronuncia del giudice.

Esistono oltre a quella ora citata alcune altre sentenze che hanno affrontato il problema dell'interesse ad agire nel giudizio di delibazione: ma va sempre tenuto presente che non è per nulla chiaro il rapporto che, nel pensiero dei giudicanti, intercorre tra la nozione di interesse e quella di legittimazione, anche se non si può sempre affermare con certezza che l'una sia stata confusa con l'altra.

È opportuno considerare anzitutto i casi in cui l'esistenza dell'interesse è stata negata. La Corte di appello di Trieste ha ritenuto priva di interesse la domanda in-

¹⁰ QUADRI, *Interesse ad agire, «legitimatío ad causam» e giudizio di delibazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, II, p. 155 ss., ora in *Studi critici cit.*, p. 187 ss.

tesa ad ottenere la dichiarazione di efficacia in Italia della sentenza straniera di annullamento di matrimonio, quando uno dei coniugi sia morto prima della proposizione della domanda di delibazione, in quanto la dichiarazione di efficacia non potrebbe avere nessuna efficacia pratica, essendo il matrimonio già sciolto: si tratta della sentenza del 12 gennaio 1954, in causa *Raineri c. Jamnik*. La stessa Corte (pres. Arbanassi, est. Roatti), in causa *Bruckner c. Vicini*, ha ritenuto, con la sentenza del 23 novembre 1955, carente di interesse a chiedere all'autorità giudiziaria la delibazione di una sentenza straniera di divorzio il coniuge di cittadinanza germanica il cui matrimonio sia stato celebrato all'estero, che abbia soltanto il domicilio o la residenza in Italia.

A queste sentenze sembra sia da accostare, ancorché la massima non faccia esplicita menzione dell'interesse, anche la decisione della stessa Corte in data 9 gennaio 1954 (pres. De Litala, est. Arbanassi, p.m. Colotti, conf.), in causa *R. c. B.*, secondo la quale «va rigettata, siccome priva di oggetto, la domanda di delibazione di una sentenza straniera di nullità di matrimonio per impotenza di uno dei coniugi proposta dopo la morte dell'altro coniuge, e quindi dopo che il matrimonio si era già sciolto *ipso jure* in base all'art. 149 cod. civ.».

Non si deve tuttavia trascurare di porre in luce che di queste tre sentenze della Corte triestina risulta pubblicata la sola massima: il che impedisce una esatta comprensione dell'*iter* logico seguito dai giudici, e un completo apprezzamento della portata del principio enunciato.

La più significativa decisione che ha respinto una domanda di delibazione di una sentenza straniera per carenza di interesse ad agire è quella della Corte di appello di Milano (pres. est. Ammatuna), in data 4 maggio 1956, emessa nella causa *Egyptian Textile Trading Company c. S.p.a. Lanificio Rivetti*. L'attrice aveva chiesto la delibazione di una sentenza egiziana di condanna al pagamento di somma. Successivamente la causa era stata cancellata dal ruolo, su accordo delle parti. Ma, trascorso un anno, la *Egyptian Textile Trading* riproponeva la domanda, cui la convenuta opponeva che la precedente cancellazione della causa dal ruolo era avvenuta in dipendenza di un accordo contrattuale in forza del quale l'istante aveva perduto ogni ragione di credito verso la convenuta stessa. A ciò l'attrice replicava che il giudice della delibazione non può pronunciare sull'intrinseco dei rapporti, e che pertanto la controparte avrebbe dovuto far valere i fatti da essa addotti o in un particolare processo di accertamento, o in sede di opposizione all'esecuzione.

La Corte osserva che indubbiamente «il giudizio di delibazione... ha per oggetto la dichiarazione di efficacia di una sentenza straniera, e ciò importa che l'unico accertamento che possa esservi compiuto consiste nel verificare se si siano verificate le condizioni previste dall'art. 797 c.p.c.

Ma un tale accertamento... costituisce, ad un tempo, l'oggetto del giudizio ed i suoi limiti; e ciò vuol dire che, se in sede di delibazione è questa la sola pronunzia che possa essere emessa con efficacia di giudicato, non è questa la sola questione che possa esservi dibattuta».

Prima di giungere all'accertamento dei requisiti che la sentenza deve presentare per essere ammessa a spiegare efficacia in Italia, prosegue infatti la Corte, il giudice della delibazione deve risolvere tutte le questioni attinenti alle condizioni dell'azione ed ai presupposti processuali. In tal modo, l'accertamento e l'esame dei rapporti intercorsi tra le parti successivamente alla pronunzia della sentenza straniera devono venire effettuati allo scopo di stabilire se tali fatti sopravvenuti, essendo «incompatibili col diritto di ottenere che la sentenza straniera abbia efficacia in Italia, tolgano interesse a proporre la domanda di delibazione e rendano quindi carente di azione colui che ha dedotto la relativa pretesa». Ora, da quell'accertamento e da quell'esame la Corte trae la convinzione di essere di fronte ad un accolto da parte di un terzo, e ad una liberazione della Rivetti da parte della Egyptian Textile Trading. Si che ne deriva, secondo i giudici, che «gli atti ed i negozi che le parti perfezionarono in epoca successiva alla data di detta sentenza costituiscono una situazione contraria al diritto che l'attrice ritiene di derivare dalla sentenza straniera. Ciò importa la conseguenza che la Egyptian Textile non ha interesse alla delibazione suddetta, onde la Corte... deve dichiarare che la istante non ha azione per ottenere che sia resa efficace in Italia la sentenza 12 giugno 1950 del Tribunale di Alessandria d'Egitto».

Il Bologna, commentando la sentenza della Corte milanese¹¹, rimprovera a quest'ultima di non aver tenuto presente l'autonomia dell'azione di delibazione rispetto ai rapporti sostanziali definiti dalla sentenza straniera. Secondo tale autore, i fatti estintivi, modificativi od impeditivi avvenuti dopo la sentenza da delibare, non ostano alla sua dichiarazione di efficacia in Italia, e possono essere presi in considerazione unicamente in sede di opposizione all'esecuzione della sentenza straniera delibata.

Al contrario il Ruini, che ha fatto oggetto la medesima sentenza di un commento assai accurato e completo¹², osserva che la critica mossa dal Bologna non è fondata. In realtà, secondo questo autore, i giudici milanesi hanno tenuto perfettamente presente il carattere dell'azione di delibazione, in aderenza alle opinioni dottrinali più autorevoli, e sono giunti ad una conclusione che è in sé da condividere: attraverso, però, una motivazione che appare criticabile. E ciò, secondo il Ruini, anzitutto perché, in base alle concezioni della dottrina processualistica ed internazionalistica, che appaiono più accettabili, l'interesse ad agire non ha autonomia rilevanza nel processo di delibazione, e la domanda di delibazione non può essere respinta per difetto di interesse. Se, infatti, si configura l'interesse ad agire come derivante da uno stato di fatto lesivo o contrario al diritto soggettivo fatto valere nel processo, esso non può trovare posto nel giudizio di delibazione: tutt'al più ci si potrà trovare di fronte ad ipotesi di estinzione del diritto fatto valere. Ma

¹¹ BOLOGNA, *Eventi successivi alla sentenza straniera da delibare e loro efficacia*, in *Giust. civ.*, 1956, I, 1400.

¹² RUINI, *L'oggetto del giudizio di delibazione, l'azione di delibazione e l'interesse ad agire nel processo di delibazione*, in *Temi*, 1957, p. 29 ss.

anche configurando l'interesse in altro modo – ad esempio, come ispirato all'esigenza di economia processuale che la reintegrazione del diritto del singolo non possa avvenire che attraverso il processo –, esso non sarebbe egualmente configurabile in modo autonomo nel processo di delibazione, che rappresenta l'unica via attraverso la quale il diritto di far valere la sentenza straniera può trovare soddisfazione.

Il Ruini osserva, inoltre, che non può ritenersi esatto, come sembra ritenere la Corte milanese, che i fatti e rapporti successivi alla sentenza straniera possano essere fatti valere in sede di opposizione all'esecuzione. Ma anche se ciò fosse, secondo l'autore, non si potrebbe comunque affermare che l'attore non avrebbe ricavato alcun vantaggio dalla delibazione della sentenza, per la possibilità che il convenuto non si opponesse alla esecuzione, o comunque l'opposizione non fosse accolta.

Per tutti questi motivi, il Ruini ritiene che l'unica via per attribuire, nella specie decisa, rilevanza all'accollo ed alla remissione di debito intervenuti prima della domanda di delibazione, fosse quella di esaminarne l'incidenza sul diritto di chiedere la delibazione della sentenza straniera; ci si sarebbe trovati allora di fronte ad una rinuncia all'azione di delibazione, rinuncia che, ove fosse stata eccepita dalla parte interessata, avrebbe comportato il rigetto della domanda.

Si possono esaminare ora le decisioni che hanno affermato, nei vari casi concreti, la sussistenza di un interesse ad agire. La Corte di cassazione (di Brescia), con sentenza del 4 giugno 1945 (n. 123), in causa *Lürig c. Hundhammer*, ha ritenuto che un cittadino germanico avesse interesse a chiedere la delibazione di una sentenza straniera di divorzio «a tutela di interessi morali e patrimoniali»: la Corte sembra, così, propendere per l'accoglimento della tesi che ritiene l'interesse presente in ogni caso, per quanto è dato comprendere dalla massima pubblicata.

Più complesso ed interessante appare il caso risolto dalla Corte di cassazione (Sez. un., pres. Ferrara, est. Messina, p.m. Macaluso, conf.), con sentenza del 5 agosto 1950 (n. 2383), in causa *Hadji c. Parma*. Si trattava di stabilire se una donna, cittadina turca, poi divenuta italiana in seguito a matrimonio, e quindi divorziata all'estero, e sposata nuovamente con un cittadino cecoslovacco, avesse interesse a proporre ricorso in Cassazione contro la sentenza della Corte di appello che aveva delibato la sentenza di divorzio, a richiesta del marito. La Corte suprema ritiene esistente l'interesse, in quanto «non solo la Hadji, data l'unicità del vincolo matrimoniale, è soggetto necessariamente legittimato a contraddire (tanto che è stata convenuta nel giudizio di delibazione), ma ha anche l'interesse concreto ed attuale ad opporsi alla domanda di dichiarazione di efficacia in Italia della sentenza di divorzio, e quindi a proporre ricorso per cassazione contro la decisione che tale domanda ha accolto. Interesse che, peraltro, è, di per sé, giustificato dal fatto che nel giudizio di divorzio, svoltosi davanti al tribunale turco, essa è rimasta soccombente».

La decisione ha attratto l'interesse della dottrina, che vi ha dedicato tre commenti. Il Malintoppi¹³, pur condividendo l'opinione che ritiene esistente in ogni

¹³ MALINTOPPI, *Interesse ad agire e interesse a contraddire nel giudizio di delibazione*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, XXX (1951), 2° quadr., p. 292 ss.

caso l'interesse ad agire in delibazione, ritiene ammissibile l'indagine circa l'interesse a contraddire, esso pure richiesto dall'articolo 100 cod. proc. civ. Infatti, secondo l'autore, nelle azioni costitutive l'attività del convenuto, diretta ad impedire la formazione della situazione giuridica che può venire posta in essere dalla sentenza costitutiva, deve trovare la sua giustificazione in un interesse, appunto perché il convenuto, a differenza dell'attore, non chiede la realizzazione di un diritto potestativo, non altrimenti attuabile che in via giudiziaria. Si tratta, insomma, dell'interesse di evitare un ingiusto danno nascente dalla situazione giuridica che può venire a costituirsi a seguito dell'attività giurisdizionale: ed è accertabile d'ufficio.

Ora, quanto alla specie decisa dalla Cassazione, il Malintoppi ritiene che, poiché l'accertamento dell'interesse deve avvenire in base ad una valutazione complessa in cui vengono presi in considerazione anche quegli elementi di fatto che hanno concorso a formare la situazione da cui deriva la necessità del ricorso agli organi giurisdizionali, la soluzione della Corte suprema possa dirsi fondata.

Ad analoga soluzione perviene il Biscottini¹⁴, che critica peraltro la sentenza in quanto non ha tenuto nettamente distinte le due azioni, quella esercitata nel processo straniero e quella di delibazione. Data, peraltro, la cittadinanza italiana della Hadji, l'interesse non sarebbe contestabile.

In base ad un diverso apprezzamento di quella complessa situazione, in base alla quale il Malintoppi ritiene debba valutarsi la sussistenza dell'interesse a contraddire, il Cansacchi¹⁵ perviene a negare l'esistenza, nella specie, di quest'ultimo. Egli rileva, infatti, che «la ricorrente avrebbe avuto indubbiamente un interesse attuale e legittimo ad ottenere una sentenza che respingesse il divorzio estero, qualora essa per parte sua si fosse posta in condizione di osservare i doveri e di beneficiare dei diritti che le derivavano dallo stato di coniuge; ma poiché, invece, essa era passata a nuove nozze, conviveva all'estero col secondo marito e si era sottratta, stabilendosi all'estero, alla osservanza volontaria o coattiva dei giudicati italiani, ne conseguiva che la sentenza italiana, respingente la delibazione, veniva ad essere totalmente priva di effetto nei confronti di lei e estranea alla soddisfazione di un suo concreto interesse», che non fosse un «interesse di vendetta contro il coniuge italiano o... un interesse ricattatorio».

La Corte di appello di Trento (pres. Gay, est. Ponzelli), con sentenza del 23 febbraio 1955, in causa *Innerhofer c. Wetzel e P.M.*, ha ritenuto sussistente l'interesse dello straniero, già cittadino italiano, a chiedere la delibazione della sentenza straniera di divorzio, onde ottenerne l'annotazione a margine dell'atto di nascita.

Infine, la Corte di appello di Roma, con la già ricordata sentenza del 15 aprile 1961, ha affermato, ricollegandosi così alle opinioni espresse da parte autorevole della dottrina, che «l'indagine sull'interesse ad agire in relazione alla domanda di delibazione... non è scindibile da quella sulla legittimazione ad agire, perché, se

¹⁴ BISCOTTINI, *Sull'interesse ad agire nel giudizio di delibazione*, in *Foro pad.*, 1951, I, 341.

¹⁵ CANSACCHI, *Legittimazione ad agire del coniuge divorziato*, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, 110.

sussiste questa condizione dell'azione, sussiste anche l'interesse processuale all'azione di accertamento costitutivo dell'efficacia extraterritoriale della sentenza straniera, poiché il mutamento giuridico cui aspira l'attore non può prodursi se non mediante la sentenza di delibazione. L'attore subirebbe un danno dal mancato esercizio della azione di delibazione e perciò ha interesse a proporla».

7. *L'atto introduttivo del procedimento di delibazione degli atti stranieri di giurisdizione volontaria*

È opportuno accennare a questo punto ad un problema particolare, sorto a proposito dell'atto introduttivo del giudizio di delibazione di atti stranieri di volontaria giurisdizione, che appare ormai risolto dalla giurisprudenza. Essa appare infatti stabilmente orientata nel senso di ritenere che la domanda volta a far valere atti di tal natura debba essere proposta con ricorso, e non con citazione, come richiede in via generale, per le sentenze straniere, l'art. 796 cod. proc. civ.; e che correlativamente il provvedimento emanato su tale domanda dalla Corte di appello debba avere la forma del decreto, e non della sentenza. In questo senso si sono avute diverse decisioni, delle quali si ricordano qui quelle della Corte di appello di Napoli (pres. Petraccone, est. Favara, p.m. Martino, diff.), decreto 1° febbraio 1949, ric. *Sanges*, secondo la quale la mancanza del controinteressato rende impossibile pensare ad un procedimento contenzioso; della Corte di appello di Milano (pres. Tommasi, est. Thermes), decr. 6 febbraio 1950, ric. *Rescaldani*; della Corte di appello di Ancona (pres. Mazza, est. Caputo, p.m. Menichelli, diff.), decr. 6 luglio 1960, ric. *Angelotti*; ed infine, ancora della Corte di Milano (pres. Trimarchi, est. Donati), decr. 14 aprile 1961, ric. *Ferrari*. Quest'ultima, prendendo in considerazione e respingendo le contrarie conclusioni del pubblico ministero, osserva che, nella specie (si trattava di un atto straniero di autorizzazione all'esercizio della patria potestà), per l'instaurazione di un giudizio in forma contenziosa difetterebbe la sussistenza di un interesse attuale di un altro soggetto, che lo legittimasse a sostenere il contraddittorio con la ricorrente, per cui in concreto non sarebbero applicabili le norme che prevedono l'instaurazione di un giudizio contenzioso di delibazione introdotto con citazione; ed inoltre che, trattandosi di un provvedimento per sua natura revocabile secondo valutazioni di opportunità, la sua efficacia non potrebbe essere dichiarata con sentenza, cioè con un provvedimento idoneo ad acquistare la forza del giudicato.

Si noti che proprio la necessità di munire il provvedimento di delibazione di una stabilità che il decreto emesso a conclusione del procedimento in camera di consiglio non potrebbe mai avere, costituiva la base di uno degli argomenti opposto dal Bartolomei¹⁶, in nota al decreto della Corte di appello già citato, alla tesi da questa accolta.

¹⁶ Nella nota *Adozione all'estero e delibazione in Italia*, in *Foro it.*, 1949, I, 603 ss.

8. *L'intervento nel giudizio di delibazione*

Alcune pronunzie si sono occupate della possibilità di intervento nel giudizio di delibazione: la soluzione del problema è favorevole alla ammissibilità dell'intervento stesso. La Corte di cassazione (pres. Azara, est. Manca, p.m. Nucci, conf.), con la sentenza 26 aprile 1939 (n. 1367), in causa *Testasecca c. Combes de Lestrade*, ha affermato l'ammissibilità dell'intervento dei figli minori nel giudizio di delibazione della sentenza straniera di annullamento del matrimonio dei genitori. La Corte nega che vi sia, in generale, una inammissibilità dell'intervento, in quanto nei giudizi di delibazione «che, pur avendo particolari finalità, si svolgono tuttavia secondo le norme comuni, e con uguali garanzie per i diritti dei contendenti e dei terzi, vi può essere soltanto difficoltà, non impossibilità, di identificare l'una o l'altra delle condizioni necessarie per giustificare l'intervento in primo, od in secondo grado. Onde la questione non può essere posta e risolta in termini astratti, come fa il ricorrente, ma deve esserlo invece indagando, nei casi concreti, se sussista l'interesse o il pregiudizio».

Il Garbagnati¹⁷, commentando la sentenza, esamina il problema relativo alla determinazione delle norme applicabili: quelle concernenti l'intervento in primo grado, o in appello? Pur obiettando alla Corte Suprema che il giudizio di delibazione non può considerarsi un giudizio di secondo grado, anche tale autore perviene ad affermare l'applicabilità, per analogia, delle norme sull'intervento in appello.

Un altro caso di intervento si è presentato alla Corte di appello di Milano (pres. Mottino, est. Lagrotta), che l'ha esaminato nella sentenza del 10 novembre 1954, in causa *Giannini c. Carpanetti*. Anche la Corte di Milano ritiene che «non sia contestabile l'ammissibilità in astratto dell'intervento di terzi nel giudizio di delibazione, qualunque sia l'oggetto della decisione di cui si chiede il riconoscimento». Nella specie, tuttavia, trattandosi di riconoscimento di una sentenza straniera di interdizione, la Corte nega la sussistenza dell'interesse all'intervento dei presunti creditori dell'interdetta, risalendo i vantati crediti ad epoca anteriore alla pronunzia di interdizione.

La statuizione della Corte è stata poi confermata dalla Corte di cassazione (pres. Piacentini, est. Vistoso, p.m. Trotta, conf.), con la sentenza del 10 febbraio 1956 (n. 401), in causa *Saltamerenda c. Giannini*.

9. *Decorrenza degli effetti della sentenza di delibazione*

Appare pacifica in giurisprudenza l'opinione che gli effetti della sentenza di delibazione decorrono dal momento in cui si producono quelli della sentenza straniera delibata nell'ordinamento cui questa appartiene. Del principio, così formula-

¹⁷ GARBAGNATI, *L'intervento volontario dei figli legittimi nel processo di delibazione di una sentenza straniera annullante il matrimonio dei loro genitori*, in *Riv. dir. priv.*, 1942, II, 77.

to, in aderenza alla dottrina più autorevole, si è fatta applicazione al caso del matrimonio contratto dopo la pronunzia, ma prima della dichiarazione di efficacia in Italia, della sentenza straniera di scioglimento o di annullamento del precedente matrimonio di uno dei coniugi.

Le sentenze che hanno statuito in tal senso sono abbastanza numerose. Già la Suprema Corte (pres. Casati, est. Colagrosso, p.m. Conforti, conf.), con la sentenza del 2 marzo 1936, in causa *Fakkry c. Panzès*, deduceva il principio esposto dal carattere del rinvio effettuato alla sentenza straniera, che avrebbe avuto natura di rinvio formale, e non ricettizio, per cui la sentenza era da considerarsi efficace sin dal momento della sua pronunzia. In senso analogo, la già citata sentenza della Corte di appello di Firenze del 22 maggio 1936, in causa *Toll c. Bock*. Così, ancora, il Tribunale di Trieste (pres. Pace, est. Petrucci, p.m. Raffo, diff.), con la sentenza 5 febbraio 1941, in causa *F. c. B.*, e la Corte di cassazione (pres. est. Ferrara, p.m. Dalla Mura, parz. diff.), con la sentenza 22 luglio 1943 (n. 1912), in causa *Bonazza c. Fanna e Hermannsdorfer*.

Più di recente altre sentenze ricollegano la soluzione del problema in esame alla più generale configurazione dell'oggetto del processo di delibazione, quale è delineata dalla dottrina prevalente. Posto infatti che il giudizio di delibazione non ha per oggetto il rapporto giuridico sostanziale oggetto della sentenza straniera, né dà luogo, in caso di accoglimento della domanda, alla recezione della sentenza stessa, o meglio del suo contenuto, ne consegue necessariamente che «il contenuto del provvedimento delibato resta disciplinato dall'ordinamento giuridico straniero, riconosciuto dal nostro ordinamento; e pertanto gli effetti della delibazione devono necessariamente adeguarsi a quelli dell'ordinamento di origine e risalire anch'essi al momento in cui nell'ordinamento straniero si sono manifestati». Così si è espressa, da ultimo, la Suprema Corte di Cassazione (pres. Celentano, est. Bianchi d'Espinosa, p.m. Cutrupia, conf.), definendo con la sentenza del 22 maggio 1963 (n. 1350) la controversia *Visconti di Modrone c. Visconti Adani*, che già aveva dato luogo ad altre due decisioni, anch'esse nel medesimo senso: quella della Corte di appello di Milano in data 1° aprile 1960 (pres. Ammatuna, est. Massari), e quella del Tribunale della stessa città in data 16 aprile 1959 (pres. est. Usai).

Lo stesso principio è stato riaffermato dalla Corte di appello di Palermo (pres. Miscela, est. Caputo), in data 11 aprile 1961, nella causa *Ammon c. P.M. e Allietta*, che ha riformato la sentenza del Tribunale di Palermo del 6 ottobre 1958 (questa decisione è l'unica, a quanto risulta, che abbia esplicitamente affermato il principio opposto della non retroattività della sentenza di delibazione); dalla Corte di cassazione (pres. Varallo, est. Bianchi d'Espinosa, p.m. Criscuoli, conf.), in data 30 maggio 1963 (n. 1430), nella causa *Amministrazione Finanze c. Watt Wolff*, a proposito di un provvedimento straniero di adozione; e infine dalla recentissima sentenza del Tribunale di Milano (pres. rel. Bianchi d'Espinosa, p.m. Bruni, conf.), in data 21 gennaio 1965, nella causa *Sozzani c. De Dampierre*, decisioni tutte che argomentano dalla natura del giudizio di delibazione secondo la configurazione datavi dall'ordinamento italiano.

10. Rimedi esperibili avverso la sentenza di delibazione

La giurisprudenza italiana appare sostanzialmente concorde nell'ammettere l'esperibilità contro la sentenza di delibazione di tutti i rimedi utilizzabili avverso le altre sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado. Prescindendo, ovviamente, dal ricorso per cassazione, sono stati affrontati e risolti in alcune sentenze i problemi relativi alla revocazione e all'opposizione di terzo contro le sentenze di delibazione.

L'ammissibilità della revocazione proposta dal p.m. ex art. 397 n. 2 cod. proc. civ. avverso la sentenza di delibazione è stata affermata dalla Corte di appello di Perugia (pres. Pafundi, est. Soggiu) nella sentenza del 17 giugno 1949, in causa *Proc. gen. app. Perugia c. P., B. e A.* Secondo la Corte, la collusione posta in essere dalle parti nel processo straniero per frodare la legge influisce sulla delibazione sia mediatamente, attraverso la sentenza straniera ottenuta con frode, della quale si chiede l'esecuzione in Italia, sia direttamente, in quanto presenta al giudice della delibazione un titolo apparente, quale è la sentenza straniera ottenuta con frode, che è da ritenersi nulla. Inoltre, sempre secondo l'opinione della Corte, il termine di trenta giorni per la proposizione dell'istanza di revocazione decorre in ogni caso dal momento in cui il pubblico ministero abbia scoperto la collusione.

La sentenza è stata commentata da due autori, il Lorenzi ed il Calvosa¹⁸. Mentre il primo si limita ad approvare integralmente le argomentazioni della Corte di Perugia, il secondo ritiene che il problema non abbia ricevuto una trattazione adeguata alla sua importanza. Si deve infatti distinguere, afferma il Calvosa, a seconda del momento in cui la frode si è verificata: né è possibile collegare i due processi – quello straniero e quello di delibazione – considerandoli come due momenti di un tutto unico. La revocazione ex art. 397 cod. proc. civ. sarebbe ammissibile rispetto alle sentenze di delibazione soltanto ove la collusione delle parti si fosse attuata nel processo italiano. Inoltre l'accertamento della nullità della sentenza straniera implicherebbe l'accertamento della collusione nel processo conclusosi con quella sentenza, e cioè, necessariamente, un riesame del merito che non è consentito nel giudizio di delibazione, salvo i casi espressamente previsti dall'art. 798.

Sempre in materia di revocazione del p.m. a norma dell'art. 397 n. 2 cod. proc. civ., la Corte di cassazione (pres. Celentano, est. Bartolomei, p.m. Tavolaro, diff.) ha avuto occasione di precisare, con la sentenza 10 luglio 1962 (n. 1820) in causa *Proc. gen. app. Milano c. Ergas e Modiano*, che «è da escludersi che il Pubblico Ministero possa... impugnare per revocazione una sentenza straniera sottoposta al giudizio di delibazione», in quanto l'art. 397 «concede ovviamente al Pubblico Ministero il potere di impugnare per revocazione le sentenze nazionali, in quanto si inserisce nella disciplina del procedimento di revocazione, tracciata dagli arti-

¹⁸ LORENZI, *Collusione delle parti «in fraudem legis» e giudizio di revocazione proposto dal P.M.*, in *Foro it.*, 1949, I, 965; CALVOSA, *Ancora sulla frode alla legge nel processo*, *ivi*, 968.

coli 395 e 403 del codice di rito civile, con indiscutibile riguardo alle sentenze emanate nel nostro paese».

Più numerose sono le sentenze in materia di opposizione di terzo contro la sentenza di delibazione. Anche in questo caso l'opposizione è stata ritenuta ammissibile in linea di principio, salvo, naturalmente, l'esame della ricorrenza dei presupposti richiesti per l'accoglimento dell'istanza.

La Corte di cassazione (pres. Petrone, est. Gini, p.m. Assisi, con.), con la sentenza del 24 giugno 1932, in causa *Gangerli c. Di Pollone*, ha ammesso l'opposizione di terzo da parte del legatario di un cittadino italiano, il quale aveva adottato una straniera all'estero, avverso la sentenza che aveva dichiarato esecutiva in Italia la sentenza straniera di adozione.

La Corte di appello di Milano (pres. est. Pelosi), in data 15 luglio 1933, nella causa *Ballerini c. Ballerini e Belila*, si è trovata a dover giudicare dell'opposizione di terzo promossa dal curatore speciale del figlio minore di due cittadini italiani, il cui matrimonio era stato annullato per impotenza della madre da una sentenza cecoslovacca delibata in Italia, contro la sentenza di delibazione.

Si era eccepito che l'opposizione non sarebbe stata ammissibile in quanto l'indagine rimessa alla Corte avrebbe urtato contro il divieto del riesame in merito della controversia decisa dal giudice straniero, divieto sancito non solo dalle norme generali, ma anche da quelle speciali contenute nell'accordo italo-cecoslovacco del 6 aprile 1922, nella specie applicabile. La Corte afferma peraltro che «ciò che è vietato dall'art. 941 cod. proc. civ. (1865) e dall'accordo con la Cecoslovacchia è il riesame del merito ai fini e per i riguardi del giudizio di delibazione, mentre in questo caso non si tratta che di conoscere incidente del contenuto della sentenza straniera per poter statuire sul pregiudizio del terzo e nei limiti reclamati dalla salvaguardia dei diritti del terzo.

L'opposizione quindi non mira a fare cadere *inter partes* la sentenza straniera che ha pronunciato l'annullamento del matrimonio, ma soltanto ad impedirne gli effetti nel regno».

Ciò posto, la Corte osserva che l'indagine in fatto avrebbe portato all'accertamento che la moglie non era affetta da *impotentia coeundi*, ma che, anche indipendentemente da ciò, l'opposizione avrebbe dovuto essere accolta in quanto, provata con l'attribuzione dello stato civile la nascita del figlio, dovrebbe ritenersi inammissibile l'annullamento del matrimonio per impotenza. Ciò costituirebbe anzi il contenuto di un principio di ordine pubblico, che impedirebbe sotto un altro profilo la delibazione della sentenza.

Il Carnelutti¹⁹, commentando la decisione, osserva che il punto delicato riguarda la proponibilità avanti al giudice italiano dell'opposizione avverso la sentenza straniera delibata. Essa dovrebbe ritenersi ammissibile, malgrado le apparenze, così come è ammissibile in certi casi il riesame del merito, che secondo

¹⁹ CARNELUTTI, *Opposizione di terzo contro sentenza straniera riconosciuta in Italia*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, II, 34; ID., *Nullità della sentenza derivata da processo fraudolento*, *ivi*, p. 46.

l'autore si traduce in una impugnazione della sentenza straniera avanti al giudice italiano. Secondo il Carnelutti, inoltre, la sentenza derivante da processo fraudolento dovrebbe ritenersi radicalmente nulla.

La sentenza della Corte milanese è stata confermata dalla Corte di cassazione (pres. Venzi, est. Scalfaro), con la sentenza del 28 giugno 1934, in causa *Ballerini c. Cassola*. La Corte Suprema si limita ad osservare che «basta a sorreggere la decisione di revoca» della sentenza di delibazione l'accertamento che quest'ultima «era stata ottenuta per collusione delle parti perpetrata a danno del magistrato italiano e che non esisteva la causa di annullamento per impotenza della moglie».

Il Carnelutti osserva in proposito²⁰ che il fondamento della soluzione potrebbe trovarsi soltanto nella tesi, già da lui propugnata, della nullità della sentenza per frode: tale sarebbe anzi, ad avviso dell'autore, il motivo che traspare dalla motivazione adottata dal Supremo Collegio.

Lo Scerni osserva invece²¹ che l'unico elemento che avrebbe potuto venire in rilievo sarebbe stato il dolo processuale delle parti, il quale non si sarebbe esaurito nel processo estero, ma avrebbe continuato ad esplicarsi in quello di delibazione. In tal modo, frutto del dolo sarebbe stata la stessa sentenza italiana di delibazione.

Un altro caso di opposizione di terzo avverso sentenze di delibazione è stato risolto dalla Corte di appello di Trieste (pres. Gaetano, est. Formosa), in causa *F. c. B e H.*, con la sentenza del 19 giugno 1941, e poi dalla Corte di cassazione con la già citata sentenza del 22 luglio 1943 (n. 1912). Si trattava dell'opposizione proposta dal coniuge di una donna, il cui primo matrimonio era stato annullato da una sentenza straniera delibata in Italia, avverso la sentenza di delibazione. La Corte di Trieste osserva che, pur non essendo da un punto di vista generale le sentenze di delibazione tali da pregiudicare i diritti dei terzi, nei casi in cui ciò può avvenire «non v'ha motivo di sottrarre la sentenza stessa alle comuni norme di diritto intese ad assicurare, con il mezzo straordinario della opposizione, la regolare amministrazione della giustizia».

Quanto al pregiudizio del terzo, esso starebbe in ciò che la sentenza di delibazione, riconoscendo lo stato libero della donna, avrebbe privato il coniuge del diritto di chiedere ed ottenere la dichiarazione di nullità del matrimonio.

La Cassazione, pur non svolgendo alcuna considerazione contro l'ammissibilità dell'opposizione in se stessa, nega che il secondo marito fosse legittimato a proporla, in quanto mancherebbe tra i due rapporti matrimoniali quell'autonomia che potrebbe giustificare la proponibilità: infatti «la sentenza che ha dichiarato la inesistenza o pronunciato lo scioglimento di un rapporto matrimoniale tra due soggetti giuridici fa stato anche per i terzi che dalla sua esistenza vorrebbero derivare dei diritti».

Un ultimo caso di opposizione di terzo avverso sentenze di delibazione è stato risolto da due decisioni della stessa Corte di cassazione. Nella prima (30 aprile

²⁰ CARNELUTTI, *Opposizione di terzo contro sentenza di delibazione in causa di stato*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, II, 50.

²¹ SCERNI, *Sentenza delibatoria e dolo processuale*, in *Riv. dir. priv.*, 1937, II, 53.

1942, n. 1147), la Corte (pres. Azara, est. Rebutti, p.m. Feraudo, conf.), nella causa *Montorsi c. Oneda Zorilla*, censura la Corte di appello che aveva ritenuto improponibile l'opposizione di terzo dei figli di coniugi, il cui matrimonio era stato annullato da una sentenza straniera dichiarata efficace in Italia, avverso la sentenza di delibazione. La Corte del merito aveva affermato che il dolo eventualmente spiegato dalle parti nel processo straniero o in quello italiano doveva considerarsi del tutto irrilevante, dato il divieto di scendere a riesaminare il merito della causa decisa dal giudice straniero; ma la Cassazione osserva che tale divieto non impedisce «di esaminare se la sentenza di cui si chiede la delibazione sia veramente una sentenza, o se tale sia soltanto in apparenza perché effetto di una fraudolenta collusione delle due parti compiuta per ottenere la violazione di disposizioni d'ordine pubblico, tanto più quando la collusione sia compiuta anche in danno di persone rimaste estranee al giudizio svoltosi all'estero, alle quali persone sarebbe pregiudizievole l'esecuzione della sentenza».

La Suprema Corte accoglie così, in sostanza, la tesi del Carnelutti, come lo stesso autore ha osservato²². Sia consentito osservare, a questo punto, che la tesi può essere esatta, ove se ne faccia un problema di diritto positivo, e non di teoria generale: ossia se l'ordinamento cui la sentenza straniera appartiene ricollega al dolo processuale bilaterale la conseguenza della nullità della sentenza che ne deriva. In tal caso mancherebbe all'atto la qualità essenziale che ne può consentire la dichiarazione di efficacia in Italia²³.

La soluzione ora ricordata è stata poi riaffermata dalla stessa Cassazione (pres. Pellegrini, est. Colucci, p.m. Feraudo, conf.), con la sentenza del 14 agosto 1944 (n. 470), nella stessa causa *Oneda Zorilla c. Montorsi*, ritornata al suo esame. Vi si afferma, infatti, che «non poteva il giudice della delibazione inserire la sentenza straniera nell'ordine giuridico italiano, perché essa manca di un requisito essenziale per il suo riconoscimento, e cioè che essa rappresenti la volontà della legge, che sia effettivamente, e non solo in apparenza, una sentenza». Conclusione questa che è criticata dall'Andrioli²⁴, il quale preferisce ritenere applicabile al caso il disposto dell'art. 397 cod. proc. civ., purché si ritenga che il dolo si perpetui dal processo straniero a quello di delibazione.

²² CARNELUTTI, *Ancora sulla nullità assoluta della sentenza fraudolenta*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, II, 133.

²³ Si veda in questo senso MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale* cit., pp. 301, nota 4, 310 s.

²⁴ ANDRIOLI, *Sulla rilevanza del dolo processuale bilaterale*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, XV (1944), p. 401 ss.

11. *Estinzione degli effetti della sentenza straniera delibata nell'ordinamento di origine*

Rimane da esaminare il problema relativo all'influenza delle vicende della sentenza straniera delibata nell'ordinamento di origine. In altri termini, si tratta di stabilire quale rilievo sia da attribuirsi nell'ordinamento italiano ad una sentenza straniera che annulli o revochi una sentenza già passata in giudicato, e già dichiarata efficace in Italia. Per l'influenza di altri fatti estintivi dell'efficacia della sentenza straniera, il problema si pone invece nei diversi termini ricordati *supra*, nel paragrafo 2.

È noto che la dottrina è fondamentalmente divisa tra l'opinione di chi ritiene che la sentenza straniera di revocazione o di annullamento valga senz'altro a far venir meno anche l'efficacia della sentenza di delibazione, in quanto diretta a far venir meno un fatto – la sentenza straniera – che è produttivo di certi effetti nell'ordinamento italiano, e quella di chi nega invece che sussista una ragione di sottrarre quella sentenza al normale trattamento di tutte le sentenze straniere, e cioè alla necessità della delibazione²⁵.

La giurisprudenza non ha mai avuto occasione di prendere posizione esplicitamente sul punto, e le osservazioni che da alcune decisioni si possono ricavare non appaiono conseguenza di una discussione del problema. Ad esempio la Corte di appello di Venezia (pres. est. Andreoni) nella sentenza del 28 luglio 1936, in causa *Volpi c. Ruspoli*, respinse l'eccezione di improcedibilità del giudizio sollevata dal convenuto in base alla pendenza all'estero di un giudizio di revocazione della sentenza da delibare, affermando che «l'eventuale pronuncia di revocazione che fosse in seguito emanata potrebbe a sua volta essere delibata, e porre nel nulla il concesso *exequatur*».

La Corte di cassazione (pres. Dato, est. Manca, p.m. De Villa, conf.), nella sentenza del 17 luglio 1940 (n. 2418), in causa *Giuliani c. Poli*, nel pronunciare su di un ricorso contro una sentenza di delibazione di sentenza straniera che era stata nel frattempo revocata dal Tribunale straniero con pronuncia passata in giudicato, si limitò ad osservare che «non esistendo più giuridicamente la sentenza straniera in base alle leggi dello Stato in cui fu pronunciata, non può dar luogo ad alcun giudizio di delibazione in Italia, e cessa perciò la giurisdizione del giudice italiano».

La sinteticità di questa motivazione è stata criticata dal Lassano²⁶, il quale ritiene che la Corte non abbia in realtà avuto presenti i termini del problema.

²⁵ Nel primo senso, com'è noto, il MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale* cit., p. 296, nota 5, e, da ultimo, CONDORELLI, *Vicende, nell'ordinamento di origine, della sentenza straniera delibata*, in *Riv. dir. int.*, 1962, p. 384 ss.; nell'altro, invece, cfr. ad es. QUADRI, *Sentenza straniera e sentenza di delibazione* (1937), ora in *Studi critici* cit., p. 125 ss. a p. 131 ss.

²⁶ BASSANO, *Efficacia della sentenza straniera di revocazione di una sentenza straniera delibata*, in *Temi emiliana*, 1941, p. 111 ss.

La Corte di appello di Milano (pres. est. Paladini), con la sentenza del 16 maggio 1944 in causa *Hundhammer c. Lürig*, ebbe a respingere la istanza di sospensione del giudizio di delibazione fondata sulla pendenza del giudizio di revocazione della sentenza straniera all'estero, osservando che «anche quando risultasse pendente in Germania un giudizio di revocazione della sentenza del Tribunale di Hannover non per questo esisterebbe identità di causa, fintanto almeno che nel presente giudizio non sia dato ingresso al riesame del merito, perché oggetto del giudizio di delibazione è unicamente l'esecutorietà in Italia della sentenza straniera in quanto essa abbia acquistato efficacia esecutiva e rivesta gli altri requisiti richiesti per il riconoscimento, e se queste condizioni sussistono e finché essa non venga revocata con altra che acquisti a sua volta efficacia esecutiva, essa conserva tutto il suo valore agli effetti della delibazione e l'esecutorietà non può essere negata».

Infine, la già citata sentenza della Corte di appello di Roma del 15 aprile 1961 ha esaminato e respinto la domanda di delibazione di una sentenza straniera di annullamento di altra sentenza straniera di annullamento della trascrizione di un matrimonio concordatario, già dichiarata efficace in Italia. La Corte ha apparentemente seguito in tal modo l'opinione di chi afferma la necessità della delibazione di sentenze di quel tipo, ma non ha in realtà avvertito, a quanto sembra, l'esistenza ed i termini del problema²⁷, dato che nessuna delle parti in causa ebbe a prospettare la tesi dell'efficacia della sentenza straniera di annullamento indipendentemente dalla delibazione.

²⁷ Cfr. in questo senso CONDORELLI, *Annullamento all'estero di sentenza straniera delibata*, in *Riv. dir. int.*, 1962, p. 441 ss.

Delibazione di sentenze straniere e legge materiale applicabile nelle questioni di Stato *

1. Due recenti sentenze della Corte di appello di Milano¹, che hanno dichiarato efficaci in Italia sentenze straniere in materia di stato delle persone, propongono il tema del rilievo che è proprio, in vista della delibazione di una sentenza straniera, alla disciplina sostanziale applicabile alla questione di stato. Nonostante le profonde diversità tra le due fattispecie esaminate, infatti, è questo il problema di fondo che esse ponevano, e che, pur avendo costituito oggetto di considerazione sotto profili ben diversi nelle due sentenze, permette il loro esame unitario.

Nel primo caso (*Schaefer c. Fend*) l'attore, cittadino germanico, chiedeva la dichiarazione di efficacia in Italia di una sentenza svizzera che aveva sciolto per divorzio il matrimonio da lui celebrato all'estero con altra cittadina germanica. Sebbene tale matrimonio non fosse né iscritto né trascritto in alcun registro italiano di stato civile, la Corte dichiara efficace nello Stato la sentenza, osservando, contro le affermazioni contrarie del Pubblico Ministero, che l'interesse ad agire deriva dal fatto che l'attore, risultando iscritto nei registri anagrafici del Comune di Milano come «coniugato», non potrebbe vedere riconosciuto il proprio stato di divorziato se non attraverso una modifica di tale iscrizione anagrafica, ottenibile peraltro solo mediante l'annotazione della sentenza straniera dichiarata efficace in Italia.

Nel secondo caso (*Cohen c. Nahon*), si chiedeva la delibazione di una sentenza austriaca che aveva dichiarato l'attore figlio legittimo della convenuta e del marito di questa, coniugati con rito ebraico a Tangeri nel 1919. La Corte, seguendo la impostazione data alla causa dal Pubblico Ministero, si sofferma particolarmente sull'asserita contrarietà all'ordine pubblico della sentenza, che giudicando della validità del matrimonio celebrato a Tangeri tra i genitori dell'attore, non avrebbe fatto sufficiente riferimento alla legge italiana, quale legge nazionale della donna: ma tale contrarietà non ritiene sussistere, mancando qualsiasi elemento che induca a ritenere che il matrimonio in questione fosse invalido secondo la legge italiana.

Le fattispecie considerate dalle due ricordate sentenze sono particolarmente

* Pubblicato in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1966, pp. 492-503.

¹ Entrambe in data 22 aprile 1966, rispettivamente in causa *Schaefer c. Fend* e *Cohen c. Nahon*: si possono leggere in questo fascicolo della *Rivista*, a p. 618 ss. e a p. 621 ss.

idonee ad illustrare in concreto alcuni principi da tener presenti in sede di delibazione di sentenze straniere relative a questioni di stato, principi che passiamo ora ad esporre brevemente.

2. L'attribuzione di efficacia in Italia ad una sentenza straniera in materia di stato personale pone il problema dei rapporti tra la disciplina sostanziale, che sarebbe applicabile al caso concreto in base ai normali principi di diritto internazionale privato, e quella risultante dalla sentenza, che è propria della situazione in seguito al riconoscimento della sentenza stessa. Generalmente, tuttavia, la soluzione che a tale problema viene data in dottrina e in giurisprudenza è, esplicitamente o implicitamente, nel senso di riconoscere l'integrale sostituzione, quanto al caso concreto, delle valutazioni discendenti dalle norme che disciplinano la materia controversa ad opera della valutazione contenuta nella sentenza straniera delibata, sì che a quelle norme non dovrebbe essere attribuito, in linea di principio, alcun rilievo. In questo ordine di idee, il rapporto tra i due sistemi di valutazioni è privo di ogni influenza quanto alla possibilità di attribuire efficacia alla sentenza straniera attraverso il giudizio di delibazione, ed è pertanto del tutto giustificato che il giudice, investito della cognizione di una domanda di delibazione, ne prescindano completamente.

Si esprime di solito tale situazione affermando che non costituisce un requisito per il riconoscimento della sentenza la circostanza che il giudice straniero abbia fatto concretamente applicazione delle stesse norme sostanziali che sarebbero state applicate dal giudice italiano, ove la questione si fosse posta a quest'ultimo; o, in altri termini, che siano state rispettate le regole italiane di diritto internazionale privato². Da tale affermazione, che in sé stessa non si può che ritenere esatta, non si deve però dedurre che la disciplina sostanziale di una determinata situazione non sia mai da tenere presente, ai fini del riconoscimento di sentenze straniere.

Essa riveste infatti primaria importanza tutte le volte che risulta fissata integralmente dalle norme generali ed astratte, le quali la definiscono compiutamente, senza lasciare all'atto che in concreto dà luogo alla situazione la possibilità di esercitarvi alcuna influenza. La disciplina di una data situazione giuridica concreta non è in tali casi opera di questo solo atto, sia esso negoziale o giurisdizionale. Ciò accade, tipicamente, in materia di stato delle persone; e, in particolare, tutte le volte che l'accertamento giudiziale effettuato da un giudice straniero costituisce soltanto il presupposto cui le norme sostanziali ricollegano determinate conseguenze giuridiche³.

² In questo senso cfr., ad esempio, le indicazioni contenute in MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*², Padova, 1954, p. 292 ss.; SPERDUTI, *Lezioni di diritto processuale civile internazionale* (litogr.), Pisa, 1961, p. 32 ss.; e da ultimo, anche per larghe indicazioni bibliografiche, TREVES (T.), *Considerazioni in tema di ordine pubblico e norme materiali applicate dal giudice straniero in sede di delibazione*, in questa *Rivista*, 1965, p. 504 ss., a p. 512 ss.

³ Per più ampi svolgimenti del concetto indicato nel testo, in relazione alle particolari caratteristiche degli *status* personali, e con particolare riferimento all'ipotesi di riconoscimento di sentenze

Le osservazioni ora svolte appaiono rilevanti sotto un duplice profilo. In primo luogo, trovandosi di fronte ad una sentenza in materia di stato personale, occorre stabilire, per quanto si è detto, quale sia la disciplina della situazione in base ai principi di diritto internazionale privato del foro, in ispecie nella loro tipica funzione di designazione e richiamo di valori giuridici stranieri. Sembra ormai certo che a tal fine si debba tenere conto anche delle sentenze e degli atti che operano nell'ordinamento straniero competente in base a tali principi; sentenze ed atti che producono così automaticamente i loro effetti sostanziali anche nell'ordinamento italiano⁴. Ma sorge di qui la questione dei rapporti tra i diversi modi in cui l'atto straniero può acquistare rilievo in quest'ultimo.

Si tratta insomma di stabilire in quale rapporto il giudizio di delibazione si ponga con le norme di diritto internazionale privato che riconoscono determinate situazioni validamente sorte in base alla legge straniera richiamata. Considerando la disciplina posta dagli articoli 796 e ss. del codice di procedura civile, è da ritenere che tale giudizio sia preordinato al fine principale di far valere una sentenza straniera come titolo o fonte di una situazione giuridica che l'ordinamento italiano non riconosca già, in quanto cioè il relativo effetto non si sia esaurito nella creazione di una situazione che è riconosciuta ad opera delle norme di diritto internazionale privato, ma consista in un mutamento giuridico avvenuto in un ordinamento non richiamato da queste ultime⁵. In questo caso, l'istituto della delibazione esplica in pieno la propria funzione, conducendo al riconoscimento di situazioni diverse da quelle esistenti nell'ambito degli ordinamenti designati dalle norme di diritto internazionale privato; e costituisce l'unico mezzo attraverso il quale si può raggiungere tale risultato. Soltanto il riconoscimento della sentenza come atto giurisdizionale, infatti, può assicurare la creazione nel foro di quella situazione di cui le norme di diritto internazionale privato non possono tener conto.

Ma può accadere, invece, che gli effetti che la sentenza spiega nell'ordinamento straniero consistano, anzitutto, in un mutamento giuridico sostanziale, che si produce anche nell'ordinamento italiano in base al richiamo operato da quelle norme. Se pertanto vi è l'interesse a che tali effetti siano muniti dell'autorità della cosa giudicata, o dell'efficacia esecutiva⁶, sarà possibile anzitutto ottenere l'ac-

costitutive, mi permetto di rinviare al mio lavoro *Stati giuridici e diritti assoluti nel diritto internazionale privato*, Milano, 1965, p. 117 ss., p. 179 ss.

⁴ Che le norme di diritto internazionale privato, almeno in certe materie, rinviino al concreto atteggiamento dell'ordinamento straniero, e non solo alle norme sostanziali generali ed astratte che ne fanno parte, e siano quindi idonee a tener conto dei mutamenti arrecati dagli atti e sentenze che sono in esso efficaci, tende ad essere sempre più largamente riconosciuto in dottrina ed in giurisprudenza. Per tutti i riferimenti, e per il tentativo di giustificare tale risultato riportandosi alla speciale struttura di alcune norme di diritto internazionale privato, rinvio a *Stati giuridici*, cit., p. 149 ss.

⁵ Il che accade in materia di semplici rapporti giuridici; ad esempio si pensi ai rapporti obbligatori, ove non solo la sentenza di condanna ma anche quella costitutiva (es., la sentenza che pronuncia la risoluzione di un contratto) contiene in sé degli elementi relativi alla fattispecie concreta, che non sono riportabili alle norme generali ed astratte. Cfr. ancora *Stati giuridici*, cit., p. 117 ss.

⁶ È quanto accade di frequente in materia di stato, ove è del tutto abituale che si vogliano pro-

certamento dell'esistenza di un certo stato della persona nell'ambito del suo ordinamento nazionale, secondo l'art. 17, primo comma, disposizioni preliminari: naturalmente in quanto sussista la competenza giurisdizionale del giudice italiano. In tal caso, l'esistenza di un determinato stato personale viene accertata con efficacia di cosa giudicata.

Accanto a tale sistema, tuttavia, rimane possibile anche il ricorso al giudizio di delibazione. In ipotesi del tipo di quelle ora menzionate sarebbe forse razionale che, essendo direttamente riconosciuta la situazione, si ritenesse superfluo il riconoscimento del relativo titolo, e che quindi il ricorso al procedimento speciale fosse precluso. Ma l'attuale sistema non sembra offrire spunti per giungere ad una conclusione siffatta⁷. Sì che appare necessario ritenere che, nei casi in esame, si possa indifferentemente promuovere l'accertamento con efficacia di cosa giudicata della situazione esistente in concreto nell'ambito dell'ordinamento designato dalla norma di diritto internazionale privato, oppure il riconoscimento del titolo che alla situazione, in tale ordinamento, ha dato luogo. Il riconoscimento della situazione consegue in tal caso al riconoscimento della sentenza come atto giurisdizionale. In particolare, nelle ipotesi in cui l'efficacia di cosa giudicata della sentenza straniera si produce automaticamente, in presenza delle condizioni richieste⁸, l'accertamento della situazione sulla base della norma di diritto internazionale privato è addirittura precluso, in quanto essa risulta già fissata dall'atto giurisdizionale, come tale riconosciuto, e dotato dell'autorità della cosa giudicata⁹.

muovere in base alla sentenza straniera attività di organi pubblici italiani, che si concretano in trascrizioni ed annotazioni sui registri di stato civile.

⁷ Sul punto cfr. anche GAJA, *Sentenza straniera non delibata e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1964, p. 409 ss., a p. 422-426 (che parte però da premesse completamente diverse da quelle qui accolte, e si pone anzitutto il problema dell'efficacia delle sentenze straniere in base alle norme di diritto internazionale privato). Non potrebbe, d'altronde, ritenersi possibile in base all'attuale sistema neppure il coordinamento prospettato da questo autore nel senso di dare la prevalenza alla delibazione, ammettendo l'operare delle norme di diritto internazionale privato solo ove il giudice straniero fosse privo di competenza internazionale.

⁸ Tale sistema è accolto, come è noto, da alcune convenzioni internazionali. Secondo la tesi recentemente difesa dal CAPPELLETTI (*Il valore delle sentenze straniere in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, p. 163 ss.), che ritorna su posizioni di autori più antichi, la stessa efficacia automatica sarebbe da riconoscere alle sentenze straniere anche in base alle norme comuni del codice di procedura civile. Per la natura in ogni caso costitutiva del giudizio di delibazione, cfr. invece, per tutti, MORELLI, *Diritto processuale*, cit., p. 290 ss.

⁹ In generale sulla disciplina del concorso tra i diversi procedimenti per la formazione del giudicato, cfr. GAJA, *Concorso fra procedimenti per la formazione del giudicato sulla base di una decisione straniera*, in *Riv. dir. int.*, 1965, p. 29 ss., a p. 52 ss. Se si ritenesse accoglibile la tesi del Cappelletti, ricordata alla nota precedente, ne deriverebbe una notevole semplificazione, in quanto il coordinamento di cui si parla nel testo risulterebbe senz'altro possibile: l'accertamento della situazione sulla base delle norme di diritto internazionale privato potrebbe avere luogo nelle ipotesi in cui la sentenza straniera non fosse come tale riconoscibile, in specie per mancanza del requisito della competenza internazionale.

Sulla distinzione tra riconoscimento dell'atto e dello *status* (a proposito degli atti stranieri di giurisdizione volontaria), cfr. BISCOTTINI, *Diritto amministrativo internazionale*, I, Padova, 1964, p. 249 ss.

Quando invece la sentenza straniera non è suscettibile di una vera e propria esecuzione in Italia, perché di essa possono prodursi soltanto gli effetti sostanziali già sorti nell'ambito dell'ordinamento straniero, e tale ordinamento è richiamato dalla norma italiana di diritto internazionale privato (né circa l'esistenza della situazione giuridica da essa consacrata o creata vi è controversia¹⁰) il giudizio di delibazione è inammissibile. Si deve ritenere che manchi, in tal caso, la condizione dell'interesse ad agire; oppure, se si nega che il problema dell'interesse assuma autonomo rilievo in sede di delibazione, che il diritto potestativo di ottenere la delibazione non sia sorto, per mancanza di uno dei presupposti essenziali cui il suo sorgere è subordinato¹¹.

Come si è detto, l'accertamento della disciplina sostanziale di un determinato stato personale è rilevante in sede di delibazione anche sotto un diverso profilo. Occorre infatti stabilire in quale rapporto la disciplina contenuta nella sentenza straniera si ponga con il regolamento materiale proprio della situazione. Poiché il contenuto delle norme sostanziali che regolano la materia non risulta integralmente sostituito e ricoperto, per così dire, dalla valutazione contenuta nella sentenza – e ciò per le considerazioni sopra esposte –, la disciplina posta da quelle norme deve essere tenuta presente, al fine di commisurarvi questa valutazione. Non si tratta, quindi, di aggiungere ai requisiti richiesti dall'art. 797 cod. proc. civ. quello ulteriore dell'osservanza delle norme italiane di diritto internazionale privato, ma soltanto di valutare la compatibilità del contenuto della sentenza che si vuole dichiarare efficace con la disciplina sostanziale della situazione¹².

¹⁰ Cfr. sul punto ZICCARDI, *Interdizione estera, connessione di sentenze straniere e giudizio di delibazione*, in *Riv. dir. int.*, 1953, p. 371.

Anche qui, naturalmente, può darsi l'ipotesi che la sentenza straniera sia dotata dell'efficacia del giudicato indipendentemente dalla delibazione, nel qual caso il problema non si pone neppure.

¹¹ Viene infatti autorevolmente affermato che, data la natura costitutiva dell'azione di delibazione, l'interesse non può mai mancare, in quanto l'esperimento del giudizio è l'unica via per fornire alla sentenza l'efficacia del giudicato e quella esecutiva. In questo senso MORELLI, *Diritto processuale*, cit., p. 303; e da ultimo GAJA, *Concorso fra procedimenti*, cit., p. 31. Il problema è comunque assai controverso in dottrina, e non trova soluzioni sicure in giurisprudenza: per la prima si vedano i riferimenti contenuti in RUINI, *L'oggetto del giudizio di delibazione, l'azione di delibazione e l'interesse ad agire nel processo di delibazione*, in *Temi*, 1957, p. 29 ss., e per la seconda la mia rassegna, *Problemi in tema di azione e di procedimento per la delibazione nella giurisprudenza italiana*, in questa *Rivista*, 1965, p. 449 ss., a p. 462 ss. Per la configurazione di molte delle ipotesi in cui tradizionalmente si suole affermare il difetto di interesse come ipotesi di mancanza, iniziale o sopravvenuta, dello stesso diritto che si vuol far valere, cfr. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, spec. p. 125 ss.

¹² Si tratta infatti di una sentenza destinata ad operare in rapporto alle norme sostanziali applicabili in base ai principi di diritto internazionale privato. Se è vero che in base all'istituto della delibazione si apre la possibilità che, ad es., un certo effetto giuridico regolato dal diritto italiano consegua non solo ad una pronuncia del giudice italiano ma anche a quella di un giudice straniero, non è men vero che questa sentenza deve avere l'idoneità, anche in vista del suo contenuto, a produrre tale effetto. Meno evidente, ma egualmente valido, è il principio in caso di sentenze non costitutive, ma di accertamento, in materia di stato, come è detto più oltre.

3. Applicando ora l'ordine di idee esposto al primo caso sottoposto all'esame della Corte milanese, appare chiaro che il primo esame da compiere riguardava l'accertamento dell'efficacia della sentenza svizzera di divorzio secondo la legge nazionale dei coniugi, ossia secondo la legge germanica. Non vi è, nella decisione della Corte, alcun dato che consenta di dare una risposta a tale quesito¹³. Ove tale efficacia avesse dovuto ammettersi, lo stato libero dell'attore avrebbe dovuto essere riconosciuto, in quanto esistente in base alla legge nazionale, richiamata dall'art. 17, primo comma, disp. prel. Ne sarebbe conseguita l'inammissibilità del giudizio di delibazione, per l'impossibilità di porre in essere una qualsiasi esecuzione materiale della sentenza: ossia per difetto di interesse, come anche il Pubblico Ministero asseriva, oppure per mancanza di uno specifico presupposto dell'azione di delibazione.

La possibilità di attuazione della sentenza è stata dalla Corte individuata nella possibilità di rimuovere, in base ad essa, la menzione dello stato coniugale dell'attore, contenuta nei registri anagrafici del Comune di Milano. Ma in tale affermazione si nasconde un equivoco. Le osservazioni svolte nella sentenza sono basate sull'assunto che l'attore, risultando coniugato secondo le indicazioni contenute in un atto pubblico italiano, non potrebbe essere ritenuto di stato libero, sino a che non si producesse una variazione dell'indicazione anagrafica, che non potrebbe derivare da una sentenza straniera non esecutiva in Italia.

Ora, tali considerazioni potrebbero essere ritenute esatte soltanto se lo stato coniugale dello straniero risultasse dalle iscrizioni o trascrizioni contenute nei registri di stato civile¹⁴, e, più specificamente, in quei registri espressamente istituiti per la documentazione dello stato matrimoniale dei soggetti (registri di matrimo-

Per l'enunciazione del principio in relazione alle sentenze straniere dichiarative di fallimento, cfr. già GIULIANO, *Il fallimento nel diritto processuale civile internazionale*, Milano, 1943, p. 223 ss., e, in relazione ad un atto di adozione, ID., *Sulla idoneità di provvedimenti stranieri in tema di adozione a conseguire efficacia in Italia*, in *Temi*, 1951, p. 119 ss.

¹³ Non vi è infatti alcuna indicazione sul punto se la sentenza svizzera di divorzio sia stata dichiarata efficace in Germania. Nell'ordinamento tedesco è previsto che in materia matrimoniale (a differenza di quanto stabilito in via generale in base al paragr. 328 della *Zivilprozessordnung*, che attribuisce automaticamente efficacia di giudicato alle sentenze straniere dotate di certi requisiti) le sentenze straniere devono essere dichiarate efficaci attraverso uno speciale procedimento, il cui scopo è quello di verificare l'esistenza dei requisiti prescritti (a meno che non siano state emesse dal giudice nazionale facendo applicazione della relativa legge sostanziale). La necessità di tale procedimento era già stabilita dall'art. 24 della IV Ordinanza di esecuzione della legge matrimoniale, del 24 ottobre 1941, che lo affidava ad un organo amministrativo: e risulta ora dall'art. 7, paragr. 1, della *Familienrechtsänderungsgesetz*. Si vedano, sul punto, KEGEL, *Internationales Privatrecht*², München-Berlin, 1964, p. 273 ss.; HOLLEAUX, *La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers de divorce dans les droits allemand et français*, in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1955-57, Paris, 1958, p. 115 ss.; RIEZLER, *La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers*, in *Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne*, Paris-Tübingen, 1954, p. 490 ss.

¹⁴ Sui quali cfr. per tutti ATTARDI, *Atti dello stato civile*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, 1939, p. 84 ss.

nio, articoli 125 e 133 dell'ordinamento dello stato civile, e registri di nascita, art. 88 nn. 6, 7 e 8). In questo caso, infatti, l'indicazione contenuta nel registro si tradurrebbe in un atteggiamento affermativo del nostro ordinamento nei confronti dell'esistenza del vincolo coniugale, che non potrebbe venire mutato se non in base ad una attività dell'organo pubblico italiano, da svolgersi peraltro in base a sentenza italiana passata in giudicato, o in base a sentenza straniera delibata¹⁵.

Al contrario, i registri anagrafici e le indicazioni in essi contenute non svolgono alcuna funzione in ordine all'esistenza ed alla documentazione dello stato civile delle persone¹⁶. Istituiti a scopo puramente statistico ed amministrativo, essi riflettono la consistenza della popolazione residente in un determinato comune e sono destinati a certificarla, ma non sono registri di stato civile. In certi casi le indicazioni anagrafiche dipendono dalle variazioni dello stato civile dei soggetti, in quanto da queste può derivare una variazione della residenza (cfr. ad es. l'art. 144 cod. civ.): ma ciò non fa che confermare la totale indipendenza degli uni dagli altri. Nessuna annotazione relativa allo stato dei soggetti è prevista in tali registri; ed anzi, dato il divieto di apporne, espressamente sancito dall'art. 12, secondo comma, della legge sull'ordinamento delle anagrafi¹⁷, è da chiedersi come potrebbe essere praticamente eseguita una sentenza come quella che si commenta.

Tutto ciò non può che indurre a ritenere che (ove, come si è ipotizzato, la sentenza di divorzio svizzera fosse stata efficace nell'ordinamento germanico), la domanda di delibazione non potesse essere accolta. Diversa conclusione varrebbe se tale sentenza non avesse avuto efficacia nell'ordinamento nazionale dei soggetti: in tal caso, infatti, si sarebbe trattato di creare in Italia una situazione giuridica che non vi era riconosciuta nemmeno in base al richiamo operato dalle norme di diritto internazionale privato. Anche in tale ipotesi, tuttavia, la conclusione discende dall'atteggiamento della legge nazionale, e non dalla asserita necessità di rimuovere l'indicazione, di per sé del tutto innocua, contenuta nel registro anagrafico¹⁸.

4. Quanto al secondo caso deciso dalla Corte di Milano, va preliminarmente

¹⁵ Per l'affermazione del principio cfr. MORELLI, *Diritto processuale*, cit. p. 380 ss.; MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio*², Torino, 1964, p. 177 ss. Cfr. anche *Stati giuridici*, cit., p. 173 s., in nota.

¹⁶ Per la disciplina di tali registri si vedano la legge 24 dicembre 1954, n. 1228, sull'ordinamento delle anagrafi della popolazione residente (G. U. 12 gennaio 1955, n. 8), e il D. P. R. 31 gennaio 1938, n. 136 (G. U. 14 marzo 1938, n. 64), che ne costituisce il regolamento di esecuzione. Cfr. anche ROSA, *Anagrafe della popolazione*, in *Enc. del diritto*, vol. II, Milano, 1958, p. 330 ss.

¹⁷ La norma dispone che «Nessuna annotazione sugli atti anagrafici, in aggiunta a quelle previste dalla presente legge e dal regolamento, può essere disposta senza l'autorizzazione del Ministero dell'interno d'intesa con l'Istituto centrale di statistica».

¹⁸ In base alla convenzione italo-svizzera del 3 gennaio 1933 applicata dalla Corte di Milano nel caso considerato, l'attribuzione dell'autorità della cosa giudicata non avviene automaticamente, secondo l'interpretazione più attendibile: MORELLI, *Diritto processuale*, cit., p. 380 ss. Se invece, in un caso come quello esaminato, la sentenza fosse risultata automaticamente dotata di quell'efficacia, ne sarebbe egualmente derivata l'impossibilità di promuovere il giudizio di delibazione.

osservato che se si ritiene – come fa la Corte – che sia tuttora in vigore, e quindi applicabile alla specie, la convenzione italo-austriaca del 6 aprile 1922¹⁹, la domanda di delibazione doveva considerarsi inammissibile. L'art. 1 di tale convenzione accorda infatti alle decisioni in materia civile e commerciale dei giudici di uno dei due Stati l'autorità della cosa giudicata nel territorio dell'altro, ove sussistano i requisiti che la stessa norma elenca, e di cui la Corte ha accertato l'esistenza nel caso di specie. L'attribuzione dell'efficacia del giudicato avviene, in base alla convenzione, automaticamente²⁰, e non è subordinata all'esperimento del giudizio di delibazione, che l'art. 2 richiede soltanto per l'esecuzione della sentenza. A quanto sembra, tale esecuzione non poteva aver luogo nella specie²¹, per cui mancava qualsiasi interesse a promuovere l'azione, e la Corte era comunque incompetente²².

A parte ciò, si deve notare che il problema fondamentale presentato dalla fattispecie (e che si sarebbe comunque presentato, a prescindere dalla delibazione, anche se il giudicato derivante dalla sentenza straniera fosse stato fatto valere nel corso di un giudizio ordinario), non era quello relativo alla eventuale contrarietà della sentenza all'ordine pubblico. Ci si trovava di fronte ad una questione – quella relativa alla validità del matrimonio – che era pregiudiziale, almeno in senso logico, rispetto all'oggetto principale del giudizio svoltosi all'estero, e riguardava lo *status legitimitatis* del figlio. Era pertanto necessario stabilire se, ed entro quali limiti, fosse possibile in sede di delibazione il controllo circa la disciplina di tale questione pregiudiziale e circa la soluzione datavi dal giudice straniero.

La Corte sembra dare senz'altro per pacifica tale possibilità, ammettendo che la validità del matrimonio dovesse essere giudicata secondo la legge italiana. Sarebbe stato tuttavia preferibile che i giudici si fossero maggiormente diffusi sul punto, per evitare che si possa ricavare dalla sentenza un'adesione alla tesi che tra

¹⁹ Che non sembra più in vigore, come ha ritenuto la Corte di cassazione (a sezioni unite), con la sentenza 13 gennaio 1964, n. 78 (in *Giust. civ.*, 1964, I, 12), se non altro perché non ricompresa tra quelle rimesse in vigore tra Italia ed Austria dopo la seconda guerra mondiale (scambio di note 22 novembre 1950; comunicato Ministero degli esteri 4 gennaio 1951, in G. U. 4 gennaio 1951, n. 3).

²⁰ Cfr. MORELLI, *Diritto processuale*, cit., pp. 383 ss., 392.

²¹ Si trattava infatti di sentenza non suscettibile di esecuzione materiale. La Corte ha ritenuto, ai fini della propria competenza, che la sentenza dovesse avere attuazione nel proprio distretto, in quanto l'attore sarebbe stato legittimato in base ad essa ad agire contro un debitore dell'asse ereditario. Sembra chiaro, però, che non si tratta di una esecuzione materiale delle disposizioni contenute nella sentenza, ma di una semplice conseguenza del giudicato. Sul concetto di attuazione nel senso dell'art. 796, cpv., cod. proc. civ., cfr. MORELLI, *Diritto processuale*, cit., p. 341 s.; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*³, IV, Napoli, 1964, p. 635 ss.

È evidente che, ove la delibazione avesse potuto avere luogo in quanto non si fosse ritenuta in vigore la convenzione italo-austriaca, la competenza avrebbe dovuto essere determinata in base alle ordinarie norme di competenza territoriale: v. MORELLI, *Diritto processuale*, cit., p. 342.

²² Sul punto cfr. MORELLI, *Efficacia ed esecutorietà delle sentenze della Repubblica di S. Marino*, in *Foro it.*, 1932, I, 766 s., ora in *Studi di diritto processuale civile internazionale*, Milano, 1961, p. 417 ss.; ID., *Diritto processuale*, cit., 388 s.

le condizioni per il riconoscimento della sentenza straniera vi sia in ogni caso il rispetto delle norme italiane di diritto internazionale privato²³. Nella specie, però, la possibilità del controllo appare senz'altro da ammettersi, per le considerazioni già svolte²⁴. In materia di stato personale, infatti, la disciplina derivante dalle norme generali ed astratte non viene integralmente sostituita da quella derivante dall'atto giurisdizionale. Il fenomeno è senz'altro evidente nel caso di sentenze costitutive, che rappresentano soltanto uno dei presupposti cui le norme ricollegano determinate conseguenze. Ma esso non viene meno neppure nel caso di sentenze c. d. dichiarative, che assumono allora la funzione di *titolo* di uno stato determinato, e concorrono a fornire di una certa efficacia uno stato personale la cui esistenza e la cui disciplina si riportano pur sempre all'operare delle norme generali²⁵.

Ne deriva che i presupposti di un determinato stato costituito o dichiarato da una sentenza straniera devono essere valutati in relazione alla disciplina dello stato stesso, e quindi alla stregua della legge materiale applicabile. Il primo accertamento da compiere, in casi del tipo di quello presentatosi alla Corte milanese, riguarda dunque la cittadinanza (o la residenza in caso di apolidia), delle parti, al fine di determinare, in base all'art. 17 (o 29) delle disposizioni preliminari la legge sostanziale applicabile ai soggetti del cui stato si deve giudicare. Era pertanto giustificato l'esame della validità del matrimonio dei genitori dell'attore in base alla legge italiana, data la cittadinanza italiana della madre. Tuttavia, tale esame non può assumere l'estensione richiesta dal Pubblico Ministero, né la sua omissione da parte del giudice straniero può importare la contrarietà all'ordine pubblico della sentenza.

In base alla legge italiana occorre infatti valutare anzitutto l'idoneità dell'atto di matrimonio a far sorgere lo stato. Idoneità in astratto, ossia che quella forma matrimoniale sia prevista come atta a far sorgere lo stato in quanto efficace agli effetti civili secondo la *lex loci*²⁶. Idoneità anche in concreto, in quanto non si possa dire di essere di fronte ad un matrimonio inesistente. Ma la necessità di controllare l'idoneità di cui si è detto non significa certo che si debba indagare circa

²³ Tale tesi è stata sostenuta dalla Corte di cassazione al fine di negare la dichiarazione di efficacia di sentenze straniere che abbiano annullato matrimoni di cittadini italiani in base a mezzi di prova non consentiti dall'ordinamento italiano: si vedano ad esempio le sentenze del 19 maggio 1958, n. 1639, in *Giust. civ.*, 1958, I, 1252, nota Satta; *Riv. dir. proc.*, 1939, p. 432 ss., nota Bassano; del 19 maggio 1958, n. 1642, in *Foro pad.*, 1959, I, 308, nota Miele (M.); del 16 aprile 1959, n. 1138, in *Riv. dir. int.*, 1959, p. 626 ss., nota Morelli; *Giur. it.*, 1959, I, 1, 1056, nota Pagano. Numerose sentenze hanno poi confermato tale indirizzo.

²⁴ Vedi *supra*, paragr. 2.

²⁵ Cfr. sul punto le considerazioni del CICU, *La filiazione*², rist. Torino, 1934, pp. 2 s., 49, 34 ss., 126 s. Contro la teoria del titolo di stato v. però ATTARDI, *Efficacia giuridica degli atti di stato civile*, Città di Castello, 1949, spec. p. 19 ss.; ID., *Atti dello stato civile*, cit., p. 89 ss.

²⁶ Che tale efficacia fosse riconosciuta al matrimonio religioso secondo le leggi vigenti a Tangeri nel 1919, non era controverso in causa. Per un'applicazione al matrimonio canonico, cfr. Cass. 11 novembre 1958, in *Riv. dir. int.*, 1959, p. 315 ss.; *Foro it.*, 1959, I, 588.

l'insussistenza di tutte quelle circostanze che, ove fossero state presenti, avrebbero reso possibile l'impugnazione del matrimonio da parte di determinati soggetti.

Basti pensare che la nullità non opera se non è stata dichiarata giudizialmente, peraltro in seguito ad azione da proporsi generalmente entro brevi termini di decadenza; e che se ha effetti in parte retroagenti al momento della celebrazione del matrimonio, diversamente accade nei riguardi degli eventuali figli, ove almeno uno dei coniugi fosse in buona fede, in virtù del ben noto istituto del matrimonio putativo²⁷.

Non diversa è la situazione che si può presentare in altre ipotesi in cui un matrimonio celebrato all'estero costituisce comunque un antecedente logico rispetto alla situazione considerata dalla sentenza straniera. Si pensi alla sentenza che abbia annullato un matrimonio per mancanza della libertà di stato di uno dei coniugi: l'esistenza e la validità del primo matrimonio di quest'ultimo costituisce un presupposto che il giudice straniero si è trovato a dover valutare per farne discendere la conseguenza dell'*impedimentum ligaminis*, e quindi l'invalidità del secondo vincolo. Ma anche in questo caso al giudice della delibazione sarebbe rimessa una indagine che non andrebbe oltre i limiti sopra indicati.

In nessun caso, comunque, il difetto della valutazione di quei requisiti da parte del giudice straniero potrebbe dar luogo alla contrarietà della sentenza all'ordine pubblico²⁸. Infatti la relativa indagine sarebbe sempre affidata al giudice della delibazione²⁹ che dovrebbe, in difetto di quelle circostanze, negare l'efficacia della sentenza in Italia, in quanto contrastante con la disciplina sostanziale della situazione e quindi non idonea a svolgere la funzione che nell'ambito di tale disciplina le norme sostanziali vi assegnano.

5. In conclusione, le due sentenze qui esaminate offrono un significativo esempio della tendenza a concentrare l'attenzione in modo preminente, se non esclusivo, sull'aspetto processualistico del riconoscimento dei valori giuridici stranieri. Il problema relativo ai rapporti tra giudizio di delibazione e riconoscimento di situazioni per mezzo delle norme di diritto internazionale privato, per molti aspetti, non è del tutto chiarito. È necessario tuttavia non dimenticare che in materia di stato il coordinamento dell'ordinamento italiano con quelli stranieri

²⁷ Sulle caratteristiche delle azioni di nullità cfr. per tutti JEMOLO, *Il matrimonio*³, Torino, 1957, p. 155 ss. (in rapporto a p. 53 ss.); e, sul matrimonio putativo, *ivi*, p. 180 ss.

²⁸ Sui vari modi in cui l'ordine pubblico come limite al riconoscimento di sentenze straniere è stato inteso, in relazione alle norme sostanziali applicate dal giudice straniero, cfr. per tutti TREVES (T.), *Considerazioni in tema di ordine pubblico*, cit., p. 506 ss.

²⁹ O comunque al giudice che debba accertare, nel corso di un giudizio ordinario, l'esistenza del giudicato derivante dalla sentenza, ove la delibazione non sia necessaria. Non appare perciò sufficiente affermare, come fa la Corte, che non risultano dalla sentenza straniera elementi per ritenere che sussistessero motivi di nullità del matrimonio secondo la legge italiana, e che è da presumere che il giudice straniero abbia tenuto presente tale legge: si tratta infatti di accertamenti da compiersi d'ufficio, in quanto attinenti alla esatta determinazione della situazione giuridica su cui la sentenza incide.

avviene anzitutto attraverso queste ultime: e non perdere quindi di vista la disciplina sostanziale che delle diverse situazioni il nostro ordinamento opera con il richiamo del regolamento materiale attuato dalle leggi straniere. Porre il problema del riconoscimento di situazioni ed atti stranieri in chiave esclusivamente processualistica induce, oltre tutto, ad una certa alterazione dei lineamenti propri del giudizio di delibazione, ad esempio alla reintroduzione del requisito del rispetto delle norme italiane di diritto internazionale privato, e ad una più o meno estesa indagine nel merito della controversia decisa dalla sentenza straniera, introdotta attraverso l'interpretazione estensiva del limite di ordine pubblico di cui all'art. 797 n. 7 cod. proc. civ.³⁰.

³⁰ Per una critica di tale indirizzo, cfr. MORELLI, *Prova nel processo straniero e giudizio di delibazione*, in *Riv. dir. int.*, 1959, p. 629 ss., ora in *Studi*, cit., p. 299 ss.

Sulla connessione di cause come criterio di competenza giurisdizionale *

1. Di recente la Corte di cassazione¹ ha avuto occasione di enunciare – per la seconda volta² – un’interpretazione notevolmente restrittiva del concetto di connessione di cause, in quanto adottato dalla norma dell’art. 4 n. 3 cod. proc. civ. per indicare il fenomeno nel quale si concreta un particolare titolo di competenza giurisdizionale del giudice italiano.

Secondo la Cassazione, infatti, «la connessione assunta dalla disposizione predetta, quale motivo di collegamento, ai fini dell’attribuzione della lite al giudice italiano, presuppone l’identità del titolo o dell’oggetto della causa o l’accessorietà o il rapporto di garanzia, ecc., ossia tutte le ipotesi per le quali si ha modificazione della competenza interna»; vi resterebbero invece estranee tutte le ipotesi nelle quali sussistono tra le due controversie legami meno profondi, che possono sol-

* Pubblicato in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1966, pp. 296-307.

¹ Nella sentenza emessa a Sezioni unite il 31 luglio 1965 (n. 1836), in causa *Seniga c. Società svizzera di assicurazioni Winterthur e S.p.a. Winterthur*, in questo fascicolo della *Rivista*, p. 353 ss.

² Cfr. infatti già Cass. (sez. unite), 26 settembre 1956 (n. 3267), *Dampierre Sozzarli c. Don Jaime di Borbone*, in *Giust. civ.*, 1957, I, 57; *Riv. dir. int.*, 1958, p. 261, nota CONFORTI. La stessa soluzione è accolta – quasi con le stesse parole – da Trib. Napoli, 9 settembre 1957 (*D’Arrigo c. Soc. Tirrenia e ditta Mizzi*), in *Dir. e giur.*, 1958, p. 401, nota conforme di SPARANO.

Precedentemente la Corte di cassazione (sez. unite, 8 marzo 1952, n. 616, in causa *Soc. Banque Suisse c. Cesi*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1952, I quadr., 563, mass.) si era limitata ad affermare, in un caso di specie, che «se un giudicato tra cittadini italiani sia destinato a riflettere la sua efficacia su un terzo straniero, la citazione di costui in giudizio davanti all’autorità giudiziaria italiana al fine che non si possa disconoscere il giudicato che si formerà tra le altre parti non vale a determinare una connessione di domande, la quale costituisce titolo di giurisdizione dell’autorità giudiziaria italiana nei confronti dello straniero, ai sensi dell’art. 4, n. 3 cod. proc. civ.».

Anche la sentenza del Tribunale di Udine del 18 giugno 1959 (*Granieri c. Urli e Società La Foncière*, in *Assic.*, 1960, II, 209; *Dir. autom.*, 1960, 205, nota G. D.) sembra ritenere necessario che la connessione rilevante ex art. 4, n. 3 sia solo quella che ha per effetto uno spostamento della competenza territoriale.

Il Tribunale individua tuttavia una ipotesi di connessione secondo l’art. 4 nel caso di domanda proposta dal danneggiato, surrogatosi all’assicurato, contro l’assicuratore straniero, ove sia pendente avanti al giudice italiano la causa proposta dal danneggiato contro l’assicurato, riferendosi alla norma dell’art. 1917, ultimo comma, cod. civ. La differenza tra questa specie ed il caso deciso dalla Corte di cassazione con la sentenza che si esamina sta nel fatto che, in quest’ultimo, l’azione principale era stata proposta non contro l’assicurato, ma contro il fideiussore.

tanto giustificare la riunione di processi per ragioni di opportunità, senza alcuna influenza sulla ripartizione della competenza.

Si trattava, nella specie, di giudicare della competenza giurisdizionale del giudice italiano nei confronti di una persona giuridica svizzera, in relazione ad una obbligazione nascente da contratto di assicurazione stipulato tra questa ed una società italiana. L'obbligazione extracontrattuale derivante a questa ultima dal danno arrecato all'attrice era garantita mediante fideiussione stipulata per conto della società svizzera, ma in nome proprio, da un ente italiano, del quale la Corte di appello non aveva ritenuto provati i legami con la società svizzera che l'attrice asseriva esistenti al fine dell'applicazione dell'art. 4, n. 1, cod. proc. civ. (si era escluso, cioè, che detto ente potesse considerarsi un «rappresentante autorizzato a stare in giudizio a norma dell'art. 77»).

La Corte di cassazione, esclusa la sussistenza della giurisdizione per una serie di titoli invocati dall'attrice, e con motivazione che appare corretta³, si pone da ultimo il quesito della sussistenza della connessione tra la domanda avanzata nei confronti della società svizzera e quella relativa al rapporto di fideiussione, già proposta avanti al giudice italiano, sì da fondare la giurisdizione italiana in base all'art. 4 n. 3 cod. proc. civ. Ma anche su quest'ultimo punto la risposta è negativa, non sussistendo tra le due domande nessuna delle ipotesi di connessione previste dagli articoli 31-36 cod. proc. civ.

La soluzione del problema interpretativo non appare però persuasiva, sì che sembra giustificato riesaminarlo brevemente.

2. Anche in dottrina, sulla scorta di una assai autorevole opinione, la soluzione accolta dalla Cassazione trova largo favore, vertendo il dissenso per lo più sul punto se la sfera di applicabilità del criterio non debba venire ulteriormente ristretta. Non si dubita, infatti, salvo rare eccezioni, che la connessione non possa valere quale criterio di giurisdizione al di fuori dei casi in cui si ha modificazione della competenza interna⁴; ma anzi si ritiene da alcuni che essa non valga a costituire titolo di giuri-

³ Si esclude cioè la sussistenza della giurisdizione sulla base del n. 1 dell'art. 4, in quanto non si ritiene provato il rapporto institorio tra il fideiussore e l'assicuratore, e sulla base del n. 2, in quanto non vi è una obbligazione sorta o da eseguirsi in Italia (il mandato senza rappresentanza non crea rapporti tra il mandante ed i terzi; il contratto di assicurazione era stato concluso in Svizzera. Il luogo di esecuzione dell'obbligazione di pagamento dell'importo del massimale viene individuato in Svizzera in base alla circostanza che la società italiana era stata assicurata ad un indirizzo svizzero. Si tratta tuttavia di una questione di interpretazione del contratto, che non può essere risolta in base ai soli dati contenuti nella sentenza).

Per quanto si tratti di circostanza ininfluenza sulla decisione, può forse osservarsi che appare esclusa troppo frettolosamente l'ammissibilità dell'azione surrogatoria da parte del danneggiato nei confronti dell'assicuratore, tenuto anche presente che il contratto di assicurazione, secondo gli elementi che risultano dalla sentenza, doveva ritenersi disciplinato dalla legge svizzera.

⁴ Si veda, soprattutto, MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*², in *Trattato di diritto internazionale* diretto da Balladore Pallieri, Morelli e Quadri, sez. II, vol. 4, Padova, 1954, p. 123 ss. e già in *I limiti della giurisdizione italiana nel nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*

sdizione neppure in quei casi in cui si ha, sì, spostamento di competenza, ma questo si attua nel senso di sottrarre al giudice adito la cognizione di una questione determinata, per la quale sarebbe normalmente competente⁵. Si tratta della decisione su questioni pregiudiziali e sulla eccezione di compensazione, previste dagli articoli 34 e 35 cod. proc. civ., ove la competenza a conoscere, rispettivamente della questione e del credito principale viene sottratta, in certi casi, al giudice preventivamente adito ed attribuita ad un giudice superiore: quello, cioè, competente per il giudizio sulla questione principale o sul credito opposto in compensazione.

La ragione per cui viene enunciata questa ulteriore restrizione appare evidente, e del tutto coerente con la premessa dalla quale prendono le mosse gli autori che seguono la impostazione ora esaminata. Se, infatti, la connessione può funzionare come criterio di giurisdizione soltanto nei casi in cui essa sarebbe idonea ad «attrarre» nell'ambito della competenza del giudice preventivamente adito la cognizione di una controversia che normalmente ne esorbiterebbe, è chiaro che non può, invece, operare ove una controversia sia sottratta alla competenza di tale giudice, per essere attribuita a quella di un secondo giudice, successivamente investito della cognizione di *altra* controversia (sulla questione pregiudiziale o sul credito opposto in compensazione). In altri termini, la conclusione è inevitabile sinché si parta dalla premessa che la connessione opera come criterio di giurisdizione solo in quanto essa esprima un collegamento tra controversie tale da influire sulla ripartizione delle competenze⁶. In tal caso, infatti, non è possibile prescindere dal *modo*, dalla *direzione* in cui tale influenza si produce⁷. Sicché, come la connes-

civ., 1941, I, p. 104 ss. (ora in *Studi di diritto processuale civile internazionale*, Milano, 1961, p. 105 ss., a p. 114 ss.). In senso sostanzialmente conforme, MOSCONE, *I limiti della giurisdizione italiana secondo il nuovo codice di procedura civile*, in *Dir. int.*, 1940, p. 125 s.; CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*⁵, I, Roma, 1956, p. 53 (con qualche esitazione); ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*³, I, Napoli, 1957, p. 30 s.; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*², I, Milano, 1957, p. 98; CONFORTI, *La connessione per oggetto e per titolo come criterio di giurisdizione*, in *Riv. dir. int.*, 1958, p. 262 ss.; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, p. 73 ss.; GIULIANO, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*, Milano, 1961, p. 35 ss.; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*⁶, Milano, 1964, pp. 28, 212 ss.

Per una soluzione più ampia, ma senza diffondersi sui motivi, si esprimono il NAPPI, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1941, p. 73 ss., e lo JAEGER, *Diritto processuale civile*², Torino, 1943, p. 229.

⁵ Nel senso più restrittivo, tra gli autori ricordati alla nota precedente, MORELLI, *Diritto processuale*, cit., p. 124; ANDRIOLI, *Commento*, cit., p. 31; CONFORTI, *La connessione*, cit., p. 263 e nota 3; ZANZUCCHI, *Diritto processuale*, cit., p. 28. Nel senso più ampio, MOSCONE, *I limiti della giurisdizione*, cit., p. 126; D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*, I, Torino, 1957, p. 10; GIULIANO, *La giurisdizione civile*, cit., p. 36. Che la giurisdizione italiana si estenda alla causa pregiudiziale afferma anche Trib. Torino, 27 luglio 1948, *Wild c. Wild e Morgando*, in *Giur. it.*, 1949, I, 2, 273: ma forse l'affermazione non è il risultato di un'appropriate considerazione del problema interpretativo posto dall'art. 4 n. 3 cod. proc. civ.

⁶ Sicché il fatto che alcuni autori seguano una tesi più estensiva, nell'ambito di quella premessa, finisce per sminuire notevolmente il valore di quest'ultima, aprendo la via ad una diversa soluzione.

⁷ Salva la difficoltà di mettere d'accordo la necessità di rispettare i limiti stabiliti dalle norme processuali sulla competenza territoriale con quanto è stabilito dall'art. 4 n. 3: ad esempio, mentre

sione opera, in materia di giurisdizione, nel senso di attrarre la causa accessoria nell'ambito della competenza su quella principale, ma non viceversa, così non potrebbe attribuire la causa pregiudiziale (o quella relativa al credito opposto in compensazione) alla cognizione del giudice competente per quella principale (o per il credito principale), in quanto non si ha, in tal caso, uno spostamento di competenza in favore del giudice preventivamente adito; né, d'altra parte, attribuire alla competenza del giudice italiano investito della cognizione della causa pregiudiziale anche quella causa la cui soluzione dipende da quest'ultima, poiché non si ha qui, a rigore, un vero e proprio spostamento di competenza a favore del giudice competente per la causa pregiudiziale, ma piuttosto una semplice restrizione della competenza del primo giudice.

3. È dunque necessario esaminare se la premessa posta alla base del ragionamento della dottrina ricordata sia accettabile. Nessun dubbio, naturalmente, sulla esattezza del principio, comunemente enunciato, per cui, al fine di determinare il significato e la portata dell'espressione tecnico-giuridica «connessione» – come delle altre espressioni usate per designare le circostanze di collegamento poste a base dei criteri di competenza giurisdizionale – si deve far riferimento all'ordinamento giuridico cui appartiene la norma che ne fa uso, e cioè alle norme processuali italiane; il ricorso a norme straniere essendo possibile, e necessario, soltanto là ove l'applicazione delle norme materiali straniere che eventualmente disciplinano il rapporto sostanziale dedotto in giudizio sia necessario al fine di accertare l'esistenza in concreto della circostanza di cui trattasi⁸.

Ma tale esatto principio non dice nulla, di per se stesso, circa l'intensità che tale riferimento deve avere: se esso debba limitarsi a prendere atto degli effetti giuridici di un certo tipo, ricollegati dalle norme processuali a determinati casi di collegamento materiale tra controversie che esse indicano con il termine «connessione», oppure se esso sia ancora più penetrante, giungendo senz'altro a tener conto del puro e semplice collegamento materiale descritto da *tutte* le norme processuali interne che stabiliscono le diverse ipotesi di connessione, senza alcun riguardo alle conseguenze giuridiche che ne sono fatte discendere.

Seguendo la prima opinione, gli effetti giuridici, individuati in una modificazione della competenza interna, in base agli articoli 31-33 e 36 cod. proc. civ., verrebbero a far parte del fatto giuridico «connessione» previsto dall'art. 4 cod.

per quest'ultima norma la prima causa deve essere già pendente avanti il giudice italiano, i casi di connessione previsti dalle norme sulla competenza territoriale ammettono soluzioni diverse, nel senso che a volte è richiesta la contemporanea proposizione delle domande: vedi su ciò ANDRIOLI, *Commento*, cit., I, p. 107 ss.; SATTA, *Commentario*, cit. I, p. 138 ss.

⁸ In questo senso, per tutti, cfr. MORELLI, *Diritto processuale*, cit., p. 124; CONFORTI, *La connessione*, cit., p. 262; GIULIANO, *La giurisdizione*, cit., p. 35. Non interessa qui la possibilità, ammessa da tali autori, che in certi casi un riferimento ad ordinamenti stranieri sia richiesto, in via di eccezione, dalla stessa volontà della norma di competenza giurisdizionale: per un'applicazione in materia, v. CONFORTI, *La connessione*, cit., p. 265 ss.

proc. civ., che si limiterebbe a comprendere, così, i casi di accessorietà, di garanzia, di connessione per oggetto o per titolo, e di riconvenzione. Accettando la seconda, invece, il significato dell'espressione «connessione» dovrebbe essere determinato riferendosi direttamente ai collegamenti tra domande descritti dalla fattispecie delle norme interne che prevedono ipotesi così determinate, qualunque conseguenza ne venisse fatta discendere, restando affidato all'interpretazione diretta ed autonoma dell'art. 4 n. 3 cod. proc. civ. il compito di introdurre eventuali limitazioni a tale riferimento.

È chiaro che in astratto il legislatore avrebbe potuto scegliere indifferentemente l'una o l'altra soluzione, entrambe logicamente concepibili. Mancando tuttavia qualsiasi indizio di una tendenza restrittiva, sarebbe possibile ritenere che il fatto giuridico «connessione», previsto dall'art. 4 n. 3 cod. proc. civ., risultasse non dalla sola fattispecie delle norme interne che prevedono ipotesi di connessione, ma altresì dai relativi effetti giuridici, soltanto là ove esistesse tra la disciplina della competenza interna e della competenza giurisdizionale un parallelismo tale da giustificare l'applicazione degli stessi principi nei due casi.

Ma è proprio tale parallelismo che appare estraneo nel modo più assoluto alla struttura dell'attuale sistema. Le norme sulla competenza giurisdizionale provvedono unicamente – com'è ovvio – a determinare l'estensione della giurisdizione italiana, indicando le liti che ad essa sono soggette; e non sono in grado di influire né direttamente, né indirettamente⁹, sulla competenza giurisdizionale dei giudici degli altri Stati, disciplinata esclusivamente dalle norme processuali dei rispettivi ordinamenti. La determinazione dell'estensione e dei limiti della giurisdizione italiana, in altri termini, è del tutto unilaterale, e non influisce minimamente sull'ambito delle giurisdizioni straniere, comprimendolo od estendendolo a seconda che estenda o restringa l'ambito proprio¹⁰. Diversamente accade in materia di competenza territoriale, che altro non indica che la porzione dell'identico potere giurisdizionale che spetta a ciascun giudice dello Stato¹¹. Alla modificazione della competenza di un giudice consegue infatti una modificazione in senso inverso della competenza di un giudice diverso. Di qui, ad esempio, la differenza nella disciplina della litispendenza (articoli 3 e 39) e della deroga alla giurisdizione e alla

⁹ Influenza indiretta si avrebbe nel caso che fosse possibile concepire come ripartizione di competenze tra i giudici dei vari Stati l'indicazione del requisito della competenza internazionale del giudice straniero, richiesto per la delibazione di sentenze straniere. Per indicazioni su questa tesi mi permetto di rinviare al mio scritto *In tema di inderogabilità ed esclusività della giurisdizione italiana*, in *Riv. dir. int.*, 1962, p. 527 ss., a p. 552 ss. Per alcune considerazioni sul punto, si veda anche App. Cagliari, 17 marzo 1961, *K. c. C.*, in *Foro it.*, 1961, I, 682.

¹⁰ Per una chiara riaffermazione del principio si vedano, per tutti, MORELLI, *Diritto processuale*, cit., p. 88 ss.; ZICCARDI, *I criteri speciali di competenza giurisdizionale e la qualificazione delle controversie*, in *Comunicazioni e studi* dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano, VI (1954), p. 57 ss., a p. 93 ss. Cfr. anche PAONE, *Contratto con prestazioni corrispettive e competenza giurisdizionale*, in *Riv. dir. int.*, 1956, p. 388.

¹¹ Cfr., per tutti, LIEBMAN, *Manuale*, cit., I, p. 107.

competenza: deroga che non è ammessa se non in limiti ristrettissimi, e con significato del tutto particolare, a proposito della prima, mentre è in linea di principio ammessa per la seconda (articoli 2 e 28 cod. proc. civ.)¹². Di qui, ancora, l'impossibilità di concepire, in materia di competenza giurisdizionale, norme del tipo di quella dell'art. 40 cod. proc. civ., che provvedono alla disciplina dei rapporti tra i vari giudici in materia di competenza.

Tali differenze nella disciplina positiva mostrano assai chiaramente come l'ispirazione delle norme di competenza giurisdizionale – prime fra tutte, quelle contenute nell'art. 4 cod. proc. civ. – sia quella di permettere la soluzione di tutte quelle controversie rispetto alle quali l'esercizio della funzione giurisdizionale – anche in caso di azione di mero accertamento¹³ – risponda ad un interesse dell'ordinamento italiano. Del tutto estraneo a tali norme è invece l'intento di effettuare una ripartizione di competenze tra gli ordinamenti giuridici dei vari Stati, che potrebbe soltanto essere opera di un sistema di norme superstatuali, idonee come tali a porre sullo stesso piano le competenze giurisdizionali dei diversi giudici. Ma di tali norme non si hanno, per ora, che non frequenti esempi in alcuni accordi internazionali, in specie bilaterali¹⁴ e per lo più limitati a speciali materie¹⁵.

Devono pertanto essere considerate erronee e pericolose – sebbene possano apparire semplici ed espressive metafore – le affermazioni contenute in alcune sentenze, a proposito del criterio di competenza giurisdizionale di cui ora si tratta, che vorrebbero configurare la sottoposizione di una controversia alla giurisdizione del giudice italiano come «sottrazione di essa al giudice naturale (straniero)»¹⁶, oppure come «spostamento della competenza dal giudice straniero a quello italiano»¹⁷. Erronee, perché portano a fraintendere completamente il significato e la

¹² La deroga alla giurisdizione italiana non si risolve, infatti, nell'attribuzione di competenza ad un giudice straniero, la cui decisione sia immediatamente rilevante per l'ordinamento italiano: ma nella possibile sottrazione della controversia ad ogni mezzo di composizione rilevante per quest'ultimo. Cfr. anche per altre indicazioni, il mio scritto *In tema di inderogabilità*, cit., p. 549 ss.

¹³ Sulla ipotesi di azione di accertamento dell'inesistenza di un'obbligazione, cfr. Trib. Milano, 21 dicembre 1964, *CNASA c. Ditta H. F. Cordes*, in questa *Rivista*, 1965, p. 532 ss., con nota di PARELLETTI, *ivi*, p. 521 ss.

¹⁴ Per l'indicazione di simili casi, cfr. MORELLI, *Diritto processuale*, cit., p. 217 ss.; GIULIANO, *La giurisdizione civile*, cit., p. 135 ss. Tuttavia, per alcune precisazioni sulla portata di tali norme convenzionali, cfr. ancora MORELLI, *op. cit.*, p. 89 ss. In via indiretta, poi, un coordinamento tra le varie giurisdizioni può venire attuato attraverso le norme convenzionali che attribuiscono rilevanza alla litispendenza; per indicazioni cfr. le opere degli autori ora citati.

¹⁵ Cfr. ad es., in materia successoria, l'art. 17 del Trattato di stabilimento e consolazione tra Italia e Svizzera del 22 luglio 1868 (es. r. d. 5 maggio 1869, n. 5052). Per applicazioni di tale norma cfr. la cit. sentenza Trib. Torino, 27 luglio 1948, in *Giur. it.*, 1949, I, 2, 273; Cass. (sez. unite), 4 luglio 1962 (n. 1711), *Baroni c. Ravetta*, in *Riv. dir. int.*, 1963, p. 278.

¹⁶ Così la citata sentenza 27 luglio 1948 del Trib. Torino, in *Giur. It.*, 1949, I, 2, 273, alla col. 287.

¹⁷ Cfr. Cassazione (sez. un.), 26 settembre 1956 (n. 3267), in *Riv. dir. int.* 1958, p. 261, secondo la quale «è evidente che, come occorre nella presenza dei requisiti stabiliti dalla legge per modificare la competenza interna, così, se non *a fortiori*, i requisiti stessi sono indispensabili ai fini di spostare la giurisdizione dal giudice straniero a quello italiano».

funzione delle norme sulla competenza giurisdizionale; pericolose perché, ove se ne facciano discendere conseguenze su di un piano più generale, possono indurre a ritenere esistenti nel sistema di quelle norme delle lacune che sono sicuramente estranee allo spirito del sistema stesso¹⁸.

4. Se dunque tra il sistema delle norme sulla competenza territoriale e di quelle sulla competenza giurisdizionale non esiste alcuna reale analogia, al di là delle semplici apparenze, cade la possibilità di ritenere che l'effetto dello spostamento della competenza interna sia necessario per concretare il fatto «connessione» rilevante ai fini dell'art. 4 n. 3 cod. proc. civ. Eventuali limiti al riferimento a tutti i casi di connessione previsti dalle norme processuali non potrebbero dunque che risultare da una interpretazione diretta di quest'ultima norma¹⁹. Ma un'attenta considerazione della sua portata induce ad escludere qualsiasi limitazione anche sotto questo diverso profilo.

Va tenuto presente che il fatto che l'identico criterio della connessione sia utilizzato dal legislatore tanto in materia di competenza interna, quanto in materia di competenza giurisdizionale, non implica affatto l'identità delle ragioni e delle finalità di tale utilizzazione negli uni e negli altri casi. Ciò in armonia con la già rilevata differenza tra la *ratio* dei due complessi di norme. Così, mentre l'unione di cause connesse in campo puramente interno trova la sua giustificazione nella opportunità di ottenere una decisione non contraddittoria ad opera dello stesso giudice, e nello stesso processo, in materia di competenza giurisdizionale si tratta di ottenere non soltanto una decisione ad opera dello stesso giudice, ma una decisione della controversia connessa immediatamente rilevante ed attuale anche per l'ordinamento italiano, al di fuori dell'efficacia meramente ipotetica di una eventuale decisione ottenuta all'estero. E soltanto in tal modo è possibile avere la certezza di poter ottenere, su una controversia collegata ad altra di competenza del giudice italiano, ad esempio, dal rapporto di pregiudizialità, una decisione che

¹⁸ Sulla necessità di interpretare in senso estensivo la norma dell'art. 4, e sulle ragioni che la giustificano, v. ZICCARDI, *I criteri speciali*, cit., p. 93 ss. La stessa Corte Suprema si è del resto più volte ispirata a criteri di una certa larghezza nell'interpretazione di alcuni dei criteri di competenza giurisdizionale posti dall'art. 4. Si pensi al luogo di esecuzione dell'obbligazione, che la costante giurisprudenza della Corte ritiene sufficiente a fondare la giurisdizione italiana anche quando sia eseguibile in Italia, anche solo in parte, una delle obbligazioni discendenti da un contratto, ancorché non si tratti di quella dedotta in giudizio: così, da ultimo, Cass. (sez. unite), 29 luglio 1965 (n. 1835), *Falimento Harmony c. Ditta Como Tessili*, in questa *Rivista*, 1966, p. 145 ss.

¹⁹ Il MOSCONE, *I limiti della giurisdizione*, cit., p. 125. a favore della soluzione criticata afferma che non si può ritenere che il legislatore abbia voluto «allargare all'infinito» le possibilità di citare in giudizio lo straniero, in tutti i casi in cui le controversie abbiano in comune un qualsiasi elemento, soggettivo od oggettivo. Non sembra, peraltro, che argomenti di questo genere possano essere decisivi per l'interpretazione della norma, se non vi sono chiari indizi positivi di una volontà legislativa in tal senso. Questi non potrebbero certo venire desunti dall'origine della norma: né i lavori preparatori né il progetto definitivo Solmi (art. 93) consentono infatti di trarre argomenti a favore dell'una o dell'altra soluzione (si vedano in NAPPI, *Commentario*, cit., p. 63 ss.).

trovi il suo fondamento nello stesso sistema logico posto a base della decisione sulla controversia connessa (sia esso, naturalmente, desunto dalle stesse norme materiali italiane o da quelle designate dalle norme di diritto internazionale privato)²⁰. Svincolare del tutto la soluzione di una controversia, ad esempio, pregiudiziale, dal sistema logico entro il quale si è situato il giudice della controversia principale, significa ammettere la possibilità di una soluzione del tutto contraddittoria della prima ad opera di un giudice straniero senza che sia possibile contrapporvi una decisione ad opera del giudice italiano²¹.

Si noti, poi, che secondo l'art. 4 n. 3 cod. proc. civ. il giudice italiano ha giurisdizione sulla causa connessa soltanto ove il vincolo di connessione sussiste con altra domanda *già pendente* avanti allo stesso giudice. Ora, sarebbero astrattamente concepibili, in materia, altri due sistemi: che la competenza giurisdizionale esistesse comunque, fosse la prima causa non ancora proposta o già esaurita, solo che per quest'ultima il giudice italiano avesse giurisdizione, oppure che le domande potessero essere proposte contestualmente nello stesso atto²². La scelta del sistema accolto dalla norma vigente indica che si è avuto riguardo all'interesse preminente a che il giudizio già instaurato si estenda anche a controversie comunque connesse, e non debba arrestarsi di fronte alla decisione con efficacia di giudicato di questioni che, ove fossero autonomamente proposte, esulerebbero dalla giurisdizione italiana. Si pensi, ad esempio, alla querela di falso proposta contro l'attore straniero dal convenuto cittadino italiano, in assenza di qualsiasi titolo di giurisdizione del giudice italiano; si pensi alla decisione con efficacia di giudicato su una questione di stato, o sulla qualità di erede, richiesta – nelle stesse condizioni – dal cittadino italiano convenuto per l'adempimento di un obbligo alimentare o di mantenimento.

In altri termini, la sussistenza della giurisdizione italiana su tali controversie non deriva dall'astratta affermazione della giurisdizione su altre controversie, che sono soggette in base ad altri principi alla giurisdizione del giudice italiano, ma dal fatto che vi è un giudizio su queste ultime. Ne segue che la notevole intensità del collegamento tra queste e la giurisdizione italiana – che si esprime nell'esercizio in atto di quest'ultima, e non nella semplice possibilità di esercizio – importa una certa larghezza nel valutare la rilevanza del collegamento tra le due contro-

²⁰ Sull'influenza del fenomeno materiale della connessione sul regolamento sostanziale dei vari rapporti, cfr. ARANGIO RUIZ (G.), *Connessione materiale o processuale e individuazione della legge regolatrice*, in *Riv. dir. int.*, 1957, p. 552 ss.

²¹ Anche ammesso, infatti, che il giudice italiano possa conoscere *incidenter tantum* di una questione pregiudiziale sulla quale non avrebbe giurisdizione se proposta in via principale, soltanto la possibilità di ottenere una decisione con efficacia di giudicato offrirebbe la possibilità di precludere il riconoscimento in Italia di una eventuale sentenza straniera, in base all'art. 797, nn. 5 e 6, cod. proc. civ.

²² Secondo quando accade in materia di competenza territoriale, e in alcuni casi è necessario perché si attui lo spostamento di competenza per ragioni di connessione: cfr. gli autori citati alla nota 7.

versie. Essa deve infatti essere apprezzata non solo e non tanto alla luce dell'astratta configurazione degli elementi materiali di esse, in sé e per sé, ma in relazione al fatto che, essendo sottoposta la prima alla cognizione del giudice italiano, è divenuto assai rilevante l'interesse alla sottoposizione alla cognizione dello stesso anche della seconda. Ne consegue, altresì, che il fatto della connessione si risolve in un rapporto bilaterale tra le due controversie che può essere considerato indifferentemente come caratteristica di ognuna di esse nei confronti dell'altra. Non si tratta, invece, di una qualifica vera e propria di una sola lite, ossia di quella nei confronti della quale la giurisdizione – indipendentemente dall'esistenza della connessione – non potrebbe esercitarsi. Tale modo di vedere può essere giustificato a proposito di alcune delle ipotesi di spostamento della competenza interna previste dagli articoli 31 ss. cod. proc. civ. (ad esempio, cause accessorie o di garanzia nei confronti delle principali), ma non deve essere applicato nell'interpretazione della norma di competenza giurisdizionale.

Le considerazioni che precedono sembrano giustificare pienamente la conclusione che i casi di «connessione» a norma dell'art. 4 n. 3 cod. proc. civ. sono tutti quelli previsti dalle norme processuali, indipendentemente dalla natura degli effetti che tali norme vi ricollegano, e che non sono presi affatto in considerazione dalla norma sulla competenza giurisdizionale. E così non soltanto i casi previsti dagli articoli 31 e 36 cod. proc. civ., ma anche quelli indicati negli articoli 103 e 104 dello stesso codice.

Non esiste una norma che indichi tassativamente quali siano i casi di connessione: le norme che impiegano il termine in senso comprensivo – oltre l'art. 4 n. 3, gli articoli 40 e 274 cod. proc. civ. – fanno necessariamente riferimento a *tutte* quelle altre norme, ora elencate, che concorrono a definire come casi di connessione determinate ipotesi di domande diverse tra loro collegate. La distinzione tracciata dalla dottrina tra connessione propria ed impropria²³, che riflette una gradazione dell'intensità di quel collegamento, allude evidentemente agli effetti di esso sulla competenza territoriale, ma non incide sulla costruzione del concetto.

Connesse tra loro devono quindi ritenersi non soltanto le cause principali e quelle accessorie, di garanzia, pregiudiziali, riconvenzionali, o relative al credito opposto in compensazione, e le domande connesse per oggetto o per titolo; ma anche, più genericamente, le cause la cui decisione dipende totalmente o parzialmente dalla soluzione di identiche questioni (c.d. connessione per identità di questioni o connessione oggettiva impropria), e le domande proposte contro la stessa

²³ Connessione impropria è quella «per identità di questioni», di cui all'art. 103 cod. proc. civ. Più dubbia la qualifica della connessione soggettiva, di cui all'art. 104. Sulla distinzione, cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, 1, Napoli, 1934, p. 185; CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., p. 15; LIEBMAN, *Manuale*, cit., p. 79; GIONFRIDA, *Appunti sulla connessione e continenza di cause*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 130 ss. Per la giurisprudenza, cfr. RUDAN, *Connessione di cause*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 721 ss.

parte. Non sembra dubbio, infatti, che anche in questi casi si sia di fronte ad ipotesi di connessione²⁴: oltre la lettera della norma dell'art. 104 («domande non altrimenti connesse») è decisivo il tenore dell'art. 274 cod. proc. civ., che prevede la riunione delle cause connesse pendenti avanti allo stesso giudice, e non può non ritenersi applicabile anche alle ipotesi ora menzionate²⁵⁻²⁶.

È quasi superfluo rilevare che, una volta ammessa la giurisdizione italiana in forza del criterio della connessione, non è detto che la lite venga attribuita allo stesso giudice territorialmente competente per quella già instaurata, essendo possibile che la competenza territoriale spetti ad un giudice diverso; né che essa venga decisa nello stesso processo, per essere la domanda separatamente proposta senza che vi sia stata riunione di cause a norma dell'art. 274 cod. proc. civ. Quando invece la relativa cognizione sia deferita allo stesso giudice, per coincidenza dei criteri di competenza territoriale o per mancanza di un giudice territorialmente competente per la seconda²⁷, e la decisione debba aver luogo nello stesso processo, rimane sempre possibile la separazione delle cause nei casi previsti dall'art. 103, secondo comma, cod. proc. civ. L'interpretazione lata della portata del criterio della connessione in tema di competenza giurisdizionale non incide minimamente sui normali principi in tema di competenza territoriale, litisconsorzio, riunione e separazione di cause, che rimangono pienamente applicabili.

5. Ritornando ora al caso sottoposto all'esame della Suprema Corte, l'applicazione dell'ordine di idee qui esposto conduce alla affermazione della competenza

²⁴ Cfr. JAEGER, *Diritto processuale*, cit., p. 147 ss.; LIEBMAN, *Manuale*, cit., I. p. 75; ANDRIOLI, *Commento*, cit., I, p. 291 ss.; GIONFRIDA, *Appunti*, cit., p. 130; ZANZUCCHI, *Diritto processuale*, cit., p. 212. Qualche dubbio sembra mostrare il SATTA.

²⁵ La giurisprudenza tende ad attribuire una portata assai vasta al principio contenuto in tale norma, affermando che la riunione di cause è comunque possibile per motivi di opportunità, il che porta a trascurare una indagine rigorosa circa il concetto di connessione utilizzato dalla norma in questione. Cfr., da ultimo, Cass. 10 aprile 1964, n. 830, *Mazzamuto c. Zammataro*, in *Giust. civ.*, 1964, I, 1399.

²⁶ Va rilevato che le conclusioni qui raggiunte si ritengono valide per quanto concerne la norma generale che utilizza la connessione quale criterio di giurisdizione, ma non pregiudicano affatto l'autonomo problema di interpretazione che può sorgere a proposito delle norme che utilizzano il concetto di connessione nell'ambito di una convenzione internazionale (cfr., ad es., l'art. 19 della convenzione italo-francese del 3 giugno 1930 sull'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale, esec. 1. 17 gennaio 1932, n. 45. Su tale norma cfr. PERASSI, *Su l'art. 19 della convenzione tra l'Italia e la Francia sull'esecuzione delle sentenze*, in *Riv. dir. int.*, 1935, p. 392 ss., ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1938, p. 397 ss.). È chiaro che in tali diversi casi, ed in mancanza di precisazione del significato del termine da parte della stessa norma, questo dovrà essere ricavato da un esame che tenga conto anche del modo di essere al riguardo degli ordinamenti processuali degli altri Stati contraenti, su cui non è possibile dire nulla qui da un punto di vista generale.

²⁷ Purché, naturalmente, si ritenga che l'esistenza di un giudice territorialmente competente non costituisca una condizione indispensabile per l'esercizio della giurisdizione italiana sulla lite: per questa tesi cfr. MORELLI, *Diritto processuale*, cit., p. 105; GIULIANO, *La giurisdizione civile*, cit., p. 82 ss.

giurisdizionale del giudice italiano. Due erano infatti le domande proposte dall'attrice: la prima nei confronti della società che aveva prestato fideiussione per le somme dovute all'attrice stessa dal danneggiante, con clausola di scomputo nei riguardi del massimale dovuto dall'ente assicuratore; la seconda, invece, nei confronti di quest'ultimo ente, per il recupero dell'importo di detto massimale. Poiché evidentemente la decisione su tale seconda domanda presupponeva la decisione sulla prima – data la clausola inserita nel patto fideiussorio, per la quale tutte le somme che fossero state corrisposte in adempimento di tale patto sarebbero state automaticamente imputate nel massimale di copertura dei rischi per responsabilità civile, di cui al contratto di assicurazione, precludendo così all'attrice la possibilità di pretenderne il pagamento anche dall'ente assicuratore –, si rientrava nel caso previsto dall'art. 103 cod. proc. civ., in cui «la decisione [delle cause] dipende, totalmente o parzialmente, dalla risoluzione di identiche questioni».

Si tratta di un caso di connessione impropria di domande, che la Cassazione qualifica inesattamente²⁸ come «connessione di fatto»: per quanto si è detto, anch'essa deve ritenersi compresa nel concetto di «connessione» secondo l'art. 4 n. 3 cod. proc. civ.

²⁸ Anche accogliendo la tesi della Cassazione, infatti, tale caso di connessione produrrebbe pur sempre degli effetti giuridici, e precisamente quello di rendere possibile l'instaurazione del giudizio da parte e nei confronti di più parti (litisconsorzio facoltativo di cui all'art. 103 cod. proc. civ.).

Competenza giurisdizionale o diretta e competenza internazionale o indiretta nelle convenzioni dell'Aja e di Bruxelles *

1. Tra la convenzione dell'Aja e il progetto di Bruxelles esiste, come si sa, una differenza essenziale per quanto riguarda la disciplina della competenza dei giudici degli Stati che divengano parti delle convenzioni relative. Infatti la convenzione dell'Aja appartiene al tipo che si suole denominare «semplice», in quanto disciplina la materia della competenza soltanto in sede di determinazione dei requisiti che la sentenza deve possedere per poter essere riconosciuta e resa esecutiva in uno Stato diverso da quello nel quale è stata pronunciata, mentre gli Stati aderenti rimangono del tutto liberi di determinare nel modo ritenuto più opportuno l'estensione del potere giurisdizionale dei propri giudici. In altre parole, la competenza presa in considerazione dalla convenzione è soltanto la c. d. competenza *indiretta*, o *internazionale* secondo la terminologia prevalente in Italia: le relative norme si preoccupano esclusivamente di stabilire quali collegamenti la controversia decisa dal giudice straniero debba presentare con lo Stato cui esso appartiene, perché, dal punto di vista dell'ordinamento del foro, il giudice che ha emanato la sentenza possa essere ritenuto competente. Del tutto irrilevanti rimangono invece, secondo la convenzione, i criteri sui quali tale giudice ha fondato la propria competenza a conoscere della lite, secondo l'ordinamento cui esso appartiene.

Il Progetto della Comunità economica europea, al contrario, si propone di raggiungere un fine assai più ambizioso. Esso è infatti il progetto di un trattato «doppio», come si usa dire, nel senso che contiene anzitutto un regolamento della competenza *diretta*, o *giurisdizionale*, dei giudici degli Stati che vi aderiscano. Alla disciplina di questa materia sono infatti dedicate le norme comprese nel Titolo II del Progetto (artt. 2-24). Il sistema che ne risulta è fondato, essenzialmente, sull'utilizzazione del criterio del *domicilio del convenuto* come criterio fondamentale di competenza giurisdizionale dei giudici degli Stati della Comunità. Chi, in effetti, sia domiciliato nel territorio di uno di tali Stati, deve essere convenuto davanti ai giudici dello Stato in questione, quale che sia la sua cittadinanza, salve le competenze speciali stabilite *ratione materiae* dagli artt. 5-15, e le competenze esclu-

* Pubblicato in *L'efficacia delle sentenze straniere nelle convenzioni multilaterali dell'Aja e della C.E.E.*, Padova, 1969, pp. 169-174.

sive. Dall'esistenza del domicilio nell'ambito della Comunità deriva, poi, l'ulteriore effetto positivo che non possono essere invocate contro l'interessato alcune disposizioni interne dei sei Stati, che ammettono la competenza dei propri giudici in base alla sola cittadinanza dell'attore, al fatto di avere dei beni nel territorio dello Stato, di avere concluso contratti con un cittadino dello Stato stesso, e così via (art. 3 del progetto, nel quale sono elencati, insieme ad altri, anche i criteri di c. d. competenza esorbitante, od eccezionale)¹.

Le conseguenze ora indicate si verificano senza alcun riguardo al domicilio o alla residenza dell'attore, che non ha rilievo nel caso che il convenuto sia domiciliato nel territorio degli Stati membri della Comunità. Ove, invece, il convenuto non abbia tale domicilio, l'art. 4 del progetto stabilisce che in ogni Stato contraente saranno applicabili le disposizioni della legge interna dello Stato stesso, salva l'applicazione del disposto dell'art. 16 in materia di competenza esclusiva². Si aggiunge altresì, in omaggio al principio del massimo favore per le persone domiciliate nell'ambito della Comunità, che queste ultime possono invocare, al pari dei cittadini dello Stato in cui esse sono domiciliate, tutte le norme interne di tale Stato, ancorché fondino la competenza dei relativi giudici sul solo fatto che l'attore abbia la cittadinanza di quello Stato, o sugli altri criteri indicati dall'art. 3 al fine di escluderne comunque l'applicabilità nei confronti del convenuto domiciliato nell'ambito della Comunità.

2. Come è facile vedere, la disciplina convenzionale della materia non è né in-

¹ Sulla disciplina della materia contenuta nella convenzione dell'Aia, si veda DROZ, *Le récent projet de la Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, in *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, 1966, pp. 225-242, spec. 233-237. Sulla disciplina del Progetto di Bruxelles, invece, si vedano particolarmente BELLET, *L'élaboration d'une convention sur la reconnaissance des jugements dans le cadre du Marché Commun*, in *Journal du droit international*, 1965, pp. 833-870, spec. 845-849, 852-854; BÜLOW, *Vereinheitliches internationales Zivilprozessrecht in der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1965, pp. 473-508; FOIS, *Osservazioni su di un progetto preliminare di convenzione tra gli Stati membri della C.E.E. in materia di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze straniere*, in *Annuario di diritto internazionale*, 1965, pp. 229-247, spec. 238-242; MERCIER, *Le projet de Convention du Marché Commun sur la procédure civile internationale et les Etats tiers*, in *Cahiers de droit européen*, 1967, pp. 367-387, 513-531.

In generale sui criteri di competenza c. d. esorbitante od eccezionale, cfr., oltre allo scritto ricordato da ultimo, NADELMANN, *Jurisdictionally Improper Fora in Treaties on Recognition of Judgments: The Common Market Draft*, in *Columbia Law Review*, 1967, pp. 995-1023.

² E cioè in materia di diritti reali immobiliari (*forum rei sitae*), in materia societaria (foro della sede sociale), in materia di iscrizioni su pubblici registri, di brevetti, marchi, modelli e disegni, nonché in materia di esecuzione di sentenze.

Dato il mancato richiamo da parte dell'art. 4 del Progetto, è invece dubbio se le norme degli artt. 17 e 18 in materia di proroga di giurisdizione siano destinate a prevalere o meno su quelle interne degli Stati davanti al cui giudice la questione venga a porsi. Nel caso che la soluzione debba ritenersi, come sembra probabile, negativa, ne deriva un'ulteriore restituzione dell'incidenza della disciplina convenzionale nel caso di convenuto non domiciliato negli Stati della Comunità.

tegrale, né completa: essa è destinata ad affiancarsi a quella generale prevista dagli ordinamenti interni, applicandosi soltanto alle fattispecie nelle quali siano presenti gli elementi da essa specificati. Soltanto per certe materie ben determinate, e la cui importanza è limitata, essa si applica senza limitazione alcuna, e cioè senza riguardo ai collegamenti previsti con gli altri Stati della Comunità (competenze esclusive di cui all'art. 16 del progetto).

Stando così le cose, sarebbe stato possibile per i compilatori delimitare corrispondentemente anche la sfera di applicabilità del progetto per quanto riguarda la disciplina del riconoscimento e dell'esecuzione delle sentenze e degli altri atti da esso considerati. Essi hanno seguito, invece, un'altra via. Il progetto è infatti destinato ad applicarsi a *tutte le sentenze* emanate negli Stati facenti parte della Comunità, senza riguardo alcuno al rapporto che con tali Stati abbiano le parti della controversia decisa con la sentenza che si tratta di riconoscere. Il trattamento delle sentenze è dunque *indipendente* dalla disciplina dei criteri di competenza giurisdizionale, o diretta, operata dal progetto, se si eccettua la necessità del rispetto delle competenze *ratione materiae* stabilite alle sezioni 3 e 4 del Titolo secondo, e delle competenze esclusive³.

Si può dire che si tratti, in realtà, da un punto di vista sostanziale, di due accordi in uno, ciascuno dotato di una propria autonoma sfera di applicazione. Non è facile però comprendere, se è così, come si sia potuto adottare una norma come quella contenuta nell'art. 28, terzo comma, per la quale, salvi i casi speciali sopra menzionati, il giudice del riconoscimento o dell'esecuzione non può procedere al controllo della competenza dei giudici dello Stato d'origine, e tale controllo non può essere effettuato neppure in sede di verifica della non contrarietà della decisione all'ordine pubblico⁴. Tale risultato, infatti, avrebbe potuto apparire pienamente giustificato soltanto nell'ipotesi che il progetto avesse contenuto una *completa* disciplina della competenza *diretta* dei giudici dei sei Stati. Al contrario, lasciando esso sussistere la più ampia libertà di tali Stati nella determinazione della sfera della competenza giurisdizionale dei propri giudici, nell'ipotesi che il convenuto sia domiciliato al di fuori della Comunità, esso consente che beneficino del riconoscimento automatico, nonché delle facilitazioni di esecuzione che esso stesso stabilisce, anche tutte le sentenze pronunziate da giudici la cui competenza giurisdizionale sia fondata su criteri di competenza c. d. esorbitante o eccezionale, ossia ritenuti generalmente non idonei ad essere riconosciuti al di fuori dello Stato che li adotta⁵. Tale risultato, che

³ Secondo quanto stabilisce l'art. 28, primo comma, del Progetto.

⁴ L'esistenza della norma ora indicata impedisce evidentemente di prospettare il problema della formazione di norme interne relative alla competenza internazionale, come risultato dell'eventuale adattamento dell'ordinamento interno alla convenzione che dovesse venire conclusa. Sul fenomeno, cfr. PERASSI, *Norme convenzionali sulla competenza giurisdizionale e norme interne sulla competenza internazionale*, in *Ann. dir. comp. studi legisl.*, XXI (1946), pp. 1-9, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1958, pp. 235-246.

⁵ Per un esempio di espressa esclusione convenzionale dell'applicabilità del criterio della nazionalità dell'attore, ancorché non totale, nonché della sua riconoscibilità quale criterio di competenza

suscita le più gravi perplessità, non si può giustificare in base ad un ipotetico atto di fiducia nelle leggi interne dei sei Stati, che lo stesso art. 3 del progetto considera inapplicabili nei confronti di chi sia domiciliato nell'ambito della Comunità. Esso è invece fondato sul principio del favore per chi sia domiciliato nel territorio dei sei Stati, senza riguardo alcuno per chi non lo sia. Dato, poi, il difetto di coordinazione tra le due parti del progetto, che si è già segnalato, sarebbe possibile riconoscere senza alcun controllo della competenza anche la sentenza pronunciata dal giudice di uno dei sei Stati in base ad un criterio di competenza c.d. esorbitante, anche ove nessuna delle parti fosse domiciliata nell'ambito della Comunità.

3. Tutto ciò, come è stato sottolineato da un commentatore⁶, è dovuto all'accoglimento da parte dei compilatori del progetto di Bruxelles dell'idea fondamentale per cui i territori dei sei Stati della Comunità dovrebbero venire considerati come un territorio unico, al fine del riconoscimento e dell'esecuzione delle sentenze rese in uno di essi. Tale prospettiva, oltre a spiegare coerentemente quella che in queste note è stata presentata come un'anomalia, potrebbe anche essere portata, secondo tale opinione, a spiegazione e giustificazione logica del sistema stesso. Criticabile o meno che tale sistema fosse da un punto di vista di politica legislativa, ad esso non si potrebbe però rimproverare di non obbedire ad una sua logica interna, che, unificando a determinati effetti il territorio dei sei Stati, porterebbe ad opporli come un tutto unico agli altri, e ad attribuire determinati vantaggi ai soggetti che presentassero, con l'entità costituita da tali Stati, certi contatti.

In realtà, però, neppure l'idea del «territorio unico» appare sufficiente a giustificare la soluzione criticata. L'unicità del territorio ai fini indicati si trova infatti contraddetta dalla circostanza che le norme di competenza giurisdizionale dei sei Stati non vengono unificate ad opera del Progetto, ove si eccettuino le ipotesi all'inizio indicate, ma possono continuare a presentare anche notevoli difformità. In particolare, i giudici di alcuni dei sei Stati potranno continuare ad essere aditi in base ai criteri di competenza c. d. esorbitante od eccezionale, che in virtù del meccanismo sopra descritto verranno a trovare riconoscimento in tutti gli altri Stati della Comunità. Ed in tal modo i criteri suddetti potranno essere da un lato imposti a cittadini di terzi Stati, e dall'altro ai giudici ed ai cittadini (non residenti nella Comunità) di quegli Stati membri la cui legislazione interna non li contempla. Ora, mentre il primo risultato può essere discutibile,

internazionale, cfr. l'art. 30 della Convenzione italo-francese del 3 giugno 1930 per l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale, su cui vedasi PERASSI, *La cittadinanza dell'attore come criterio di competenza giurisdizionale nelle relazioni italo-francesi*, in *Riv. dir. int.*, 1954, pp. 228-242, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1958, pp. 411-427 (con qualche modificazione).

⁶ MERCIER, *Le projet de Convention*, cit., pp. 520-531. Cfr. anche BELLET, *L'élaboration*, cit., pp. 852-854.

ma è sicuramente coerente con l'impostazione del problema che si è sopra ricordata, il secondo, al contrario, introduce nel sistema un'incongruenza, venendo a generalizzare, per così dire, dal lato «passivo», ossia sotto il profilo della competenza internazionale, il riconoscimento di quei criteri che dal lato «attivo», ossia sotto il profilo della competenza giurisdizionale, continuano ad essere previsti soltanto da alcune legislazioni. Il che conferma che il sistema criticato presupponeva la disciplina completa ed uniforme *anche* dei criteri di competenza giurisdizionale adottati dai sei Stati.

4. Le conseguenze ora indicate hanno suscitato vive preoccupazioni, al di fuori della Comunità, ed hanno causato reazioni tanto dottrinali⁷, quanto diplomatiche, specie nell'ambito della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato⁸. Frutto di tali preoccupazioni sono, da un lato, la norma dell'art. 59 del progetto di Bruxelles, e, in relazione a questa, il Protocollo addizionale alla Convenzione dell'Aja del 1966. Secondo la prima, la convenzione di Bruxelles non impedisce che uno Stato contraente si obblighi nei confronti di uno Stato terzo a non riconoscere una decisione resa, in particolare in un altro Stato contraente, contro un convenuto che avesse il suo domicilio o la sua residenza abituale nello Stato terzo, ove, in un caso previsto dall'art. 4, la decisione non abbia potuto essere fondata che su di un capo di competenza contemplato all'art. 3, secondo comma. Il secondo, invece, enumera alcuni capi di competenza che gli Stati contraenti si impegnano a non riconoscere, e costituisce così lo strumento che potrebbe essere utilizzato per superare gli inconvenienti presentati dal progetto della C.E.E. (unitamente, peraltro, agli accordi di proroga di competenza, ammessi dall'art. 17 del progetto stesso, che in alcuni casi potrebbero permettere di raggiungere lo stesso scopo⁹).

Tuttavia, la complessità del meccanismo utilizzato, e le difficoltà pratiche che abitualmente si frappongono alla conclusione di accordi in materia, inducono a ritenere che sarebbe stato in definitiva opportuno anche per gli Stati membri della Comunità esaminare la possibilità di introdurre qualche modifica al principio dell'esclusione assoluta del controllo della competenza internazionale del giudice straniero. Tanto più che, ove un meccanismo del tipo ora indicato venisse effettivamente posto in essere, ed ottenesse l'adesione di un certo numero di Stati, è da pensare che non sarebbe davvero facile per la pratica orientarsi in modo sicuro nel complesso normativo costituito da ben cinque convenzioni internazionali, tutte concorrenti nella disciplina di un identico caso concreto, e

⁷ Cfr., in particolare, l'energica reazione del NADELMANN, *Jurisdictionally Improper Fora*, cit., pp. 995-1023.

⁸ Cfr. NADELMANN, *The Extraordinary Session of the Hague Conference of Private International Law*, in *American Journal of Int. Law*, 1966, pp. 803-806, e MERCIER, *Le projet de Convention*, cit., pp. 513-531.

⁹ MERCIER, *Le projet de Convention*, cit., *passim*. Cfr., però, *supra*, la nota 2.

cioè la convenzione della C.E.E., quella dell'Aja, l'accordo complementare necessario per l'entrata in vigore di questa, il Protocollo addizionale ed infine l'accordo bilaterale che quest'ultimo prevede, e cui allude l'art. 59 del progetto di Bruxelles¹⁰.

¹⁰ La materia è infatti tra le più ardue per la pratica. Le notazioni in questo senso sono comuni: cfr. BELLET, *L'élaboration*, cit., p. 836. E si pensi alla convenzione italo-francese del 1930, sopra citata, che nonostante una sua chiara disposizione viene spesso applicata dalla giurisprudenza, tanto italiana quanto francese, anche in materia di competenza giurisdizionale: da ultimo, si veda STARACE, *Competenza giurisdizionale del giudice italiano e convenzione italo-francese del 3 giugno 1930*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1966, pp. 62-66.

Sulla eccessiva complessità del sistema in questione, cfr. le osservazioni del MERCIER, *Le projet de Convention*, cit., pp. 513-520, 528-530.

Unité et universalité de la faillite selon l'Avant-Projet de la CEE et les Etats tiers *

1. L'avant-projet de convention de la Communauté économique européenne relative à la faillite, aux concordats et aux procédures analogues consacre, comme il le déclare lui-même dans les articles 2 et 33, n. 1, les principes traditionnels de l'unité et de l'universalité de la faillite. En effet, l'article 2 établit que «les procédures visées à la présente Convention, lorsqu'elles ont été ouvertes dans un des Etats contractants, produisent de plein droit leurs effets sur le territoire des autres Etats contractants et y mettent obstacle à l'ouverture de toute autre de ces procédures». A son tour, l'article 33, n. 1, déclare que «sous réserve des dispositions de l'article 9, paragraphe 2 et de l'article 60, la faillite prononcée conformément aux dispositions de la présente Convention produit ses effets à l'égard des tous les biens du failli situés sur le territoire des Etats contractants». Pour ce qui concerne la loi applicable, il faut d'autre part se référer à l'article 19, n. 2, selon lequel «sous réserve des dispositions contraires du titre IV, la loi de l'Etat d'ouverture de la faillite régit les effets de la faillite, ainsi que les conditions de l'opposabilité de la faillite aux tiers».

Mais quelle est la portée exacte des principes de l'universalité et de l'unité de la faillite au cas où l'entreprise a son centre des affaires au dehors de la Communauté, et elle est déclarée en faillite dans celle-ci en vertu des chefs de compétence prévus aux articles 4 et 5 de l'avant-projet c'est-à-dire l'existence d'un établissement, ou d'autres chefs de compétence prévus par les lois nationales? C'est ce que nous allons voir brièvement dans les notes suivantes.

2. Les règles de compétence judiciaire de l'avant-projet ne veulent pas unifier d'une façon absolue les règles de compétence des Etats membres de la Communauté. Elles se bornent à utiliser directement les critères du centre des affaires de l'entreprise et de l'existence d'un établissement, en se référant aux autres critères éventuellement utilisés par les lois des Etats membres pour les cas où il n'y a dans la Communauté ni centre des affaires ni établissement. Il en résulte donc clairement que même une entreprise qui a son centre des affaires dans le territoire d'un

* Pubblicato in *Les problèmes internationaux de la faillite et le Marché Commun*, Padova, 1971, pp. 252-256.

Etat tiers peut être déclarée en faillite dans la Communauté. A une telle faillite les mêmes principes de l'unité et de l'universalité de la faillite découlant des articles précités, doivent être appliqués.

Or, le fait d'établir tel ou tel autre chef de compétence répond sans doute à un choix qui doit être effectué librement par chaque législateur national, et aussi par le législateur communautaire. Que l'on pense, du reste, au législateur fédéral américain qui a établi comme critère de compétence «juridictionnelle» en matière de déclaration de faillite la seule existence des biens du débiteur sur le territoire des Etats-Unis (art. 2, *a*, du *Bankruptcy Act* de 1898)¹, et aussi au législateur allemand (par. 238 de la *Konkursordnung* de 1877).

Mais on peut s'interroger sur l'opportunité d'établir que les effets de la faillite prononcée sur la base de tels chefs de compétence s'étendent sur le plan international, comme il arrive selon l'avant-projet pour le territoire de tous les Etats qui font partie de la Communauté. En effet, tout en admettant que chaque Etat reste libre de prévoir dans sa loi interne les critères de juridiction qu'il estime les plus adéquats, il aurait été possible de ne pas attribuer aux déclarations fondées sur un chef de compétence autre que celui du centre principal des affaires une efficacité extra-territoriale immédiate. On aurait alors laissé libres les autres Etats communautaires de choisir la voie meilleure de se coordonner avec l'attitude prise à l'égard d'une certaine entreprise par les autorités de son Etat national ou de celui où elle a son siège ou le centre principal de ses affaires. Il est en effet vraisemblable que l'entreprise aura avec cet Etat un lien relativement plus étroit que celui qui l'unit avec l'Etat où elle a un établissement, dont l'avant-projet ne requiert même pas qu'il ait des dimensions minimales.

Au cas où l'entreprise a été déclarée en faillite en dehors de la Communauté cette coordination aurait pu être obtenue selon les cas au moyen de l'exequatur de la décision étrangère ou bien aussi automatiquement. Les Etats communautaires où l'entreprise n'a aucun établissement auraient même pu considérer comme meilleur parti l'adoption du même point de vue que l'Etat de l'établissement. Mais cela n'aurait été alors que la simple conséquence inévitable du mécanisme prévu par l'avant-projet, comme il va arriver selon le texte actuel. Tout au contraire, il se serait agi d'un résultat découlant d'une évaluation concrète et souple, opérée par le juge ou bien par les parties privées intéressées, de l'intérêt des créanciers et des la meilleure administration de la faillite, de la valeur respective des biens qui se trouvent dans la Communauté et dans l'Etat tiers, etc.

Il faut penser, en effet, que l'automatisme prévu par l'avant-projet entraîne comme conséquence nécessaire la substitution de la loi de l'Etat où se trouve l'établissement sur l'existence duquel la compétence a été fondée, à la loi normalement compétente. Cette loi peut être par ex. la loi du lieu de situation des biens,

¹ V. NADELMANN, *Assumption of Bankruptcy Jurisdiction over Non-Residents*, dans *Tulane Law Review*, 1966, p. 73 ss.; *Dir. fall.*, 1967, I, 267; LIPSTEIN, *Jurisdiction in Bankruptcy*, dans *Modern Law Review*, 1949, p. 454 ss.

pourvu que la plus grande partie de ceux-ci se trouve dans le territoire de l'Etat où la faillite a été déclarée en raison de l'existence du centre principal des affaires ou de critères semblables. Même si l'on admet en règle générale que la loi de la faillite soit applicable au plus grand nombre des problèmes qui se posent à l'égard d'une faillite 'multinationale' de préférence de la loi de situation², il est certain que celle-ci joue toujours un rôle pratique très important, qu'il n'est pas opportun de méconnaître. Or, la substitution de la loi de l'Etat de l'établissement à la loi de l'Etat tiers a précisément comme conséquence d'empêcher la coordination souhaitable entre la loi de la faillite et la loi du lieu de la situation des biens. En d'autres termes, en suivant le système adopté par l'avant-projet on empêche d'une façon absolue que l'on tienne compte des dispositions de la *lex situs*, même à titre de *lex concursus*.

Tout cela va produire des effets qui sont particulièrement importants, p. ex., en matière d'action paulienne. On admet en général que cette action est régie par la loi de la faillite en ce qui concerne ses conditions d'admissibilité et ses effets³. Mais dans le cas où les biens sont situés dans un Etat tiers, il est essentiel que la révocation de l'acte accompli dans la période suspecte puisse les atteindre, et on peut douter que cet effet soit assuré si l'on ignore les dispositions de la loi des biens. Encore une fois, si les raisons qui conduisent la majorité des auteurs à soutenir l'applicabilité de la loi de la faillite sont bonnes, il aurait été peut-être souhaitable d'accorder à la *lex situs* des possibilités plus larges d'entrer en ligne de compte à titre de *lex concursus*.

Certes, ce qui est décisif dans les cas que nous avons mentionnés est la position de la loi des biens. Or il peut arriver que cette loi admette sans objection les effets des mesures adoptées par les autorités de l'Etat de l'établissement, pourvu du moins que la faillite ait été prononcée seulement dans cet Etat. Mais il peut aussi arriver le contraire: et il semble alors qu'il aurait été plus opportun de laisser aux juges des autres Etats communautaires la faculté de rechercher la coordination la meilleure avec l'attitude de la loi et des autorités étrangères, dans le but d'éviter une multiplicité d'administrations en conflit entre elles.

3. Les conséquences qu'on a essayé de souligner, et toutes les autres qu'on pourrait imaginer, sont en réalité le résultat inévitable de la portée particulière qui est le propre des principes de l'unité et de l'universalité de la faillite dans le cadre de l'avant-projet. En effet, si l'on consacre ces principes comme l'ont fait les rédacteurs, mais qu'on reconnaît en même temps les chefs de compétence des articles 4 et 5, ces principes ne peuvent qu'avoir une portée différente de celle qui leur appartient normalement. La compétence fondée sur les critères indiqués a été toujours considérée à juste titre comme l'indice le plus précis du fait qu'un sys-

² Comp. TROCHU, *Conflits de lois et conflits de juridictions en matière de faillite*, Paris, 1967, pp. 160 ss., 219 ss.

³ TROCHU, *op. loc. cit.*

tème juridique donné contient (aussi) le principe de la territorialité de la faillite⁴. Il y a alors une certaine contradiction dans le fait qu'on affirme consacrer les principes de l'unité et de l'universalité ... en prenant acte de la circonstance que les lois internes utilisent au contraire le principe de la territorialité de la faillite!

En réalité, si l'on ne veut pas se laisser tromper par les mots – et en tenant compte du fait que les concepts juridiques, après tout, ne sont que des expressions synthétiques qu'on utilise pour indiquer une certaine réglementation juridique, qui ne découle que des règles positives⁵ – on devra garder bien distincts deux aspects différents des principes dont il s'agit. Le premier indique qu'il n'y a qu'une procédure de faillite à l'égard d'une même entreprise, quel que soit le lieu où elle se déroule, et elle concerne tous les biens du débiteur et tous les créanciers. Le deuxième, au contraire, indique qu'il n'y a qu'une procédure de faillite *dans un endroit régional donné*: il s'agit alors d'une universalité toute relative, qui vaut pour les Etats qui font partie de cet endroit. Or, tel est le cas de l'unité et de l'universalité de la faillite dans l'avant-projet. Il ne s'agit pas d'unité et d'universalité à l'égard d'une même entreprise, considérée comme une entité économique unitaire: il s'agit d'une unité et d'une universalité pour ainsi dire communautaires. La préoccupation qu'il n'y ait dans la Communauté qu'une seule administration a prévalu sur le souci d'éviter la multiplication des administrations relatives à une même entreprise⁶.

Mais cette extension communautaire des effets d'une déclaration de faillite basée sur l'existence d'un établissement (ou sur un autre critère particulier auquel se réfère l'art. 5 de l'avant-projet) ne peut faire devenir application des principes de l'unité et de l'universalité dans le premier sens ce qui est sûrement une application du principe contraire. Il faut ne pas oublier que le principe théorique a changé sa portée en devenant principe positif et législatif; on ne peut pourtant déduire des conséquences de ce principe sans le déterminer et sans l'analyser dans sa structure exacte.

⁴TROCHU, *op. cit.*, p. 82 ss. Voir aussi le *Rapport* de MM. NOEL et LEMONTEY, Doc. 16.915/1/XIV/68-F, p. 6; et MÜLLER-FREIENFELS, *Auslandskonkurs und Inlandsfolgen*, dans *Vom deutschem zum europäischen Recht. Restschrift für Hans Dölle*, II, Tübingen, 1963, p. 359 ss.

⁵Comp. GIULIANO, *Il fallimento nel diritto processuale civile internazionale*, Milan, 1943, p. 78 ss.

⁶Cette préoccupation, au contraire, a été vue par le législateur américain, qui a posé avec la *Public Law* No. 681 du 25 septembre 1962 un principe très souple, qui accorde au juge de la faillite le pouvoir «to exercise, withhold or suspend the exercise of jurisdiction, having regard to the rights or convenience of local creditors and all relevant circumstances, where a bankrupt has been adjudged bankrupt by a court of competent jurisdiction without the U.S.». Comp. NADELMANN, *The National Bankruptcy Act and Conflicting Administration*, en *Internat. and Comp. Law Quart.*, 1963, p. 684 ss.; *Dir. fall.*, 1962, I, p. 279 ss.

Il luogo di esecuzione dell'obbligazione contrattuale come criterio di competenza giurisdizionale *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'adozione del *locus solutionis* come criterio di giurisdizione. – 3. La determinazione del luogo di esecuzione dell'obbligazione in quanto criterio utilizzato dall'art. 4, n. 2, cod. proc. civ. – 4. Ambito di utilizzazione del criterio suddetto. – 5. Il *locus solutionis* in quanto criterio speciale di competenza in base alla Convenzione di Bruxelles del 1968. – 6. La portata dell'art. 5, n. 1, della Convenzione di Bruxelles e la giurisprudenza interpretativa della Corte di giustizia. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

L'art. 4 del codice italiano di procedura civile utilizza, fra gli altri criteri speciali di giurisdizione elencati al numero 2¹, quello consistente nel luogo in cui l'obbligazione deve essere eseguita. Tale criterio era già utilizzato allo stesso fine dal codice di procedura civile del 1865 (art. 105, n. 2) e ad esso fanno largamente ricorso anche i sistemi giuridici di altri Paesi al fine di fondare la giurisdizione dei rispettivi giudici in cause relative ad obbligazioni, specie contrattuali, oltre che naturalmente al fine di attribuire la competenza territoriale ad un singolo giudice interno. E ciò, tanto nel caso che l'ambito della giurisdizione interna nei confronti dello straniero sia oggetto di apposite disposizioni espressamente poste dal legislatore, quanto in quello che esso risulti invece dall'interpretazione e dall'applicazione delle stesse norme che determinano la competenza territoriale².

Come esempio della prima ipotesi basti pensare, per rimanere nell'ambito europeo, al *Code judiciaire* belga³, mentre le regole contenute nella ZPO tedesca

* Pubblicato in *Studi in onore di E.T. Liebman*, vol. II, Milano, 1979, pp. 817-838.

¹ Sul tema, si vedano MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*², Padova, 1954, p. 117 ss.; GIULIANO, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*², Milano, 1970, p. 60 ss., p. 69 ss.; STARACE, *Giurisdizione (limiti della)*, *Diritto internazionale*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1969, p. 428 ss.; e per la nozione di criterio speciale, in particolare ZICCARDI, *I criteri speciali di competenza giurisdizionale e la qualificazione delle controversie*, in *Com. e studi* dell'Ist. di diritto int. e straniero dell'Univ. di Milano, VI, 1954, p. 65 ss.

² Per considerazioni sotto questo profilo, v. GIULIANO, *op. cit.*, p. 10 ss.

³ Art. 635, n. 3, del *Code judiciaire* del 1967, e su di esso, ad es., RIGAUX, *Droit international privé*, Bruxelles, 1968, p. 52 ss.

(par. 29) costituiscono un notissimo esempio della seconda⁴. Le stesse regole elaborate dalla giurisprudenza inglese nell'ambito di una tradizione del tutto differente – ed imperniata sul valore determinante attribuito alla notifica dell'atto introduttivo del giudizio, che può aver luogo all'estero soltanto in casi determinati previa autorizzazione da parte del giudice – fanno largo spazio al luogo di esecuzione dell'obbligazione contrattuale: le *Rules of the Supreme Court* considerano infatti l'ipotesi di obbligazione da eseguirsi in Inghilterra come tale da consentire l'esercizio del potere discrezionale di autorizzare la notifica al di fuori del territorio da parte del giudice⁵.

Anche in sede internazionale, il criterio del luogo dell'adempimento ha trovato largo favore: già richiamato in alcune convenzioni bilaterali (si ricordi, in tema di competenza internazionale del giudice straniero, quella del 3 giugno 1930 fra Italia e Francia), esso è stato accolto dalla Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale all'art. 5, n. 1: e nell'ambito di tale Convenzione costituisce sicuramente una delle più rilevanti, se non addirittura la più rilevante, delle «competenze speciali» previste dalla sez. II del titolo II come limitazioni alla portata del generale principio della competenza del foro del domicilio del convenuto, di cui all'art. 2 della Convenzione⁶.

2. L'adozione del *locus solutionis* come criterio di giurisdizione

Un accoglimento così esteso del *locus solutionis* come criterio di giurisdizione in materia contrattuale – contrariamente a quanto accade per altri criteri utilizzabili nella stessa materia, come ad esempio il luogo di conclusione del contratto⁷ – non può essere certamente casuale. Esso dipende dalla persuasione, evidente nei diversi legislatori e nelle diverse giurisprudenze, che l'essere una determinata ob-

⁴ Cfr. ad es. BAUER, *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands*, Paris, 1965, p. 59 s. Anche in Francia, ove pure una disciplina in via di principio autonoma dei problemi di giurisdizione esiste, per quanto concerne il criterio che qui interessa si fa ricorso al principio valido in tema di competenza territoriale secondo l'art. 420 del Code de procédure civile.

⁵ Per tutti, v. DICEY e MORRIS, *Conflict of Laws*³, London, 1973, p. 183 ss.; CHESHIRE e NORTH, *Private International Law*⁹, London, 1974, p. 85 ss. Su alcuni recentissimi sviluppi del sistema fondato sulla notificazione personale al convenuto sul suolo inglese, cfr. LUPOLI, *La giurisdizione fondata sulla notificazione personale: la fine di un mito*, in *Foro it.*, 1977, V, 246. La parte rilevante della Rule 1 dell'Order 11 delle *Rules of the Supreme Court* è la lettera g.

Per ulteriori considerazioni comparative, si veda SZASZY, *International Civil Procedure. A comparative Study*, Leyden, 1967, spec. p. 290 ss.

⁶ Sul luogo di esecuzione previsto nell'art. 14 della Convenzione italo-francese, v. GINATTA, *Sull'interpretazione dell'art. 14 della convenzione italo-francese del 3 giugno 1930 sull'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, p. 453 ss. Sulla Convenzione di Bruxelles, si vedano i paragrafi 5-7 *infra*.

⁷ La cui utilizzazione è notevolmente più ristretta: si vedano le opere citate alle note 4 e 5.

bligazione destinata a venire eseguita in un dato territorio concreta un legame sufficientemente intenso per giustificare l'esercizio della giurisdizione da parte del giudice di quello Stato. Vi è del resto, in una persuasione siffatta, un chiaro parallelismo con l'importanza costantemente attribuita in sede internazionale al luogo di esecuzione del contratto come criterio di competenza legislativa, ossia al fine di determinare la legge applicabile al contratto stesso. Com'è ben noto, la tendenza ad attribuire rilevanza alla legge del luogo di esecuzione in sede di disciplina delle obbligazioni nascenti da contratto è ovunque assai diffusa, ed il nostro sistema giuridico rappresenta in proposito una vera e propria eccezione nel negare qualsiasi rilevanza di principio a tale legge⁸. Anche là dove il contratto si considera sottoposto alla legge del Paese con il quale ha i collegamenti più significativi (c.d. *proper law*), la legge del luogo di esecuzione del contratto ha sempre una rilevanza di primo piano nell'evidenziare la presenza di collegamenti siffatti⁹. E nel recente progetto preliminare di convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e non contrattuali fra gli Stati membri della C.E.E., il luogo di esecuzione viene egualmente, anche se indirettamente, in rilievo al fine di determinare la legge applicabile attraverso gli articoli 4 e 5¹⁰.

Stando così le cose, risulta chiaro che il luogo di esecuzione viene assunto come criterio di competenza giurisdizionale in ragione, ed in dipendenza, di una caratteristica *reale ed effettiva* dell'obbligazione di cui si tratta. In altri termini, il giudice di un certo luogo viene considerato come idoneo (o più idoneo di un altro) a conoscere di certe controversie perché una determinata obbligazione, cui la controversia si riferisce, è stata o deve effettivamente essere eseguita nel luogo medesimo: non perché la ragione che giustifica *in astratto* questa localizzazione venga in qualche modo in considerazione. Ai fini giurisdizionali, il giudice del luogo di adempimento si considera competente *in quanto tale*, e non perché giudice del luogo in cui ha domicilio il creditore, od il debitore, o in cui la cosa oggetto dell'obbligo è situata, od è stata o deve essere consegnata al vettore, e via dicendo, secondo la varia tipologia dei luoghi fissati per l'esecuzione dai singoli legi-

⁸ Intendiamo riferirci all'esclusione del criterio in questione da quelli utilizzati dall'art. 25 disp. prel. cod. civ. Altro è evidentemente la rilevanza che si attribuisca al luogo di esecuzione sotto profili diversi, al di fuori di esplicita statuizione legislativa; per la situazione ed una soluzione originale v. CONFORTI, *L'esecuzione delle obbligazioni nel diritto internazionale privato*, Napoli, 1962.

⁹ Si veda ad es., per il diritto inglese, CHESHIRE e NORTH, *Private International Law*, cit., p. 213 ss.; DICEY e MORRIS, *Conflict of Laws*, cit., p. 744 ss.

¹⁰ Il Progetto si legge in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1973, p. 189 ss.; *ivi*, a p. 198 ss., anche il Rapporto dei professori Giuliano, Lagarde e Van Sasse Van Ysselt. In merito a quanto indicato nel testo, si veda anche l'art. 2313 del Progetto di legge francese del 1967 destinato a completare il *Code civil* in materia di diritto internazionale privato (in T.M.C. ASSER INSTITUT, *Les législations de droit international privé*, Oslo, 1971, p. 65); nonché, nella dottrina francese, BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris, 1938, p. 78 ss.; BATIFFOL e LAGARDE, *Droit international privé*, 5ª ed., vol. II, Paris, 1971, p. 229 ss. Risale al SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, VIII, Berlin, 1849 (rist. Bad Homburg, 1961), p. 205 ss., p. 214 ss., una notevole elaborazione teorica del criterio di cui si discute.

slatori e dalle diverse tradizioni giuridiche. Quale che possa essere il punto di vista di questi ultimi circa il luogo di esecuzione in astratto preferibile, e circa le ragioni che inducono a preferirlo¹¹, tutto ciò non può che rimanere indifferente ai fini della giurisdizione, per la quale ciò che veramente conta è il concreto collegamento che viene ad instaurarsi fra l'obbligazione ed il luogo in cui essa va eseguita.

3. La determinazione del luogo di esecuzione dell'obbligazione in quanto criterio utilizzato dall'art. 4, n. 2, cod. proc. civ.

Le considerazioni ora esposte, inerenti alle stesse ragioni che inducono alla previsione del luogo di adempimento come criterio di competenza giurisdizionale, convincono della fondatezza di una tesi largamente accolta in sede dottrinale, ma tenacemente rifiutata dalla giurisprudenza italiana in sede di applicazione dell'art. 4, n. 2, cod. proc. civ.

È ben noto che il principio teorico generalmente affermatosi in sede di interpretazione delle espressioni usate dalle norme di giurisdizione per indicare i criteri da esse adottati dichiara l'esclusiva competenza al riguardo della *lex fori*, conformemente a quanto più in generale sostenuto a proposito dell'interpretazione delle norme di diritto internazionale privato e delle espressioni tecnico-giuridiche da queste usate¹². Ora, rispetto al criterio di giurisdizione costituito dal luogo di adempimento, è largamente seguita in dottrina la tesi che esso non andrebbe però determinato in concreto mediante ricorso alle disposizioni della legge italiana, e principalmente a quelle contenute nell'art. 1182 cod. civ. Ciò perché, trattandosi di un «carattere della lite tratto dal merito della causa, e come tale preso in considerazione dalla norma di competenza giurisdizionale»¹³, non si rientrerebbe nell'ambito di applicazione della regola generale, per la quale i criteri giuridici vanno determinati in base alla legge del foro; oppure, secondo un'altra tesi, perché occorrerebbe distinguere fra interpretazione dell'espressione astratta usata dalla norma di giurisdizione, ed accertamento concreto della situazione cui quest'ultima fa riferimento¹⁴.

¹¹ Sulle ragioni che hanno ispirato il legislatore italiano del 1942 nel porre i criteri contenuti nell'art. 1182 cod. civ., modificando il precedente regime derivante dal codice civile del 1865 (art. 1249), si veda NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1974, spec. p. 161 ss.; e per la definizione del *locus solutionis* come quello nel quale «si accentrano le aspettative delle parti, e quindi vuol essere riguardato come la sede permanente della giurisdizione», cfr. PISANELLI, in *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati Sardi*, Torino, 1855, vol. I, parte I, p. 501 (e successivamente, nella relazione al codice di procedura del 1865).

¹² Sul punto, cfr. per tutti GIULIANO, *La giurisdizione civile*, cit., p. 45 ss.

¹³ Così MORELLI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 120 s.

¹⁴ Così BARILE, *Sulla rilevazione dei criteri di giurisdizione costituiti dalla nascita e dalla esecuzione delle obbligazioni in territorio italiano*, in *Riv. dir. int.*, 1960, p. 333 ss.; *Ancora sulla rile-*

Tale soluzione non è mai riuscita a trovare accoglimento da parte della giurisprudenza della Cassazione, pur essendo stata a volte condivisa da qualche giudice di merito: la prima si è infatti sempre mantenuta fedele ad una rigida interpretazione del principio della esclusiva competenza della *lex fori* anche per ciò che concerne l'accertamento concreto della sussistenza dell'elemento di collegamento giurisdizionale¹⁵. Tuttavia, in vista di quanto in precedenza osservato, appare indiscutibile l'esattezza della tesi che il luogo di esecuzione dell'obbligazione, ai fini giurisdizionali, vada determinato in base alla legge cui l'obbligazione stessa è sottoposta, e cioè alla legge che in concreto la regola. A prescindere da qualsiasi preoccupazione di carattere formale circa la coerenza di questa soluzione con il principio teoricamente accettato della prevalenza della *lex fori*¹⁶, è evidente che soltanto in questo modo è possibile soddisfare l'esigenza che sta alla base della stessa adozione del criterio. Solo in questo modo, infatti, si può valorizzare ai fini della giurisdizione la circostanza che, nel caso concreto, un'obbligazione sia *in fatto* eseguibile in un luogo determinato. Diversamente, si finirebbe per dare la prevalenza, in omaggio ad una presunta esigenza di ordine teorico, ad un criterio puramente immaginario, perché il luogo di esecuzione determinato in base alle norme materiali del foro non ha rispondenza alcuna alla realtà, ove in concreto l'obbligazione sia sottoposta ad una legge straniera. Se è certamente vero che il legislatore sarebbe libero di scegliere questa diversa via e di considerare decisiva, anche ai fini della giurisdizione, la fissazione del luogo di adempimento da lui in astratto effettuata, è anche vero che una intenzione siffatta non si può presumere in assenza di qualsiasi indicazione in tal senso e senza alcuna giustificazione che non abbia carattere meramente teorico.

Come osservava con la consueta chiarezza il Maestro cui il presente scritto è dedicato, non si possono «ammettere senza contraddizione due diverse discipline giuridiche di un'unica fattispecie concreta, valide ad effetti diversi nell'ambito dello stesso ordinamento... La nostra legge vuole che il giudice italiano sia com-

vazione dei criteri di giurisdizione costituiti dal luogo di nascita o di esecuzione dell'obbligazione, *ivi*, 1960, p. 541 ss. Per altre tesi, convergenti verso il medesimo risultato, v. GIULIANO, *La giurisdizione civile*, cit., pp. 47 ss., 69; UBERTAZZI, «*Forum contractus*» e «*forum destinatae solutionis*» quali criteri di giurisdizione sullo straniero convenuto in giudizio, in *Dir. internaz.*, 1966, p. 134; FRANCHI, *Luogo dell'esecuzione dell'obbligazione e giurisdizione italiana*, in *Giur. it.*, 1965, I, 1, 1166 ss.

¹⁵ Sin dalla sentenza resa a sezioni unite il 13 aprile 1965, n. 644, in *Foro it.*, 1965, I, 1016; *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1965, 560. Per altre indicazioni giurisprudenziali, v. GIULIANO, *La giurisdizione civile*, cit., p. 50 in nota; e da ultimo, Cass. sez. un., 4 gennaio 1974, n. 1, in *Foro it.*, 1974, I, 2116; *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1974, p. 315 (sulla quale, ampiamente, FORLATI, *Luogo di esecuzione delle obbligazioni contrattuali e Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1976, p. 50 ss.); Cass. sez. un., 20 ottobre 1975, n. 3397, in *Foro it.*, 1976, I, 1631; *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1976, p. 812.

¹⁶ Preoccupazione che induce ad es. il GIULIANO, *La giurisdizione civile*, cit., p. 48, a considerare un'applicazione del principio della competenza della *lex fori* anche il richiamo alla legge straniera, in quanto effettuato ad opera delle norme di dir. int. priv. che della *lex fori* fanno anch'esse parte.

petente a giudicare intorno ad un'obbligazione che deve eseguirsi in Italia, non intorno ad un'obbligazione che sarebbe eseguibile in Italia se fosse regolata dalla legge italiana, ma che nella concreta realtà non lo è perché la norma che deve regolarla è un'altra e dispone diversamente»¹⁷.

4. *Ambito di utilizzazione del criterio suddetto*

L'utilizzazione del *locus solutionis* come criterio di competenza giurisdizionale in materia contrattuale pone un altro problema di ordine generale, variamente risolto da dottrina e giurisprudenza dei diversi Paesi. Si tratta di determinare i limiti di utilizzabilità del criterio indicato.

In Italia, il problema è stato impostato nel senso di chiedersi se l'eseguibilità nel territorio dello Stato vada determinata con esclusivo riferimento all'obbligazione dedotta in giudizio, oppure anche a qualsiasi altra obbligazione nascente dallo stesso contratto. Non si è mai dubitato, dato il carattere estensivo dell'indirizzo accolto quanto ai limiti della giurisdizione italiana in genere, che l'ambito di applicabilità del criterio potesse essere ancora più ristretto, ossia che esso potesse essere invocato soltanto nei confronti delle prestazioni caratterizzanti il contratto nel suo complesso: ma è chiaro che anche questo altro non sarebbe che un aspetto dello stesso problema, per proporre il quale mancava ogni appiglio testuale nella norma vigente in Italia, ma che non ha tardato a porsi in sede europea in relazione al già menzionato art. 5, n. 1, della Convenzione di Bruxelles del 1968.

L'indirizzo seguito in materia dalla giurisprudenza italiana, dopo alcune esitazioni iniziali, è fra i più estensivi. Si è infatti ritenuto che fosse sufficiente a giustificare l'esercizio della giurisdizione italiana il fatto che *una qualsiasi* delle obbligazioni derivanti dal contratto fosse eseguibile in Italia, anche se diversa da quella dedotta in giudizio, ed anche se meramente secondaria ed accessoria¹⁸. A fondamento di tale tesi, oltre al tenore testuale dell'articolo 4 n. 2 cod. proc. civ., posto in relazione con quello diverso dell'art. 20 dello stesso codice (il quale specificamente menziona l'obbligazione «dedotta in giudizio»), viene talvolta addotto un argomento più generale, e di per sé suggestivo: e cioè, la necessità di assicurare l'unità della giurisdizione relativamente ad uno stesso contratto. Una simile finalità non potrebbe essere raggiunta, se non ammettendo che il giudice italiano possa assumere la giurisdizione in ordine ad un dato rapporto contrattuale anche se questo sia soltanto in parte eseguibile in Italia: diversamente, si afferma, il rap-

¹⁷ LIEBMAN, *Criteri di giurisdizione e legge regolatrice del merito*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1965, p. 661 s.

¹⁸ Si vedano in merito, anche per i riferimenti, GIULIANO, *La giurisdizione civile*, cit., p. 72 ss.; FORLATI, *Luogo di esecuzione*, cit., p. 52 ss., anche per indicazioni comparative; FRANCHI, *La Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze nei rapporti italo-tedeschi*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1976, p. 712 ss., a p. 716 ss.

porto unitario verrebbe spezzettato e suddiviso ai fini giurisdizionali fra i giudici di Stati diversi.

L'argomento, in realtà, è più apparente che reale, e cela l'intento della giurisprudenza – a volte, del resto, apertamente dichiarato – di estendere il più possibile l'ambito della giurisdizione italiana¹⁹.

Da un lato, infatti, va rilevato che il principio dell'unità viene sempre invocato per dilatare, e non mai per restringere quest'ambito di fronte all'eventuale intervento di giudici stranieri. Dall'altro, poi, non si può trascurare la considerazione che la finalità cui la giurisprudenza dichiara a volte di volersi ispirare dovrebbe essere semmai perseguita nel senso inverso, e cioè cercando di limitare l'esercizio della giurisdizione ai casi in cui sia in giuoco, in quanto eseguibile in Italia, non soltanto l'obbligazione dedotta in giudizio, ma addirittura quella che costituisce la prestazione caratteristica di un determinato rapporto contrattuale. Se ad una conclusione siffatta non si ritiene possibile giungere nell'attuale situazione legislativa, ciò significa che quella finalità non è stata considerata preminente dal legislatore: ed è d'altronde lecito dubitare che a tanto possa provvedersi in via puramente unilaterale, senza l'intervento di adeguato coordinamento internazionale delle giurisdizioni dei vari Stati.

Per quanto criticabile sul piano logico e per le ragioni che la ispirano, la tesi indicata ha comunque ricevuto larghissimo accoglimento, sull'autorità della Corte suprema, e caratterizza l'odierno stato della questione. È peraltro auspicabile che la giurisprudenza voglia riesaminarne, prima o poi, la fondatezza, anche in relazione all'influenza che su di essa può indirettamente spiegare la disciplina contenuta dell'art. 5, n. 1, della Convenzione di Bruxelles del 1968²⁰.

5. *Il locus solutionis in quanto criterio speciale di competenza in base alla Convenzione di Bruxelles del 1968*

Come si è già accennato, l'art. 5, n. 1, della Convenzione di Bruxelles del 1968 prevede che il convenuto domiciliato nel territorio di uno Stato contraente può essere citato in giudizio in un altro Stato contraente, in materia contrattuale, davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita²¹. Si tratta probabilmente dell'eccezione di maggior portata pratica ri-

¹⁹ Sul punto cfr. in particolare FORLATI, *Luogo di esecuzione*, cit., p. 58 ss.

²⁰ Ed anche al persistere di autorevoli opposizioni in dottrina: si veda, ancora di recente, ATTARDI, *Giurisdizione e competenza in generale*, in *Commentario al codice di procedura civile* diretto da E. ALLORIO, Libro I, tomo I, Torino, 1973, p. 66 s.

²¹ In generale, sulla norma dell'art. 5,1, nell'ambito del sistema convenzionale, cfr. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun. Etude de la Convention de Bruxelles du 27 Septembre 1968*, Paris, 1972, p. 57 ss.; WESER, *Convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions*, Bruxelles-Paris, 1975, p. 117 ss. Sui rapporti fra la Convenzione e le norme del codice di procedura civile italiano, si vedano i chiarimenti di CAPO-

spetto al principio generale della competenza del giudice del domicilio del convenuto, stabilita in via generale dall'art. 2 della Convenzione, com'è dimostrato dal fatto che su di essa è già nato un vivace dibattito. In tale dibattito è intervenuta anche la Corte di giustizia delle Comunità europee, competente a pronunciarsi in via pregiudiziale a norma del Protocollo relativo all'interpretazione della Convenzione, concluso a Lussemburgo il 3 giugno 1971²², ed entrato in vigore il 1° settembre 1975 fra i sei Stati membri originari delle Comunità: e tale intervento appare tanto più significativo e rilevante, in quanto dovrebbe essere prossima la conclusione di un accordo per l'adattamento della Convenzione del 1968 in vista della sua entrata in vigore nei confronti dei tre nuovi Stati membri delle Comunità, con la conseguente estensione del suo ambito di applicazione²³.

Anche a proposito della norma contenuta nell'art. 5, n. 1, della Convenzione si ripropongono i problemi di fondo che l'utilizzazione del luogo di adempimento pone in sede di applicazione dell'art. 4, n. 2, cod. proc. civ., e su di essi l'esperienza già vissuta nei primi cinque anni di applicazione della Convenzione – che include anche due pronunzie della Corte di giustizia – è chiara e significativa. Si tratta, essenzialmente, di stabilire quale sia l'obbligazione cui l'articolo 5, n. 1, si riferisce, fra tutte quelle derivanti da un determinato rapporto contrattuale, e di determinare poi come in concreto debba esserne individuato il luogo di esecuzione.

Circa il primo punto, il testo italiano della Convenzione è del tutto univoco nell'indicare come oggetto dell'indagine un'obbligazione ben determinata, e precisamente quella «dedotta in giudizio». In base a tale espressione, che coincide del resto con quella usata dall'art. 20 cod. proc. civ. italiano in tema di competenza territoriale, viene di per sé escluso che possa riproporsi in sede convenzionale la soluzione che si è vista affermata come dominante nella giurisprudenza italiana²⁴. E si noti che, anche se gli altri testi ufficiali della Convenzione non risultano

TORTI, *Osservazioni su alcuni aspetti delle convenzioni dell'Aja e di Bruxelles relative al riconoscimento delle sentenze straniere*, in *L'efficacia delle sentenze straniere nelle convenzioni multilaterali dell'Aja e della C.E.E.*, Padova, 1969, p. 87 ss., a p. 93 ss.; nonché LUPOI, *Giurisdizione rispetto allo straniero: «quanto» è ancora in vigore l'art. 4 cod. proc. civ.?*, in *Temi romana*, 1974, p. 1 ss. Si veda inoltre FORLATI, *Luogo di esecuzione*, cit., p. 55 ss.

Come è noto, l'art. 1 del Protocollo annesso alla Convenzione esclude l'applicabilità della norma in questione a chi abbia domicilio nel Lussemburgo: si veda, in proposito, DE BOURNONVILLE, *L'article 1^{er} du protocole de la Convention communautaire du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *Journal des Tribunaux*, 1977, p. 249 ss.

²² Il Protocollo è stato reso esecutivo in Italia con legge 19 maggio 1975, n. 180. Per l'entrata in vigore, si veda il comunicato in *Gazz. Uff.* 2 settembre 1975, n. 253.

²³ Si veda il progetto preliminare di convenzione di adesione alla Convenzione ed al Protocollo, doc. R/2962/76(JUR119) del 15 dicembre 1976.

Sulla giurisprudenza della Corte in materia, si veda in generale VASSALLI DI DACHENHAUSEN, *La Corte comunitaria e la convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 in materia giudiziaria*, in *Foro it.*, 1977, V, 306 ss.

²⁴ Si veda sul punto FORLATI, *Luogo di esecuzione*, cit., p. 59 ss. Solo in vista delle differenze linguistiche fra i vari testi si può comprendere la differente opinione manifestata da GRUNSKY, *La*

altrettanto chiari, non è possibile dubitare che il testo italiano non costituisca l'espressione linguistica più efficace di quanto deve considerarsi la vera *ratio* della norma: infatti, nel testo del progetto preliminare di accordo per l'adesione alla Convenzione dei tre Stati divenuti membri delle Comunità successivamente alla conclusione di quest'ultima, è stato modificato il testo francese, al fine di dissipare ogni possibilità di dubbio, con la menzione specifica dell'obbligazione «qui sert de base à la demande»²⁵, che opportunamente precisa l'espressione più generica del testo originario.

Se però il dato testuale è sufficiente per convincere dell'infondatezza della tesi estensiva prevalsa in Italia, in quanto la si volesse riproporre in sede di applicazione della Convenzione, esso non basta di per sé a risolvere ogni problema. Fermo restando che l'eseguitività nel territorio di uno Stato comunitario di un'obbligazione qualsiasi non basta a conferire al giudice di tale Stato la giurisdizione a conoscere di qualsiasi altra obbligazione derivante dallo stesso rapporto contrattuale, può sorgere il dubbio che la disposizione debba essere interpretata in senso ancora più restrittivo. E cioè nel senso che non ogni obbligazione dedotta in giudizio ed eseguibile nel territorio dello Stato sia idonea a conferire giurisdizione al giudice di quest'ultimo, ma soltanto quella che presenti certe specifiche caratteristiche: ad esempio, quella che costituisca *una* delle obbligazioni principali, caratterizzanti un certo tipo di contratto, oppure addirittura quella che di ciascuno costituisca il nucleo essenziale e caratterizzante (la c.d. prestazione caratteristica).

In astratto, è evidente che la Convenzione avrebbe ben potuto prendere, implicitamente od esplicitamente, posizione in favore di una qualsiasi di queste tre ipotesi, ciascuna delle quali è più delle altre sensibile e rispondente a certe esigenze. È chiaro che la limitazione dell'operatività dell'art. 5, n. 1, all'obbligazione caratteristica di un certo contratto avrebbe soddisfatto interamente l'esigenza dell'unitarietà e della concentrazione della giurisdizione su ogni singolo contratto, che viceversa le altre alternative non sono in grado di assicurare²⁶. Per converso, l'ammettere che qualsiasi obbligazione dedotta in giudizio sia sufficiente a fondare la giurisdizione di uno Stato membro, purché eseguibile nell'ambito territoriale di quest'ultimo, avrebbe consentito di lasciare il più ampio spazio alle distinzioni e

Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze nei rapporti italo-tedeschi, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1976, p. 696. La recentissima sentenza della Corte di cassazione a sez. un. 10 novembre 1977, n. 4836 (in *Giust. civ.*, 1978, I, 44) sembra non escludere in linea di principio la possibilità di continuare ad applicare la soluzione precedente, ma si tratta di un *obiter dictum*. In senso corretto, si veda da ultimo Cass. sez. un. 13 gennaio 1978, n. 152, in *Foro it.*, 1978, I, 2240.

²⁵ Si veda l'art. 5 del *Progetto preliminare* di cui alla precedente nota 23. Eguale modifica è stata introdotta nel testo olandese della Convenzione. La espressione francese di cui nel testo è mutuata dal *Code judiciaire* belga del 1967 (art. 635, 3°).

²⁶ Sul modo in cui dette finalità possono parzialmente essere soddisfatte nell'ambito della Convenzione, si veda FORLATI, *Luogo di esecuzione*, cit., p. 66 ss.

classificazioni proprie del diritto interno, che sarebbero rimaste pienamente operative anche ai fini giurisdizionali, senza che il diritto di origine convenzionale potesse venire a sovrapporsi. Infine, considerare come decisiva ai fini dell'art. 5, n. 1, l'obbligazione dedotta in giudizio purché si tratti di una delle obbligazioni principali originariamente nascenti dal contratto, significa in sostanza fare salve le esigenze principali tenute presenti dalle due soluzioni in precedenza menzionate.

In assenza di qualsiasi indicazione testuale, stabilire quale delle tre soluzioni menzionate debbano adottarsi in quanto più consona alla *ratio* della disciplina convenzionale, non è impresa agevole. La Corte di giustizia si è trovata di fronte al problema sin dalla prima occasione in cui essa è stata adita in base al protocollo del 1971 all'indomani della sua entrata in vigore. Nella sentenza del 6 ottobre 1976 (*Industrie Tessili c. Dunlop*, causa 12/76) essa ebbe a prendere posizione su tutte le alternative possibili, che erano state esposte con chiarezza dalle varie parti, sia della causa principale, sia intervenute a norma dell'art. 20 dello Statuto della Corte: la tesi più restrittiva sostenuta dal Governo tedesco, quella più estensiva nel senso di lasciare maggiore spazio al diritto nazionale dal Governo del Regno Unito, e quella intermedia in sostanza dalla Commissione comunitaria e dall'avvocato generale Mayras²⁷.

La soluzione adottata dalla Corte appare piuttosto evasiva rispetto al problema centrale qui considerato, ed ampiamente dibattuto in causa. Ciò forse anche a causa del condizionamento che la stessa Corte si impone attraverso l'enunciazione di alcune premesse di ordine generale relativamente all'interpretazione della Convenzione, cui essa è stata indotta dal fatto di trovarsi per la prima volta a decidere una questione attinente a quest'ultima.

La sentenza parte infatti dalla premessa che le espressioni utilizzate dalle norme convenzionali possono avere una portata autonoma rispetto alle corrispondenti norme sostanziali e processuali degli Stati membri, oppure fare rinvio a queste. Stabilire quando ricorra l'uno o l'altro caso, è questione di interpretazione²⁸. Così impostato il problema, la Corte poteva forse temere di essere indotta, scegliendo la prima alternativa, a forgiare una nozione «comunitaria» del luogo di adempimento come tale, al di là di qualsiasi rispondenza con il diritto sostanziale applicabile all'obbligazione, ed ha pertanto optato – per la prima, e sino ad oggi unica volta – per la soluzione consistente nel rinvio a quest'ultimo. Così facendo, però, essa è venuta a porre un principio che elude una parte del quesito interpretativo propostole, e solo entro questi limiti può essere condiviso. La Corte si è infatti li-

²⁷ La sentenza si legge in *Raccolta della giurisprudenza della Corte*, 1976, p. 1473 ss.: *ivi*, a p. 1478, la tesi sostenuta dal Governo tedesco, a p. 1479 quella del Governo del Regno Unito e a p. 1487 ss. le conclusioni dell'avvocato generale.

²⁸ Su queste considerazioni a carattere generale, si veda VASSALLI DI DACHENHAUSEN, *La Corte*, cit., 306 ss., e in senso critico SCHLOSSER, *Der EuGH und das Europäische Gerichtsstandsund Vollstreckungsübereinkommen*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, p. 457 ss.

mitata a dichiarare che il luogo in cui l'obbligazione è stata o deve essere eseguita secondo l'art. 5, n. 1, della Convenzione, va determinato in base alla legge da applicare al rapporto giuridico in esame in conformità al diritto internazionale privato del giudice adito. Ora, ciò costituisce una soluzione probabilmente inevitabile, allo stato attuale, per quanto concerne la determinazione concreta del luogo di adempimento, come si vedrà²⁹. Preso invece alla lettera, ed in tutta la sua possibile ampiezza, il principio appare estremamente discutibile, e quel che più conta, disatteso dalla stessa sentenza immediatamente successiva della Corte di giustizia.

Nella causa decisa con sentenza del 6 ottobre 1976 (*De Bloos c. Bouyer*, causa 14/76)³⁰, la Corte si trovava a dover decidere fra l'altro se il termine «obbligazione» di cui all'art. 5 n. 1 potesse essere riferito indifferentemente a qualsiasi obbligazione derivante da un contratto di esclusiva di vendita (o addirittura, dalle singole vendite stipulate in esecuzione di esso), del quale era stata dedotta in giudizio avanti al giudice nazionale la violazione; oppure, se quel termine andasse riferito all'obbligazione di cui era causa (ossia, dedotta in giudizio), ed in questo caso, se dovesse essere tenuta presente soltanto l'obbligazione originaria, oppure anche le altre eventuali obbligazioni (risarcimento del danno, pagamento di indennità, ecc.) sostitutive di quella originaria.

Rispondendo con chiarezza a tali quesiti, la Corte ha anzitutto stabilito che l'art. 5, n. 1, concerne soltanto l'obbligazione che «serve di base» all'azione giudiziaria³¹: affermazione, questa, che può sembrare ovvia di fronte al testo italiano della norma, ma tale non era in relazione a quello francese, che veniva in considerazione in vista della lingua processuale del giudizio *a quo*. Ciò premesso, la Corte ha ulteriormente definito l'obbligazione considerata dall'articolo in questione, precisando che anche in caso che venga fatto valere un diritto alla risoluzione del contratto, od al risarcimento del danno, l'obbligazione di cui si tratta «è sempre quella derivante dal contratto, ed il cui inadempimento viene invocato onde legittimare dette domande»³². In particolare, quanto al caso in discussione, l'obbligazione cui si deve far riferimento ai fini della giurisdizione viene individuata in quella che viene posta dal contratto a carico del concedente, ed il cui inadempimento viene fatto valere onde legittimare la domanda proposta dal concessionario.

A questi fini, secondo la Corte, non rileva il carattere specifico che possa venire impresso dal diritto nazionale applicabile all'obbligazione dedotta in giudizio. Non rileva, in altre parole, che tale diritto faccia conseguire all'inadempimento il venir meno dell'obbligazione originaria, e la sua sostituzione con altra, rispetto alla quale il problema della determinazione del luogo di adempimento potrebbe porsi in modo diverso ed autonomo. Decisiva a questi fini è soltanto l'obbligazio-

²⁹ *Infra*, par. 7.

³⁰ Cfr. *Raccolta della giurisprudenza della Corte*, 1976, p. 1497 ss.

³¹ *Loc. cit.* alla nota precedente, p. 1508. Per le differenze linguistiche dei vari testi, si veda sopra, testo e nota 23.

³² *Raccolta*, cit., p. 1508.

ne originaria della quale si assuma l'inadempimento. Una soluzione diversa è giustificata, nell'opinione della Corte, soltanto per ciò che concerne il versamento di indennità compensative: qui tornerebbe infatti ad essere decisivo il punto di vista del giudice nazionale in merito al carattere autonomo o sostitutivo dell'obbligazione non adempiuta.

6. *La portata dell'art. 5, n. 1, della Convenzione di Bruxelles e la giurisprudenza interpretativa della Corte di giustizia*

Fin qui la Corte di giustizia: sulla base delle sue enunciazioni appare possibile trarre ora qualche conclusione circa la portata della norma dell'art. 5, n. 1, della Convenzione. Se la giurisprudenza sino ad ora formata è ancora scarsa, è però vero che l'autorità propria delle decisioni pregiudiziali della Corte, in relazione alla posizione di quest'ultima nella struttura comunitaria, permette di delineare con sufficiente nettezza i contorni della regola convenzionale.

La Convenzione di Bruxelles – primo esempio di convenzione comunitaria per l'interpretazione della quale è prevista la competenza a titolo pregiudiziale della Corte di giustizia³³ – è caratterizzata da una ambivalenza di fondo, che ne rende complessa l'interpretazione. Da un lato, si tratta di un testo convenzionale ben diverso da quelli che abitualmente riguardano le stesse materie da esso contemplate (giurisdizione ed esecuzione delle sentenze), perché si tratta di un tentativo di costituire un primo schema di unione giudiziaria tra Stati che già costituiscono un'unione economica, ed è contemplato dallo stesso Trattato istitutivo di quest'ultima: ciò implica che non si possa evitare, attribuendo il dovuto rilievo ai fini propri della Convenzione, di valorizzare in quanto possibile l'intento comunitario che vi sta alla base, e che impone di assicurarne in tutta l'estensione possibile l'uniformità di applicazione attraverso l'elaborazione di «qualificazioni europee» in ordine alle situazioni giuridiche presupposte ed utilizzate dal testo convenzionale in questione³⁴.

D'altro canto, la Convenzione opera attraverso un continuo ed immediato riferimento ad una disciplina di situazioni sostanziali e processuali, che *non esiste* a livello di diritto comunitario vero e proprio, perché non si tratta di materie sottoposte a quest'ultimo³⁵, e che a livello nazionale manca di uniformità. Di qui il problema di evitare che, attraverso il puro e semplice riferimento al diritto nazionale del giudice adito per primo, l'uniformità di applicazione della Convenzione divenga un traguardo irraggiungibile, pur nella necessaria libertà di valutazione da riconoscere al diritto nazionale.

³³ Le altre convenzioni a proposito delle quali è prevista una competenza della Corte (riconoscimento delle società e persone giuridiche, brevetto comunitario), come è noto, non sono ancora entrate in vigore.

³⁴ Sul punto cfr. VASSALLI DI DACHENHAUSEN, *La Corte*, cit., 307 ss., 316 ss.

³⁵ Insiste in modo particolare su quest'aspetto lo SCHLOSSER, *Der EuGH*, cit., p. 457 ss.

La conciliazione dei vari aspetti che devono essere tenuti presenti, e delle contrastanti esigenze che vengono in luce, deve essere naturalmente trovata a proposito di ciascuna norma convenzionale, e non può essere oggetto di considerazioni teoriche aventi validità generale. A proposito del problema qui esaminato, valgono le seguenti osservazioni, che si possono fondare sulla prassi sinora intervenuta.

Un'interpretazione dell'art. 5, n. 1, che valorizzi al massimo l'aspetto «comunitario» della norma, e ne affermi l'assoluta autonomia a livello europeo, è stata rifiutata dalla Corte, che sola – in assenza di spunti testuali³⁶ – avrebbe potuto contribuire ad affermarla, in virtù della funzione evolutiva che essa non ha esitato più volte ad assumere in sede di applicazione del diritto comunitario. Non è quindi possibile sostenere, allo stato attuale della questione, che la deroga al principio generale della competenza del foro del domicilio del convenuto (art. 2 Conv.), prevista dall'art. 5, n. 1, sia valida soltanto qualora venga dedotta in giudizio l'obbligazione principale e caratteristica di un determinato contratto³⁷. Questa tesi avrebbe avuto il rilevante vantaggio di assicurare l'unità della giurisdizione su ciascun rapporto contrattuale, ma avrebbe comportato, come contropartita, il sovrapporsi di una disciplina comunitaria al modo di essere dei singoli diritti nazionali in tema di contratti (sia pure soltanto in merito ai relativi riflessi per quanto concerne la giurisdizione), ed il correlativo sacrificio delle esigenze di cui ciascuno di questi ultimi si fa portatore. Di fronte alla decisa posizione in senso negativo assunta da alcune parti – specie dal Governo del Regno Unito – ed in mancanza di qualsiasi uniformità fra i diritti nazionali, la Corte non ha ritenuto di potersi spingere sino ad un tale punto. Se di ciò può dolersi chi abbia presente lo scopo fondamentale della Convenzione, ed i relevantissimi vantaggi in termini di certezza giuridica che sarebbero derivati dall'accettazione di una soluzione siffatta, non si può fare a meno di riconoscere che le ragioni che sembrano aver guidato la Corte non mancano di giustificazione, e – soprattutto – non si può non tener conto, in sede applicativa, di quanto la Corte stessa ha ritenuto.

Il riferimento al diritto nazionale che regola il rapporto contrattuale di cui è causa non può, dunque, non essere tenuto presente in via primaria. Ma tale necessario riferimento alla fisionomia dell'obbligazione, quale le viene impresso dalla sua legge regolatrice, non va per nulla inteso nel senso di ritenere che l'art. 5, n. 1,

³⁶ Non vi è infatti nel testo della Convenzione alcun indizio che possa permettere di sostenere che essa ha inteso individuare una sola obbligazione per ogni contratto ai fini dell'art. 5,1: anzi, l'uso del termine «obbligazione» invece di quello di «contratto» induce semmai a ritenere il contrario. Si veda anche FORLATI, *Luogo di esecuzione*, cit., p. 58 ss.

³⁷ In generale, sul tema della teoria della «prestazione caratteristica» nell'ambito del diritto internazionale privato, si veda DE WINTER, *Considerazioni sulla legge della prestazione caratteristica*, in *Dir. internaz.*, 1971, p. 227 ss.; VISCHER, *Internationales Vertragsrecht*, Bern, 1962, p. 108 ss.; SCHNITZER, *Les contrats internationaux en droit International privé suisse*, in *Recueil des Cours*, 1968-1, p. 560 ss.; e, in relazione al Progetto preliminare della C.E.E. (supra, nota 10), JESSURUM D'OLIVEIRA, «Characteristic Obligation» in the Draft EEC Obligation Convention, in *American Journal of Comparative Law*, 1977, p. 303 ss.

si limiti ad aderire puramente e semplicemente a *tutte* le indicazioni desumibili da quest'ultima, senza riuscire per nulla ad incidervi.

Per la verità, una soluzione di questo genere avrebbe potuto sembrare implicita in quanto ritenuto dalla Corte nella sua prima sentenza interpretativa nella causa 12/76. Ma la successiva decisione nella causa 14/76 ha introdotto importanti precisazioni. Sulla base di quanto da essa risulta è possibile affermare che nel riferimento effettuato dalla norma all'obbligazione «dedotta in giudizio» o «litigiosa» è insita una limitazione della gamma degli obblighi nascenti dal contratto, che riconosce rilievo unicamente alle obbligazioni principali o caratteristiche proprie di ciascun tipo contrattuale. Mentre, come si è detto, la riduzione di tali obbligazioni ad *una sola* non risulta possibile nello stato attuale dei diritti nazionali e comunitario, una simile determinazione è certamente effettuabile a livello di tipi contrattuali comuni ai vari sistemi giuridici degli Stati membri, o, comunque, a livello di interpretazione dei singoli rapporti, e contribuisce in misura notevole all'uniformità di applicazione della Convenzione senza perciò incidere sul modo di essere dei singoli diritti interni in misura incompatibile con la mancanza di qualsiasi unificazione degli stessi³⁸.

Va in definitiva ribadito che «l'obbligazione dedotta in giudizio», che è idonea in base all'art. 5, n. 1, della Convenzione di Bruxelles a fondare la competenza giurisdizionale del giudice del luogo di adempimento, non è *qualsiasi* obbligazione nascente da un contratto secondo la legge interna che regola quest'ultimo, ma deve essere ricompresa fra quelle principali e caratteristiche di un dato rapporto contrattuale, intendendo queste ultime in via generale secondo una definizione a carattere «comunitario», della quale la decisione nella causa 14/76 offre un esempio a proposito del contratto di concessione esclusiva. Un siffatto criterio di delimitazione non consente, naturalmente, di assicurare l'unità della giurisdizione su di un determinato rapporto contrattuale in sede comunitaria, in quanto consente che diverse obbligazioni, tutte principali e caratteristiche, vengano fatte oggetto di giudizio davanti a giudici di diversi Stati membri: esso provvede però perlomeno ad una riduzione delle ipotesi in cui ciò è possibile, secondo principi di chiarezza e razionalità, attribuendo a pochi fori comunitari la cognizione delle obbligazioni aventi i caratteri sopra indicati, e di quelle ad esse accessorie³⁹.

³⁸ Va ricordato, del resto, che anche la giurisprudenza italiana ha sempre mostrato una tendenza ad attribuire la prevalenza – sia pure nel quadro di una interpretazione «ampia» dell'art. 4 n. 2 cod. proc. civ. di cui in precedenza si è detto – all'obbligazione «principale» fatta valere in giudizio: si vedano le considerazioni contenute in Cass. sez. un., 27 febbraio 1970, n. 470, in *Foro it.*, 1970, I, 1054; Cass. sez. un. 18 settembre 1974, n. 2497, in *Riv. dir. int. priv. proc.* 1975, p. 537; Cass. sez. un. 13 gennaio 1978, n. 152, in *Foro it.*, 1978, I, 2240; e da ultimo, Trib. Firenze, 9 dicembre 1976, *Italconf c. Andraeae*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1977, p. 414, che nell'ambito dell'art. 5 della Convenzione di Bruxelles esclude la rivelanza dell'eseguibilità in Italia di una obbligazione *sussidiaria* rispetto a quella principale eseguibile all'estero (anche se per determinare il luogo dell'esecuzione fa esclusivo riferimento al diritto italiano, in difetto a quanto sembra di qualsiasi contestazione sul punto).

³⁹ Il giudizio di accessorietà, in questa prospettiva, andrebbe condotto in base a criteri di ordine

7. Considerazioni conclusive

Al di là dei limiti sopra indicati, il modo di disporre dei singoli diritti nazionali ritorna ad essere decisivo: e ciò vale soprattutto per quanto riguarda la concreta determinazione del luogo di adempimento.

Che quest'ultimo debba essere individuato in base al diritto sostanziale indicato dal diritto internazionale privato del giudice adito sembra, infatti, inevitabile sulla base delle premesse sopra indicate. E ciò per due motivi.

Anzitutto, depone in questo senso il fine medesimo per il quale il luogo di adempimento viene assunto quale criterio di collegamento giurisdizionale. Esso non può essere diverso da quello di riferirsi ad una caratteristica reale dell'obbligazione litigiosa, a meno che la stessa Convenzione provveda a fornire indicazioni in senso diverso⁴⁰. Ma ciò non risulta dal testo, né la Corte ha ritenuto possibile ricavare in via interpretativa alcuna conclusione in tal senso. In tale situazione, risulta impossibile fondarsi su qualsiasi nozione «comunitaria» di luogo di esecuzione, che presupporrebbe una compiuta individuazione dell'obbligazione rilevante – quella principale e caratteristica – a proposito di ciascun contratto, e quindi una definizione diretta ad opera dello stesso diritto convenzionale, e dell'obbligazione, e delle sue caratteristiche. E riacquista necessariamente rilievo decisivo il modo di essere reale e concreto del luogo di adempimento di ciascuna obbligazione in base al diritto che la regola⁴¹.

In secondo luogo, non si può ignorare che la determinazione del luogo di adempimento effettuata dai singoli diritti nazionali è notevolmente diversa, sia per quanto riguarda il valore da riconoscere in materia ai criteri legali ed all'accordo delle parti, sia per ciò che più specificamente concerne i criteri medesimi (domicilio del creditore, del debitore, luogo di consegna della cosa, ecc.)⁴². Risultando

generale analoghi a quelli applicabili nel giudizio circa il carattere «principale» dell'obbligazione: va però osservato che in determinati casi ciò presuppone necessariamente una determinazione delle caratteristiche reali dell'obbligazione in base al diritto applicabile (si veda il caso dell'indennità compensativa prevista dal diritto belga in caso di inadempimento del contratto di concessione esclusiva). Sul carattere di accessorialità cfr. anche le considerazioni del FRANCHI, *La Convenzione*, cit., p. 718 s.

⁴⁰ Come accade, ad esempio, per il domicilio (art. 52), a proposito del quale si richiama la legge interna: si veda sul punto CAPOTORTI, *Osservazioni*, cit., p. 100 ss. Per quanto osservato nel testo sembra inaccettabile la tesi che anche il *locus solutionis* si determini secondo la *lex fori* (FRANCHI, *La Convenzione*, cit., p. 717 s.), peraltro ora rifiutata espressamente anche dalla Corte di giustizia nella sentenza in causa 12/76, sopra ricordata (e precedentemente accolta da qualche giudice nazionale: v. Trib. comm. Verviers, 31 maggio 1975, *Ramsy c. Volvo*, in *Sommario di giurisprudenza sulla Convenzione del 27 settembre 1968*, Lussemburgo, 1977, p. 11).

⁴¹ In concreto, di fronte ad ogni caso singolo si dovrà tener presente sia quanto dispone lo stesso contratto, sia tutte le norme che possano venire in considerazione (internazionali – ad es., la Convenzione dell'Aja del 1964 sulla vendita internazionale di cose mobili – od interne che siano), allo scopo di pervenire alla determinazione del luogo *reale ed effettivo* di esecuzione.

⁴² L'ostacolo insuperabile rispetto al raggiungimento di una nozione comune è costituito dalla diversa posizione dei vari diritti interni in merito al luogo di esecuzione dell'obbligo di pagare una somma determinata: qui infatti le posizioni dei diritti che stabiliscono a tal fine che si debba aver

quindi impossibile far ricorso a principi comuni ai singoli Stati membri, che come tali non sono individuabili, la possibilità di configurare una nozione autonoma del luogo di adempimento rimane subordinata ad un'elaborazione teorica da effettuare direttamente a livello di diritto comunitario, e idonea a colmare un vuoto che la Convenzione come tale ha lasciato.

Che poi questa soluzione sia del tutto inadeguata ad assicurare la uniformità di applicazione della Convenzione nei vari Stati membri, è indubbio: ma inevitabile sino a che, con l'auspicabile intervento di una maggiore unificazione del diritto delle obbligazioni degli Stati membri (almeno a livello di individuazione della legge regolatrice)⁴³, non divenga possibile la riduzione dell'ambito di operatività dell'art. 5, n. 1, al luogo di adempimento di una sola obbligazione caratteristica, preordinata per ogni rapporto contrattuale, con la connessa eliminazione della molteplicità dei fori attualmente utilizzabili.

POSTILLA – Quando il presente scritto era già in bozze ho potuto vedere l'ampio ed interessante studio di M. LUPOI, *Il luogo dell'esecuzione del contratto come criterio di collegamento giurisdizionale*. (Comparazione fra *ius commune*, Convenzione di Bruxelles, diritto italiano e diritto inglese), Milano, 1978. Si tratta di un'opera che, essendo condotta secondo un metodo storico-comparativo, giunge a risultati – del resto, assai suggestivi – non facilmente utilizzabili nella prospettiva in cui si colloca invece questo scritto. Appaiono, comunque, meritevoli di riflessione gli sviluppi storici descritti dall'Autore in merito alle vicende del criterio di giurisdizione di cui si tratta nello *ius commune*, in quello inglese ed in quello italiano, e ciò anche al fine di precisarne motivi ispiratori e limiti di utilizzazione sul piano positivo. Mi lascia invece perplesso il tentativo di limitare la portata del principio, largamente affermato dalla giurisprudenza italiana contemporanea, secondo il quale ai fini dell'art. 4, n. 2 c.p.c. è sufficiente l'eseguibilità in Italia di una qualsiasi delle obbligazioni derivanti da un dato contratto (si vedano i commenti dell'A. a p. 108 ss.). Un simile tentativo è certamente apprezzabile, se si tengono presenti le critiche cui quell'indirizzo giurisprudenziale può essere sottoposto: non sembra tuttavia facile sostenere che lo stato attuale del diritto italiano, quale risulta dalla giurisprudenza, è riscontrabile con esclusivo riferimento ai casi decisi, così come fa il Lupoi, e ciò proprio in vista del modo in cui la giurisprudenza della Cassazione utilizza le proprie massime, e dell'impossibilità di applicarvi criteri e metodi propri di diversi sistemi ed esperienze.

riguardo al domicilio del debitore (Code civil, art. 1247) oppure invece a quello del creditore (codice civile italiano, art. 1182; *BGB*, par. 270; *common law* inglese, cfr. DICEY-MORRIS, *Conflict of laws*, cit., p. 183 ss.) sono inconciliabili. In senso contrario, ma superato ora dalla sentenza della Corte di giustizia più volte citata, Oberlandesgericht Oldenburg, 14 novembre 1975, *B.K. c. V.* (in *Sommario di giurisprudenza*, cit., p. 10 s.), che vorrebbe fare riferimento al riguardo all'effettivo domicilio del debitore.

⁴³ Già l'entrata in vigore del Progetto preliminare di convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni (su cui supra, nota 10) consentirebbe una determinazione in linea di principio uniforme della legge regolatrice, e quindi anche del luogo di adempimento, di ciascuna obbligazione contrattuale: e forse, darebbe un contributo rilevante anche per l'affermarsi di una limitazione del foro contrattuale previsto dall'art. 5, n. 1, ad una sola obbligazione principale e caratteristica per ogni contratto. Si vedano le considerazioni della FORLATI, *Luogo di esecuzione*, cit., p. 61 ss.

Commento alla Convenzione relativa all'adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord alla Convenzione di Bruxelles del 1968*

SOMMARIO: 1. Premessa. Funzione e struttura della Convenzione di adesione. – 2. Il campo di applicazione della Convenzione. – 3. La disciplina della competenza giurisdizionale: a) problemi generali. – 4. *Segue*: b) le competenze speciali. – 5. *Segue*: c) le competenze in materia di assicurazione. – 6. *Segue*: d) le competenze in materia di contratti conclusi da consumatori. – 7. *Segue*: e) le competenze esclusive. – 8. *Segue*: f) le clausole di proroga della competenza. – 9. Altri problemi in tema di competenza giurisdizionale. – 10. Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni. – 11. Le disposizioni transitorie. – 12. Rapporti con altre convenzioni. – 13. Gli adattamenti ai Protocolli e le disposizioni finali.

1. *Premessa. Funzione e struttura della Convenzione di adesione*

La Convenzione internazionale sottoscritta il 9 ottobre 1978 a Lussemburgo a seguito di lunghi anni di lavori e di negoziati, cui venne dato inizio già nel corso del 1972, è intesa ad assicurare l'adesione alla Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, nonché al Protocollo del 3 giugno 1971 relativo all'interpretazione della Convenzione stessa da parte della Corte di giustizia, da parte dei tre Stati – Danimarca, Irlanda e Regno Unito – che sono divenuti membri delle Comunità europee in conseguenza dell'atto di adesione del 22 gennaio 1972¹. La Convenzione di cui si tratta è stata conclusa in base ad una precisa disposizione contenuta nello stesso atto di adesione del 1972 – questa, a sua volta, conseguenza dell'obbligo di negoziare previsto dall'art. 220 del Trattato istitutivo della Comunità economica

* Pubblicato in *Nuove leggi civili commentate*, 1982, pp. 890-908.

¹ Il testo della Convenzione di adesione è pubblicato anche in *G.U.C.E.* n. L 304, del 30 ottobre 1978. Per le origini della Convenzione, le vicende che ne hanno accompagnato l'elaborazione ed i problemi affrontati dal gruppo di esperti nominati dai Governi degli Stati membri, si veda l'ampia ed approfondita relazione del prof. P. SCHLOSSER sulla Convenzione medesima, presentata ai Governi insieme al testo del progetto di convenzione e pubblicata in *G.U.C.E.* n. C 59, del 5 marzo 1979, p. 71 ss., spec. p. 77 ss.

– ed adempie all'importante funzione di estendere a tutti gli Stati membri (o meglio, a tutti quelli che avevano tale qualità al momento della sua stipulazione: dopo di allora, come noto, ha acquistato tale *status* anche la Grecia, nei cui confronti, secondo l'art. 3 n. 2 del relativo atto di adesione, si pone ora l'analogo problema) il sistema dell'«unione giurisdizionale» creata dalla Convenzione di Bruxelles del 1968². Funzione, questa, tanto più rilevante, in quanto uno degli Stati che sono divenuti membri delle Comunità nel 1972 – e precisamente, il Regno Unito – occupa nel mondo dei traffici la posizione di preminente rilievo a tutti nota, che mal si adatta, in un mondo sempre più piccolo, alla posizione di «insularità» che ancor oggi appare caratterizzare il sistema giurisdizionale proprio di tale Stato.

Peraltro, sono state proprio le particolarità del diritto vigente nelle tre *territorial units* che compongono il Regno Unito (Inghilterra e Galles, Scozia e Irlanda del Nord) – ed in parte, anche di quello irlandese –, a provocare le maggiori difficoltà che i redattori del testo della Convenzione di adesione hanno dovuto affrontare e risolvere. Nei confronti dei Paesi dell'Europa continentale, membri originari delle Comunità, il diritto vigente nel Regno Unito presenta, sia dal punto di vista sostanziale sia da quello processuale, le profonde differenze che derivano dalla sua appartenenza ad una civiltà e ad una tradizione giuridica – quella della *common law* – del tutto diverse da quelle proprie di quei Paesi. Non soltanto, quindi, il significato ultimo di molte norme contenute nella Convenzione di Bruxelles rimaneva oscuro o suscitava interrogativi agli occhi di giuristi educati nella tradizione anglosassone: ma numerosi problemi familiari per tali giuristi non trovavano, nel testo di Bruxelles, adeguata disciplina e soluzione.

Di qui la particolare complessità dei lavori preparatori della Convenzione di adesione: che si sono continuamente articolati in due fasi, l'una intesa a chiarire alle delegazioni dei nuovi Stati membri il preciso significato delle disposizioni della Convenzione di Bruxelles cui si trattava di rendere possibile l'adesione, l'altra tendente, invece, a determinare, sulla base dei chiarimenti così raggiunti, quali modifiche fossero necessarie per permettere l'adesione medesima. Se poi si aggiunge che, con l'occasione, le delegazioni di tutti gli Stati hanno ritenuto necessario procedere anche ad alcune (sia pur lievi) modificazioni del testo della Convenzione di Bruxelles al fine di eliminare motivi di dubbi interpretativi sorti nei primi anni di applicazione, o di tener conto dell'importante opera di elaborazione giurisprudenziale svolta, con riguardo alla Convenzione, dalla Corte di Giustizia delle Comunità, la complessità dell'opera di adattamento compiuta – prossima, a volte, ad una vera e propria revisione – risulta evidente³.

² Per quanto concerne le linee generali del sistema posto in essere dalla Convenzione di Bruxelles del 1968, si vedano, per una panoramica generale, le seguenti opere: *L'efficacia delle sentenze straniere nelle convenzioni multilaterali dell'Aja e della CEE*, Cedam, 1969; DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marche Commun*, Dalloz, 1972; WESER, *Convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions*, Pedone, 1975.

³ Si vedano esaurienti spiegazioni dell'atteggiamento adottato, al riguardo, dal gruppo di esperti in SCHLOSSER, *Relazione*, cit., p. 80 ss.

La circostanza su ricordata, che in sede di elaborazione della Convenzione di adesione hanno dovuto essere forniti agli Stati membri numerosissimi chiarimenti in ordine al significato ed alla portata di molte disposizioni contenute nella Convenzione del 1968, riveste notevole interesse, anche se non attiene specificamente alla portata della Convenzione di adesione in sé stessa considerata. Infatti, il contenuto dei chiarimenti offerti, quale risultante dalla relazione sulla Convenzione medesima elaborata dal prof. Schlosser, presenta una notevole importanza al fine di precisare la portata di numerose norme del testo di Bruxelles, oltre che – naturalmente – di quelle comprese nella stessa Convenzione di adesione. E non è azzardato ritenere che, anche se naturalmente non si può parlare, al proposito, di vera e propria interpretazione autentica, le osservazioni contenute al riguardo nella relazione indicata saranno destinate ad acquistare un peso decisivo nella futura interpretazione ed applicazione del testo convenzionale, proprio in quanto intese a chiarire non soltanto la portata del nuovo testo, ma anche tutta una serie di essenziali presupposti e caratteristiche di funzionamento dell'intero sistema, presi come tali a punto di riferimento dell'adesione ad esso dei nuovi Stati membri. Di tali osservazioni, peraltro, non è possibile tener conto in questa sede, per non fare assumere al presente commento dimensioni non giustificate dal suo oggetto, che rimane soltanto la Convenzione di adesione in sé.

Le modifiche introdotte nell'originario sistema di Bruxelles dalla Convenzione di adesione riguardano dunque, da un lato, gli adattamenti resi necessari dall'adesione dei tre nuovi Stati in quanto portatori di sistemi giuridici improntati a caratteri particolari rispetto a quelli di base degli ordinamenti dei sei Stati continentali, e dall'altro, quelli richiesti, a giudizio dei redattori, dall'esperienza maturata nei primi anni di applicazione della Convenzione di Bruxelles, dalla evoluzione giurisprudenziale verificatasi ed in parte anche da talune variazioni intervenute nei sistemi giuridici degli Stati membri⁴. Quanto alla forma giuridica prescelta, la soluzione consistente nella stipulazione di una nuova, apposita Convenzione a sé stante è stata preferita ad altre, teoricamente possibili ed esaminate, come la redazione di un Protocollo con un allegato contenente gli adattamenti previsti, oppure la stipulazione di una nuova Convenzione che si sostituisse in tutto all'antica, per ragioni essenzialmente pratiche, quali il timore di moltiplicare i Protocolli – oltre i due già esistenti –, o quello di complicare l'*iter* richiesto per l'approvazione del nuovo testo da parte degli Stati membri. Sta di fatto, tuttavia, che già l'attuale struttura della Convenzione di adesione impone un'opera di ricostruzione del testo vigente di molte norme della Convenzione del 1968 non scevra da difficoltà, in una materia che – come tutti sanno – è fra le più ostiche per la pratica giudiziaria, non soltanto in Italia⁵.

⁴ SCHLOSSER, *Relazione*, cit., p. 80. I due casi principali concernenti le variazioni del diritto interno sono le azioni in materia di alimenti e i contratti conclusi da consumatori.

⁵ Per quanto riguarda una prima bibliografia sulla nuova Convenzione, si vedano, oltre alla fondamentale relazione di Schlosser, che costituisce la base di qualsiasi indagine al riguardo, COLLINS,

2. Il campo di applicazione della Convenzione

Premesso, all'art. 1, che i tre nuovi Stati membri aderiscono alla Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale del 1968, nonché al Protocollo relativo alla sua interpretazione da parte della Corte di giustizia delle Comunità europee, la Convenzione di adesione precisa che gli adattamenti a Convenzione e Protocollo sono contenuti nei titoli da II a IV della stessa, ciascun titolo riferendosi ad un separato atto normativo (e cioè, alla Convenzione del 1968, al Protocollo di cui all'art. 65 ed al Protocollo del 1971). I titoli V e VI contengono, rispettivamente, le disposizioni transitorie e finali.

Nel titolo II sono pertanto contenuti gli adattamenti di maggior rilevanza, in quanto concernenti la disciplina posta dal testo base di Bruxelles. Essi riguardano i singoli articoli di quest'ultimo, nello stesso ordine e con la stessa numerazione originaria, e investono l'intera materia contemplata dalla Convenzione del 1968, che come noto ricopre tanto la competenza giurisdizionale (c.d. diretta), quanto il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni rese negli Stati membri.

Una prima modifica, di carattere non sostanziale, è introdotta nel testo dell'art. 1 della Convenzione del 1968 dall'art. 3 di quella d'adesione. L'art. 1, come si sa, indica il campo di applicazione della disciplina convenzionale, determinandolo nella «materia civile e commerciale» ed escludendo le materie successivamente indicate, e cioè: 1) lo stato e capacità delle persone, il regime patrimoniale fra coniugi, i testamenti e le successioni; 2) i fallimenti, i concordati e le altre procedure affini; 3) la sicurezza sociale; 4) l'arbitrato. A queste esclusioni, il nuovo testo quale risultante dall'art. 3 aggiunge la precisazione che la convenzione non concerne, in particolare, la materia fiscale, doganale ed amministrativa. Come evidente, questa precisazione non è certo idonea ad incidere sulla delimitazione del campo d'applicazione della disciplina convenzionale, quale operante anteriormente alla Convenzione di adesione: agli occhi di un continentale, non vi è dubbio alcuno che la materia civile e commerciale non può in alcun modo essere estesa sino a comprendere rapporti fiscali, doganali ed amministrativi, nei quali lo Stato, per definizione, agisce come ente dotato di poteri sovrani (cfr. la decisione della Corte di giustizia nella causa 29/76, *LTU c. Eurocontrol*)⁶. L'aggiunta è intesa

The jurisdiction and judgments Convention – Some practical aspects of the United Kingdom Accession with particular reference to jurisdiction, in Harmonisation of private international law by the EEC, London, 1978, p. 91 ss. FOCSANEANU, *Compétence judiciaire, reconnaissance et execution des décisions civiles et commerciales dans la Communauté économique européenne*, in *Rev. marché commun*, 1979, p. 569 ss.; McCLELLAN, *Jurisdiction and the Recognition and enforcement of judgments in Civil and Commercial matters in the European Communities: a résumé of Recent developments*, in *Comm. mark. law rev.* 1979, p. 268 ss.

⁶ La sentenza, resa il 14 ottobre 1976, si legge in *Raccolta giur. Corte*, 1976, p. 1541 ss., ed afferma che è esclusa dal campo di applicazione della Convenzione di Bruxelles la decisione emessa in una causa fra la pubblica amministrazione e un privato, qualora la prima abbia agito nell'esercizio della sua potestà di imperio.

invece a chiarire la portata dell'espressione «materia civile e commerciale» agli occhi dei giuristi di *common law*, per i quali la distinzione fra diritto privato e diritto pubblico, fondamentale ai fini della comprensione della nozione convenzionale, è pressoché sconosciuta. Si tratta, comunque, di indicazione puramente esemplificativa; e d'altronde, la decisione appena menzionata della Corte di giustizia, intervenuta in una fase già avanzata dei negoziati, ha provveduto a chiarire che l'interpretazione della nozione di «materia civile e commerciale» non deve essere effettuata in base al diritto interno dell'uno o dell'altro Stato contraente, ma agli obiettivi ed al sistema della Convenzione, da un lato, e dall'altro ai principi generali desumibili dagli ordinamenti giuridici nazionali. Con il che, naturalmente, il problema è venuto ad essere, anche dal punto di vista degli Stati di tradizione giuridica anglosassone, notevolmente sdrammatizzato, e gli adattamenti della Convenzione su questo punto hanno potuto essere limitati all'aggiunta appena considerata.

Per quanto concerne le quattro categorie di controversie escluse dal campo di applicazione della disciplina di Bruxelles, in virtù dell'art. 1, comma 2°, non sono stati ritenuti necessari adattamenti formali del testo della norma. Tuttavia, numerosi problemi sono stati sollevati in sede di negoziato, ed è opportuno dedicare qualche cenno alle questioni esaminate in quella sede per gli utili chiarimenti che ne possono derivare, anche in relazione all'applicazione della disciplina convenzionale alla determinazione della competenza giurisdizionale dei giudici dei tre nuovi Stati aderenti.

a) In merito alle materie escluse dal n. 1 del comma 2° dell'art. 1, l'attenzione dei redattori si è concentrata sulle questioni relative alle decisioni in materia di obbligazioni alimentari, quali decisioni accessorie in procedimenti relativi allo stato delle persone, e su quelle concernenti la definizione dei rapporti patrimoniali fra coniugi.

Sul *primo* punto, la difficoltà nasce dal fatto che, mentre la Convenzione di Bruxelles esclude dal proprio campo di applicazione i procedimenti e le decisioni in materia di stato delle persone, essa si applica a quelli relativi ad obbligazioni alimentari, per i quali esiste anche una norma speciale di competenza (art. 5, n. 2): lasciando così senza soluzione il problema nascente dall'ipotesi che in uno Stato membro *un identico* procedimento sia previsto per entrambe le materie. In tale ipotesi, il sistema di Bruxelles lascia aperto il problema di stabilire se la competenza giurisdizionale del giudice di uno Stato membro a conoscere di questioni in materia di obbligazioni alimentari sia limitata ai soli casi in cui sussistano i criteri di competenza previsti dalla Convenzione, oppure se tale giudice abbia piena libertà di seguire i criteri della propria legislazione interna, escludendosi l'applicazione della Convenzione *in toto*, con la conseguenza, però, che la decisione non è riconoscibile in base alla Convenzione neppure per ciò che riguarda le obbligazioni alimentari su cui essa statuisca⁷. Ad evitare gli inconvenienti connessi a cia-

⁷In tale ipotesi, il riconoscimento e l'esecuzione della decisione rimarrebbero infatti subordinati

scuna di tali soluzioni, i redattori della Convenzione di adesione – dopo aver scartato altre soluzioni, come quella di lasciare intatta la sfera della competenza giurisdizionale in base alle regole nazionali, introducendo però il controllo della competenza in sede di esecuzione⁸ – hanno infine optato per l'applicazione delle norme convenzionali anche all'ipotesi in discorso, rinunciando peraltro ad incidere sulla sfera della competenza giurisdizionale dei giudici nella materia, eccettuata la sola ipotesi che tale competenza si fondi sulla nazionalità di una delle parti. La soluzione è stata ottenuta mediante l'aggiunta dell'opportuna previsione in sede di art. 5, n. 2 della Convenzione di Bruxelles, a mezzo dell'art. 5 della Convenzione di adesione. Ciò significa, in sostanza, che l'azione in materia alimentare rientra nella sfera di applicazione della Convenzione di Bruxelles anche qualora sia proposta in forma di domanda accessoria ad un'azione in materia di stato delle persone, e che la Convenzione riconosce, a tale riguardo, le competenze giurisdizionali previste dai vari sistemi nazionali in materia di stato, salva l'ipotesi che si tratti di competenza fondata sulla nazionalità di una delle parti (non, quindi, di entrambe). In tale ultima ipotesi, il giudice dello Stato membro competente in materia di stato della persona dovrà dichiararsi privo di competenza giurisdizionale per quanto concerne la domanda alimentare, che dovrà essere proposta ad altro giudice competente secondo le regole convenzionali⁹.

Sul *secondo* punto, i redattori della Convenzione di adesione si sono limitati, senza alcuna modificazione del testo originario, a tentare una definizione «in positivo» di ciò che, secondo la norma dell'art. 1, è da intendere per «rapporti patrimoniali fra coniugi». Questa definizione indica come sottratte alla sfera di applicazione della Convenzione le questioni tra i coniugi, o eccezionalmente fra i coniugi e terzi, sorte durante il matrimonio o dopo il suo scioglimento e relative a diritti su un bene o ad un bene risultanti dal rapporto matrimoniale. Tali diritti comprendono, sempre secondo la definizione dei redattori, anche ogni diritto, stabilito per legge o per contratto matrimoniale, di gestire e di disporre di beni che appartengono reciprocamente ai due coniugi¹⁰. Naturalmente, si tratta di una definizione priva di qualsiasi carattere vincolante, intesa soltanto a indicare il punto di vista dei redattori a beneficio dei nuovi Stati membri: ma, chiaramente, formu-

al controllo dei criteri di competenza giurisdizionale applicati in concreto dal giudice straniero, criteri che spesso ricadono fra quelli c.d. di competenza esorbitante, frequenti soprattutto in simili materie. La prassi formatasi su questo punto, in assenza di decisioni specifiche della Corte di giustizia, è quanto mai incerta: si vedano i precedenti segnalati in *Codice delle convenzioni sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze straniere nella CEE* a cura di Pocar, Giuffrè, 1980, p. 29 ss.

⁸ Cfr. sul punto, SCHLOSSER, *Relazione*, cit., p. 85.

⁹ Per quanto concerne i criteri di giurisdizione del sistema italiano, ciò significa che non potrebbe essere utilizzato in concreto nei confronti di un cittadino italiano domiciliato in altro Stato comunitario l'abituale criterio della cittadinanza italiana del convenuto, che diverrebbe inapplicabile nella ipotesi specifica di azione alimentare.

¹⁰ SCHLOSSER, *Relazione*, cit., p. 87 ss. per l'esame dello stato del diritto positivo degli Stati membri. La definizione proposta è a p. 89.

lata sulla base di una visione comparativa del diritto degli Stati aderenti alla Convenzione di Bruxelles, seguendo i principi stabiliti dalla Corte di giustizia in ordine alla qualificazione delle nozioni usate dalla Convenzione in modo autonomo e svincolato da un sistema giuridico proprio di uno qualsiasi di essi.

b) Quanto all'esclusione delle materie di cui all'art. 1, comma 2°, n. 2 del testo di Bruxelles, si tratta come noto dei fallimenti, concordati ed altre procedure affini, cui la Convenzione non è stata resa applicabile in attesa che venga conclusa l'apposita convenzione tuttora allo studio¹¹. Anche qui, nessuno speciale adattamento è stato reso necessario dallo stato del diritto dei nuovi Stati membri. Si è peraltro precisato nel corso dei lavori preparatori, con riferimento alle procedure di tipo fallimentare note al diritto vigente in Gran Bretagna ed Irlanda, che non tutte le procedure di *winding up by the Court*, o liquidazione giudiziale, previste in caso di insolvenza di *companies* (in quanto distinte dalle *partnerships*, cui si applicano le procedure fallimentari vere e proprie) rientrano nell'ambito della previsione della norma del n. 2, in quanto esse possono anche essere utilizzate per porre in liquidazione e pertanto per sciogliere società al di fuori del caso di insolvenza vera e propria. In concreto, ciò significa che la Convenzione di Bruxelles sarà applicabile tutte le volte che la procedura di *winding up* sia stata esercitata nei confronti di società non in stato di insolvenza: e ciò è stato chiarito nel testo inglese della Convenzione di adesione, che esclude dalla sfera di applicazione della Convenzione i procedimenti di *winding up of insolvent companies*.

c) Nessun particolare problema si pone in materia di sicurezza sociale (n. 3 del comma 2° dell'art. 1), mentre per l'arbitrato (n. 4) è sorto un problema di interpretazione, che non ha potuto trovare soluzione uniforme nell'ambito del gruppo di esperti che ha proceduto alla redazione del testo della Convenzione di adesione.

Infatti, secondo il punto di vista dei rappresentanti del Regno Unito, l'esclusione dalla sfera di applicazione della Convenzione deve ritenersi operante in tutti i casi in cui sia stata concordata, in modo ancora valido, la competenza di un organo arbitrale: cosicché, se un giudice decidesse del merito di una controversia ignorando o considerando invalido un accordo arbitrale, la sua decisione non dovrebbe essere compresa nell'ambito di applicazione del sistema di Bruxelles¹². Invece, secondo la posizione dei sei Stati membri originari, sarebbero esclusi da tale

¹¹ Il progetto di convenzione relativa al fallimento, concordato e procedure affini, da lunghi anni oggetto di studio nell'ambito della Comunità, è stato redatto in nuovo testo trasmesso per parere ai Governi in data 23 giugno 1980, e si legge in *Codice delle convenzioni di diritto internazionale privato e processuale*¹ a cura di Giuliano, Pocar e Treves, Giuffrè, 1981, p. 1174 ss. Per commenti generali ad una precedente stesura del progetto, si vedano i contributi contenuti nel volume *Les problèmes internationaux de la faillite et le Marché Commun*, Cedam, 1971.

¹² Come chiarisce la relazione Schlosser, quello indicato nel testo è presumibilmente il solo caso in cui le divergenti concezioni teoriche possono portare a conclusioni pratiche contrastanti; d'altra parte tutti gli Stati che fanno parte della Comunità salvo l'Irlanda (che, però, dovrebbe aderirvi nel prossimo futuro) ed il Lussemburgo sono parti della Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento delle sentenze arbitrali straniere. Cfr. *Relazione*, cit., p. 92 ss.

applicazione soltanto i procedimenti che si riferiscono a procedure arbitrali in senso proprio, siano esse concluse, in corso o future. Poiché nessun mutamento è stato introdotto nel testo originario, né alcuna interpretazione unanime ha potuto essere raggiunta, la questione rimane aperta, sino a che non intervenga sul punto una decisione, della Corte delle Comunità.

Senonché la relazione Schlosser, che appare riflettere sul punto le opinioni prevalse in seno al gruppo di esperti, la Convenzione di Bruxelles non si applica (così come in tutte le ipotesi di domande di annullamento, modifica, riconoscimento ed esecuzione di lodi arbitrali), neppure alle azioni, ed alle decisioni che ne risultino, tendenti ad incorporare in una decisione giudiziaria un lodo arbitrale (*judgment entered upon the award*). tecnica, questa, abituale per il riconoscimento del lodo nel diritto statale nel Regno Unito, in base all'art. 26 dell'*Arbitration Act* del 1950¹³. In Italia, tuttavia, la giurisprudenza della Cassazione, sulla scorta di alcuni giudici di merito, ha avuto occasione di esprimere un punto di vista contrario rispetto al riconoscimento di sentenza in base alla Convenzione italo-inglese del 7 febbraio 1964, che non si applica neppure essa alla materia arbitrale, pur mancando una disposizione specifica che preveda espressamente l'esclusione¹⁴. Se l'opinione sopra ricordata sarà ritenuta esatta, come non sembra si possa evitare di fare, l'entrata in vigore della Convenzione di adesione comporterà quindi il permanere in vita, almeno secondo la giurisprudenza sopra ricordata, delle norme della Convenzione bilaterale per quanto concerne il trattamento delle sentenze inglesi *entered in terms of the award*¹⁵.

3. La disciplina della competenza giurisdizionale: a) problemi generali

La parte della Convenzione del 1968 sulla quale la disciplina della Convenzione di adesione più profondamente incide riguarda la materia della competenza giurisdizionale, regolata nel testo di Bruxelles dagli articoli 2-24 e, in quello di Lussemburgo, dagli articoli 4-12.

I principi fondamentali cui la disciplina di Bruxelles si ispira rimangono, naturalmente, del tutto invariati: ciò dicasi, ad esempio, per il carattere «diretto» della competenza disciplinata dalla Convenzione, per l'obbligatorietà dei relativi criteri e per la scelta del domicilio come criterio generale di competenza giurisdizionale, salvo le competenze speciali facoltative di cui ad alcuni articoli della Convenzio-

¹³ Si veda per tutti, RUSSEL (by Walton), *On Arbitration*,¹⁸ Stevens & Sons, 1970, p. 322 ss.

¹⁴ Cass. 27 febbraio 1979, n. 1273, *Oleificio Bastetti c. Can Grain ltd.* in *Giur. it.*, 1979, I, 1, c. 1663, con nota di FRANCHI.

¹⁵ Ciò in vista della disposizione di cui all'art. 56 della Convenzione di Bruxelles, mantenuto inalterato da quella di adesione, secondo il quale le convenzioni indicate dall'art. 55 della stessa Convenzione di Bruxelles (cui l'art. 24 di quella di adesione aggiunge anche la Convenzione italo-inglese del 1964) «continueranno a produrre i loro effetti nelle materie alle quali la Convenzione non è applicabile».

ne. Tuttavia, l'estensione della disciplina ai nuovi Stati membri ha richiesto alcuni chiarimenti preliminari, ed una serie di adattamenti alle singole norme.

a) Per quanto riguarda i chiarimenti, si tratta anzitutto di prendere coscienza di alcune caratteristiche dei sistemi giudiziari del Regno Unito e dell'Irlanda, che possono incidere sull'applicazione delle norme convenzionali. In primo luogo, va rilevato che gli organi giurisdizionali superiori che decidono in prima istanza in tali Paesi sono unici per ogni unità territoriale rilevante: uno in Irlanda, uno per l'Inghilterra ed il Galles, la Scozia e l'Irlanda del Nord. Quando si tratti di distinguere, secondo la Convenzione di Bruxelles, fra competenza giurisdizionale e competenza territoriale¹⁶, va dunque tenuto presente che la distinzione è possibile, per gli organi giurisdizionali «superiori» di quei Paesi, soltanto in quanto si debba distinguere fra le tre *territorial units* esistenti nel Regno Unito, e non al di fuori di tale distinzione.

In secondo luogo, il carattere normalmente obbligatorio delle regole di competenza sancite dalla convenzione di Bruxelles, e gli obblighi di rilevazione d'ufficio che ne conseguono¹⁷, si pongono sotto certi profili in contrasto con la latitudine del potere discrezionale che è normalmente riservato ai giudici nel diritto anglosassone: e ciò, per quanto concerne la competenza territoriale e giurisdizionale e la litispendenza, nonché il generale potere di determinazione del *forum conveniens*. Si è tuttavia convenuto, in sede di redazione della Convenzione di adesione, che non fossero necessari su questi punti adattamenti formali, essendo in via generale possibile applicare correttamente le regole del sistema di Bruxelles senza far venire meno, in linea di principio, il potere discrezionale che spetta al giudice britannico ed irlandese secondo le regole del proprio sistema: fermo restando, peraltro, che il ricorso a tali poteri non deve avvenire in contraddizione con quanto imperativamente stabilito dalla disciplina convenzionale. È del resto il caso di ricordare che una compressione del potere suddetto in dipendenza di impegni internazionali, non è fenomeno sconosciuto al diritto processuale vigente nel Regno Unito: altro esempio significativo è offerto dall'obbligo del giudice di dichiararsi privo di giurisdizione nei confronti di una controversia per la quale sia stato validamente pattuito il ricorso ad arbitrato secondo le norme del Protocollo di Ginevra del 1923 e della Convenzione di New York del 1958, introdotto appunto, in deroga ad una antica tradizione, dalle leggi di esecuzione delle Convenzioni da ultimo ricordate¹⁸.

Un cenno particolare merita poi, il problema nascente dal fatto che la Conven-

¹⁶ Ed è noto, a questo proposito, che le norme della Convenzione non sono ispirate tutte allo stesso principio: si veda, ad esempio, la differenza fra il tenore dell'art. 2, che individua in generale i giudici di uno Stato, e quello dell'art. 5, che specifica la competenza di un giudice determinato.

¹⁷ Si vedano le norme di cui agli artt. 19-21 e 23 della Convenzione di Bruxelles.

¹⁸ È noto che in precedenza – e, comunque, al di fuori della sfera di applicazione delle norme interne di attuazione delle convenzioni internazionali menzionate nel testo, il giudice inglese poteva e può decidere discrezionalmente se *stay the proceedings* oppure darvi corso nonostante l'esistenza di un valido accordo arbitrale: cfr. per tutti, RUSSEL, *On Arbitration*, cit., p. 137 ss.

zione di Bruxelles utilizza come criterio fondamentale di competenza giurisdizionale il *domicilio*. Tale nozione, pur non essendo univocamente definita nei sei Paesi membri originari delle Comunità europee, era però sempre fondata sull'idea di un legame stabile di una persona con una entità locale nell'ambito del territorio dello Stato. Nel diritto del Regno Unito e dell'Irlanda, invece, essa esprime, come noto, qualcosa di assai diverso: e precisamente, l'appartenenza di una persona ad una sfera territoriale di diritto, il legame con una località determinata essendo invece espresso dalla nozione di *residence*.

A ciò fa riscontro la maggior permanenza del legame espresso dalla nozione anglosassone di *domicile*, che non si perde se non con il trasferimento della residenza abituale in altro paese con l'intenzione di mantenerla stabilmente, o comunque a tempo indeterminato¹⁹.

La Convenzione di Bruxelles non contiene alcuna definizione del concetto di domicilio, né alcuna regola che imponga agli Stati parti della stessa di introdurre modifiche allo stato del proprio diritto interno in materia²⁰. In vista di ciò, non si è ritenuto di introdurre modifiche formali neppure in sede di Convenzione di adesione, limitandosi peraltro il gruppo di esperti ad invitare il Regno Unito e l'Irlanda a formulare nelle leggi interne di esecuzione della Convenzione di adesione una nozione di domicilio, almeno ai fini di quest'ultima, che si avvicini maggiormente a quella risultante dalle linee essenziali del relativo concetto negli Stati continentali. In questo modo verrebbe evitato il rischio che, in vista delle differenze summenzionate, una stessa persona venga ritenuta domiciliata ai sensi della Convenzione di Bruxelles in due diversi Stati che ne sono parti, rischio non certo eliminato in modo totale anche con riferimento ai diritti dei sei Stati membri originari, ma sicuramente aggravato dalle caratteristiche del *domicile* nel senso anglosassone del termine.

Difficoltà non dissimili sorgono con riferimento all'equivalente prescelto dal sistema di Bruxelles per ciò che riguarda i rapporti facenti capo a persone giuridiche, ossia la *sede* di queste²¹. Anche qui, infatti, il concetto del diritto del Regno

¹⁹ In generale sul tema, DICEY-MORRIS, *The conflict of laws?*, London, 1973, p. 85 ss.

²⁰ L'art. 52 della Convenzione, infatti, si limita a dettare alcune regole puramente strumentali, intese ad indicare al giudice quale diritto debba essere consultato al fine di determinare in concreto il domicilio di un soggetto: sul tema, cfr. CAPOTORTI, *Osservazioni su alcuni aspetti delle convenzioni dell'Aja e di Bruxelles relative al riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, p. 321 ss. a p. 335 ss.; POINTON, *The EEC Convention on the recognition and enforcement of Civil and Commercial judgments and its implications for english law*, in *Legal Issues of european integration*, 1975, p. 11 ss.; SCHLAFEN, in BULOW-BOCKSTIEGEL, *Internationaler Rechtsverkehr in Zivil-und Handelssachen*, München, 1977, p. 307 ss.

²¹ Per il sistema previsto dall'art. 53 della Convenzione di Bruxelles, e per una critica del medesimo, che impone al giudice di applicare le proprie norme di conflitto al fine di stabilire la sede di una società o di una persona giuridica, si veda, per tutti, SANTA MARIA, *Problemi in tema di applicazione alle società della convenzione della CEE sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, p. 139 ss., oltre agli scritti citi, alla nota precedente; e per la nozione di *domicile of corporations* nel diritto inglese, cfr. DICEY-MORRIS, *The Conflict of laws*, cit., p. 702 s.

Unito e di quello irlandese non fa riferimento alla localizzazione della società in un punto determinato del territorio, come la sede, quanto piuttosto alla sfera territoriale di diritto in cui la società o persona giuridica è stata creata (*incorporation*). Anche a questo proposito, tuttavia, non si è riusciti ad andare oltre un generico auspicio che vengano introdotti appositi chiarimenti in sede di legge interna di esecuzione²².

Venendo, ora, agli adattamenti formali introdotti nel testo di Bruxelles, va rilevato in primo luogo che l'art. 4 della Convenzione di adesione aggiorna l'elenco contenuto nell'art. 3 del testo suddetto per quanto concerne le disposizioni interne «inopponibili» ai soggetti domiciliati in uno Stato membro. Le modifiche riguardano, ovviamente, l'indicazione di criteri di competenza c.d. esorbitante in vigore nei sistemi giuridici dei tre nuovi Stati, da un lato; e dall'altro, l'aggiornamento delle indicazioni relative ad uno Stato, il Belgio, in cui un nuovo *Code judiciaire* è entrato in vigore successivamente all'entrata in vigore della Convenzione di Bruxelles. L'elencazione va presa, peraltro, con le dovute cautele, e suscita le critiche già più volte espresse da alcuni commentatori²³. Per quanto concerne, comunque, i tre nuovi Stati membri, va tenuto presente che – così come per gli altri – essa non esaurisce le ipotesi di criteri di competenza giurisdizionale previsti dalla legislazione interna, ma incompatibili con la Convenzione di Bruxelles: basti pensare, per ciò che concerne il Regno Unito, al principio tradizionale che attribuisce al giudice inglese competenza giurisdizionale a conoscere di controversie in cui sia convenuto uno straniero, domiciliato all'estero, per il solo fatto che il contratto di cui è causa è stato concluso in territorio inglese. Ancorché non specificamente indicato nell'art. 3, comma 2°, nuovo testo, non vi è dubbio che tale principio sia da giudicare, dopo l'entrata in vigore della Convenzione di adesione, del tutto incompatibile con essa, e quindi più utilizzabile nei confronti di soggetti domiciliati nell'ambito del territorio comunitario²⁴.

4. Segue: b) *le competenze speciali*

b) In materia di *competenze speciali*, la Convenzione di adesione contiene alcune modifiche dell'art. 5 del testo di Bruxelles, e l'aggiunta di un art. 6-*bis*.

²² Cfr. SCHLOSSER, *Relazione*, cit., p. 95-96. Si veda, inoltre, sempre nell'ottica di una sostanziale affinità dei concetti di domicilio ai fini della Convenzione di adesione, e di *residence* ai fini del diritto interno del Regno Unito, il chiarimento introdotto con l'art. V-*quater* del protocollo allegato alla Convenzione di Bruxelles (art. 29 Conv. adesione).

²³ Si vedano le considerazioni di CAPOTORTI, *Osservazioni*, cit., p. 321 ss.

²⁴ Sui criteri ora menzionati, cfr. DICEY-MORRIS, *The conflict of laws*, cit., p. 179 ss.; e sulla soluzione, del resto ovvia di fronte alle considerazioni generali che discendono dalla funzione della norma della Convenzione, e dal fatto che il primo dei due criteri indicati coincide con quello previsto dall'art. 4, n. 2, del codice di procedura civile italiano, per la parte in cui questo si riferisce all'ipotesi di obbligazione contrattuale sorta in Italia, SCHLOSSER, *Relazione*, cit., p. 100.

Per quanto concerne le competenze speciali indicate all'art. 5, è di pura forma la modifica del testo francese e di quello olandese della norma contenuta nel n. 1 dell'articolo: tale norma, infatti, si riferisce alla competenza del giudice del luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio, e le modifiche hanno il solo scopo di rendere chiaro in quelle due lingue quanto già risultava evidente dal testo italiano, ed era stato oggetto di apposita decisione della Corte di giustizia²⁵, ossia che la sola obbligazione cui si può avere riguardo è quella che «serve di base» alla domanda giudiziale.

In materia di obbligazioni alimentari, di cui al n. 2 dell'articolo, la modifica introdotta si ricollega a quanto già sopra ricordato circa l'eventualità che una domanda di alimenti sia proposta come domanda accessoria nello stesso giudizio tendente ad una pronuncia in tema di stato delle persone: in questo caso, il nuovo testo dell'art. 5, n. 2 prevede anche la competenza del giudice della causa principale secondo le regole della sua legge nazionale, salvo il caso che la competenza sia fondata soltanto sulla nazionalità di una delle parti. Naturalmente, la competenza speciale di cui si tratta non vale per ciò che riguarda questioni rientranti nella nozione di rapporti patrimoniali fra coniugi, che sono escluse, come è noto, dallo stesso campo di applicazione della Convenzione. Come espressamente messo in rilievo nella relazione Schlosser, le stesse regole di competenza vanno applicate anche in sede di azioni tendenti ad una revisione e ad un adeguamento delle decisioni in materia alimentare, nei limiti in cui esse non possano qualificarsi come risultato di un'impugnazione della decisione originaria²⁶.

La Convenzione di adesione prevede poi, all'art. 5, numeri 6 e 7, l'introduzione di nuove competenze speciali in materia di *trusts* e di controversie in materia di assistenza e salvataggio. Per quanto concerne il primo caso, l'opportunità della disposizione è evidente, in vista del carattere del tutto peculiare dell'istituto giuridico di cui si tratta. Va rilevato, al proposito, che la competenza così prevista non ha carattere esclusivo, ferma restando infatti la competenza generale del domicilio del convenuto; esclusiva potrà divenire soltanto ove sia stata fatta oggetto di apposita pattuizione in base all'art. 17 della Convenzione di Bruxelles. Essa si applica, inoltre, soltanto ai casi di *trusts* costituiti per legge, o con atto espresso: non quindi ai cosiddetti *constructive* o *implied trusts*. Quanto al criterio di competenza prescelto, è chiaro che esso, pur non del tutto familiare al diritto del Regno Unito e dell'Irlanda²⁷, ricalca in certo modo l'idea di una localizzazione nello spazio del

²⁵ Cfr. la sentenza del 6 ottobre 1976 in causa 14/76, in *Raccolta*, 1976, p. 1497 ss. In generale sul tema, si veda R. LUZZATTO, *Il luogo di esecuzione dell'obbligazione contrattuale come criterio di competenza giurisdizionale*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, II, Giuffrè, 1979, p. 817 ss.

²⁶ *Relazione*, cit., p. 105. È infatti principio implicito nella disciplina convenzionale, ancorché non esplicitamente sancito, che tutte le decisioni emanate dagli organi giurisdizionali di uno Stato possono essere ivi impugunate mediante tutti i mezzi previsti nello Stato stesso.

²⁷ Si veda, peraltro, ANTON, *Private International law*, Edinburgh, 1967, p. 470; e DIAMOND, *The trust in English law*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1981, p. 289 ss., a p. 302 ss.

trust, considerando questo come una sorta di ente a sé stante: il che trova conferma nella disposizione introdotta dall'art. 23 della Convenzione di adesione, che applica il principio dell'art. 53 del testo di Bruxelles (ricorso al diritto internazionale privato del foro al fine di determinare la sede di una società) anche alla determinazione del domicilio del *trust*.

In materia *marittima*, i redattori della Convenzione di adesione sono stati a lungo incerti se introdurre una disciplina a sé stante, comprendente un insieme organico di regole relative alla materia, in vista della sua specialità ed al fatto che, come si legge nella relazione Schlosser, «la delimitazione della competenza internazionale degli organi giurisdizionali, così come è stata elaborata nel Regno Unito, è divenuta determinante per la giurisdizione marittima mondiale»²⁸. Alla fine, peraltro, essi rinunciarono a tale progetto, limitandosi ad introdurre le norme speciali di cui all'art. 5, n. 7 e 6-*bis* della Convenzione di Bruxelles nel testo riveduto, e ciò in base alla considerazione che le regole di Bruxelles non impediranno agli Stati contraenti di far valere le regole di competenza previste da apposite convenzioni di diritto marittimo (ed in particolare, da quella di Bruxelles del 10 maggio 1952 sull'unificazione di alcune norme relative al sequestro conservativo delle navi d'alto mare²⁹), anche nei confronti dei cittadini comunitari il cui Stato nazionale non vi aderisca.

Le regole contenute nel nuovo art. 5, n. 7, mirano a far salva la competenza riconosciuta nel diritto del Regno Unito in materia di sequestro del carico o del nolo a seguito di salvataggio o di assistenza, applicando il criterio di base stabilito dall'art. 7 della Convenzione di Bruxelles del 1952. In sostanza, tali regole collegano la competenza a conoscere sul merito delle azioni di cui si tratta a quella a concedere provvedimenti cautelari sul carico o sul nolo, secondo un principio ben noto al diritto dei Paesi anglosassoni, ma per il resto sconosciuto alla Convenzione di Bruxelles. Si precisa che la competenza giurisdizionale di cui si tratta riguarda soltanto le controversie concernenti il pagamento di somme richieste per l'assistenza od il salvataggio di cui hanno beneficiato un carico od un nolo, sempreché il diritto su tale carico o nolo spetti al convenuto, o gli sia spettato al momento dell'assistenza o del salvataggio, e che essa vale a favore del giudice «nell'ambito della cui competenza» il carico od il nolo è stato sequestrato, oppure avrebbe potuto esserlo se non fosse stata fornita cauzione od altra garanzia. In tali ipotesi, la competenza per il merito deriva immediatamente dall'esistenza della competenza in merito al provvedimento cautelare, quali che siano i criteri posti dalla legislazione interna a fondamento di tale ultima competenza, tali criteri rimanendo di per sé estranei alla regolamentazione convenzionale.

Quanto al già menzionato art. 6-*bis*, la sua introduzione risponde alla finalità di

²⁸ *Relazione*, cit., p. 108.

²⁹ Il testo della Convenzione in questione si legge, insieme alla legge italiana di esecuzione, in questa *Rivista*, 1978, p. 1800, ove anche il commento di FRANCHI; v. inoltre MANCA, *Commento alle convenzioni internazionali marittime*, I, Giuffrè, 1974, p. 135 ss.

consentire al proprietario di una nave, che intenda iniziare una procedura tendente alla limitazione della propria responsabilità in dipendenza dell'impiego o del funzionamento della nave stessa, di avvalersi nei confronti di coloro che intendano far valere rivendicazioni nei suoi confronti di *tutti* i fori nei quali l'azione potrebbe essere proposta da questi ultimi: in sostanza, anche quello del luogo in cui egli ha il proprio domicilio. Rimangono, quindi, del tutto al di fuori della sfera di applicazione di questa norma le azioni proposte contro il proprietario della nave, od altri soggetti, alle quali continuano ad applicarsi le regole consuete di Bruxelles.

Disposizioni transitorie speciali sono state infine poste dall'art. 36 della Convenzione di adesione a favore di due dei nuovi Stati membri, la Danimarca e l'Irlanda, che non sono legati dalla Convenzione di Bruxelles del 1952 in materia di sequestro conservativo di navi. Le speciali norme ivi poste in deroga parziale al testo di Bruxelles, del 1968 sono peraltro destinate a valere per un periodo massimo di tre anni dal momento dell'entrata in vigore della Convenzione di Bruxelles del 1968 nei loro confronti, e comunque a cessare di spiegare ogni effetto a partire dal momento in cui entrerà in vigore, per i due Stati in questione, la Convenzione di Bruxelles del 10 maggio 1952 sull'unificazione di alcune norme relative al sequestro conservativo delle navi d'alto mare³⁰.

5. Segue: c) *le competenze in materia di assicurazione*

c) Per quanto concerne le competenze in materia di *assicurazioni*, un certo numero di modifiche è stato introdotto nella Convenzione di adesione, rispetto al testo originario di Bruxelles, per tener conto del desiderio del Regno Unito, quale Stato d'origine di una parte assai rilevante dell'industria assicurativa mondiale. In particolare, le richieste fatte valere in questo senso riguardavano la possibilità di ampliamento dell'ammissibilità delle clausole attributive di competenza giurisdizionale in materia assicurativa, che secondo le iniziali posizioni britanniche avrebbe dovuto addirittura essere illimitata.

Sotto quest'ultimo profilo, la deroga introdotta nel sistema risulta dalle norme contenute nei numeri 4 e 5, aggiunti al testo originario dell'art. 12 della Convenzione di Bruxelles, e dall'art. 12-*bis*, cui la norma del n. 5 citato fa riferimento.

La norma del nuovo art. 12, n. 4, ammette un'ipotesi ulteriore di deroga alle disposizioni della sezione relative alla competenza assicurativa, che concerne la convenzione derogativa contenuta in un contratto tra un assicuratore domiciliato nella Comunità, ed un contraente domiciliato *al di fuori* di essa. In tale ipotesi, la convenzione è ammessa, salvo che si tratti di assicurazione obbligatoria o relativa

³⁰ Va ricordata inoltre l'inserzione – ad opera dell'art. 29 della Convenzione di adesione – di un nuovo articolo V-*ter* nel Protocollo allegato alla Convenzione di Bruxelles, al fine di tener conto di una tradizione danese che riserva agli organi giurisdizionali nazionali le controversie fra capitano e personale marittimo. La speciale disciplina dell'articolo di cui sopra è estesa anche agli equipaggi di navi irlandesi.

ad un immobile situato in uno Stato contraente. Naturalmente, come «obbligatorie» al fine di tale norma vanno considerate tutte le assicurazioni che siano tali in base alle varie leggi nazionali, non esistendo alcuna qualifica o designazione in tale direzione nell'ambito della disciplina convenzionale: è sufficiente che esista un obbligo legale di stipulare un'assicurazione in base alla legge vigente in uno Stato comunitario, perché i contratti conclusi a tal fine siano esclusi dal campo di applicazione dell'art. 12, n. 4, e torni quindi ad essere applicabile la disciplina generale di cui agli articoli 8-11.

La seconda ipotesi aggiunta nel corpo dell'art. 12, e cioè quella di cui al nuovo n. 5, concerne i casi di assicurazioni di grande rilievo economico, in ispecie quelle marittime ed aeree. Per esse, i delegati del Regno Unito facevano valere lo scarso significato di una limitazione quanto all'ammissibilità di clausole di deroga di competenza, posto il carattere del contraente dell'assicurazione, che di norma lo pone al riparo di qualsiasi rischio derivante dalla posizione di contraente più debole. Scartata l'idea di riferirsi, al fine di individuare queste ipotesi, alle dimensioni dell'impresa come tale, i redattori hanno finito per orientarsi sull'elencazione di una serie di rischi attinenti al trasporto *marittimo* ed *aereo*, per i quali è ammessa senza limiti la stipulazione di clausole attributive di competenza. Per quanto concerne i trasporti *terrestri*, nessun criterio ha potuto essere stabilito, data la notevole divergenza di vedute fra le varie delegazioni. I rischi in questione attono tanto al ramo danni, quanto a quello della responsabilità civile; sono peraltro esclusi dalla sfera di applicazione della norma (e quindi, si ritorna al normale regime delle clausole derogatorie, quale risulta dall'art. 12), nel caso si tratti di responsabilità civile per danni all'integrità fisica dei passeggeri o ai loro bagagli. Naturalmente, la disposizione di cui all'art. 12-*bis* – con la sua articolata elencazione di casi e sottocasi, e con il riferimento a particolarità tecniche dell'industria assicurativa (si pensi soltanto all'idea dei rischi accessori, cui viene fatta allusione nel n. 4) – è ben lungi dal risolvere chiaramente ogni difficoltà interpretativa: tuttavia, va ricordato che, a tutt'oggi, le disposizioni sulle competenze speciali in materia assicurativa sono tra quelle che meno hanno occupato i giudici degli Stati membri della Comunità, forse per la frequente tendenza a risolvere le relative controversie in sede stragiudiziale od arbitrale.

È ovvio che, come la relazione si preoccupa di ribadire³¹, le clausole attributive di competenza possono aver rilievo, ai fini delle competenze speciali comprese nella sezione relativa alle assicurazioni, soltanto per ciò che riguarda le controversie fra assicuratore e contraente: mentre rimangono del tutto estranee alle ipotesi degli art. 12 e 12-*bis* le eventuali controversie riguardanti terzi, ad es., le persone lese da fatto dell'assicurato. In questi casi, naturalmente, le normali regole di cui all'art. 10 continuerebbero ad essere applicate, quale che fosse la disciplina pattizia fra le parti del contratto.

L'art. 8 della Convenzione di Bruxelles è stato parzialmente riformulato, più

³¹ SCHLOSSER, *Relazione*, cit., p. 116.

che altro ai fini di chiarezza redazionale. Merita, tuttavia, di essere segnalata la modifica di sostanza che concerne il vecchio comma 1° dell'articolo: nel caso di partecipazione di più coassicuratori al contratto, non è più ritenuta sufficiente la mera partecipazione al contratto per consentire la competenza del giudice del domicilio di uno di essi nei confronti *di tutti*, ma soltanto nei confronti dell'assicuratore che, nei rapporti con quello convenuto in giudizio, assume la posizione di delegante. È stato inoltre eliminato il comma 2° della originaria versione dell'art. 8, che prevedeva la possibilità di convenire l'assicuratore anche avanti al giudice del domicilio del mediatore: si è infatti ritenuto che non sia sufficiente l'intervento di un *broker* indipendente al fine di fondare la competenza in parola, e che pertanto la competenza di cui trattasi venga assorbita da quella del giudice del luogo in cui l'assicuratore ha una succursale, agenzia o qualsiasi altra filiale, prevista ora dal comma 2° dell'art. 8 negli stessi termini in cui, in via del tutto generale, essa è stabilita nell'art. 5 n. 5³².

6. Segue: d) *le competenze in materia di contratti conclusi da consumatori*

d) La Convenzione di adesione contiene poi una specifica disciplina delle competenze in materia di quelli che essa definisce «contratti conclusi da consumatori», cui è intitolata la sez. 4 del titolo II, nella nuova versione da introdurre al posto di quella contenuta nel testo del 1968. Tale mutamento è stato introdotto al fine di ampliare la sfera di applicazione soggettiva ed oggettiva delle norme precedentemente contenute nella sezione, che riguardavano esclusivamente la vendita rateale e il prestito con rimborso rateizzato, e tende ad introdurre sul piano della disciplina della competenza giurisdizionale i risultati ai quali, su tale piano, conduce il movimento di prassi e dottrina a favore dell'individuazione di principi e norme specifici in materia di contratti conclusi da consumatori³³.

Al riguardo, oltre che agli ormai numerosi studi e progetti in materia di responsabilità nei confronti dei consumatori, i redattori della Convenzione di adesione si sono riferiti, in particolare, ai lavori per la redazione della Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, già da tempo in corso al momento della preparazione della Convenzione di adesione, e poi tradottisi nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980³⁴. La norma rilevante al proposito è

³² In generale, sulle regole della Convenzione di Bruxelles in materia di assicurazioni prima delle modifiche introdotte dalla Convenzione di adesione, si vedano DROZ, *Compétence judiciaire*, cit., p. 80 ss., e WESER, *Convention communautaire*, cit., p. 277 ss.

³³ Sulla disciplina degli articoli 13-15 del testo di Bruxelles, si vedano in generale DROZ, *Compétence judiciaire*, cit., p. 92 ss.; WESER, *Convention communautaire*, cit., p. 291 ss.; HARTLEY, *Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in Civil and Commercial matters*, in *European law rev.*, 1979, p. 47 ss.; e sul punto di vista dal quale sono partiti i redattori della Convenzione di adesione, SCHLOSSER, *Relazione*, cit., p. 117 ss.

³⁴ Un primo progetto preliminare di convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni con-

quella contenuta nell'art. 5, che, oltre a definire la nozione di contratto concluso dai consumatori ne trae le conseguenze al fine della tutela del consumatore medesimo sul piano della determinazione della legge regolatrice³⁵.

La nuova versione dell'art. 13 si preoccupa anzitutto di stabilire che cosa debba intendersi per contratto concluso da un consumatore, precisando che si tratta dei contratti conclusi da un soggetto per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività professionale. In ciò, i redattori hanno seguito da un lato l'indirizzo indicato dalla Corte di giustizia delle Comunità, che con la sua sentenza del 21 giugno 1978 (in causa 150/77) aveva escluso, su decisione pregiudiziale resa su richiesta della Cassazione francese, che ai fini dell'art. 13 (vecchio testo) della Convenzione di Bruxelles, potesse essere considerata come vendita a rate di beni mobili la vendita di una macchina, pattuita fra due imprese, con pagamento mediante tratte a scadenze differite³⁶, pervenendo a tale risultato sulla base di considerazioni generali attinenti all'interpretazione «autonoma» della nozione di vendita a rate. Dall'altro, la segnalata nozione di contratto concluso da consumatori è stata tratta dai principi affermatasi a livello di diritto comunitario europeo, già esistente od in via di elaborazione, in ciò riaffermando il carattere «comunitario» della qualificazione di cui si tratta. In particolare, la nozione in questione coincide con quella risultante dall'art. 5 già ricordato, della Convenzione di Roma del 1980.

La norma dell'art. 13 si preoccupa, poi, di distinguere le varie categorie di contratti cui la speciale disciplina a favore del consumatore è destinata ad applicarsi. Viene quindi precisato che essa riguarda tre categorie diverse di contratti, e precisamente: 1) la vendita a rate di beni mobili, 2) il prestito con rimborso rateizzato od altra operazione di credito, connessi con il finanziamento di una vendita di beni mobili materiali e 3) altro contratto avente ad oggetto una fornitura di servizi o di beni mobili materiali, in presenza di speciali collegamenti con il domicilio del consumatore, e precisamente se la conclusione del contratto è stata preceduta da una proposta specifica o da una pubblicità nello Stato in cui il consumatore ha il proprio domicilio, e se quest'ultimo ha compiuto in tale Stato gli atti necessari per la conclusione del contratto.

Queste due ultime condizioni, che distinguono il trattamento delle vendite a rate e degli altri contratti previsti ai numeri 1 e 2 rispetto alla più generale sorte di

trattuali (e non contrattuali) venne diffuso dalla Commissione CEE sin dal 1972. Per il testo della Convenzione del 1980, cfr. *G.U.C.E* n. L 266 del 9 ottobre 1980; e per il relativo *Rapporto* predisposto dal prof. GIULIANO, *G.U.C.E.*, n. C 282 del 31 ottobre 1980.

³⁵ Secondo tale norma, infatti, da un lato la scelta della legge applicabile al contratto non ha l'effetto di privare, in una serie di ipotesi, il consumatore della protezione garantitagli dalle disposizioni imperative della legge del paese in cui risiede abitualmente, e dall'altro, in mancanza di scelta è applicabile la legge del paese nel quale il consumatore ha la sua residenza abituale, ove ricorrano le condizioni di cui al n. 2 della norma.

³⁶ Corte di giustizia, 21 giugno 1978, *Soc. Bertrand c. Soc. Paul Ott Ko*, in *Raccolta*, 1978, p. 1431 ss.

tutti gli altri contratti conclusi da consumatori, recepiscono, in sostanza, il risultato dell'evoluzione della dottrina e della prassi in materia di norme a tutela dei consumatori, sotto i diversi profili in cui essa può venire in considerazione, e ne costituiscono, per così dire, la proiezione giurisdizionale. Anche qui, la disciplina aderisce a quanto previsto in materia di legge regolatrice dall'art. 5 della Convenzione di Roma del 1980.

Analogamente a quanto previsto nel comma 2° dell'art. 8, nuova versione, del testo di Bruxelles in materia di contratto di assicurazione, il comma 2° dell'art. 13 equipara la situazione della controparte del consumatore che abbia il domicilio al di fuori della Comunità, ma una succursale, agenzia od altra filiale al suo interno, alla posizione di chi abbia il domicilio nel territorio comunitario, per quanto attiene le controversie relative all'esercizio di tali centri secondari dell'impresa.

La norma precisa, inoltre, al comma 3°, che la sezione non si applica ai contratti di trasporto, avendo infatti i redattori ritenuto che la complessa disciplina vigente per tali contratti a livello internazionale impedisse un loro assorbimento nei principi generali stabiliti dagli artt. 13 ss. Per diverso motivo, ossia per il carattere speciale delle relative disposizioni, va escluso altresì che possano ricadere sotto la disciplina della sez. 4 i contratti di assicurazione, che sono oggetto della regolamentazione distinta già in precedenza ricordata, e contenuta nella sez. 3 della Convenzione di Bruxelles.

Per i contratti previsti dall'art. 13, e ricorrendo i presupposti ivi menzionati, le regole di competenza applicabili sono esclusivamente quelle contenute nell'art. 14, derogabili a mezzo di apposita pattuizione soltanto nei limiti dell'art. 15. Esse ricalcano, nella sostanza, le regole già contenute nel testo originario di tali articoli, con riferimento ai soli contratti di vendita rateale e di prestito con rimborso rateizzato, cui il testo originario della sezione esclusivamente si applicava. La competenza giurisdizionale del giudice del luogo del domicilio del consumatore è l'unica ad essere riconosciuta nel caso di azione nei confronti del consumatore, mentre nel caso inverso (azione promossa contro l'altra parte contrattuale) accanto al foro, del convenuto viene ammessa la competenza del giudice del domicilio del consumatore.

Quanto alla possibilità di deroga, essa risulta dall'art. 15, che riproduce con le sole modifiche di forma rese necessarie il contenuto del precedente art. 15 del testo di Bruxelles.

7. Segue: e) *le competenze esclusive*

e) In materia di *competenze esclusive*, nessun adattamento formale del testo dell'art. 16 della Convenzione di Bruxelles, che le prevede, è stato considerato necessario dal gruppo di esperti. Lunghe discussioni sono state tuttavia necessarie, come risulta dalla relazione Schlosser, al fine di chiarire adeguatamente la portata del testo originario alle delegazioni dei tre nuovi Stati membri: e dal risultato che

ne scaturisce, di cui la suddetta relazione dà ampio conto, emergono utili considerazioni in ordine alla possibilità di applicare le nozioni utilizzate dall'art. 16 ad un sistema giuridico, come quello della *common law*, fondato su tradizioni tanto diverse da quelle degli Stati continentali europei. In particolare, per ciò che concerne la materia dei diritti reali immobiliari, di cui al n. 1 dell'articolo, appare assai difficile ricondurre ad una nozione siffatta le figure note al diritto inglese, che procede dall'idea che al privato non possano spettare su beni immobili, che appartengono alla Corona, se non diritti limitati, ed al quale è essenziale la distinzione fra *legal rights* ed *equitable interests*³⁷. Non sembra tuttavia azzardato ritenere che, sulla base dell'opportuna opera di comparazione e di individuazione degli elementi essenziali rilevanti, anche tali nozioni possono essere elaborate, ai fini dell'applicazione della Convenzione di adesione, su base sufficientemente unificata.

La sola aggiunta al testo originario dell'art. 16 riguarda la materia di cui al n. 4, e precisamente la registrazione e validità di brevetti per invenzione. Poiché infatti successivamente all'entrata in vigore della Convenzione di Bruxelles sono state concluse due importanti convenzioni internazionali in materia (Monaco 1973 e Lussemburgo 1975), i redattori hanno ritenuto necessario porre una norma che evitasse equivoci cui potesse dar luogo il coordinamento fra le rispettive disposizioni sulla competenza e la norma dell'art. 16, n. 4. A tal fine, l'art. V-*quinquies* inserito nel Protocollo allegato alla Convenzione del 1968 dall'art. 29 della Convenzione di adesione, stabilisce che la competenza esclusiva di cui all'art. 16 vale anche per ciò che riguarda i brevetti europei rilasciati per un determinato Stato aderente alla Convenzione di Monaco, fatta salva la competenza dell'Ufficio europeo dei brevetti in base alla Convenzione stessa³⁸.

8. Segue: f) *le clausole di proroga della competenza*

f) Piuttosto largamente modificato risulta, a seguito della Convenzione di adesione, il testo originario dell'art. 17 in tema di clausole di *proroga di competenza*.

Il nuovo testo, come risulta dall'art. 11 della Convenzione di adesione, mantiene fermo in via di principio il proprio riferimento alle sole situazioni di carattere internazionale³⁹, proprio del resto a tutte le norme della Convenzione di Bru-

³⁷ SCHLOSSER, *Relazione*, cit., p. 120 ss.

³⁸ La norma intende pertanto prevenire la possibilità che l'art. 16 n. 4 venga applicato nel senso di ritenere competente in via esclusiva il giudice dello Stato nel quale la domanda sia stata depositata (SCHLOSSER, *Relazione*, cit., p. 123). La stessa disposizione può applicarsi, ma soltanto in via transitoria, per quei brevetti che siano sottoposti al regime della Convenzione del Lussemburgo del 1975, ma che non siano brevetti comunitari in virtù di quanto previsto dall'art. 86 della Convenzione. Va comunque rilevato che quest'ultima non è ancora entrata in vigore.

³⁹ Pertanto, come sottolinea la relazione Schlosser (p. 123), la norma non si applica ove il solo elemento di internazionalità sia dato dalla scelta dell'organo giurisdizionale.

xelles, e non intende pertanto sovrapporsi alla disciplina delle clausole di proroga (o di deroga, come più generalmente designate in Italia) quale risulta in via generale dalle legislazioni dei singoli Stati membri della Comunità. La norma dell'art. 17, come risulta dalle modifiche che si vedranno, continua, inoltre, a prendere in considerazione in via di principio la situazione in cui l'accordo di proroga intercorra fra parti di cui almeno una sia domiciliata nel territorio di uno Stato contraente, limitando a tale ipotesi la propria applicabilità. Ciò posto, peraltro, la nuova disciplina che risulta dalla Convenzione di adesione contiene quattro innovazioni.

La prima novità rispetto alla situazione risultante dalla Convenzione di Bruxelles è l'attenuazione del rigore dei requisiti formali richiesti dall'art. 17 per la validità della clausola (o più esattamente, visto che la norma concerne i suoi effetti processuali, per l'operatività della medesima), nell'ipotesi che essa riguardi controversie relative a rapporti del commercio internazionale. Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia comunitaria, sviluppatasi sin dal 1976 con alcune ben note sentenze⁴⁰, il requisito della forma scritta richiesto dall'art. 17 può dirsi rispettato soltanto qualora nel contratto sottoscritto dalle parti o figure la clausola attributiva di competenza, oppure esista un riferimento preciso ed espresso a precedenti rapporti contrattuali fra le stesse parti o a condizioni generali in cui la clausola attributiva sia contenuta. In particolare, secondo tale giurisprudenza, il requisito della scrittura non può dirsi rispettato qualora la clausola di proroga sia contenuta in condizioni generali di vendita portate a conoscenza dell'acquirente soltanto in sede di conferma d'ordine, e senza che su di esse intervenga una espressa manifestazione di volontà dell'acquirente. La mancanza di obiezioni non vale, secondo la Corte, quale accettazione della clausola attributiva di competenza, salvo ipotesi particolari.

Il nuovo testo dell'art. 17 mira ad introdurre limitazioni al rigore di tale giurisprudenza, che dal canto suo è ispirata al lodevole intento di garantire l'esistenza di un effettivo consenso della parte che si presume economicamente più debole sulla clausola derogatoria. Tali limitazioni vengono indicate dal nuovo testo della norma attraverso la previsione – accanto all'ipotesi di forma scritta, ed a quella di clausola verbale confermata per iscritto – dell'ipotesi che venga seguita una forma ammessa dagli usi nel campo del commercio internazionale, che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere. Come risulta anche dalla relazione Schlosser, l'intenzione dei redattori del nuovo testo è stata presumibilmente quella di ammettere la validità formale della clausola contenuta in condizioni generali senza che la controparte ne debba confermare per iscritto l'accettazione⁴¹. Se si tiene presente tuttavia, la genericità dell'ipotesi formulata nel nuovo testo, e la ribadita necessità che l'esistenza di una effettiva volontà di includere le condizioni stesse nel contenuto contrattuale sia oggetto di precisa prova, è facile immaginare che

⁴⁰ Si vedano, in particolar modo, le decisioni del 14 dicembre 1976, nelle cause 24/76 (*Estasis c. Ruwa*), e 25/76 (*Segoura c. Bonakdarian*), in *Raccolta*, 1976, pp. 1831 ss. e 1851 ss.

⁴¹ SCHLOSSER, *Relazione*, cit., p. 125.

l'innovazione non sarà idonea ad introdurre modifiche decisive rispetto allo stato della giurisprudenza e della prassi precedenti, in ciò rispondendo, del resto, ai caratteri della situazione già verificatisi a proposito della forma delle clausole arbitrali, di fronte ai reiterati tentativi da parte di alcuni ambienti interessati di introdurre nei vari testi internazionali apposite disposizioni liberalizzatrici⁴².

Sino a che si voglia peraltro mantener fermo, come probabilmente si deve, il principio che la clausola di proroga deve essere oggetto di un'effettiva manifestazione di volontà delle parti, ogni modificazione introdotta attraverso il ricorso alla sola idea delle esigenze del commercio internazionale non appare idonea a superare i risultati imposti dall'esigenza di salvaguardare l'effettività del consenso⁴³.

La seconda innovazione presentata dalla Convenzione di adesione concerne l'ipotesi che una apposita clausola attributiva di competenza esclusiva ai giudici o ad un giudice di uno Stato comunitario venga pattuita fra parti che non hanno il proprio domicilio all'interno della Comunità. Secondo il testo originario della norma, tale ipotesi rimaneva interamente *al di fuori* della disciplina posta dalla norma medesima: e qualora essa si fosse presentata in concreto, i giudici degli Stati membri rimanevano interamente liberi di farne la valutazione discendente dal proprio diritto interno, senza incidenza alcuna delle norme convenzionali. I redattori della Convenzione di adesione hanno tuttavia considerato che la possibilità e la frequenza pratica di tali ipotesi è destinata ad aumentare in relazione alla posizione occupata dal Regno Unito nel commercio internazionale, sicché una qualche regolamentazione dell'ipotesi è apparsa opportuna. Fermo restando che i giudici degli Stati membri rimangono liberi di valutare in base a criteri discendenti dal proprio diritto interno, e quindi fra loro eventualmente divergenti, gli effetti di clausole del genere di cui si tratta *per ciò che attiene alla propria competenza giurisdizionale*, è sembrato però opportuno assicurare un qualche riconoscimento in ambito comunitario della decisione di tali giudici. Ne è derivata la norma contenuta nella terza frase del comma 1° del nuovo testo dell'art. 17. Secondo tale norma, di fronte ad una clausola attributiva di competenza esclusiva ad un giudice o a dei giudici comunitari, stipulata fra soggetti domiciliati al di fuori della Comunità, i giudici degli altri Stati contraenti sono tenuti ad astenersi dal conoscere della controversia sino a che non sia intervenuta una declinatoria di competenza da parte dei primi. In questo modo, l'esistenza della clausola costituisce una preclusione all'esercizio della giurisdizione da parte di giudici diversi da quello designato, almeno che quest'ultimo – in base alle norme che saranno applicabili dal suo punto di vista – non si dichiari carente di giurisdizione.

⁴² Si veda quanto dispone, al riguardo, l'art. I della Convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961 in materia di arbitrato commerciale internazionale (e su di essa, il mio lavoro *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la Convenzione di Ginevra del 1961*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1971, p. 47 ss.).

⁴³ Si veda al proposito, CARBONE, *Area dell'economia comunitaria e clausole di deroga alla giurisdizione in polizza di carico*, in *Dir. maritt.*, 1977, p. 169 ss.

Viceversa, nell'ipotesi inversa che fra parti collegate alla Comunità venga pattuita la competenza di giudici non comunitari, la Convenzione di adesione non ha introdotto alcuna modifica rispetto alla situazione precedente, e la clausola rimane interamente soggetta alla valutazione che ne effettuerà il giudice che venga adito nonostante l'esistenza di una clausola siffatta. Le norme della Convenzione di Bruxelles diverranno applicabili soltanto nell'ipotesi che la clausola di proroga a favore di un giudice non comunitario non venga considerata operante da parte del giudice comunitario adito⁴⁴.

Altra modifica introdotta nel testo originario dell'art. 17 riguarda l'ipotesi del *trust*, istituto che, in quanto sconosciuto ai sistemi giuridici continentali, è stato fatto oggetto di considerazione per la prima volta in sede di Convenzione di adesione. L'aggiunta del comma 2° dell'art. 17, nuovo testo, concerne il caso che la competenza dei giudici di uno Stato contraente discenda, non da una apposita clausola contrattuale, ma dall'atto costitutivo di un *trust*; in questa ipotesi, la norma stabilisce che alla disposizione dell'atto costitutivo consegue la competenza esclusiva a giudicare delle azioni contro fondatore, *trustee* o beneficiario, ove si tratti di relazioni fra tali soggetti o di loro diritti ed obblighi nell'ambito del *trust* di cui si tratta.

Infine, va richiamata la disposizione introdotta con riguardo all'art. 17 (o meglio, alla materia da questo disciplinata) dall'art. 35 della Convenzione di adesione. Questa norma è stata dettata avendo presente la prassi dei giudici del Regno Unito e dell'Irlanda, in base alla quale una clausola di scelta di un diritto vigente in tali Stati quale diritto applicabile al rapporto importa un accordo circa il foro competente, e fonda pertanto la competenza giurisdizionale dei giudici degli Stati medesimi⁴⁵. Essa consente che in base ad una clausola di tal genere pattuita anteriormente all'entrata in vigore della Convenzione i giudici del Regno Unito od irlandesi conservino il loro potere giurisdizionale riguardo alla controversia relativa al rapporto cui la clausola si riferisce.

9. Altri problemi in tema di competenza giurisdizionale

Nessuna modifica è stata introdotta nel testo originario di Bruxelles per quanto concerne le rimanenti norme facenti parte del titolo II della Convenzione dedicato alla competenza, e precisamente per quanto riguarda l'art. 18, relativo all'accettazione tacita della giurisdizione da parte del convenuto, gli artt. 19 e 20 (esame della competenza e della ricevibilità dell'azione), gli artt. da 21 a 23 (litispendenza e connessione) e l'art. 24 (provvedimenti provvisori e cautelari).

L'unica eccezione riguarda il comma 2° dell'art. 20, che prevede l'obbligo del

⁴⁴ Per considerazioni sui motivi ispiratori di questa disciplina, si veda SCHLOSSER, *Relazione*, cit., p. 123 ss.

⁴⁵ Si veda *supra*, nota 24.

giudice adito di sospendere il processo fin quando non sia stato accertato che il convenuto – secondo il tenore del testo originario – «è stato tempestivamente citato al fine di proporre le proprie difese».

Tale espressione è stata variata al fine di tener conto di una particolarità del diritto processuale del Regno Unito e dell'Irlanda, secondo il quale al convenuto non può essere notificato l'atto di citazione vero e proprio contenente la domanda proposta in giudizio, ma soltanto una *notice* ossia una comunicazione della decisione del giudice di citarli. Il nuovo testo, introdotto dall'art. 12 della Convenzione di adesione, tiene conto di ciò prescrivendo l'accertamento che «al convenuto è stata data la possibilità di ricevere la domanda giudiziale od un atto equivalente, in tempo utile perché questi possa presentare le proprie difese».

10. *Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni*

Le norme della Convenzione di Bruxelles contenute nel titolo III, dedicato all'importante materia del riconoscimento e dell'esecuzione delle sentenze, hanno richiesto nel complesso adattamenti di minor rilievo.

Per quanto concerne il riconoscimento, oggetto della disciplina contenuta negli art. 25-30, due modifiche sono state introdotte nel testo dell'art. 27, ed una in quello dell'art. 30.

Per quanto attiene alla prima norma ricordata, il disposto del n. 2, per cui il riconoscimento non può aver luogo se il convenuto contumace non ha avuto regolarmente ed in tempo congruo notifica o comunicazione della domanda giudiziale, è stato completato attraverso la menzione, accanto alla domanda giudiziale medesima, di «un atto equivalente»: ciò che risponde all'intento di tener conto della prassi processuale anglosassone in precedenza ricordata, per la quale il convenuto all'estero non riceve l'atto contenente la domanda, ma soltanto una comunicazione (*notice*) al riguardo.

Di rilievo assai maggiore la modifica costituita dalla previsione di un nuovo motivo di rifiuto di riconoscimento, introdotto con un nuovo n. 5 dell'art. 27.

La disposizione contenuta in tale nuovo paragrafo è intesa ad impedire che possa venire riconosciuta in uno Stato comunitario la sentenza resa in altro Stato comunitario, qualora essa sia in contrasto con altra decisione resa in uno Stato terzo rispetto agli Stati membri della Comunità (o comunque, non contraente della Convenzione di adesione) fra le stesse parti in una controversia avente lo stesso oggetto e lo stesso titolo. In tal modo, la nuova norma mira a prevenire eventuali difficoltà nei confronti di terzi Stati, le sentenze rese dai quali debbano essere riconosciute in uno Stato comunitario in virtù di apposito accordo internazionale. Come chiarisce, tuttavia, la relazione Schlosser⁴⁶, non si è ritenuto di restringere l'applicazione

⁴⁶ SCHLOSSER, *Relazione*, cit., p. 130 s.

cabilità della norma a tale ipotesi: essa si applica pertanto anche nell'ipotesi che la sentenza resa nello Stato terzo sia riconoscibile soltanto in base al diritto nazionale dello Stato contraente, a prescindere da qualsiasi impegno internazionale.

Un problema a lungo dibattuto dal gruppo di esperti riguarda l'art. 30 della Convenzione di Bruxelles, letto in relazione all'art. 38 della stessa Convenzione.

Tali norme, come noto, prevedono il potere del giudice richiesto di riconoscere o di dare esecuzione ad una decisione resa in un altro Stato contraente, di sospendere il procedimento se la decisione in questione è stata impugnata; l'art. 38 prevede, in particolare, che ciò accade ove la sentenza sia stata impugnata con un mezzo *ordinario*, o il termine per proporre l'impugnazione non sia scaduto. Com'è del pari noto, la Corte di giustizia delle Comunità ha avuto occasione di pronunciarsi sull'interpretazione di queste norme, stabilendo con la sentenza del 22 novembre 1977 (in causa 43/77) che l'espressione «mezzo ordinario» – che la Corte considera riferibile ad entrambe le norme indicate, data la «coesione» delle norme costituenti il titolo III della Convenzione – va interpretata esclusivamente nell'ambito del sistema della Convenzione, e non secondo il diritto dello Stato d'origine, né secondo quello dello Stato del riconoscimento e dell'esecuzione; e che, inoltre, per mezzo ordinario si deve intendere qualsiasi gravame che possa comportare l'annullamento o la riforma della decisione di cui si chiede il riconoscimento o l'esecuzione, che debba essere proposto, nello Stato d'origine, entro un termine fissato per legge che comincia a decorrere in seguito alla decisione stessa⁴⁷.

Senonché gli esperti hanno dovuto prendere atto della circostanza che la distinzione suddetta, nei termini in cui è stata formulata in via interpretativa dalla Corte, non risulta applicabile allo stato del diritto positivo nel Regno Unito ed in Irlanda. E ciò, sia per la complessità e nel contempo la genericità del concetto di appello (*appeal*) nel diritto processuale di tali Stati, sia per il fatto che le sentenze in essi pronunciate non perdono automaticamente la loro efficacia esecutiva perché corre un termine di impugnazione, o perché l'impugnazione è stata proposta, sia infine perché esistono, in base al diritto processuale ivi vigente, alcuni mezzi di impugnazione che non sono legati ad un termine, e sulla proponibilità dei quali decide il giudice discrezionalmente caso per caso⁴⁸.

Dopo aver pertanto cercato lungamente una soluzione sul piano generale, i redattori della Convenzione di adesione hanno dovuto rinunciarvi, ripiegando su di una soluzione pratica che fa assegnamento su di un uso il più possibile equilibrato da parte dei giudici degli Stati continentali del potere discrezionale loro conferito dagli artt. 30 e 38. In particolare, l'art. 30 è stato completato da un nuovo comma, secondo il quale il giudice dello Stato contraente cui sia richiesto il riconoscimen-

⁴⁷ Si veda la decisione del 22 novembre 1977 in causa 43/77 (*Industrial Diamond Supplies c. Riva*), in *Raccolta*, cit., p. 2175 ss.

⁴⁸ Per un'accurata esposizione dello stato del diritto interno degli Stati membri sul punto, cfr. SCHLOSSER, *Relazione*, cit., p. 128 ss.

to di una sentenza resa nel Regno Unito od in Irlanda, la cui esecuzione è sospesa per la presentazione di un ricorso in tali Stati, può sospendere il procedimento, mentre l'art. 38 è integrato da un nuovo comma 2°, inserito fra i due compresi nel testo di Bruxelles, secondo il quale qualsiasi mezzo di impugnazione esperibile nello Stato di origine contro sentenze rese in Irlanda o nel Regno Unito è considerato come «impugnazione ordinaria» ai sensi del comma 1°⁴⁹.

In tema di esecuzione, a parte quanto ora segnalato in relazione alla sospensione del procedimento in caso di impugnazione, l'art. 31 è stato integrato da un nuovo comma 2° per tener conto del fatto che, come si è già segnalato, le circoscrizioni giurisdizionali esistenti nel Regno Unito sono tre, fra loro indipendenti (Inghilterra e Galles, Scozia e Irlanda del Nord). In conseguenza, la *registration* presso l'organo giurisdizionale locale va effettuata separatamente, e con effetti indipendenti, per ciascuna delle tre circoscrizioni di cui si tratta. Viceversa, il gruppo di esperti ha ritenuto di non dover procedere ad adattamenti formali per ciò che concerne il sistema di esecuzione usato, considerando il metodo della *registration* di per sé equivalente a quelli utilizzati al fine dell'esecuzione dal diritto processuale degli Stati continentali.

Le altre norme del titolo III concernenti l'esecuzione delle decisioni sono poi state fatte oggetto di adattamento anzitutto al fine di indicare quali fossero gli organi giurisdizionali competenti in ciascuno dei tre nuovi Stati aderenti al fine di decidere sull'istanza di esecutorietà (art. 32 della Convenzione di Bruxelles e 16 di quella di adesione), sull'opposizione e sull'impugnazione della decisione resa su questa (art. 37 del testo di Bruxelles e 17 di quello di adesione) sull'opposizione contro il rifiuto di esecuzione (art. 40 del testo di Bruxelles e 19 di quello di adesione), e sull'impugnazione della decisione resa su tale ultima opposizione (art. 41 della Convenzione di Bruxelles e 20 di quella di adesione)⁵⁰.

Variazioni sono state poi introdotte nel testo originario dell'art. 44, al fine di migliorare la protezione della parte ammessa al beneficio dell'assistenza giudiziaria, parte che viene senz'altro ammessa all'assistenza più favorevole o all'esenzione più larga dalle spese previste nello Stato in cui l'istanza viene presentata. Il nuovo comma 2° della disposizione esistente in Danimarca in materia di decisioni in tema di obblighi alimentari⁵¹.

Nessun'altra modifica è stata introdotta nelle norme concernenti l'esecuzione,

⁴⁹ Va segnalato, al proposito, l'errore materiale contenuto nel testo italiano della Convenzione di adesione, quale riportato sulla *Gazz. Uff. suppl. ord.* al n. 17, del 19 gennaio 1981, p. 164 in cui la parola «ordinaria» è divenuta «plenaria», ovviamente priva di senso.

⁵⁰ Per i problemi affrontati al riguardo, e le conseguenze sul diritto del Regno Unito, cfr. SCHLOSSER, *Relazione*, cit., p. 133 ss.

⁵¹ In tale Stato, la competenza al riguardo è delle autorità amministrative, la cui attività è gratuita. L'esistenza di questa speciale competenza ha causato anche un'ulteriore modifica consistente nell'introduzione dell'art. V-bis nel testo del protocollo allegato alla Convenzione del 1968, in cui le autorità amministrative danesi vengono ricomprese fra gli organi giurisdizionali menzionati a tutti i fini dal testo convenzionale.

se non per quanto riguarda l'art. 46, n. 2, la cui modifica, risultante dall'art. 22 della Convenzione di adesione, dipende dalle caratteristiche del diritto processuale del Regno Unito e dell'Irlanda, come già rilevato in precedenza a proposito delle modifiche degli artt. 20 e 27 del testo di Bruxelles.

Esenti da modifiche anche le norme contenute nei titoli IV (atti autentici e transizioni giudiziarie) e V (disposizioni generali), salvo – per quanto concerne queste ultime – l'aggiunta all'art. 53 in tema di *trust*, già in precedenza segnalata⁵².

11. *Le disposizioni transitorie*

Per quanto riguarda le *disposizioni transitorie*, l'art. 54 rimane in vigore inalterato per quanto concerne gli Stati membri originari, mentre viene completato, in merito alle relazioni con i nuovi Stati aderenti, o fra di essi dalle norme contenute nel titolo V (artt. 34-36) della Convenzione di adesione.

La disciplina transitoria prevista è diversa per la competenza e per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni. Per quanto concerne la prima, le norme della convenzione di adesione si applicheranno solo alle azioni proposte dopo l'entrata in vigore della medesima: per i nuovi Stati membri è esclusa l'applicazione, in qualsiasi caso, del testo originario di Bruxelles. Invece, per i vecchi Stati membri, la competenza rimane disciplinata dalle regole della Convenzione del 1968 in tutti i casi di azioni instaurate prima dell'entrata in vigore della Convenzione di adesione (ma, ovviamente, dopo l'entrata in vigore di quella di Bruxelles, ossia al 1° febbraio 1973). Secondo l'art. 39 della Convenzione di adesione, questa non potrà che entrare in vigore per tutti e sei gli Stati membri originari.

Diversa la regolamentazione in tema di riconoscimento ed esecuzione. Secondo l'art. 34, n. 1, della Convenzione di adesione, soltanto le norme di questa (e più in particolare, le norme della Convenzione di Bruxelles quali risultano dalle modifiche da essa apportate) saranno applicabili qualora non soltanto la decisione, ma anche l'azione sia stata proposta dopo l'entrata in vigore della Convenzione di adesione. Nei rapporti con uno dei tre nuovi Stati, sarà sufficiente che sia parte della Convenzione quello in cui è richiesto il riconoscimento e l'esecuzione, a nulla rilevando che ancora non lo siano divenuti gli altri due.

Nelle relazioni tra i sei Stati membri originari delle Comunità, le norme del titolo III della Convenzione di Bruxelles modificato diverranno applicabili anche alle decisioni rese dopo l'entrata in vigore della Convenzione di adesione, ancorché a seguito di azioni proposte prima di tale data. Come specifica anche la relazione Schlosser, ciò comporterà la conseguenza che le norme convenzionali nella nuova versione si applicheranno anche con riferimento ad azioni nei confronti di soggetti domiciliati nei nuovi Stati membri: e che una decisione resa nei confronti

⁵² *Supra*, par. 4, lett. b).

di tali soggetti potrà circolare, in base ai principi convenzionali, nei sei Stati originari senza alcun controllo delle regole di competenza applicate, salvo i casi espressamente stabiliti⁵³.

Per quanto concerne invece le relazioni fra i sei Stati membri originari, ed i nuovi Stati membri, oppure tra questi ultimi, le regole applicabili sono enunciate nel terzo paragrafo dell'art. 34 della Convenzione di adesione. Le norme in esso contenute ammettono la possibilità di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in base alle norme del titolo III del testo di Bruxelles modificate dalla Convenzione di adesione, qualora sussistano tre presupposti: *a*) che si tratti di decisioni rese dopo l'entrata in vigore della Convenzione di adesione; *b*) che si tratti di azione proposta anteriormente a tale entrata in vigore, e che *c*) la competenza del giudice che ha pronunciato la sentenza sia fondata su norme conformi alle disposizioni del titolo II di Bruxelles come modificato dalla Convenzione di adesione, oppure alle disposizioni previste da una convenzione internazionale in vigore fra lo Stato in cui la decisione è stata pronunciata e quello in cui il riconoscimento e l'esecuzione sono richiesti al momento della proposizione dell'azione.

12. Rapporti con altre convenzioni

In merito alle disposizioni riguardanti le relazioni con altre convenzioni (art. 55-59 del testo di Bruxelles) ed a quelle finali (art. 60-68), le modifiche introdotte non sono di grande rilievo.

L'art. 24 della Convenzione di adesione aggiunge all'elenco contenuto nell'art. 55 del testo di Bruxelles le convenzioni vigenti fra Regno Unito ed altri Stati in tema di riconoscimento ed esecuzione di sentenze. Rilevante, dal punto di vista italiano la menzione della Convenzione fra Gran Bretagna ed Italia del 7 febbraio 1964, con protocollo di modifica del 14 luglio 1970, che viene sostituito, nelle parti rilevanti, dalle norme convenzionali di cui alla Convenzione di Bruxelles come modificate da quella di adesione.

L'art. 57 della Convenzione di Bruxelles è stato sostituito da un nuovo testo contenuto nell'art. 25 della Convenzione di adesione, al fine soprattutto di chiarire una serie di dubbi sollevati dai delegati dei nuovi Stati membri. Inoltre, l'art. 25 pone una serie di principi applicativi, destinati a valere come vera e propria interpretazione autentica delle norme convenzionali.

Il nuovo testo ribadisce, innanzitutto, che la Convenzione non deroga a quelle, attuali o future, che vincolino gli Stati contraenti in materie particolari, contenendo norme sui temi disciplinati dalla Convenzione di Bruxelles modificata⁵⁴. Viene

⁵³ SCHLOSSER, *Relazione*, cit., p. 138 s.

⁵⁴ Per i particolari e non facili problemi che questa disposizione fa sorgere, e per un elenco esemplificativo delle convenzioni internazionali che possono venire in considerazione, si veda SCHLOSSER, *Relazione*, cit., p. 139 ss.

poi specificato che essa non deroga neppure alle disposizioni di diritto comunitario derivato (o delle relative disposizioni nazionali di attuazione) che regolano questioni ricadenti nel campo di applicazione della Convenzione in materie particolari. Sotto il profilo dell'interpretazione autentica, le norme contenute nel par. 2 chiariscono che le disposizioni di competenza contenute in un'eventuale convenzione internazionale in materia speciale (anche se vigente per uno solo degli Stati membri delle Comunità) vanno considerate in linea di principio come facenti parte della disciplina convenzionale comunitaria, e devono quindi essere rispettate da tutti gli Stati che sono parti di quest'ultima, con le conseguenze relative in tema di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni che ne risultano. Naturalmente, data la delicatezza delle questioni coinvolte dalla norma in questione sotto il profilo dell'interferenza fra più accordi internazionali, e degli interessi di Stati terzi rispetto alla disciplina di Bruxelles, non certo tutte le questioni che potranno sorgere possono trovare risposta netta e precisa nelle norme espressamente poste dalla Convenzione di adesione. E sebbene sino ad oggi l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale intervenuta sulla norma dell'art. 57 non appaia particolarmente rilevante, sembra probabile che essa sia destinata ad arricchirsi in avvenire a seguito dell'adesione dei nuovi Stati e dei problemi resi più espliciti dalle modifiche introdotte dal testo considerato.

Riguarda ancora il problema dei rapporti e delle eventuali interferenze fra norme internazionali contenute in diversi accordi l'art. 59 del testo di Bruxelles, che è integrato dal comma contenuto nell'art. 26 della Convenzione di adesione. Secondo il testo originario, gli Stati contraenti rimanevano liberi di concludere con Stati terzi convenzioni internazionali in tema di riconoscimento ed esecuzione di sentenze, con le quali si impegnavano ad escludere tale riconoscimento ed esecuzione nel caso che la competenza nei confronti del convenuto che fosse domiciliato al di fuori dei territori degli Stati membri originari della Comunità fosse fondata esclusivamente sui criteri indicati nel comma 2° dell'art. 3 della Convenzione di Bruxelles. In questi casi, pur essendo in linea di principio lo Stato membro tenuto in base alla Convenzione di Bruxelles a dare riconoscimento ed esecuzione alla sentenza che fosse stata pronunciata, sulla base dei criteri indicati, in altro Stato membro – e ciò in quanto la Convenzione non impedisce che venga fatto ricorso ai criteri di competenza anche «esorbitante» quando il convenuto sia domiciliato al di fuori della Comunità –, veniva tuttavia ammesso che tale conseguenza fosse esclusa in virtù di apposito impegno internazionale contratto da uno Stato membro con lo Stato terzo nel cui territorio il convenuto aveva il proprio domicilio, o la propria residenza abituale⁵⁵.

⁵⁵ Sulla particolare prospettiva adottata dai redattori della Convenzione di Bruxelles nel porre la norma in questione, si veda la Relazione di JENARD in *G.U.C.E.* n. C 59 del 5 marzo 1979, p. 61 s.; e per l'atteggiamento dei terzi Stati, NADELMANN, *Jurisdictionally improper fora in Treaties on recognition of judgments: the Common Market draft*, in *Columbia law rev.*, 1967, p. 995 ss.; ID., *The Common Market Judgments Convention and the Hague Conference Recommendation: what*

L'aggiunta, che l'art. 26 della Convenzione di adesione introduce nel testo originario della Convenzione di Bruxelles, limita tale possibilità riconosciuta agli Stati contraenti in due casi. Presupposto comune è che la competenza del giudice che ha pronunciato la sentenza sia fondata sull'esistenza sul territorio di beni appartenenti al convenuto, oppure sul sequestro di beni ivi esistenti da parte dell'attore⁵⁶: in questa ipotesi, la libertà degli Stati membri di vincolarsi verso Stati terzi ad escludere il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza viene meno qualora la domanda verta sulla proprietà od il possesso di tali beni, sia volta ad ottenere l'autorizzazione di disporne o sia relativa ad altra causa che li riguarda, oppure se i beni costituiscono la garanzia di un credito che è l'oggetto della domanda. Si è evidentemente ritenuto che in ipotesi siffatte il legame che la situazione presenta con lo Stato in cui i beni si trovano, ancorché non sufficiente a giustificare in linea di principio l'esercizio della giurisdizione qualora il convenuto sia domiciliato nel territorio della Comunità (e, quindi, a costituire un criterio di competenza speciale accanto agli altri previsti dalla Convenzione di Bruxelles), sia tuttavia tale da non giustificare neppure una valutazione tanto negativa sulla sufficienza del collegamento da consentire l'esclusione convenzionale cui fa cenno l'art. 59. La norma appare particolarmente interessante al fine di ricostruire le posizioni degli Stati nuovi aderenti alla Comunità, se si tiene conto del fatto che furono proprio le reazioni degli Stati terzi (ed anche, a quanto consta, del Regno Unito) a provocare l'inserzione nel testo della Convenzione di Bruxelles della norma di cui all'art. 59, per dare qualche soddisfazione alle preoccupazioni degli Stati terzi di fronte alla previsione del perdurante vigore, nei confronti dei soggetti domiciliati nei loro territori, dei criteri di competenza c.d. esorbitante, fra l'altro di quelli indicati nell'art. 3, comma 2°, della Convenzione medesima.

Si riferiscono alle modifiche rese necessarie dalla situazione dei territori facenti parte del Regno Unito e della Danimarca le norme contenute negli arti. 27 e 28 della Convenzione di adesione (modifiche agli arti. 60 e 64 del testo di Bruxelles).

13. *Gli adattamenti ai Protocolli e le disposizioni finali*

La Convenzione di adesione contiene, infine, alcune disposizioni, facenti parte dei titoli da III a VI della medesima, intese ad introdurre norme di adattamento al Protocollo allegato alla Convenzione del 1968, a quello del 1971 sull'interpretazione da parte della Corte di giustizia e norme transitorie e finali. Delle disposi-

steps next?, in *Harvard law rev.*, 1969, p. 1282 ss., ed il mio scritto *Competenza giurisdizionale o diretta e competenza internazionale o indiretta nelle Convenzioni dell'Aja e di Bruxelles*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, p. 66 ss.

⁵⁶ Si tratta dei criteri utilizzati da sistemi processuali quali quello danese, tedesco e del Regno Unito, che vengono considerati come «esorbitanti» dall'art. 3, comma 2°, della Convenzione di Bruxelles, e dall'art. 4 della Convenzione di adesione per quanto riguarda il nuovo testo (v. sopra, par. 3).

zioni transitorie si è già detto (sopra, par. 11). Quanto agli adattamenti dei due protocolli, di essi si è fatto qualche cenno nei luoghi rilevanti⁵⁷, per ciò che concerne il Protocollo allegato alla Convenzione di Bruxelles; in merito a quello del 1971, basti dire che le modifiche non vanno al di là di quanto necessario per tener conto dell'organizzazione giudiziaria dei nuovi Stati contraenti e dei territori che ne fanno parte. Riguardo alla futura applicazione del protocollo del 1971 da parte del Regno Unito (e, forse, anche dell'Irlanda), la relazione Schlosser ha posto in rilievo – senza, peraltro, suggerire alcuna modifica formale al testo vigente – un problema, che potrà sorgere una volta che sia stata emanata la relativa legislazione nazionale di attuazione. Data infatti l'indipendenza del testo di quest'ultima rispetto al testo internazionale secondo i principi tradizionali in tema di attuazione interna degli accordi internazionali nel diritto del Regno Unito (per dirla in termini familiari agli internazionalisti italiani, dato il ricorso al procedimento ordinario di adattamento sempre effettuato dal legislatore del Regno Unito), potrà accadere che, se la legge interna non verrà formulata in modo adeguato, il rinvio pregiudiziale a norma del Protocollo non possa venire effettuato, o non si possa tener conto delle sentenze interpretative emanate dalla Corte di giustizia.

Si tratta di un problema indubbiamente assai delicato, che peraltro non era suscettibile di soluzione attraverso l'introduzione di modifiche al Protocollo in sé stesso, trattandosi di problema inerente alla tecnica di adattamento del diritto interno del Regno Unito, e sul quale non si può che augurarsi che quel legislatore sappia trovare la formula più adeguata allo scopo di un'applicazione uniforme della Convenzione di adesione⁵⁸.

Quanto poi alle disposizioni *finali* è soltanto il caso di segnalare che – secondo quanto dispone l'art. 39 – la Convenzione di adesione richiede, per la sua entrata in vigore, la ratifica da parte di tutti gli Stati membri originari e da almeno un nuovo Stato membro, oltre al decorso dei termini indicati dallo stesso articolo a partire dal deposito dei relativi strumenti di ratifica. A tutto il dicembre 1981, la Convenzione non risulta ancora entrata in vigore: per quanto riguarda l'Italia, essa ha già proceduto all'emanazione della legge di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione della Convenzione, nonché al deposito dello strumento di ratifica in data 7 maggio 1981⁵⁹.

⁵⁷ Si veda sopra, alle note 22, 30, 38 e 51, nonché ai passi rilevanti nel testo.

⁵⁸ *Relazione*, cit., p. 144.

⁵⁹ Si veda il comunicato del Ministero affari esteri in *Gazz. Uff.* n. 183, del 6 luglio 1981, p. 4306.

Sulla riforma del sistema italiano di diritto processuale civile internazionale *

SOMMARIO: 1. Premessa: i lineamenti caratteristici dell'attuale sistema delle norme del diritto processuale civile internazionale italiano. – 2. Sistema interno e Convenzione di Bruxelles del 1968. – 3. Punti qualificanti del disegno di legge in materia di disciplina generale della giurisdizione italiana. – 4. Richiamo alle norme di competenza territoriale e norme autonome di giurisdizione. – 5. Riconoscimento ed esecuzione di provvedimenti stranieri. – 6. Riesame del merito e mezzi di salvaguardia nei confronti di provvedimenti stranieri.

1. *Premessa: i lineamenti caratteristici dell'attuale sistema delle norme del diritto processuale civile internazionale italiano*

Non vi è dubbio che il sistema italiano di diritto processuale civile internazionale, così come risulta dalle norme contenute nel codice di procedura civile del 1942, offra un modello che – quali che ne siano i pregi o i difetti dal punto di vista delle scelte operate – si caratterizza per l'intima coerenza e l'estrema consequenzialità. In tale sistema, infatti, l'ambito della giurisdizione italiana è determinato secondo certi postulati strettamente pubblicistici ed organizzato tutto attorno ad un'idea-guida, ossia all'idea che il processo italiano – accanto all'equivalente giurisdizionale rappresentato dall'arbitrato rituale, anch'esso peraltro permeato di elementi processualistici – sia l'unico mezzo rilevante di composizione delle controversie dal punto di vista dell'ordinamento. Viene dunque considerato coerentemente non soltanto possibile, ma anche desiderabile in quanto rispondente all'interesse pubblico, attrarre alla sfera di esercizio della giurisdizione italiana una gamma di controversie la più ampia possibile. Ad una tale concezione panpubblicistica consegue poi un duplice ordine di conseguenze. Da un lato, il noto principio dell'inderogabilità convenzionale della giurisdizione – secondo la rubrica dell'art. 2 cod. proc. civ. – per tutte le controversie che presentino elementi di collegamento di un minimo di intensità con la sfera sociale dello Stato. Dall'altro, quella della totale irrilevanza rispetto alla giurisdizione italiana della contempora-

* Pubblicato in *Rivista di diritto internazionale*, 1990, pp. 832-848; e in *La riforma del diritto internazionale e processuale. Raccolta in onore di Edoardo Vitta* (a cura di G. Gaja), 1994, pp. 151-171.

nea pendenza di un'identica lite avanti a giudice appartenente ad altro Stato (art. 3 cod. proc. civ.). Il processo straniero risulta dunque, in quest'ottica, fenomeno in linea di principio privo di qualsiasi rilevanza, in nome dei principi teorici della virtuale universalità ed esclusività della giurisdizione italiana; e ciò tutte le volte che particolari regimi convenzionali in vigore con altri Stati non provvedano, in vista delle speciali esigenze della cooperazione internazionale, ad istituire un legame bi- o plurilaterale (e ciò in considerazione, non solo della reciprocità di trattamento insita nel fatto stesso dell'impegno internazionale, ma anche della fiducia che si consideri possibile riporre nel sistema processuale dello Stato straniero considerato)¹.

Sempre in un'identica prospettiva si organizza, secondo il sistema del 1942, la materia dell'efficacia in Italia delle sentenze straniere e degli altri atti ammessi a riconoscimento ed esecuzione. Se il processo straniero come tale ed in quanto tale è fenomeno privo di rilevanza ai fini della soluzione della controversia, esso è anche – e per le stesse ragioni – incapace di concludersi con un atto che si ponga come valutazione definitiva e di per sé giuridicamente vincolante del conflitto di interessi e di pretese, dal quale la lite è sorta e nel quale consiste: la sentenza straniera può, sì, spiegare i suoi effetti in Italia, ma non mai come atto conclusivo di un fenomeno equiparabile al procedimento di composizione della lite avanti al giudice italiano, bensì soltanto come atto al quale *ex post* vengono ricollegate determinate conseguenze previo esame della sussistenza di certi requisiti (e certamente sul principio che viene così alla luce non può incidere, se non dal punto di vista pratico, la soluzione del carattere retroattivo che, secondo la ben nota costruzione della sentenza di delibazione come condizione legale dell'efficacia della sentenza straniera, viene attribuito agli effetti di quest'ultima)².

Sotto questi profili, è dunque ben possibile dire che la codificazione del 1942 porta alla sua ultima e più completa espressione l'idea del *particolarismo statale in materia di giurisdizione*, cancellando ogni residua traccia dell'antico ordine universale delle giurisdizioni che, anche dopo la definitiva disgregazione dell'insieme politico-giuridico che ne aveva consentito l'affermarsi, non aveva cessato di informare ed influenzare, almeno come ideale aspirazione, la dottrina e la prati-

¹ Le caratteristiche indicate nel testo trovano la loro più completa e rigorosa esposizione nell'opera di MORELLI, *Il diritto processuale civile internazionale*, Padova, 1938 (e la seconda edizione, *Diritto processuale civile internazionale*, Padova, 1954). Estremamente significativi al riguardo anche i numerosi scritti di CARNELUTTI, *Clauseole di rinuncia alla giurisdizione italiana*, in *Scritti di diritto processuale*³, I, Padova, 1925, p. 159 ss.; *Limiti della giurisdizione del giudice italiano*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, p. 218 ss.; *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 157 ss.; *Intorno al principio della pienezza della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1942, I, p. 222 ss.

² Per la nascita di questa costruzione, che si pone in antitesi con quella di sapore recezionistico anteriormente sostenuta nella dottrina italiana, e per il suo largo accoglimento anche da parte della giurisprudenza, cfr. da ultimo BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982, p. 154 ss.; VITTA, *Corso di diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 1987, p. 82 ss. In precedenza, ampiamente, MIGLIAZZA, *Le sentenze straniere nel diritto italiano*, Milano, 1968, p. 6 ss.

ca, anche legislativa: da ultimo, con le codificazioni universalistiche di P.S. Mancini³. Ancora nel 1919, e pur nel dichiarato intento di restringere l'apertura, ritenuta eccessiva, del sistema del 1865 nei confronti delle sentenze straniere, il legislatore italiano imponeva in sede di delibazione, con il nuovo testo dell'art. 941 n. 1 del codice di procedura di allora, il controllo della competenza dell'autorità giudiziaria straniera «secondo i principii generali del diritto internazionale, con riguardo particolare alle disposizioni del titolo preliminare del codice civile quando si tratti di sentenza pronunciata contro un cittadino italiano». Disposizione questa criticabile sotto il profilo della formulazione, e tanto più quanto più ci si fosse mossi nell'ambito delle idee che furono poi alla base della codificazione del 1942, ma certo estremamente significativa di un legame con un'antica tradizione⁴. Poco più di vent'anni dopo, qualsiasi sia pur confusa reminiscenza di un qualche condizionamento, fosse pur soltanto di ordine razionale, veniva del tutto cancellata dai nuovi testi per lasciare spazio al riferimento esclusivo ai valori giuridici interni. Ne rimaneva consacrata una costruzione in termini esclusivamente normativistici del sistema della giurisdizione e del riconoscimento ed esecuzione di atti stranieri, sulla base di una netta frattura fra il sistema delle relazioni internazionali e del suo diritto (costruito in termini di meri rapporti fra centri di potere che il diritto valuta solamente sotto il profilo dell'attuazione coercitiva) e quello delle relazioni fra ordinamenti giuridici, che viene invece ridotto a determinazione su piano ideale ed astratto di rapporti fra valori normativi, effettuata in termini eminentemente dommatici.

Certo, non tutti gli echi della primitiva ispirazione universalistica della prima codificazione unitaria potevano dirsi spenti: anzi, in qualche modo questa continuava a influire in modo persino insospettato sul nuovo sistema, pur se in forme e sotto profili profondamente mutati. Così, ad esempio, l'idea dell'esistenza di un diritto nascente a favore della parte interessata al giudicato straniero, che trova nuova traduzione nella costruzione di un diritto soggettivo alla delibazione e della relativa azione come situazione giuridica a sé stante sottoposta a proprie ed autonome vicende: idea che evidentemente contraddice quella che la sorte internazionale della sentenza straniera possa essere ricostruita, e sia destinata a essere realizzata, in termini di rapporti puramente interstatali⁵. Così, ancora, la mancanza di qualsiasi condizione al riconoscimento ed all'esecuzione delle sentenze sotto il profilo del diritto applicato dal giudice straniero al merito della lite, che dunque rimane irrilevante di per sé e come tale, dando largo spazio alla possibilità che il

³ Si veda l'amplessima ricostruzione storica di CONDORELLI, *La funzione del riconoscimento di sentenze straniere*, Milano, 1967, pp. 7-105.

⁴ Per i vari progetti di riforma culminati nell'adozione del decreto Mortara ed i loro motivi ispiratori, si veda *I progetti di riforma del processo civile (1866-1933)* (a cura di Tarzia e Cavallone), Milano, 1989, II, p. 1263 ss.; e, per il controllo della competenza del giudice straniero secondo il testo del 1919, MORELLI, *Il diritto processuale*, cit., p. 324 ss.

⁵ Su questo punto cfr. particolarmente CONDORELLI, *La funzione*, cit., p. 250 ss.; e MIELE (A.), *La cosa giudicata straniera*, Padova, 1989.

diritto interno assuma quale composizione efficace di una lite una valutazione del tutto diversa da quella cui sarebbe pervenuto il giudice italiano che fosse stato direttamente adito per giudicarne⁶. E considerando, poi, il meccanismo della determinazione della c.d. competenza internazionale del giudice straniero, accolto dal n. 1 dell'art. 797 cod. proc. civ., le ipotesi di possibile intervento di un giudice straniero, con le conseguenze appena poste in rilievo, appaiono potenzialmente assai ampie e capaci di estendere in misura assai notevole l'apertura complessiva del sistema verso l'esterno.

Tuttavia, è chiaro che questi vari aspetti possono acquistare rilievo soltanto nell'ambito ed alle condizioni entro i quali li costringono i lineamenti generali del sistema: venendo in tal modo a produrre una sorta di tensione, o di potenziale contraddizione interna, che può spiegare le differenze di atteggiamento di studiosi e giudici a seconda che nella soluzione di singoli problemi interpretativi si facciano prevalere la logica generale del sistema oppure invece i principi dei quali gli aspetti appena ricordati costituiscono parziale manifestazione ed attuazione⁷.

2. Sistema interno e Convenzione di Bruxelles del 1968

La fisionomia del sistema italiano, risultante dai caratteri generali indicati, si è mantenuta sostanzialmente inalterata sino ad oggi, nonostante i radicali mutamenti intervenuti nella vita internazionale ed interna del nostro paese. Rilevanti mutamenti, però, sono stati introdotti con l'organizzazione a livello comunitario europeo di un sistema uniforme di competenze e di circolazione delle sentenze civili, quale risulta dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 e dalle successive convenzioni di adesione dei nuovi Stati membri (Lussemburgo 1978 e 1982, San Sebastiano 1989). Forse, la prassi e la dottrina in Italia non hanno ancora realizzato appieno la portata di vera e propria rivoluzione copernicana in relazione al modo di essere del nostro diritto, che è proprio del nuovo sistema: il quale ultimo è articolato su premesse radicalmente contrastanti con quelle accolte dal primo su tutti i punti che rispettivamente li caratterizzano. Ciò era ovviamente inevitabile, posto che il nuovo sistema si propone di organizzare una sorta di unione giudiziaria fra Stati integrati economicamente e politicamente secondo i principi comunitari e quindi tale da dover essere naturalmente portata a realizzare anche a livello giurisdizionale i postulati essenziali di questa, e perciò a livello di coordinamento delle rispettive giurisdizioni, di litispendenza, di proroga della competenza, di effetti automatici delle decisioni, e via dicendo⁸.

⁶ Si veda ancora CONDORELLI, *La funzione*, cit., spec. p. 108 ss.

⁷ Si vedano le rassegne dei principali problemi interpretativi concreti e le relative soluzioni, alla luce delle diverse impostazioni generali, contenute in CONDORELLI, *La funzione*, cit., p. 160 ss. e MIGLIAZZA, *Le sentenze straniere*, cit., p. 155 ss.

⁸ Si vedano, così, le disposizioni contenute negli articoli 17, 21 e 22, 26 ss. della Convenzione di

Difficilmente dunque si sarebbe potuta immaginare, rispetto all'assetto generale del diritto processuale civile internazionale, una rottura più completa di quella rappresentata dal regime convenzionale di Bruxelles. È pur vero, peraltro, che trattandosi di principi di origine e natura pattizia, destinati a trovare attuazione nell'ambiente particolare dei rapporti fra Stati comunitari, era immaginabile una lettura di tali principi che, valorizzando in modo particolare tale origine – sottolineata e portata ad ulteriori conseguenze dalla competenza interpretativa attribuita alla Corte di giustizia comunitaria dal Protocollo del 1971 – finisse per esaltarne per ciò stesso l'impossibilità di reagire sul corpo dei principi interni e sulla struttura generale del sistema. Ed in effetti, non sembra che i quasi vent'anni ormai trascorsi dall'entrata in vigore della Convenzione nel suo testo originario abbiano visto manifestarsi una particolare espansione dei principi convenzionali per quanto concerne l'applicazione e l'interpretazione del diritto comune.

A lungo termine, comunque, il mantenimento di un regime così differenziato nella materia che ci riguarda non risulterebbe comprensibile, né giustificabile. Pur facendo il debito spazio, ed attribuendo il dovuto peso, alla specificità del fenomeno comunitario ed alle relative esigenze, non sembrerebbe in realtà opportuno che il cammino del diritto comune continuasse lungo una via così divergente rispetto a quella comunitaria come è quella sinora percorsa, quali che ne siano i rispettivi contenuti, specie se si tiene il debito conto delle esigenze più generali della cooperazione internazionale e dell'opportunità di evitare quelle che sono state spesso additate come forme di *euro-chauvinisme*, da un lato, e del disagio risultante sul piano pratico dalla coesistenza di due sistemi profondamente divergenti, dall'altro. Sotto questo profilo, l'occasione della riforma del diritto internazionale privato e processuale si presenta sicuramente come una di quelle da non perdere (resistendo a qualsiasi contraria tendenza quali quelle manifestate in occasione della predisposizione del disegno di legge delega di riforma del codice di procedura civile del 1981, che finiva per riproporre largamente le soluzioni attualmente vigenti)⁹.

Bruxelles (e successive modifiche da parte delle convenzioni di adesione), e su di esse in generale KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*², Heidelberg, 1987; KAYE, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Oxford, 1987.

⁹ Per un esame analitico delle incidenze delle norme della Convenzione di Bruxelles sul sistema italiano, e delle possibilità di tenerne conto in sede di riforma del sistema, si vedano le considerazioni di GAJA, *La Convenzione di Bruxelles del 1968 e la riforma delle norme italiane sulla giurisdizione e sul riconoscimento delle sentenze straniere*, nonché di STARACE, *Le norme della Convenzione di Bruxelles del 1968 relative alla giurisdizione e la loro incidenza sulla riforma del processo civile italiano*, entrambi in *La Convenzione giudiziaria di Bruxelles del 1968 e la riforma del processo civile italiano*, Milano, 1985, rispettivamente pp. 13 ss. e 29 ss. (con riferimento al disegno governativo di legge delega di riforma del codice di procedura civile del 1981).

3. *Punti qualificanti del disegno di legge in materia di disciplina generale della giurisdizione italiana*

Il disegno di legge di riforma ritiene, e giustamente, di ricomprendere nel suo ambito i due settori principali nei quali tradizionalmente si articola e ripartisce la materia del diritto processuale civile internazionale: la determinazione dell'ambito della giurisdizione italiana, da un lato, e l'efficacia delle sentenze e degli atti stranieri, dall'altro. I legami che uniscono queste materie al diritto internazionale privato in senso stretto sono ovvi, e l'unificazione delle relative discipline in un solo testo legislativo non può essere che di vantaggio per l'interpretazione e l'applicazione delle norme che ne fanno parte, e la soluzione dei problemi che ne nascono. L'abbandono del sistema tradizionale, che ricomprende tutti gli aspetti internazionalistici nel codice di procedura civile, è dunque largamente compensato da tali vantaggi, oltre a corrispondere del resto a molti fra gli esempi europei più recenti¹⁰.

Per ciò che concerne i punti qualificanti del disegno di legge in materia di *giurisdizione*, si può anzitutto dire che esso innova profondamente rispetto all'attuale sistema introducendo una serie di principi – spesso ispirati dalle norme della Convenzione di Bruxelles – che vanno in sé considerati con favore. Ciò va detto per quanto riguarda in particolare l'ammissione della derogabilità della giurisdizione italiana, riconosciuta dall'art. 4 del disegno di legge con il solo limite dei diritti indisponibili e della forma scritta¹¹, e per il riconoscimento della rilevanza della litispendenza all'estero (art. 7). Con l'adozione di tali principi, l'ordinamento italiano sarebbe finalmente in grado di cancellare alcuni lineamenti che lo caratterizzano (contrapponendolo a quelli di Stati con i quali più frequenti sono i rapporti giurisdizionali), provvederebbe ad una soddisfacente coordinazione della propria con le altrui giurisdizioni e supererebbe finalmente il punto di vista «geocentrico» che ancor oggi lo caratterizza in questa materia, senza che a ciò appaia in verità corrispondere uno specifico interesse statale degno di tutela¹².

Di fronte all'auspicabile introduzione di questi nuovi principi, hanno carattere certamente secondario alcuni rilievi che pure potrebbero essere fatti sul modo in cui alcune fra le norme pertinenti sono state redatte. In primo luogo, può destare perplessità il riferimento ai diritti indisponibili come limite di ammissibilità della deroga: la relativa nozione, come è ovvio, è mutuata dall'attuale disciplina della materia arbitrale, ed in particolare dall'art. 806 cod. proc. civ. in relazione all'art.

¹⁰ Si vedano al riguardo gli esempi di leggi o progetti stranieri riportati in Consiglio nazionale del notariato, *Problemi di riforma del diritto internazionale privato italiano*, Milano, 1986, p. 721 ss., quasi tutti dedicati sia al diritto internazionale privato in senso stretto, sia al diritto processuale civile internazionale. Successivamente, com'è noto, è entrata in vigore la legge svizzera del 18 dicembre 1987, sulla base del progetto del 1982 pubblicato nella raccolta appena citata.

¹¹ Forma peraltro richiesta solo *ad probationem*. Nessun limite è previsto per ciò che attiene a cittadinanza, residenza o domicilio delle parti.

¹² Se non ai postulati di carattere meramente teorico ricordati in precedenza al par. 1 e nota 1.

1966 cod. civ., ma è ben noto quali e quante incertezze sorgono in concreto quando si tratti di tracciare i limiti alla competenza arbitrale al riguardo (per fare un solo esempio, nella materia delle norme a tutela della libertà di concorrenza, comunitarie od interne). Un diverso riferimento, od una precisazione circa il modo in cui il limite del carattere indisponibile è destinato ad operare, sarebbero pertanto opportuni¹³. Per fare qualche altro esempio: l'art. 4 n. 4 del disegno di legge richiama in modo non del tutto chiaro la Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, che pure già ricade nell'ambito della generale previsione dell'art. 2. Anche il ricorso alla denominazione, pur tradizionale, di arbitrato «estero» desta qualche perplessità, sia per i mai del tutto dissipati dubbi circa la soluzione del problema della «nazionalità» dell'arbitrato, sia – soprattutto – per il fatto che già pendeva avanti al Parlamento il disegno di legge di riforma delle disposizioni del codice di procedura civile in materia di arbitrato (n. 633 del 23 settembre 1992) che reca disciplina della nuova figura dell'arbitrato internazionale¹⁴. Il richiamo alla semplice nozione di arbitrato estero, che non appare più esauriente della realtà arbitrale e potrebbe essere sostituita dall'idea dell'arbitrato «non nazionale» o non sottoposto al diritto italiano in via esclusiva, potrebbe essere perciò evitato¹⁵; e comunque, perlomeno, coordinato con quanto previsto dalla normativa concernente l'arbitrato. Un coordinamento appare auspicabile anche sotto il profilo della determinazione degli effetti dell'accordo arbitrale in ordine all'esercizio della giurisdizione italiana, che come tale naturalmente la Convenzione di New York non considera¹⁶.

In materia di litispendenza e pregiudizialità, l'art. 7 del disegno di legge utilizza una formulazione che lascia pensare all'esistenza di un potere discrezionale del giudice italiano. Un dubbio del genere merita di essere senz'altro escluso, ed il giudizio circa l'efficacia in Italia del provvedimento straniero di essere ancorato a parametri obbiettivi. Ciò in armonia con il tradizionale carattere obbiettivo delle norme italiane in materia di giurisdizione, in conformità del resto ai normali principi del nostro sistema¹⁷.

¹³ Del resto la tendenza attuale della prassi è nel senso di cercare di limitare l'esclusione della competenza arbitrale, limitando la portata del riferimento ai diritti non disponibili (si veda ad es. Cass., 26 maggio 1989 n. 2406, in *Giust. civ.*, 1989, I, 2405 ss.): ma lo strumento utilizzato a tal fine rimane incerto, e risulta pertanto opportuno cercare di evitare che le attuali incertezze si riproducano anche in sede di interpretazione dell'eventuale nuova regola in materia di derogabilità.

¹⁴ Il disegno di legge è stato approvato in via definitiva dal Senato il 22 dicembre 1993.

¹⁵ Già dalle vigenti convenzioni internazionali, infatti, il fenomeno dell'arbitrato internazionale, inteso come collegato a più ordinamenti giuridici e non necessariamente ad uno solo, risulta positivamente disciplinato, anche se in misura non completa.

¹⁶ Com'è noto, infatti, l'art. II, par. 3, si limita a fare obbligo agli Stati parti di «rinviare le parti all'arbitrato», lasciando al diritto nazionale la determinazione delle modalità e degli strumenti tecnici da utilizzare a tale scopo.

¹⁷ Né, d'altronde, l'introduzione di un diverso sistema – che non pare tuttavia voluto dal disegno di legge – apparirebbe di per sé auspicabile.

4. *Richiamo alle norme di competenza territoriale e norme autonome di giurisdizione*

Maggiori dubbi sorgono per quanto attiene alla disciplina contenuta nel progetto in merito alla determinazione dell'ambito riservato alla giurisdizione italiana. Il disegno di legge sembra abbandonare in linea di principio la soluzione affermatasi come classica nel nostro paese, che consiste nel porre norme generali specificamente intese a risolvere il problema di giurisdizione nei confronti dello straniero convenuto in giudizio in Italia definendo i criteri di collegamento rilevanti a questo riguardo, a favore di un sistema di tipo germanico, che si risolve in un mero riferimento alla competenza per territorio del giudice: sicché la giurisdizione sussisterebbe tutte le volte che un giudice italiano è competente per territorio¹⁸.

Sull'opportunità di una tale rottura rispetto alla tradizione si potrebbe, evidentemente, discutere a lungo, senza che – ritengo – sia possibile individuare ragioni decisive a favore dell'una o dell'altra tesi. Ciò che peraltro colpisce nel testo del progetto è la *sovrapposizione* che viene attuata fra un tale metodo – considerato, a quanto sembra, dalla relazione al disegno di legge come quello accolto in via di principio – e quello, opposto, che consiste nella previsione di norme apposite aventi invece il compito di determinare in via autonoma criteri specifici di giurisdizione. Norme del genere sono, in fatto, relativamente numerose: lo stesso art. 3 n. 1 del disegno di legge ne fornisce un esempio, che la relazione giustifica (anche) con l'opportunità di tenere conto delle abitudini degli operatori. In realtà, le norme «speciali» di giurisdizione sembrano assumere, nell'insieme del progetto, una consistenza assai ampia, sino al punto di contraddire nei fatti la premessa dichiarata ed in taluni casi finendo per addirittura ampliare la sfera della giurisdizione italiana anche rispetto a quella assegnatale nell'attuale sistema, unanimemente considerata peraltro troppo estesa (si vedano le norme in materia di matrimonio, successioni, ecc.)¹⁹.

Altro elemento, che nettamente sembra distinguere il progetto dall'attuale sistema, è l'eliminazione della cittadinanza del convenuto come fattore decisivo per l'impostazione stessa del problema di giurisdizione, per sostituirlo con i criteri del domicilio o della residenza (art. 3 n. 1). Dichiaratamente, la soluzione si ispira a quella della Convenzione di Bruxelles, in cui è peraltro correlata al principio dell'eliminazione di ogni discriminazione fondata sulla nazionalità. Ma la presenza delle norme «speciali» di cui si è detto lascia poi l'impressione che l'eliminazione che si è voluta attuare sia più apparente che reale, dato il grande numero di collegamenti che finiscono per fondarsi appunto sulla cittadinanza: ed in tal modo,

¹⁸ Per considerazioni comparative al riguardo cfr. GIULIANO, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*², Milano, 1970, p. 10 ss.

¹⁹ Si vedano gli articoli 32 (matrimonio e divorzio), 37 (filiazione), 38 (protezione dei minori), 40 (protezione dei maggiori d'età), 46 (successioni).

quest'ultima, negata in via di principio come fattore rilevante, viene a riacquistare rilevanza nell'ambito di quelle numerose norme.

Insomma: se l'abbandono della cittadinanza come *principio* di base della disciplina della materia, prima ancora che come *criterio* di giurisdizione, si ritiene opportuno, è dubbio che poi si debba ricorrere alla medesima in un così rilevante numero di ipotesi; se invece questo ricorso va considerato utile od inevitabile, allora è la stessa premessa che deve essere rimeditata.

In via generale, poi, si ha il dubbio che anche sotto i profili appena ricordati la miscela fra principio generale e norme speciali di giurisdizione non sia troppo ben riuscita, e che in molte fra le materie speciali considerate l'estensione della giurisdizione italiana finisca per dilatarsi eccessivamente, divergendo assai dalle soluzioni di Bruxelles. E d'altra parte, anche i confini che la giurisdizione viene ad assumere utilizzando i criteri di competenza territoriale non sono sempre da considerare come necessariamente adeguati: basti pensare al criterio del domicilio o della residenza dell'attore, che viene ad essere assunto quale criterio di giurisdizione nell'ipotesi di residenza o domicilio del convenuto all'estero, sebbene si concordi generalmente sull'opportunità di non far dipendere la giurisdizione da circostanze personali attinenti all'attore stesso («privilegio del foro» può essere, in realtà, tanto la nazionalità dell'attore quanto altre circostanze riguardanti quest'ultimo). Cioè, se il ricorso ai principi sulla competenza territoriale veniva inteso dal progetto come portato di un'impostazione teorica generale, allora esso avrebbe dovuto – a quanto sembra – escludere un così vasto numero di aggiunte e deroghe; se, invece, vi si vedeva un mezzo utile in considerazione del risultato ultimo cui esso può portare, allora quei principi avrebbero potuto forse essere più attentamente valutati. In ogni caso, una più attenta considerazione dei principi della Convenzione comunitaria apparirebbe opportuna al fine di determinare quanto in essa è strettamente dipendente da elementi propri del particolare sistema al quale essa inerisce e quanto invece è traducibile in norme applicabili in via generale anche al di là dei confini comunitari²⁰.

5. *Riconoscimento ed esecuzione di provvedimenti stranieri*

Venendo ora al titolo IV del disegno di legge, che riguarda l'efficacia di sentenze ed atti stranieri, va subito rilevato che l'apparente simmetria formale rispetto alle attuali norme del codice di rito cela notevoli innovazioni di ordine sostanziale.

In armonia con il sistema adottato da numerose convenzioni internazionali nella materia in questione (fra cui, come è noto, quella di Bruxelles) e con la riconosciuta rilevanza della pendenza del procedimento all'estero, alla sentenza straniera

²⁰ Si vedano in via generale le considerazioni svolte nelle relazioni indicate alla nota 9 che precede.

è riconosciuta automaticamente efficacia in Italia, senza necessità di ricorso ad alcun procedimento. Questa soluzione, come si accennava, recupera posizioni più antiche ma ben note alla tradizione giuridica italiana²¹, collocandosi – comunque – nell’ambito di uno schema che non tocca la fisionomia generale dell’istituto. Del resto, l’attuale esclusione di qualsiasi effetto della sentenza straniera a prescindere dalla dichiarazione di efficacia in Italia è affermazione, a ben vedere, ben più teorica che pratica, posto che l’istituto della c.d. delibazione incidentale (art. 799 cod. proc. civ.) attenua, sino quasi a farle scomparire, le differenze esistenti in linea teorica fra i due diversi sistemi²². Nel disegno di legge rimane così inalterata la necessità del controllo della sussistenza di determinati requisiti elencati dall’art. 64 lungo la falsariga dell’attuale art. 797 cod. proc. civ.; e la necessità del ricorso alla corte di appello quando si voglia procedere ad esecuzione forzata (art. 67 del disegno di legge), oltre che nel caso di «mancata ottemperanza» o «contestazione» del riconoscimento della sentenza straniera.

Circa l’identificazione degli atti riconoscibili, ed in particolare degli atti qualificabili come sentenze, alcune considerazioni di rilievo sono contenute nella relazione a proposito dell’art. 64: ma è da chiedersi se alcune fra le affermazioni ivi contenute non avrebbero trovato la loro sede più propria nell’ambito del vero e proprio contenuto normativo degli articoli del progetto. Si veda, in particolare, l’affermazione che «per sentenza si intende anche la decisione amministrativa o comunque di una pubblica autorità, non identificabile con quella giudiziaria, in materie che in Italia sono trattate dal giudice e decise con sentenza». Si tratta di una proposizione che non sembra discendere immediatamente dall’applicazione dei principi più generalmente ricevuti in questa materia: e che, quindi, sembra presupporre una specifica indicazione a livello legislativo.

Quanto alle condizioni richieste per il riconoscimento l’art. 64 del disegno di legge si mantiene in larga parte aderente al sistema vigente. Inalterato è, così, il concetto della c.d. competenza internazionale del giudice straniero, che viene riferita ai «principi sulla competenza giurisdizionale propri dell’ordinamento italiano». A questo proposito, ci si potrebbe chiedere se il riferimento sia davvero giustificato, e – in ogni caso – se non valga la pena di cogliere l’occasione di chiarire ulteriormente l’idea del ricorso a tali «principi» come contrapposti alle singole specifiche norme di competenza giurisdizionale (che poi, nel disegno di legge, conducono a loro volta spesso alle norme di competenza territoriale). Nel testo dell’attuale art. 797 cod. proc. civ., il riferimento ai «principi» consente spesso di

²¹ E noto che in questo senso era infatti la posizione adottata dalla codificazione del 1865, che solo richiedeva l’azione di delibazione per l’esecuzione forzata della decisione straniera: si veda MIGLIAZZA, *Le sentenze straniere*, cit., p. 20 ss. (significativo era al riguardo l’art. 10 disp. prel. cod. civ. 1865).

²² Tanto che è stato sostenuto che da tale norma dovrebbe desumersi anche per il diritto attualmente vigente l’efficacia automatica di giudicato (CAPPELLETTI, *Il valore delle sentenze straniere in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, p. 192 ss.). Sull’istituto ed il suo significato, cfr. anche BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 159 ss.

svincolare l'interpretazione dal rigido riferimento alle norme positive in materia di giurisdizione, collocandola su di un piano di più elevata razionalità e generalità: ma vi è da chiedersi se la riforma non possa costituire il veicolo di una più decisa collocazione dei principi in parola a livello veramente internazionale, attraverso un qualche riferimento al carattere razionale che, stando alla base dei criteri positivamente adottati dal legislatore italiano, solo ne consente – al di là di una qualsiasi meccanica trasposizione – l'utilizzazione al fine di valutare l'adeguatezza dell'intervento di un giudice straniero nella decisione di una determinata lite, o nella costituzione o modificazione di una determinata situazione giuridica. Sottolineando questo specifico aspetto – recuperabile forse sul piano interpretativo, ma certo meritevole di adeguata valorizzazione –, il disegno di legge si manterrebbe del tutto coerente al suo carattere di apertura internazionalistica, capace di recuperare posizioni più antiche oscurate dal carattere coerentemente nazionalistico della codificazione del 1942²³.

Del tutto condivisibili sono, poi, alcune modifiche proposte all'attuale testo dell'art. 797: per ciò che riguarda la tutela del *due process of law*; la previsione che la sentenza italiana capace di precludere il riconoscimento deve essere passata in giudicato e quella che condiziona il rilievo della pendenza di una causa in Italia per il medesimo oggetto e fra le stesse parti del giudizio straniero al fatto che essa sia stata iniziata *prima dell'inizio* del procedimento straniero.

La revisione delle condizioni attualmente previste per la dichiarazione di efficacia in Italia delle sentenze straniere è stata dunque attuata dal disegno di legge in un'ottica di evidente favore per la circolazione internazionale delle sentenze, mantenendo fermi gli elementi già desumibili in questa direzione dal sistema attuale – come la mancanza di qualsiasi controllo del diritto applicato dal giudice straniero al merito della lite – ed ulteriormente perfezionandoli. Proprio questo, però, renderebbe particolarmente opportuno e coerente uno sforzo – forse non facile, ma certo lodevole – nel senso di ulteriormente svolgere la nozione di competenza internazionale del giudice straniero precisandone il riferimento a nozioni di universale validità e non a quanto specificamente previsto sul piano del diritto interno, secondo quanto in precedenza si è indicato. Sarebbe altresì preferibile, in conformità con quanto indicava il progetto della Commissione, sostituire la nozione di passaggio in giudicato della sentenza che ha sapore troppo provinciale, essendo come tale sconosciuta a larga parte dei sistemi giurisdizionali esistenti, con quella di non proponibilità di impugnazione ordinaria, secondo la nozione accolta in sede comunitaria.

A prescindere da questi rilievi, il disegno di legge si presenta, per la parte qui esaminata riguardante l'efficacia di atti stranieri, come idoneo a rispondere alle più generalmente sentite esigenze della pratica ed ai più moderni indirizzi teorici,

²³ Cfr. CONDORELLI, *La funzione*, cit., p. 179 ss. per ampie considerazioni circa la frequente equiparazione fra «principi» e «norme» sul piano dell'interpretazione dell'art. 797 n. 1 cod. proc. civ., e circa la necessità di non appiattire completamente i primi sulle seconde.

in particolare ricomponendo quella totale frattura fra processo interno e processo estero che risulta dal sistema attuale ma corrisponde ad una pagina definitivamente superata dello svolgimento storico della disciplina. Anche le norme contenute nel disegno di legge per atti diversi dalle sentenze straniere si prestano a completare un quadro di insieme sufficientemente progredito e completo. E opportuno poi rilevare che queste norme disciplinano anche una forma di efficacia dell'atto straniero largamente nota alla pratica, ma oggetto di assai differenti inquadramenti teorici e comunque sin qui priva di regolamentazione legislativa specifica. Si tratta dell'ipotesi del richiamo di sentenze ed atti stranieri sulla base delle norme di diritto internazionale privato, che il disegno di legge disciplina separatamente per i provvedimenti stranieri in materia di capacità delle persone, rapporti di famiglia e diritti della personalità, da un lato, con l'art. 65, e per gli atti di giurisdizione volontaria in generale, dall'altro, con l'art. 66. Pur trattandosi di ipotesi ormai largamente entrate nell'esperienza giurisprudenziale²⁴, una regolamentazione specifica, nell'ambito di un progetto esteso e completo come l'attuale, si può in linea di principio considerare opportuna. Alcune perplessità sulla concreta redazione e portata dei testi appaiono, però, giustificate. In primo luogo, desta sorpresa l'esclusione nell'art. 65 della materia dei diritti reali, nella quale egualmente l'efficacia di atti in base ai principi internazionalprivatistici è largamente riconosciuta. E ben vero che, in concreto, le relative decisioni troveranno riconoscimento in base all'art. 64 sotto il profilo della competenza internazionale del giudice straniero, derivante dal criterio del *situs rei*: ma in questo caso, il riconoscimento atterrà all'atto giurisdizionale come tale considerato, e non ai suoi effetti privatistici come quelli che sembrano presi a punto di riferimento esclusivo dall'art. 65. In secondo luogo, proprio in vista di quest'ultima circostanza, mal si spiega il controllo sia pure limitato che l'art. 65 prevede per quanto concerne gli effetti della decisione e il rispetto dei diritti della difesa, posto che comunque in caso di contrarietà all'ordine pubblico l'esclusione sarebbe derivata già dal normale operare del limite nei confronti del diritto straniero come tale. Infine, non si comprende perché il riconoscimento sia definito come «automatico» soltanto con riferimento agli atti di volontaria giurisdizione, e non anche nel caso dell'art. 65. Insomma, l'esatto fondamento attribuito dal progetto alle ipotesi di riconoscimento in parola appare tutt'ora un po' incerto: e vien da chiedersi se, allora, non convenisse limitarsi a fare salva l'ipotesi di effetti di atti stranieri sulla sola base di norme di diritto internazionale privato, tutte le volte che tali effetti si producano secondo l'ordinamento competente in base a tali norme, senza tentare di definirli o di condizionarli ulteriormente.

Rimane infine inalterata, e già lo si è rilevato, l'esclusione – che è già acquisita al diritto positivo attuale – di qualsiasi controllo in ordine al diritto applicato dal

²⁴ L'esatto inquadramento teorico del fenomeno è, tuttavia, assai discusso, pur concordandosi sul rilievo dei normali meccanismi internazionalprivatistici al riguardo. Per una sintesi, ed i necessari riferimenti, cfr. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 406 ss.

giudice straniero, in armonia con l'ispirazione fondamentale dell'istituto nella sua funzione logica e storica: e su questa impostazione non si può, naturalmente, che convenire.

6. *Riesame del merito e mezzi di salvaguardia nei confronti di provvedimenti stranieri*

Qualche considerazione è infine opportuna in merito agli strumenti di difesa nei confronti di atti e sentenze straniere dei quali si chiede riconoscimento ed esecuzione in Italia.

Secondo il disegno di legge, tali strumenti si raggruppano, in sostanza, attorno a due poli: quello per così dire procedimentale, che prevede l'ostacolo al riconoscimento attinente alla violazione dei diritti di difesa, e quello di carattere sostanziale, costituito dal già ricordato limite dell'ordine pubblico. L'esclusione di qualsiasi altro mezzo di controllo è nel progetto coerente con la generale apertura internazionalistica che vi sta alla base, e che come tale deve essere certamente condivisa. Rimane tuttavia da chiedersi se il sistema proposto sia da considerarsi adeguato sotto il profilo dei mezzi di tutela nei confronti degli atti stranieri che, pur rispettosi dei diritti di difesa da un punto di vista formale, presentino però, per il loro contenuto o per il modo in cui sono venuti a formazione, aspetti contrastanti con principi fondamentali di giustizia, senza per ciò concretare, tecnicamente, un contrasto con l'ordine pubblico internazionale (che, nel disegno di legge, è riferito ad un contrasto delle disposizioni contenute nella sentenza straniera)²⁵.

Nell'attuale sistema, fenomeni del genere sono contemplati dal noto istituto del riesame del merito secondo le previsioni dell'art. 798 cod. proc. civ. Com'è noto, questa norma contempla come ipotesi idonee ad aprire la strada al riesame del merito della lite decisa all'estero, da parte del giudice italiano, quella della contumacia del convenuto nel processo straniero e quelle di revocazione secondo l'art. 395 cod. proc. civ. (eccettuata l'ipotesi di cui all'art. 395 n. 5 che già trova riscontro nell'art. 797 n. 5 ed impedisce senz'altro l'efficacia della decisione straniera).

L'istituto del riesame del merito viene cancellato dal disegno di legge, e se ne comprendono facilmente le ragioni: esso infatti, in quanto negazione radicale della circolazione internazionale della sentenza, risulta ripugnante rispetto ai postulati internazionalistici che, manifestamente, il progetto fa propri. E del resto si tratta di istituto che da sempre la dottrina considerava come eccezionale rispetto al sistema²⁶.

²⁵ L'aspetto sicuramente più rilevante sotto questo profilo è quello della frode nel giudizio straniero, che l'esperienza comparativa dimostra generalmente considerata come ostacolo al riconoscimento della sentenza ottenuta in base ad essa: cfr. MIELE (A.), *La cosa giudicata*, cit., p. 107 ss.

²⁶ Sul riesame del merito in via generale cfr. MIELE (A.), *op. loc. cit.*, anche per tutti i riferimenti.

Tuttavia, un'attenta riconsiderazione delle varie ipotesi considerate dall'art. 798 cod. proc. civ. sarebbe probabilmente opportuna. Si può facilmente convenire sull'opportunità di negare al mero fatto della contumacia del convenuto nel processo straniero l'idoneità a dar vita al diritto di quest'ultimo di ottenere il riesame da parte del giudice della delibazione, posto che ciò va sicuramente oltre il segno ed apre la strada alla negazione di qualsiasi effetto al provvedimento straniero. Peraltro sono del tutto diverse le esigenze che stanno alla base delle altre ipotesi previste dall'art. 798, ossia di quelle di revocazione, che malamente sono da questa norma accomunate nell'identico trattamento a quella di contumacia del convenuto. Di fronte ad un'ipotesi di frode commessa da una parte ai danni dell'altra, ad esempio, l'esclusione di qualsiasi rimedio appare eccessiva. La previsione di ipotesi del genere come ostative al riconoscimento ed all'esecuzione, o come motivi di riesame del merito della lite, non contraddirebbe affatto la logica del sistema né le ragioni dell'istituto, le quali al contrario verrebbero tradite se venisse ammessa senza possibilità alcuna di rimedio la circolazione di sentenze così gravemente viziate da ingiustizia. In ipotesi del genere, non sembra giustificabile la limitazione delle possibilità di rimedio all'esperimento dei ricorsi propri del paese di origine della sentenza, posto che in concreto il problema sorgerà proprio quando il sistema processuale di origine si sia dimostrato, per l'una o per l'altra ragione, incapace di tutelare sufficientemente le ragioni del soccombente. Né, d'altronde, il ricorso al limite dell'ordine pubblico potrà essere idoneo ad impedire il risultato pregiudizievole, posto che non si tratterà di contrasto delle disposizioni contenute nella decisione straniera presentata per la delibazione. Per queste ragioni, del resto, alcune convenzioni internazionali già considerano espressamente la frode come ipotesi di impedimento al riconoscimento ed all'esecuzione (si veda l'art. III, par. 1, c) della Convenzione fra Italia e Regno Unito del 7 febbraio 1964, nel quale la frode costituisce un'ipotesi autonoma rispetto sia alla violazione del diritto di difesa, sia alla contrarietà all'ordine pubblico)²⁷. Una tutela del soccombente in ipotesi di questo genere – certo, non frequenti in pratica, ma gravissime nelle loro conseguenze – non può essere ragionevolmente esclusa del tutto, ed un vaglio di tipo puramente procedimentale non risulta sufficiente.

Insomma, le esigenze della collaborazione internazionale non possono far dimenticare che l'ordinamento deve pur munirsi di qualche strumento capace di frustrare l'eventualità di abusi ai danni dei convenuti in processi stranieri (cittadini, residenti o domiciliati che siano), nei casi in cui sistemi giurisdizionali stranieri si siano dimostrati incapaci di impedirli. Come si è già ricordato, è importante caratteristica del sistema italiano in materia di riconoscimento ed esecuzione di atti stranieri l'aver individuato al riguardo l'esistenza di un vero e proprio diritto soggettivo dell'interessato a far valere il provvedimento emanato all'estero, ponendo

²⁷ Il fatto che la sentenza straniera sia stata ottenuta con *fauci* è considerato come motivo ostativo al riconoscimento ed all'esecuzione dalla *common law* in genere: cfr. CHESHIRE, *Private International Law*¹⁰ (a cura di North), London, 1979, p. 658 ss.

così in primo piano l'aspetto interindividuale di fronte e al di sopra di quello interstatale. Quest'impostazione deve, ovviamente, valere non solo a favore di chi sia nella condizione di invocare a proprio vantaggio gli effetti di un provvedimento straniero, ma anche a favore di chi si trovi soggetto a tali effetti in virtù del diritto nascente dal giudicato straniero. E le esigenze della cooperazione internazionale devono cedere di fronte alla necessità che la tutela di quest'ultimo sia effettiva e completa. In questa prospettiva, un completo abbandono della possibilità di procedere ad un riesame del merito – o, comunque, di rifiutare riconoscimento ed esecuzione del provvedimento straniero in casi del tipo menzionato – può risultare in un'ingiustizia non dissimile da quella che si verificava, ed era stata più volte lamentata, in merito alle azioni cautelari ed esecutive su beni appartenenti a Stati esteri in base alla legge 15 luglio 1926 n. 1263, quale risultato di un eccessivo sacrificio del diritto soggettivo del privato rispetto al preteso interesse pubblico al mantenimento di buone relazioni con gli altri Stati²⁸.

²⁸ Sacrificio ritenuto peraltro compatibile con l'art. 24 Cost. da Corte cost., 13 luglio 1963 n. 135, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 116 ss., nota DENTI, *Il diritto di azione e la Costituzione*. Come è noto, la legge è stata abrogata per effetto della sentenza della Corte cost., 15 luglio 1992 n. 329, in *Riv. dir. int.*, 1992, p. 394 ss. (ivi, p. 356 ss., un commento di RADICATI DI BRÖZOLO, *La coercizione sui beni stranieri: l'Italia volta finalmente pagina*).

Giurisdizione e competenza nel sistema della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La tradizionale scissione fra norme di giurisdizione e norme di competenza nel sistema italiano. – 3. Significato, determinazione e criteri della «competenza giurisdizionale» nel sistema di Bruxelles. – 4. Impossibilità di distinzione fra giurisdizione e competenza nello «spazio giudiziario comunitario» in materia civile. – 5. Carattere «comunitario» della Convenzione di Bruxelles. – 6. Le competenze speciali nella Convenzione di Bruxelles: il *forum solutionis*. – 7. (*Segue*): Il foro della succursale, agenzia od altra filiale. – 8. (*Segue*). Il caso di litisconsorzio secondo l'art. 6.1 della Convenzione.

1. Premessa

In materia di competenza giurisdizionale più che in ogni altra sua parte, la Convenzione di Bruxelles richiede all'interprete educato nell'ambito dei principi propri del sistema italiano uno sforzo considerevole al fine di cogliere in modo adeguato i caratteri specifici ed originali della struttura da essa creata. È qui infatti, più che altrove, che si manifesta pienamente la novità della creazione comunitaria del 1968: ed è qui che si rivela particolarmente inadeguato un semplice apprezzamento dei caratteri del sistema convenzionale – quali esso presentava all'origine, ed ancor più quali sono venuti a rivelarsi negli anni successivi nel corso dell'applicazione – secondo il consueto paradigma del carattere «speciale» del sistema stesso, in quanto nascente da un trattato internazionale, rispetto al regime generale risultante dal diritto interno, in base ad uno schema logico che si tende frequentemente ad applicare.

La realtà è che, così come in tanti altri settori investiti dal fenomeno dell'integrazione comunitaria, anche in questo l'intervento del diritto europeo obbliga a rimettere in questione tradizionali certezze ed a guardare in una nuova luce a settori dell'ordinamento che sono abitualmente considerati oggetto di gelosa riserva da parte del legislatore nazionale, tutto ciò recuperando punti di vista più antichi e

* Pubblicato in *Diritto del commercio internazionale*, 1991, pp. 63-77.

Il presente scritto costituisce una delle relazioni presentate alla XXII Tavola Rotonda di diritto comunitario tenutasi presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano in data 17 novembre 1989. Sono state omesse le parole di circostanza e aggiunte le note. [Nota nell'originale].

valorizzando elementi significativamente presenti nell'esperienza giuridica universale¹.

La presente relazione intende sinteticamente puntualizzare i più significativi lineamenti risultanti dal sistema di Bruxelles nella materia che interessa.

2. *La tradizionale scissione fra norme di giurisdizione e norme di competenza nel sistema italiano*

Come è noto, viene normalmente – e giustamente – considerato quale aspetto essenziale e qualificante del sistema italiano in materia di giurisdizione (intendendosi per tale l'estensione del potere giurisdizionale di tutti i giudici dello Stato nel loro insieme nei confronti degli stranieri) la netta distinzione esistente fra il sistema delle norme che la determinano e la regolano, e quello delle norme concernenti la determinazione della competenza territoriale (a tacere, naturalmente, degli altri tipi di competenza puramente interna). Tale distinzione e tale separazione risultano anzitutto da elementi di diritto positivo, che connotano il sistema italiano nei confronti di quelli di altri Stati, europei e non, informati a principi diversi. Ma esse sono state portate poi a conseguenze estreme sul piano teorico, essendosi affermata in via del tutto astratta e generale l'assenza di qualsiasi analogia fra il fenomeno della competenza giurisdizionale, e le relative norme, e quello della competenza territoriale interna.

Si veda quanto scriveva già nel 1938, e poi ancora nel 1954, il Morelli nella sua classica opera². Qualsiasi analogia fra le norme che fissano i limiti della giurisdizione italiana e quelle che distribuiscono le competenze fra i vari organi del medesimo Stato sarebbe erronea. Anzitutto perché profondamente diverse sarebbero le *funzioni* esplicate dai due gruppi di norme: le norme sulla giurisdizione delimitano infatti i poteri dei giudici dello Stato, complessivamente considerati, mentre quelle sulla vera e propria competenza provvedono a distribuire fra i singoli organi giudiziari le liti che, in base alle prime, risultano sottoposte alla giurisdizione dello Stato. Inoltre, profondamente diverso sarebbe anche il *modo* in cui

¹ L'idea di un ordine universale delle giurisdizioni, come è noto, è di origine addirittura romanistico-medievale, e si è offuscata – senza, peraltro, che tutte le sue conseguenze scomparissero completamente – soltanto con il prevalere degli indirizzi più strettamente positivisticici dell'Ottocento. Per gli elementi essenziali che stanno alla base di siffatte ispirazioni, si vedano per tutti G. FUSINATO, *L'esecuzione delle sentenze straniere in materia civile e commerciale*, Roma, 1884, pp. 56 ss., 83 ss.; D. ANZILOTTI, *L'indagine sulla competenza del giudice straniero nel giudizio di delibazione* (1901), ora in *Opere*, vol. IV, Padova, 1963, p. 165 ss.; nonché l'ampia ricostruzione storica, dall'angolo visuale del riconoscimento delle sentenze, di L. CONDORELLI, *La funzione del riconoscimento di sentenze straniere*, Milano, 1967, pp. 7-75. Cfr. anche, recentemente, A. MIELE, *La cosa giudicata straniera*, Padova, 1989.

² *Diritto processuale civile internazionale*², Padova, 1954, p. 87 ss. (e già *Il diritto processuale civile internazionale*, Padova, 1938, p. 83 ss.).

i due diversi gruppi di norme esplicano le rispettive funzioni. Non vi è infatti, secondo quest'impostazione, nessuna distribuzione di controversie, ad opera delle norme sulla giurisdizione, fra gli organi giudiziari di Stati diversi, secondo la fisionomia tipica del modo di operare delle norme sulla competenza territoriale: le prime potrebbero funzionare soltanto nei confronti della giurisdizione dello Stato cui appartengono, ma non mai nei confronti di Stati stranieri. Ed è interessante notare che, secondo tale rigorosa impostazione, la situazione non potrebbe modificarsi neppure di fronte a norme internazionali che specificamente si proponessero il fine di distribuire le controversie fra le giurisdizioni dei vari Stati. Neppure queste sarebbero infatti capaci di influire direttamente sui limiti della giurisdizione dello Stato, in quanto tali limiti non possono risultare altro che da norme di diritto interno: e dalle norme internazionali potrebbe soltanto derivare, per lo Stato, l'obbligo o la facoltà di esercitare o non esercitare la giurisdizione, oppure di avere o non avere, nel proprio ordinamento, certe norme sui limiti di questa, secondo i postulati del più rigido dualismo³.

Così, in base a premesse di tal chiarezza e nettezza, qualsiasi legame fra norme sulla giurisdizione e sulla competenza viene reciso e radicalmente negato già sul piano concettuale. Sicché anche ove si volesse ritenere possibile un ricorso alle seconde per ricavarne criteri utili ai fini dell'interpretazione o dell'integrazione del sistema delle prime (e, naturalmente, le premesse accolte riducono drasticamente una simile possibilità), non risulterebbe meno vero che i fenomeni disciplinati rispettivamente dalle une e dalle altre rimangono due realtà fra loro incomensurabili sul piano logico.

3. *Significato, determinazione e criteri della «competenza giurisdizionale» nel sistema di Bruxelles*

Il sistema creato dalla Convenzione di Bruxelles si propone, come risulta dal suo preambolo, di «determinare la competenza dei rispettivi organi giurisdizionali nell'ordinamento internazionale» e ciò quale mezzo al fine di raggiungere l'obiettivo segnato dall'art. 220 del Trattato, to CEE⁴. Correlativamente, è lo stesso titolo della Convenzione a «menzionare – nel testo italiano – la «competenza giurisdizionale accanto all'esecuzione delle decisioni. La comparazione del testo italiano con gli altri rende chiaro che a questa denominazione è peraltro estranea qualsiasi connotazione di carattere teorico, in quanto parlandosi di «compétence judiciaire», di «internationale Zuständigkeit» e di «jurisdiction» non si fa altro che indi-

³ *Op. loc. ult. cit.*, p. 89.

⁴ Che è, secondo l'ultima parte della norma, quello di garantire «la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie»: il coordinamento delle varie giurisdizioni viene dunque visto nell'ottica della circolazione delle decisioni.

care le specifiche attribuzioni del potere giurisdizionale. D'altra parte anche la menzione dell'ordinamento internazionale, che si legge nel preambolo, non sembra avere alcuno specifico significato delimitativo, nonostante qualche voce in contrario. In particolare non può portare a considerare l'applicazione della Convenzione condizionata all'esistenza di controversie aventi carattere di internazionalità⁵, né a vedervi un qualsiasi riferimento a situazioni giuridiche esistenti in base al diritto internazionale generale: rispetto alle quali ultime qualsiasi disciplina pattizia del coordinamento delle giurisdizioni dei vari Stati può porsi soltanto nell'ottica del concreto esercizio del generale potere esclusivo riconosciuto dall'ordinamento, senza poter influire sulla fisionomia e sul contenuto di quest'ultimo⁶.

«Competenza giurisdizionale», nel contesto della Convenzione, altro non può dunque indicare, che la competenza degli organi giurisdizionali, secondo la determinazione e la disciplina che il regime convenzionale provvede a porre.

In quest'ottica, il sistema di Bruxelles provvede anzitutto ad individuare determinati *fattori di appartenenza* di controversie all'area comunitaria, la presenza dei quali è presupposto per la piena applicazione del sistema convenzionale; e la cui assenza, per converso, produce alcune particolari conseguenze, prima fra tutte quella di rendere utilizzabili regole proprie dei sistemi degli Stati membri normalmente escluse⁷.

In presenza di tali fattori, la Convenzione ripartisce poi fra i vari organi giurisdizionali del territorio comunitario – su base territoriale – la competenza a decidere secondo determinate regole, individuando a volte come competenti l'insieme degli organi giurisdizionali di uno Stato membro (es. artt. 2, 16, 8, 1° comma, 11, 14) altre invece un determinato giudice territorialmente definito (artt. 5, nn. 1, 2, 3, 5; 6, n. 1; 8, 1° e 2° comma; 9)⁸. Ove venga seguito il primo sistema, l'indivi-

⁵ Si veda, sul punto, A. MIGLIAZZA, *La funzione del diritto internazionale privato nella Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, in *Com. e studi dell'Ist. dir. int. Univ. Milano*, vol. XV, Milano, 1978, p. 49 ss. a p. 68. Ma in senso diverso P. JENARD, *Relazione sulla Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (firmata a Bruxelles il 27 settembre 1968)*, in *G.U.C.E.* n. C59 del 5 marzo 1979, p. 1 ss. a p. 8, e le considerazioni di D. RINOLDI, *Autonomia della volontà e foro elettivo nella convenzione comunitaria sulla giurisdizione e il riconoscimento delle sentenze*, in *Dir. comm. int.*, 1989, p. 407 ss. a p. 424 s.

⁶ Per l'assenza di norme internazionali generali in materia di giurisdizione, cfr. M. GIULIANO, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*², Milano, 1970, p. 6 ss.; e per un tentativo di inquadramento della situazione giuridica soggettiva degli Stati definibile come «giurisdizione» nell'ordinamento internazionale, v. il mio studio *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano, 1972, pp. 129 ss., 269 ss.

⁷ Per quest'impostazione si vedano, in particolare, P. GOTHOT, D. HOLLEAUX, *Lo Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Paris, 1985, p. 19 ss.; F. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Competenza, VIII) Competenza giurisdizionale nella Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Enc. giur.*, vol. VII, Roma, 1988, par. 1.

⁸ Le ipotesi ricordate nel testo si riferiscono, rispettivamente: alla competenza generale del foro del domicilio, a quelle esclusive, a quella speciale in materia di assicurazioni, a quella in mate-

duazione concreta del giudice competente richiede l'applicazione anche delle regole di competenza territoriale dello Stato membro considerato.

I criteri o fattori di appartenenza all'area comunitaria sono tre: il domicilio del convenuto (art. 2); la volontà delle parti (art. 17); l'oggetto della controversia, quando esso riguardi le materie di cui all'art. 16 (diritti immobiliari, società, trascrizioni od iscrizioni, registrazione o validità di diritti di proprietà industriale, esecuzione delle sentenze). Nel caso che l'appartenenza risulti dal domicilio del convenuto, il giudice competente va determinato, secondo la Convenzione, (a) in base alle norme interne di competenza territoriale dello Stato del domicilio oppure (b) in base alle norme convenzionali che fissano i fori comunitari speciali (artt. 5-15, dove queste lo indichino direttamente), oppure ancora (c) in base a tali ultime norme completate dalle regole interne, ove le norme convenzionali si limitino ad indicare i giudici di uno Stato membro nel loro complesso.

Ove invece l'appartenenza risulti dalla volontà delle parti, si avrà competenza esclusiva nei casi dell'art. 17 Conv. e concorrente nel caso dell'art. 18 (comparizione del convenuto avvenuta non al solo scopo di eccepire l'incompetenza, e fuori dei casi di cui all'art. 16). Ove infine l'appartenenza sia data dall'oggetto della controversia, il legame che ne risulta è considerato dal sistema convenzionale di intensità tale da creare una competenza di carattere *esclusivo* di ogni altra.

Fissiamo ora l'attenzione sulle situazioni risultanti dall'assenza dei collegamenti indicati con l'area della Comunità. In tali ipotesi: (a) in genere, se il domicilio del convenuto è nell'ambito di uno Stato non comunitario, il giudice applicherà le regole di competenza giurisdizionale del suo sistema, incluse quelle di competenza c.d. esorbitante; (b) se il processo riguardi materie relative alle competenze esclusive di cui all'art. 16, si produrrà il c.d. «effetto riflesso» in virtù del quale ogni competenza comunitaria potrà venire esclusa (anche se il domicilio del convenuto fosse nell'area della Comunità), nell'ipotesi che il diritto dello Stato del foro così disponga⁹; (c) se le parti abbiano pattuito la competenza esclusiva di giudici extracomunitari, la validità di una tale «deroga alla competenza comunitaria» dovrà essere valutata alla luce delle norme del sistema statale del giudice comunitario di cui si tratti.

Il regime convenzionale prevede poi una rilevanza della litispendenza (art. 21) e, in parte, della connessione di cause (art. 22), che si esplica in via generale a prescindere dal collegamento delle controversie con l'area comunitaria; nonché la

ria di contratti conclusi dai consumatori, ed alla competenza speciale del foro contrattuale, dei fori in materia di obbligazioni alimentari, di delitti e quasi-delitti, della succursale, agenzia o filiale, del foro di uno dei convenuti, di altre competenze speciali in materia di assicurazioni, le seconde.

⁹Nel silenzio dei testi, il punto non è peraltro pacifico: nello stesso senso, P. GOTHOT, P. HOLLEAUX, *op. cit.*, p. 21, e S. BARIATTI, *La giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze in materia di brevetti per invenzione nell'ambito della CEE*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, p. 484 ss. a p. 503 ove anche ulteriori riferimenti; ma in senso contrario, cfr. F. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, par. 3.1.10 ove altre citazioni.

preclusione derivante dal giudicato, senza necessità di ricorso ad alcun procedimento (art. 26)¹⁰.

4. *Impossibilità di distinzione fra giurisdizione e competenza nello «spazio giudiziario comunitario» in materia civile*

Le caratteristiche proprie del sistema di Bruxelles, che si sono rapidamente segnalate sin qui, rendono evidente come le regole di competenza utilizzate si collocano in una prospettiva del tutto incompatibile con quella che sta alla base del tradizionale binomio giurisdizione- competenza noto al diritto italiano.

Nell'ambito del sistema della Convenzione, la distribuzione delle controversie fra i giudici dei vari Stati membri costituisce l'oggetto della disciplina della competenza: e rispetto ad essa, l'individuazione di una molteplicità di giudici (appartenenti ad uno Stato membro) o di uno solo fra essi ha una rilevanza del tutto secondaria. La fisionomia d'insieme della disciplina che ne risulta è pertanto assai più vicina a quella della ripartizione di competenze territoriali fra i vari giudici di uno stesso Stato, che non alla determinazione unilaterale dell'ambito del potere giurisdizionale di questo. E ciò è facilmente confermato da un esame dei caratteri generali del sistema, che è fondato su di una previsione di competenze esclusive e concorrenti, sul rilievo assunto dalla litispendenza e dalla connessione, sull'effetto preclusivo riconosciuto al giudicato e sull'obbligo del giudice di rilevare d'ufficio la propria incompetenza anche nei confronti di giudici di altri Stati membri (art. 19). Che, poi, la concreta determinazione del giudice competente in ogni singola situazione passi, in una notevole serie di ipotesi, attraverso l'applicazione di norme interne sulla competenza territoriale, non contraddice quanto osservato. Infatti anche in questi casi il giudice esercita una competenza che gli deriva dal sistema di Bruxelles, come prova la soggezione di tale esercizio ai principi generali appena indicati: ed i principi desunti dal diritto interno assumono, in certo modo, il significato di completamento delle regole convenzionali, che ad essi fanno rinvio.

In vista di tutto ciò, una nozione di «giurisdizione» analoga a quella consueta nel sistema italiano potrebbe essere, semmai, riservata alla determinazione del complessivo potere giurisdizionale di tutti gli Stati comunitari (appartenenti al sistema di Bruxelles, sino a che manchi la completa coincidenza fra sfera di applicazione di questo ed area comunitaria). In questo senso, infatti, si potrebbe parlare di una «giurisdizione comunitaria» da considerarsi nella sua unità nei confronti del mondo esterno, coerentemente con l'idea di un territorio unico ai fini giurisdi-

¹⁰ Per tutti questi lineamenti generali della disciplina stabilita dalla Convenzione, oltre alle opere già citate alla nota 7, si vedano, in particolare, J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zum EuGVLP*, Heidelberg, 1987; P. KAYE, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments. The Application in England and Wales of the Brussels Convention of 1968*, Oxford, 1987.

zionali che sta alla base del sistema e con l'unitarietà dei principi sui quali essa si fonda. Di tale giurisdizione, i giudici di ciascuno Stato membro sarebbero titolari di una porzione, determinata in base all'art. 4, 1° comma Conv. alla luce delle disposizioni interne di tale Stato: e quindi in modo non coordinato con l'estensione della porzione spettante agli altri, ma pur sempre soggetto ai principi d'integrazione propri del sistema per ciò che concerne litispendenza, effetto preclusivo del giudicato e così via¹¹.

Per quanto concerne invece l'esercizio del potere dei giudici degli Stati membri nei confronti delle controversie appartenenti all'area della Comunità in virtù dei criteri menzionati, qualsiasi distinzione fra norme di «giurisdizione» e norme di «competenza» non può essere riprodotta a livello del sistema di Bruxelles, per mancanza del suo essenziale presupposto.

A questa scomparsa si accompagna in via di principio anche la scomparsa della distinzione fra competenza «giurisdizionale» e competenza «internazionale», quest'ultima non più soggetta a controlli (salvo le ipotesi tassativamente previste) in sede di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze. Ne risulta così una nozione del tutto unitaria di competenza, che trova il suo unico fondamento nel sistema convenzionale e permette l'individuazione, diretta o attraverso rinvio, del singolo giudice territorialmente competente.

La rilevazione di queste fondamentali caratteristiche del sistema di Bruxelles non è certo rimasta assente dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, competente a pronunciarsi in via pregiudiziale in base al Protocollo relativo all'interpretazione della Convenzione. Ad esempio nella causa n. 25/79, *Sanicentral*, l'Avvocato generale Capotorti aveva già avuto occasione di affermare che

«la Convenzione si propone di unificare, attraverso le sue regole, lo spazio giudiziario comunitario in materia civile, e ... tende a porre i rapporti fra i giudici dei Paesi comunitari contraenti su un piano analogo a quello dei rapporti fra giudici di uno stesso Paese ...»¹²,

mentre la Corte, nella sua decisione del 13 novembre 1979 nella stessa causa, osserva che

«... proponendosi la Convenzione di determinare la competenza dei giudici degli Stati contraenti nell'ambito giuridico intracomunitario relativo alla competenza civile, le norme processuali interne, applicabili alla fattispecie di cui è causa, sono escluse dalle materie disciplinate dalla Convenzione a vantaggio delle disposizioni di questa»¹³.

¹¹ Di «controversia comunitaria» e di «giurisdizione comunitaria», della quale ultima «la parte attribuita ai giudici di uno Stato membro costituisce la competenza ad esso spettante», parla F. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, par. 1.1 in fine.

¹² Si veda il passo riportato in *Raccolta della giurisprudenza della Corte*, 1979, a p. 3434.

¹³ La decisione si legge in *Raccolta*, cit., p. 3423 ss. ed il passo citato a p. 3429.

Di potenziamento della tutela giuridica delle persone residenti nel territorio della Comunità «in tutto lo spazio giuridico» di quest'ultima parla ancora la Corte nella sentenza dell'8 dicembre 1987 in causa n. 144/86 (*Gubisch c. Palumbo*)¹⁴.

5. Carattere «comunitario» della Convenzione di Bruxelles

La competenza interpretativa della Corte di Giustizia, appena menzionata, ha rappresentato o rappresenta un fattore di primaria importanza ai fini, non solo dell'interpretazione uniforme della Convenzione di Bruxelles, ma anche della costruzione del sistema da essa derivante attraverso la valorizzazione e lo sviluppo della finalità e portata dei singoli principi. Attraverso l'opera svolta in tale sede la Corte ha potuto contribuire alla valorizzazione dei nessi sistematici che intercorrono fra Convenzione e sistema comunitario nel suo insieme sia sotto il profilo degli obiettivi, sia sotto quello degli strumenti, sviluppando i fattori che consentono di affermare l'appartenenza a pieno titolo della prima al secondo¹⁵.

Tale appartenenza è dunque da ritenere, nonostante non siano mancate le opinioni in contrario: ed è conseguenza notevolmente rilevante, in considerazione del rapporto in cui le caratteristiche del sistema di Bruxelles si collocano rispetto a quelle del diritto italiano in materia di giurisdizione. Se, come ha affermato l'Avvocato generale Capotorti nella già ricordata causa *Sanicentral*,

«il legame fra il diritto comunitario e la Convenzione (è) sufficiente per rispondere che le regole della Convenzione devono prevalere sul diritto interno, anche successivo, di uno Stato membro ... La prospettiva più volte ribadita in tema di rapporti fra il diritto comunitario e diritti degli Stati membri deve valere anche per la Convenzione prevista dall'art. 220 del trattato CEE»¹⁶, ne deriva che, dal punto di vista del diritto interno, deve valere anche per il sistema giudiziario posto in essere dalla Convenzione la garanzia di prevalenza enunciata dalla Corte Costituzionale italiana nella famosa sentenza n. 170 dell'8 giugno 1984, con la quale il rapporto del diritto comunitario con quello interno è venuto assumendo la sua collocazione definitiva. Principio poi esteso dalla successiva decisione n. 113 del 23 aprile 1985 anche alle sentenze interpretative della Corte di Giustizia comunitaria¹⁷.

In questa luce «l'unione giudiziaria» di Bruxelles, che si avvia con la terza

¹⁴ La sentenza è in *Raccolta*, 1987, p. 4861 ss. (il passo citato è a p. 4876).

¹⁵ Sul carattere «comunitario» della Convenzione, cfr. T. VASSALLI DI DACHENHAUSEN, *La Corte comunitaria e la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre in materia giudiziaria*, in *Foro it.*, 1977, V, col. 306 ss.

¹⁶ In *Raccolta*, cit., 1979, p. 3435.

¹⁷ È riaffermato, da ultimo, con la sentenza n. 389 dell'11 luglio 1989 (in *Corriere giuridico*, 1989, p. 1058, nota CAPELLI).

Convenzione di adesione¹⁸ a divenire estesa a tutti gli Stati comunitari, viene a costituire la manifestazione essenziale dell'integrazione comunitaria nel settore della competenza giurisdizionale, che comprime il diritto processuale interno nella materia impedendo ai principi tradizionalmente propri di quest'ultimo di estendere la propria efficacia al di là dei confini così segnati. Di questo essenziale aspetto, tanto più rilevante quanto più divergenti appaiono principi e motivi ispiratori dei due diversi sistemi, non potrà evitare di darsi carico il legislatore italiano che volesse in avvenire por mano alla riforma – fra l'altro – del nostro diritto processuale civile internazionale, modificando la disciplina del codice del 1942 in modo da tener conto dell'esatta delimitazione dell'ambito lasciato alla sua libera determinazione e di quello occupato per forza propria dal sistema comunitario¹⁹.

6. *Le competenze speciali nella Convenzione di Bruxelles: il forum solutionis*

Si è accennato in precedenza alla particolare incidenza che le norme del sistema di Bruxelles esercitano in materia di competenze c.d. speciali. Quando il legame di appartenenza all'area della Comunità risulta dal domicilio del convenuto in giudizio, la Convenzione ammette la possibilità di competenze concorrenti, indicando accanto al foro determinato in base alle norme interne dello Stato del domicilio anche altri eventuali fori comunitari «speciali». In queste ipotesi, le norme convenzionali indicano normalmente (anche se non sempre: e le eccezioni non appaiono facilmente spiegabili) in modo immediato e diretto il giudice competente, determinandone il collegamento territoriale con il fatto o rapporto oggetto della controversia: e così facendo, eliminano qualsiasi necessità di ricorso, anche a titolo di mero rinvio, alle norme interne sulla competenza territoriale.

Ci si soffermerà in questa sede su tre ipotesi, che appaiono particolarmente interessanti fra quelle ricordate: quella dell'art. 5, n. 1 (competenza del giudice del luogo di esecuzione dell'obbligazione), dell'art. 6, n. 1 (litisconsorzio) e dell'art. 5.5 (competenza del giudice del luogo in cui si è situata la succursale, agenzia o filiale).

Il foro speciale del *locus solutionis* è sicuramente il più rilevante fra tutti quelli indicati negli artt. 5-15 della Convenzione, almeno sotto il profilo della sua importanza pratica, e se ne ha una conferma immediata guardando al numero delle controversie ed alla delicatezza dei problemi che la sua utilizzazione ha

¹⁸ Stipulata a San Sebastiano il 26 maggio 1989 e non ancora resa esecutiva in Italia (il testo è in *G.U.C.E.*, n. L 285 del 3 ottobre 1989, p. 1 ss.).

¹⁹ Su questi aspetti, si vedano i vari contributi raccolti nel volume *La Convenzione giudiziaria di Bruxelles del 1968 e la riforma del processo civile italiano*, Milano, 1985. Il progetto varato nel 1989 dall'apposita Commissione ministeriale si legge in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 932 ss.

suscitato. Più volte la Corte di Giustizia è stata chiamata ad occuparsene, ed i suoi interventi, anche se a volte criticati, hanno sempre contribuito alla rilevazione e all'approfondimento di aspetti problematici della competenza in questione²⁰.

E del resto è ben noto che, nonostante l'antica tradizione che il *locus solutionis* può vantare come criterio utilizzato ai fini giurisdizionali, la sua stessa utilizzazione è stata, ed è, alquanto contestata sotto il profilo politico-giuridico: se ne ha da ultimo la riprova nella posizione assunta dalla delegazione svizzera, che si è fermamente opposta all'adozione di questa competenza nella Conferenza di Lugano ed ha ottenuto di poter formulare una riserva in sede di ratifica della Convenzione del 16 settembre 1988 al fine di escludere il riconoscimento e l'esecuzione in Svizzera di sentenze pronunziate nei confronti di soggetti domiciliati in Svizzera da giudici di altri Stati contraenti solo sulla base del criterio in questione (art. 1 del Protocollo n. 1)²¹.

I problemi più significativi affrontati in merito alle norme dell'art. 5.1 riguardano: (a) l'interpretazione del criterio del *locus solutionis* come nozione risultante dal diritto interno, o da un'interpretazione «autonoma» da effettuare a livello comunitario; (b) la determinazione dell'obbligazione rilevante ai fini della norma; (c) la disciplina degli accordi relativi al luogo di esecuzione. Sul primo punto, è noto che la Corte, nella prima decisione emanata in base al Protocollo sull'interpretazione, si è pronunciata in favore della *lex causae*, ossia per la determinazione del *locus* sulla base delle norme di conflitto dello Stato cui il giudice appartiene (*Industrie tessili c. Dunlop*, sentenza 6 ottobre 1976; in causa 12/76)²². Soluzione, questa, criticabile e criticata, spiegabile forse con la disparità dei punti di vista dei vari diritti interni al riguardo ed in vista del fatto che si trattava della prima occasione di applicazione della competenza interpretativa affidata alla Corte dal Protocollo; ma sulla quale, comunque, la Corte non è sino ad oggi tornata, sebbene in altre ipotesi – non meno tormentate dal punto di vista delle divergenze fra i vari diritti nazionali – la Corte abbia enunciato l'opposto principio dell'interpretazione autonoma (cfr. la sentenza del 22 marzo 1983,

²⁰ In generale sul criterio del *forum destinatae solutionis*, si veda, con ampio svolgimento storico e comparativo, M. LUPOI, *Il luogo dell'esecuzione del contratto come criterio di collegamento giurisdizionale. Comparazione fra ius commune, Convenzione di Bruxelles, diritto italiano e diritto inglese*, Milano, 1978; ed il mio scritto *Il luogo di esecuzione dell'obbligazione contrattuale come criterio di competenza giurisdizionale*, in *Studi in onore di E.T. Liebman*, Milano, 1979, p. 817 ss. Cfr. anche J. KROPHOLLER, *op. cit.*, p. 79 ss.

²¹ Si veda per tutti, tanto per una generale valutazione critica del criterio in questione, quanto per una panoramica della vicenda specifica relativa alla Convenzione di Lugano, G. BROGGINI, *Zuständigkeit am Ort der Vertragserfüllung*, in I. SCHWANDER (Hrsg.), *Das Lugano-Uebereinkommen. Europäisches Uebereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen*, St. Gallen, 1990, p. 111 ss.

²² La sentenza si legge in *Raccolta*, 1976, p. 1473 ss.; su di essa si vedano i commenti di P. GOTHOT-D. HOLLEAUX, in *Revue critique droit int. prive*, 1977, p. 751 R. GEIMER *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, p. 491 ss.

causa 34/82, in causa *Peters*, in materia di definizione della materia contrattuale²³.

Quanto al secondo punto, si tratta di stabilire come debba essere determinata l'obbligazione cui l'art. 5.1 si riferisce fra tutte quelle derivanti da un rapporto contrattuale. Fermo restando che si deve trattare dell'obbligazione dedotta in giudizio, può sorgere il dubbio che non ogni obbligazione dedotta in giudizio ed eseguibile nel territorio dello Stato sia idonea a fondare la competenza del giudice del luogo, ma soltanto quella che presenti certe specifiche caratteristiche: ad esempio, quella che costituisca una delle obbligazioni principali, caratterizzanti un certo tipo di contratto, oppure addirittura quella che di ciascuno costituisca il nucleo essenziale e caratterizzante (la c.d. prestazione caratteristica). Qui la giurisprudenza della Corte nelle sue prime espressioni era sembrata attenersi al principio secondo cui l'obbligazione rilevante ai fini dell'art. 5.1 non è una qualsiasi obbligazione dedotta in giudizio, ma deve costituire una delle obbligazioni principali o caratteristiche del contratto (caso *De Bloos*, sentenza 6 ottobre 1976, in causa n. 14/76)²⁴ ed incombenti al convenuto. Successivamente è stato sviluppato un orientamento maggiormente restrittivo, che in materia di contratti di lavoro concentra la competenza speciale di cui si tratta nel luogo di esecuzione della prestazione lavorativa, considerata come prestazione caratteristica che determina altresì la legge applicabile (sentenza 26 maggio 1982, in causa n. 135/81, *Ivenel c. Schwab*)²⁵. Ma gli svolgimenti successivi hanno dimostrato che tale orientamento va limitato all'ipotesi dei contratti di lavoro subordinato (*Shenavai c. Kreischer*, sentenza 15 gennaio 1987, causa n. 266/85; *Six Construction c. Humbert*, sentenza 15 febbraio 1989, causa n. 32/88)²⁶, restando per le altre ipotesi valida l'impostazione precedente: e nella terza Convenzione di adesione, conclusa a San Sebastiano il 26 maggio 1989, il nuovo testo dell'art. 5.1 tiene espressamente conto dell'eccezione²⁷.

Quanto infine alla disciplina dell'accordo delle parti circa la determinazione del luogo di esecuzione, la Corte ha avuto occasione di affermare (sentenza 17 gennaio 1980, in causa n. 56/79, *Zelger c. Salinistri*) che esso è sottratto alle esi-

²³ *Raccolta*, 1983, p. 987: nel caso si trattava di obbligazioni pecuniarie traenti origine da un vincolo di carattere associativo.

²⁴ La decisione è in *Raccolta*, 1976, p. 1497 ss.; e ad essa si riferiscono fra gli altri i commenti citati *supra* alla nota 22.

Si vedano anche le considerazioni generali contenute nel mio studio *Il luogo di esecuzione*, cit., p. 830 ss.

²⁵ In *Raccolta*, 1982, p. 1891 ss.

²⁶ Rispettivamente in *Raccolta*, 1987, p. 239 ss. e 1989, p. 341 ss.

²⁷ L'art. 4 della Convenzione modifica infatti l'art. 5, n. 1 del testo precedente aggiungendo che «in materia di contratto individuale di lavoro, il luogo è quello in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività; qualora il lavoratore non svolga abitualmente la propria attività in un solo paese, il datore di lavoro può essere citato dinanzi al giudice del luogo in cui è situato o era situato lo stabilimento presso il quale è stato assunto». Cfr. G. BROGGINI, *Zuständigkeit am Ort der Vertragserfüllung*, cit., p. 132 s.

genze formali prescritte dall'art. 17 della Convenzione in quanto la competenza del giudice del luogo dell'adempimento dipende soltanto dall'esistenza di una clausola valida secondo il diritto nazionale applicabile al contratto intesa a determinare convenzionalmente il luogo medesimo²⁸.

7. (Segue): *Il foro della succursale, agenzia od altra filiale*

L'art. 5, n. 5 della Convenzione stabilisce il foro speciale del luogo in cui è situata la succursale, agenzia od altra filiale, qualora si tratti di una controversia relativa all'esercizio di esse. La giurisprudenza della Corte ha avuto in diverse occasioni l'opportunità di occuparsi di tale norma, ed in particolare di interpretare la nozione di «succursale, agenzia od altra filiale». Premesso che si tratta di nozione autonoma, la Corte ha affermato che essa implica l'esistenza di un centro operativo che si manifesta in modo duraturo verso l'esterno come un'estensione della Casa madre (sentenza 22 novembre 1978, causa n. 33/78, *Somafer c. Ferngas*)²⁹ e che l'«esercizio» riguarda le controversie vertenti su diritti ed obblighi relativi alla gestione, nonché quelle relative ad impegni assunti in nome della Casa madre (*ivi*); un concessionario di vendita, però, non è responsabile di succursale, agenzia o filiale nell'ipotesi in cui questa non sia soggetta al suo sindacato o alla sua gestione (caso *De Bloos*, già citato) né è tale lo *Handelsvertreter* di cui al par. 84 dell'HGB, in quanto dotato di autonomia (*Blanckaert c. Trost*, sentenza 8 marzo 1981, causa n. 139/80)³⁰.

Sembrava però sin qui certo che non potesse considerarsi come «succursale, agenzia od altra filiale» una vera e propria società affiliata, ossia un'entità autonoma, giuridicamente indipendente in base al diritto dello Stato di costituzione, anche se interamente controllata da una società madre straniera secondo una tipologia frequentissima nei gruppi multinazionali. Invece la Corte ha superato questo limite con la decisione del 9 dicembre 1987 (*Schotte c. Parfums Rothschild*, causa n. 218/86)³¹, affermando che il foro speciale in parola si applica anche al caso in cui una persona giuridica stabilita in uno Stato contraente, pur non avendo un'emanazione priva di autonomia in altro Stato contraente, vi svolga le proprie attività tramite un'autonoma società avente lo stesso nome e la stessa direzione, che agisce e conclude affari in suo nome e di cui essa si serve come di un'estensione. Risultato questo che può sorprendere, considerando che esso attua un vero e proprio superamento della personalità giuridica che, pur consueto in altri settori del diritto comunitario e ben noto alla giurisprudenza della Corte, comporta però una profonda incidenza su principi ben radicati in alcuni sistemi nazionali.

²⁸ La sentenza è in *Raccolta*, 1980, p. 89 ss.

²⁹ *Raccolta*, 1978, p. 2183 ss.

³⁰ *Raccolta*, 1981, p. 819 ss.

³¹ *Raccolta*, 1987, p. 4905 ss. Sulla competenza speciale in questione si veda, anche per ulteriori riferimenti, F. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Competenza*, cit., par. 3.1.4.

8. (Segue): *Il caso del litisconsorzio secondo l'art. 6.1 della Convenzione*

Un'ultima considerazione riguarda il foro speciale dell'art. 6, n. 1, in virtù del quale il convenuto domiciliato nell'area degli Stati contraenti può essere citato, in caso di pluralità di convenuti, davanti al giudice nella cui circoscrizione è situato il domicilio di uno di essi.

Si tratta di altra ipotesi di individuazione diretta del giudice competente, che elimina qualsiasi ricorso alle norme di competenza territoriale. Pur non risultando ancora una giurisprudenza della Corte di Giustizia al riguardo, la conclusione appena ricordata appare indiscutibile sulla base di un esame complessivo del sistema convenzionale. Peraltro, essa è stata contestata dalla giurisprudenza italiana in una controversia (*Assic. d'Italia c. Mannesmann Nederland ed altri*)³² in cui la convenuta olandese eccepeva la carenza di giurisdizione italiana per essere un altro soggetto italiano stato convenuto davanti ad un giudice diverso da quello del suo domicilio. Il Tribunale di Genova, con la decisione del 1° febbraio 1983, ha negato che l'art. 6, n. 1 Conv. possa influire sulle norme interne di competenza territoriale, affermando quindi in via generale che la giurisdizione italiana va accertata in via preliminare e la competenza territoriale soltanto in un momento logicamente successivo: ed ha concluso che la giurisdizione italiana sussiste ex art. 6, n. 1, negando poi la competenza territoriale in base alle norme interne. In sede di regolamento di giurisdizione, poi, la Corte di Cassazione si è limitata a motivare la reiezione del ricorso sulla base di principi di diritto processuale interno, ignorando del tutto la problematica posta dalla Convenzione³³.

Sembra qui chiaro che, in ipotesi di questo genere, il giudice interno deve semplicemente dichiararsi privo di competenza alla luce del sistema convenzionale, senza far ricorso ai principi tradizionali del sistema interno in materia: pur se ciò possa far sorgere qualche problema nei sistemi, come il nostro, in cui i mezzi di ricorso possono essere diversi a seconda che si tratti di contestazione della giurisdizione o della competenza. Ma non si può negare che quella sorta di rivoluzione copernicana che il sistema convenzionale comporta, se correttamente apprezzata non è facile a comprendersi in tutte le sue implicazioni: e se si tiene presente che sono stati necessari vent'anni perché la Corte costituzionale passasse dall'indirizzo accolto nel caso *Costa c. ENEL* a quello della sentenza *Granital*, non può stupire che qualche tempo occorra anche per l'adeguato approfondimento di tutte le implicazioni del sistema convenzionale in Italia, a conferma del ritardo che la riflessione di giuristi e giudici sempre presenta nei confronti della realtà.

³² Trib. Genova, 1° febbraio 1983, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, p. 385 ss.; e sulla vicenda le considerazioni di G. ORIGONI DELLA CROCE, in *La Convenzione giudiziaria di Bruxelles*, cit., p. 166 s.

³³ Cass. sez. un., 21 maggio 1986 n. 3375, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1987, p. 551 ss. A proposito dell'art. 6 Conv. si discute, com'è noto, se la norma sia applicabile soltanto al litisconsorzio necessario, od anche a quello facoltativo: al proposito si veda, anche per i riferimenti, F. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Competenza*, cit. par. 3.1.5.

Le misure cautelari nel diritto fallimentare internazionale *

1. In un'ottica internazionale, la problematica dei provvedimenti cautelari, anche nel campo fallimentare come in ogni altro, viene in rilievo essenzialmente sotto il profilo della sussistenza del potere giurisdizionale del giudice ad emanarli, e sotto quello della possibilità di una loro circolazione da uno Stato all'altro, ossia della possibilità di riconoscimento ed esecuzione da parte di un sistema giuridico diverso da quello in base al quale sono stati adottati.

Dal punto di vista dell'ordinamento italiano, il primo aspetto chiama subito in causa la netta e tradizionale distinzione fra norme sulla competenza giurisdizionale e norme sulla competenza territoriale. Come è noto, questa distinzione, sostenuta e teorizzata sin dall'epoca del vigore del codice di procedura civile del 1865 pur di fronte a dati positivi tutt'altro che univoci, è stata poi elevata ad elemento di diritto positivo dal codice del 1942, sull'autorità di indirizzi dottrinali famosi¹. E se è vero che oggi essa si trova scalfita e messa in discussione a livello di rapporti internazionali a seguito dell'entrata in vigore – sin dall'ormai lontano 1973 – della Convenzione comunitaria stipulata a Bruxelles nel 1968, è anche vero che questa regolamentazione internazionale non può toccare direttamente il tema che qui ci occupa: sia perché la Convenzione esclude espressamente la materia fallimentare dal suo campo di applicazione salvo quanto si dirà in seguito (art. 1 comma 2, n. 2), sia perché comunque i provvedimenti cautelari vengono in essa menzionati soltanto al fine di riaffermare la piena sovranità al riguardo del diritto dei singoli Stati membri, pur nel caso che la competenza per il merito spetti, secondo le norme convenzionali, al giudice di altro Stato membro (art. 24)². Ed è noto che il costante indirizzo giurisprudenziale della Corte di cassazione è estre-

* Pubblicato in *La tutela cautelare nelle procedure concorsuali*, Milano, 1991, pp. 113-122.

¹ Si veda, per tutti, l'opera di G. MORELLI, condensata in *Il diritto processuale civile internazionale*¹, Padova, 1938, e *Diritto processuale civile internazionale*², Padova, 1954, risp. a p. 83 ss. e a p. 87 ss.

² Su questa norma in generale cfr. L. COLLINS, *Provisional Measures, the Conflict of Laws and the Brussels Convention*, in *Yearbook Eur. Law*, I, 1981, p. 249 ss.; J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Heidelberg, 1982, p. 161 ss.; W. GRUNSKY, *La Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze nei rapporti italo-tedeschi*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1976, p. 685 ss. a p. 704 ss.

mamente limitativo della possibilità di estrarre comunque principi validi in tema di giurisdizione dalle norme poste dalla legge fallimentare in materia di competenza interna: si pensi alla recisa negazione della configurabilità della norma dell'art. 24 l.f. come norma di giurisdizione³.

2. Il discorso va, quindi, ricondotto alle norme generali in materia di giurisdizione. Qui i provvedimenti cautelari sono presi in considerazione, nell'ambito dell'art. 4 c.p.c., per farli oggetto di norme e di criteri di giurisdizione appositi, in coerenza con l'impostazione generale della norma. L'art. 4 n. 3 prevede, infatti, che il giudice italiano possa conoscere della domanda riguardante provvedimenti cautelari, ove questi siano eseguibili in territorio italiano oppure ove siano relativi a rapporti dei quali il giudice italiano può conoscere. Nonostante la formulazione della norma, che per la sua struttura complessiva è imperniata sulla nozione di convenuto e sulla domanda rivolta nei confronti di questo, è pacifica l'interpretazione – sia in dottrina, sia in giurisprudenza – secondo la quale essa riguarda proprio la giurisdizione a provvedere sull'istanza tendente all'emanazione del provvedimento cautelare, e non la domanda di convalida o di merito conseguente al provvedimento. D'altra parte, è facile rilevare che il legislatore altro non ha fatto qui che trasporre sul piano della giurisdizione gli stessi criteri di competenza territoriale utilizzati in generale in materia di provvedimenti cautelari (cfr. artt. 672 e 701 c.p.c.): sicché, se anche si volesse attenersi a questi ultimi, il risultato non potrebbe mutare⁴.

La giurisprudenza italiana riconosce pacificamente l'indipendenza e l'autonomia dei due titoli di giurisdizione menzionati, nel senso che essi funzionano indipendentemente l'uno dall'altro e sono capaci di giustificare l'esercizio della giurisdizione del giudice italiano solo che esistano le circostanze poste a base di uno solo di essi. È chiaro, poi, che il secondo criterio – l'essere, cioè, il provvedimento richiesto relativo a rapporti dei quali il giudice italiano può conoscere – richiama e riassume in sé tutti i criteri di giurisdizione utilizzabili ai fini della cognizione, a cominciare da quello della cittadinanza italiana del convenuto. Inversamente, la giurisdizione in materia cautelare non presuppone, dato il primo titolo di giurisdizione assunto dall'art. 4 n. 3, l'esistenza di giurisdizione sul rapporto cautelato.

Per quanto concerne la giurisdizione fondata soltanto sull'eseguità in Italia del provvedimento, è chiaro che al suo esercizio dovrà far seguito un procedimento, ed un provvedimento, di merito da svolgersi e da pronunciarsi all'estero. È in

³ Così per tutte Cass. 7 maggio 1981, n. 2955, in *Giust. civ.*, 1981,1, p. 2980 ss.

⁴ In genere sui criteri di giurisdizione in materia cautelare, cfr. G. MORELLI, *Diritto processuale*, cit., p. 131 ss. e M. GIULIANO, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*², Milano, 1970, p. 95 ss.; anteriormente, nel vigore del precedente codice di procedura civile, cfr. G. SPERDUTI, *Limiti della giurisdizione italiana in materia di sequestro conservativo e provvedimenti cautelari in generale*, in *Riv. dir. int.*, 1938, p. 310 ss.

relazione a tale circostanza che va apprezzata la speciale disciplina del giudizio di convalida contenuta nell'art. 680 comma 4 c.p.c., la quale prevede la fissazione di un termine entro il quale dovrà essere data efficacia in Italia alla sentenza straniera di merito pena la perdita di efficacia del provvedimento (rimanendo peraltro dubbio il *dies a quo*: quello di emanazione del provvedimento cautelare o della sentenza straniera?)⁵.

La possibilità di eseguire il provvedimento in territorio italiano deve essere verificata alla luce delle modalità di esecuzione previste dalla legge italiana in relazione alle diverse situazioni ed ai diversi oggetti del provvedimento. Possono sorgere al riguardo difficoltà ove si vogliano ad esempio assoggettare a sequestro azioni di società italiane di cui sia titolare un soggetto straniero, e che come tali siano circolanti all'estero, sia pure sotto la responsabilità di istituto bancario nazionale e alle condizioni previste dalle norme valutarie. In questa ipotesi, infatti, appare impossibile provvedere in Italia a *tutte* le formalità richieste, non essendo sufficiente l'annotazione nel registro della società emittente (diverso sarebbe soltanto il caso di azioni non ancora emesse, per le quali è ritenuta sufficiente l'annotazione menzionata).

Altri dubbi sorgono nel caso che l'oggetto di un sequestro conservativo sia costituito da beni mobili presso terzi o da crediti del soggetto sequestrato nei confronti di terzi. Tenuto conto infatti delle modalità di esecuzione del sequestro prescritte dalla legge, è stato da alcuni autori ritenuto che a tali modalità – quali risultano dagli artt. 543 e 678 c.p.c. – bisognerebbe far riferimento per determinare in concreto quando un dato provvedimento fosse eseguibile in Italia. Con la conseguenza che tale eseguibilità sarebbe possibile affermare, soltanto se la giurisdizione italiana sussistesse nei confronti del sequestrato e del terzo secondo i normali criteri del processo contenzioso. Peraltro una simile impostazione porterebbe a rendere praticamente incapace di funzionare il primo titolo di giurisdizione ritenuto dall'art. 4 n. 3, nelle ipotesi di sequestro conservativo presso terzi, risolvendolo nel secondo titolo previsto dalla norma. E per questo motivo sono state proposte interpretazioni diverse, che risultano preferibili in considerazione di quanto osservato. In particolare, è stato anzitutto proposto di «risalire dal criterio adottato ... per le misure cautelari, ad un criterio più generale, suscettibile di funzionare anche rispetto al sequestro presso terzi ...» che sarebbe da individuare in quello, funzionante anche rispetto al processo esecutivo, consistente nella soggezione al potere dello Stato di ciò che forma oggetto della misura cautelare. Secondo questa tesi, che non appare peraltro essere ancora stata sottoposta al vaglio giurisprudenziale, sarebbe pertanto decisiva la presenza del bene in Italia, oppure la «sottoposizione» del credito al potere statale, da riconoscere a sua volta esi-

⁵ Sui problemi connessi a tale norma, cfr. V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, p. 195 e S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 1, Milano, 1968, p. 218.

stente tutte le volte che fosse eseguibile o sorta in Italia la relativa obbligazione⁶.

Peraltro, la tesi prospettata appare influenzata dalla premessa che la questione relativa alla determinazione dei limiti della giurisdizione italiana in materia cautelare debba necessariamente, ed in ogni caso, essere risolta in modo autonomo rispetto al problema della competenza territoriale. Ove invece questa premessa venga superata, argomentando sulla base della considerazione che la norma dell'art. 4 n. 3 appare estranea al problema del sequestro presso terzi, sembrerebbe possibile considerare come fattore decisivo anche ai fini giurisdizionali la residenza in Italia del terzo o del debitore, utilizzata come criterio di competenza dall'art. 543 c.p.c. (oltre che dall'art. 678). E del resto il ricorso alle norme di competenza anche al fine di risolvere problemi di giurisdizione risulta conforme agli indirizzi più recenti accolti anche in sede di progetti di riforma legislativa⁷.

3. Veniamo ora al secondo titolo di giurisdizione previsto dall'art. 4 n. 3. In questa ipotesi, come già indicato, si è di fronte alla possibilità attribuita al giudice nazionale di emanare provvedimenti cautelari, non destinati ad essere eseguiti in Italia, sulla base del potere di giurisdizione riconosciuto al giudice stesso per conoscere del merito del rapporto cautelato. Mentre ciò riassume l'insieme dei titoli di giurisdizione ammessi dal sistema a quest'ultimo fine, è evidente che l'ipotesi presuppone la necessità di eseguire il provvedimento all'estero (su beni ivi situati o nei confronti di terzi ivi residenti, a seconda della diversa tesi che si ritenga di accettare in ordine al problema, in precedenza evocato, del sequestro di beni o crediti presso terzi).

A questo riguardo si deve innanzitutto precisare che nonostante qualche voce in contrario, non appare giustificato introdurre alcuna limitazione alle possibilità di ricorrere al criterio in parola in rapporto a provvedimenti di sequestro anteriori all'instaurazione della causa. La tesi opposta è stata sostenuta in considerazione del fatto che prima del momento in cui il giudizio è instaurato non sarebbe sempre possibile stabilire con certezza se la giurisdizione italiana potrà esplicarsi sul merito della controversia: e ciò, considerando la regola – stabilita dall'art. 5 c.p.c. – per cui la giurisdizione va determinata con riferimento allo stato di fatto esistente al momento della domanda, porterebbe alla conclusione che il titolo di giurisdizione in parola potrebbe operare *ante causam* soltanto ove risultasse da un criterio insuscettibile di variare, e già sicuramente sussistente riguardo al rapporto da cautelare (quale, ad esempio, la collocazione in Italia del luogo in cui l'obbligazione è sorta)⁸.

⁶ G. MORELLI, *Diritto processuale*, cit., p. 132.

⁷ Si veda il progetto di riforma del diritto internazionale privato e processuale italiano presentato dall'apposita commissione ministeriale e pubblicato in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 932 ss. Cfr. anche M. GIULIANO, *La giurisdizione*, cit., p. 98 s.

⁸ Così G. TESAURO, *Sequestro anteriore alla causa e giurisdizione italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1973, p. 91 ss., in relazione a Trib. Napoli, 8 marzo 1972 (ord.), *ivi*, p. 124 ss.

La tesi peraltro non convince, essendosi già da più parti posto efficacemente in rilievo come il principio dell'art. 5 c.p.c. vada riferito, nel caso, alla domanda tendente alla concessione del provvedimento cautelare, e non a quella di merito; e come, d'altro lato, la norma positiva si accontenti di una semplice possibilità di esercizio della giurisdizione italiana sul merito, senza richiederne l'effettiva esplicazione in concreto. Che se poi il venir meno del criterio si verificasse prima dell'instaurazione del giudizio di merito, non ne potrà che seguire l'applicazione dell'art. 680 c.p.c. quanto al giudizio di convalida, e la competenza del giudice straniero quanto alla causa di merito.

Come si è già ricordato, poi, la Convenzione di Bruxelles del 1968 garantisce agli Stati membri la possibilità di emanare provvedimenti cautelari anche in relazione a rapporti cautelati di competenza di giudici di altri Stati (art. 24 Conv.).

4. La possibilità di garantire l'esecuzione del provvedimento cautelare all'estero dipende, ovviamente, dall'ordinamento dello Stato straniero interessato in ragione della localizzazione dei beni o dei crediti della parte o del terzo. Tuttavia, nell'ambito degli Stati membri delle Comunità europee (o per essere più esatti, al momento attuale: di tali Stati, meno Spagna e Portogallo, in attesa dell'entrata in vigore della terza Convenzione di adesione), tale possibilità appare largamente garantita sulla base delle norme internazionali scaturenti dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla giurisdizione e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (come modificata dalla prima Convenzione di adesione, conclusa a Lussemburgo nel 1978).

L'irrelevanza delle prospettive di esecuzione del provvedimento all'estero, ai fini della giurisdizione, è stata chiaramente posta in luce da una importante decisione della Corte di cassazione⁹, la quale ha sottolineato come tali prospettive possano eventualmente rilevare sotto il profilo dell'interesse della parte a richiedere un provvedimento al giudice italiano, ma non mai sotto quello della giurisdizione. Ma la stessa sentenza ha poi subito precisato che uno degli elementi condizionanti l'interesse in questione è per l'appunto costituito dall'esistenza di norme internazionali vincolanti l'Italia e lo Stato in cui il provvedimento deve essere eseguito in materia di riconoscimento ed esecuzione di quest'ultimo.

Le norme del sistema convenzionale di Bruxelles vengono per l'appunto ad incidere su tale situazione. In primo luogo va chiarito, a questo proposito, che – pur non essendo esso applicabile a fallimenti, concordati o procedure affini secondo la definizione dell'art. 1 comma 2 n. 2 –, ciò non significa che la Convenzione escluda dal suo ambito di applicazione qualsiasi provvedimento cautelare, emanato da giudici di uno Stato aderente, che si colleghi ad una procedura «esclusa». Infatti, la Corte di giustizia comunitaria – cui è deferita la competenza interpretativa delle norme convenzionali, secondo il Protocollo del Lussemburgo del 1971, e che esercita quindi una funzione di giudice dell'interpretazione uniforme a livel-

⁹ Cass. 8 giugno 1985, n. 3464, in *Foro it.*, 1986, I, 1027 ss.

lo comunitario con gli effetti sostanziali ben noti – ha provveduto a definire in termini piuttosto restrittivi l'ambito dell'esclusione relativa alle procedure fallimentari secondo l'art. 1. Nella sentenza *Gourdain c. Nadler* (causa 133/78, 22 febbraio 1979, su richiesta del *Bundesgerichtshof*)¹⁰ la Corte ha precisato – basandosi su nozioni da lei determinate in via autonoma, con riferimento agli scopi ed al sistema della Convenzione nonché ai principi generali che si desumono dal complesso degli ordinamenti nazionali –, che le decisioni escluse dal campo di applicazione della Convenzione sono quelle che «derivano direttamente dal fallimento e si inseriscono strettamente nell'ambito del procedimento fallimentare o di amministrazione controllata» (concludendo poi, con riferimento al caso di specie a lei sottoposto, che doveva considerarsi tale una decisione di condanna dei dirigenti di fatto di una persona giuridica di diritto francese a versare una determinata somma alla massa). In base a tale sentenza, pertanto, rientrano nell'ambito di applicazione della Convenzione tutte le decisioni che non abbiano le caratteristiche indicate, ossia che non siano determinate nella loro struttura e nel titolo che vi ha dato origine dalla procedura fallimentare.

Ne consegue che provvedimenti cautelari emanandi da giudici italiani in base al criterio di giurisdizione esaminato in precedenza potranno ben essere oggetto di obbligo di riconoscimento od esecuzione da parte di giudici di altri Stati comunitari, anche se attinenti a procedure fallimentari, sempre che non si inseriscano strettamente nel procedimento fallimentare o da questo derivino direttamente (come potrebbe essere il caso nell'ipotesi dell'art. 146 comma 3 l.f., ma come certamente non è il caso tutte le volte che il provvedimento sia stato concesso dal giudice normalmente competente, su istanza del curatore fallimentare nell'ambito di un'azione di responsabilità nei confronti di amministratori o sindaci di una società fallita).

D'altro lato, che i provvedimenti cautelari possano e debbano – sotto un profilo generale – essere riconosciuti e dichiarati esecutori, quali «decisioni» a norma del regime convenzionale, ove naturalmente ne ricorrano i presupposti, non può essere posto in dubbio. Ciò era già stato riconosciuto da diverse giurisdizioni di Stati contraenti, quando è intervenuto sul punto a dare un'interpretazione uniforme, e presumibilmente definitiva, la Corte di giustizia comunitaria. Con la sentenza del 21 maggio 1980 (causa 125/79, *Denilauler c. Couchet Frères*)¹¹ la Corte ha dichiarato per diritto – secondo la caratteristica formula adottata nelle sue decisioni pregiudiziali – che provvedimenti provvisori o cautelari disposti in uno Stato comunitario in esito ad un procedimento di natura contraddittoria, fosse an-

¹⁰ La sentenza si legge in *Racc. ufficiale della giurisprudenza della Corte*, 1979, p. 733 ss., ed in *Foro it.*, 1979, IV, 245 ss.

¹¹ In *Raccolta ufficiale*, 1980, p. 1553 ss., ed in *Foro it.*, 1980, IV, 365 ss. e su di essa – oltre agli scritti citati alla nota 2 – in particolare A. HUET, in *Journal du droit International* (Clunet), 1980, p. 939 ss.; R. HAUSMANN, *Zur Anerkennung und Vollstreckung von Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes im Rahmen des EG Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens*, in *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1981, p. 79 ss.

che contumaciale, possono divenire oggetto di riconoscimento o di autorizzazione all'esecuzione, alle condizioni stabilite dalla Convenzione di Bruxelles. Viceversa, ha proseguito la Corte, le condizioni richieste da quest'ultima non sono soddisfatte per quanto riguarda i provvedimenti provvisori o cautelari disposti o autorizzati da un giudice senza che la parte contro cui essi si rivolgono sia stata citata a comparire e destinati ad essere eseguiti senza essere stati prima comunicati a detta parte. In queste ipotesi, il provvedimento non può fruire dell'esecuzione semplificata prevista dal titolo III della Convenzione.

Entro i limiti così precisati, provvedimenti di sequestro giudiziario e conservativo, ed altri provvedimenti cautelari emanati da giudici italiani sulla base della competenza giurisdizionale di merito loro spettante potranno essere ammessi alla circolazione ed all'esecuzione «semplificata» in base alle norme comuni europee previste dalla Convenzione di Bruxelles in tutti gli Stati a questa aderenti (e presto in tutti i 12 Stati comunitari, quando entrerà in vigore la terza Convenzione di adesione stipulata nel maggio del 1989 a S. Sebastiano). Ciò anche in materia fallimentare, sempreché non si tratti di provvedimenti dello stesso giudice delegato strettamente connessi alla stessa procedura fallimentare.

5. Le considerazioni svolte a proposito dell'applicabilità del regime europeo valgono, ovviamente, anche a proposito dell'eventuale «importazione» di provvedimenti cautelari di altri Stati comunitari in Italia. Sotto questo profilo, l'incidenza del regime convenzionale sullo stato del diritto italiano è peraltro particolarmente penetrante: in quanto l'opinione assolutamente prevalente è nel senso che la delibazione di provvedimenti stranieri del genere non sia ammessa, in base alle norme generali del codice di procedura (art. 796 ss.), per mancanza del presupposto che si ritiene consistente in un atto giurisdizionale che definisca una lite comunque in vista della modifica legislativa conseguente all'abolizione dell'art. 943 c.p.c. 1865¹². Del resto, la differenza del regime di Bruxelles è assai rilevante anche nei confronti di quelle altre convenzioni internazionali bilaterali, che prevedessero invece la possibilità, normalmente esclusa, di dare riconoscimento ed esecuzione ai provvedimenti in questione¹³. Anche in queste ipotesi, infatti, tale risultato non sarebbe conseguibile se non attraverso l'esperimento del normale giudizio di delibazione, ossia di una procedura ben più lunga e complessa del rapido procedimento semplificato previsto dalla Convenzione di Bruxelles.

¹² G. MORELLI, *Diritto processuale*, cit., p. 309, ammette la possibilità di concedere riconoscimento ed esecuzione in Italia a provvedimenti cautelari stranieri, purché emanati nella forma di sentenza. Sul problema in generale si vedano A. RUINI, *Delibazione di provvedimenti svizzeri di carattere cautelare o provvisorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, II, p. 244 ss.; G. SPERDUTI, *Non eseguibilità in Italia di un sequestro conservativo ordinato da autorità giudiziaria straniera*, in *Riv. dir. ini.*, 1955, p. 107 ss.

¹³ Si veda, ad esempio, l'art. 19 della Convenzione italo-spagnola del 22 maggio 1973 sull'assistenza giudiziaria e il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale (esec. 1. 3 giugno 1977, n. 605).

Nell'ambito comunitario, pertanto, anche un curatore fallimentare straniero sarà legittimato a chiedere la dichiarazione di esecutorietà in Italia di provvedimenti cautelari ottenuti all'estero, purché sussistano le condizioni indicate, e purché gli effetti del fallimento – e dunque la stessa sua qualità di curatore – siano estesi all'Italia, secondo i principi ordinari¹⁴.

¹⁴ Circa gli effetti in Italia di sentenze straniere dichiarative di fallimento, cfr. per tutti M. GIULIANO, *Fallimento (diritto internazionale)*, in *Enc. diritto*, XVI, Milano, 1967, p. 232 ss., a p. 245 ss.

Commento agli articoli 3-12 (l. 31 maggio 1995 n. 218) *

SOMMARIO: 1. Articolo 3 (Ambito della giurisdizione). – 1.1. La disciplina dell'ambito della giurisdizione italiana nella legge n. 218. – 1.2. Criteri di giurisdizione generali e speciali. – 1.3. La «recezione materiale» delle norme della convenzione di Bruxelles. – 1.4. Il richiamo ai criteri di competenza territoriale. – 2. Articolo 4 (Accettazione e deroga della giurisdizione). – 3. Articolo 5 (Azioni reali relative ad immobili siti all'estero). – 4. Articolo 6 (Questioni preliminari). – 5. Articolo 7 (Pendenza di un processo straniero). – 6. Articolo 8 (Momento determinante della giurisdizione). – 7. Articolo 9 (Giurisdizione volontaria). – 8. Articolo 10 (Materia cautelare). – 9. Articolo 11 (Rilevabilità del difetto di giurisdizione). – 10. Articolo 12 (Legge regolatrice del processo).

1. *Articolo 3 (Ambito della giurisdizione)*

1.1. *La disciplina dell'ambito della giurisdizione italiana nella legge n. 218*

La disciplina dell'ambito della giurisdizione italiana, quale risulta dalle norme contenute nel titolo II della legge n. 218 che ad esso è specificamente dedicato, è forse quella fra le varie parti della legge in cui più si manifesta il carattere innovatore della riforma, e più è stato sconvolto nei suoi caratteri essenziali il sistema precedente, quale emergeva dagli articoli 2, 3 e 4 del codice di procedura civile del 1942, ora abrogati.

È ben noto, infatti, che questo sistema si caratterizzava per una serie di connotati, che se da una parte gli conferivano una assoluta coerenza, dall'altra ne facevano un insieme particolarmente chiuso verso l'esterno, e quindi ben poco rispondente alle esigenze del commercio internazionale e più in genere alle realtà della vita giuridica internazionale contemporanea. E così, alla giurisdizione italiana veniva assegnato – sia nella disciplina positiva, sia nei motivi teorici che ne avevano ispirato la creazione – il carattere della virtuale universalità, intesa come astratta idoneità a fungere da mezzo di soluzione di qualsiasi controversia, per quanto tenue ne fosse il collegamento con lo Stato italiano e con il suo ordina-

* Pubblicato in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1995, pp. 923-951, pp. 954-956, e in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato* (a cura di F. Pocar, T. Treves, S.M. Carbone, A. Giardina, R. Luzzatto, F. Mosconi, R. Clerici), Padova, 1996, pp. 19-54.

mento; e quello della esclusività, in base al quale solo ad esso il carattere di mezzo efficace di soluzione delle controversie era attribuito. In considerazione di ciò, ed in vista dell'accento posto sulla funzione eminentemente pubblicistica dell'attuazione del diritto obiettivo – anziché sulla tutela dei diritti soggettivi delle parti – conseguiva l'inammissibilità che le parti privassero – se non entro limiti ristrettissimi – il giudice italiano della sua giurisdizione (art. 2 cod. proc. civ. 1942), nonché la negazione al processo straniero della qualità di «equivalente giurisdizionale» (art. 3 cod. proc. civ. 1942). Soltanto il risultato finale di tale processo, ossia la sentenza passata in giudicato, poteva in quel sistema acquistare rilevanza per l'ordinamento italiano, ma solo dopo essere stata fatta oggetto di valutazione in tutta una serie di requisiti da parte del giudice italiano, attraverso il giudizio tendente alla sua dichiarazione di efficacia (art. 796 ss. cod. proc. civ.). D'altra parte, proprio in considerazione dell'interesse pubblico connesso all'attuazione del diritto obiettivo, e della negazione di ogni rilievo al processo straniero, conseguiva immediatamente l'idea – positivamente realizzata nelle norme desumibili dall'art. 4 cod. proc. civ. 1942 – che fosse nell'interesse pubblico attrarre alla giurisdizione italiana il più largo numero di controversie possibile, come la virtuale universalità riconosciuta alla giurisdizione poteva consentire¹.

Questi postulati, e le loro conseguenze in termini di disciplina positiva, sono quasi tutti abbandonati. Cade l'inderogabilità della giurisdizione, con la piena ammissione che emerge dall'art. 4 della legge della deroga, alle condizioni ivi previste, senza più alcun limite di estraneità soggettiva, e quindi anche da parte di soggetti esclusivamente collegati all'ordinamento italiano. Cade l'idea dell'esclusività della giurisdizione, con l'ammissione della rilevanza della litispendenza estera da parte dell'art. 7. Rimane bensì la previsione di una sfera molto ampia (a volte, forse, persino più che nel sistema precedente) di controversie riconducibili alla sfera della giurisdizione italiana. Ma nel nuovo sistema ciò non risulta affatto la conseguenza di un postulato teorico, ma piuttosto di una valutazione fatta (se a torto o a ragione, non si intende qui discutere) a proposito delle singole categorie di controversie. Anzi, il rilievo di principio dato alla disciplina internazionale già dall'art. 2 della legge mostra semmai che il valore preferito è quello del coordinamento fra le varie giurisdizioni: dunque un punto di vista che, lungi dal negare, presuppone la piena equiparazione delle giurisdizioni estere a quella nazionale².

¹ Per i caratteri generali del sistema previgente, e le ragioni teoriche che lo avevano ispirato, cfr. il mio scritto *Sulla riforma del sistema italiano di diritto processuale civile internazionale*, in *Studi Vita*, p. 151 ss., e in *Riv. dir. int.*, 1990, p. 832 ss., ed ivi gli ulteriori riferimenti agli autori – in specie, Carnelutti e Morelli – nell'opera dei quali quei caratteri si trovano più chiaramente e coerentemente enunciati e svolti. Sulle tendenze ideologiche che hanno per vari aspetti ispirato il codice di procedura civile del 1942 si vedano anche i contributi di TARELLO, *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, Bologna, 1989.

² Non è privo di significato anche il fatto che la disciplina dell'ambito della giurisdizione italiana sia contenuta ora nella stessa legge che regola la determinazione della legge applicabile e il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere, anziché nel codice di procedura civile come nel

Di questo vero e proprio capovolgimento di principi profondamente radicati nel sistema l'interprete non può, evidentemente, che prendere atto, e poco importa qui se con soddisfazione o con rammarico. Altro discorso deve essere però quello delle possibili garanzie nei confronti delle giurisdizioni straniere, la cui necessità non può essere ignorata soltanto in nome dei valori della cooperazione internazionale, e richiede un esame puntuale delle forme e strumenti di possibile realizzazione delle garanzie stesse³.

Di fronte a tali elementi di novità sul piano dell'impostazione generale del sistema, risulta ben più arduo individuare qualche lineamento generale nel segno della continuità con l'assetto precedente⁴. Da questo punto di vista, si può soltanto segnalare il carattere obbligatorio che i criteri di giurisdizione conservano, che esclude qualsiasi potere discrezionale del giudice nella valutazione della sussistenza della giurisdizione (contrariamente ai ben noti indirizzi, accolti nei sistemi anglosassoni), pur se – come si vedrà oltre – certe valutazioni che il nuovo sistema potrà richiedere al giudice in sede di applicazione dell'art. 7 potrebbero, in prospettiva, condurre ad un'attenuazione della rigidità del principio; o ancora, la fedeltà di principio all'idea, tradizionale nel sistema italiano, che l'ambito della giurisdizione debba risultare da un insieme di norme apposite e non da quelle relative alla competenza territoriale interna⁵. Anche qui, peraltro, il principio non ha carattere assoluto (ammesso poi che in precedenza l'avesse): infatti l'art. 3, come si dirà, riserva un certo spazio alla determinazione della giurisdizione italiana sulla sola base dei criteri di competenza per territorio⁶.

1.2. Criteri di giurisdizione generali e speciali

Le norme di base che determinano l'ambito della giurisdizione italiana sono poste dall'art. 3 della legge n. 218. Rispetto all'art. 4 cod. proc. civ., il dato che immediatamente colpisce è costituito dall'abbandono della *stemma divisio* tra cit-

sistema del 1942: questa innovazione, non a caso espressamente sottolineata nell'art. 1 della legge n. 218, richiama l'attenzione sull'unità della problematica adottata dalla legge, che deriva dal fatto che si tratta di prendere unitariamente posizione sulla coordinazione dell'ordinamento giuridico interno rispetto a tutti gli altri.

³ Ciò, in modo particolare, in relazione alla disciplina della litispendenza estera – *infra*, par. 7 – e delle condizioni del riconoscimento e dell'esecuzione delle sentenze emanate in altri Stati di cui *infra*, al commento agli artt. 64 ss.

⁴ Sul punto si veda STARACE, *La disciplina dell'ambito della giurisdizione italiana*, in *Il nuovo sistema di diritto internazionale privato* coordinato da CAPOTORTI, in *Corriere giuridico*, 1995, p. 1234 ss. Sulla nuova disciplina in generale cfr. ora ATTARDI, *La nuova disciplina in tema di giurisdizione italiana e di riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 121 ss.

⁵ Sui criteri generali che ispiravano la disciplina della giurisdizione nel sistema del 1942 ed il loro carattere in comparazione con quelli di altri ordinamenti, si veda la sempre attuale esposizione di GIULIANO, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*, 2^a ed., Milano, 1970, p. 1 ss.

⁶ Al riguardo si veda *infra* al par. 4.

tadini e stranieri, che caratterizzava il vecchio sistema. La cittadinanza italiana non costituisce più, infatti, criterio generale di giurisdizione; e quest'ultima non è più illimitata nei confronti dei cittadini, ma incontra gli stessi limiti cui è soggetta quando il convenuto abbia la cittadinanza di un altro Stato. Non si può dunque più parlare di giurisdizione «nei confronti degli stranieri», come imponeva il precedente sistema.

La nuova disciplina si articola su quattro diversi livelli. Il primo concerne la posizione di alcuni criteri generali, che esprimono collegamenti fra il soggetto che è convenuto in giudizio e lo Stato considerati dal legislatore di per sé sufficienti a giustificare l'esercizio della giurisdizione per qualsiasi categoria di controversie (salve solo le azioni reali su beni immobili situati all'estero). Si tratta del domicilio, della residenza e della presenza in Italia di un rappresentante autorizzato a stare in giudizio a norma dell'art. 77 cod. proc. civ., che riproducono principi già vigenti in base all'art. 4 cod. proc. civ.: ma oggi, come si è detto, tali criteri sono chiamati a fondare la giurisdizione non solo nei confronti degli stranieri, ma anche dei cittadini italiani.

Accanto ai criteri indicati, vale egualmente a giustificare l'esercizio della giurisdizione italiana nei confronti di qualsiasi categoria di controversie la volontà della parte convenuta in giudizio, espressa od implicita, in quanto concreti un'accettazione della giurisdizione stessa secondo le disposizioni dell'art. 4 comma 1 della legge (v. *infra*, par. 5). Sotto quest'aspetto, la situazione non appare modificata rispetto a quella previgente, così come risultante dall'art. 4 n. 1 cod. proc. civ. e dalla sua applicazione giurisprudenziale.

Una seconda serie di ipotesi, nelle quali l'art. 3 stabilisce la sussistenza della giurisdizione italiana, risulta da tutte quelle norme – incluse nella stessa legge n. 218 o altrove – che prevedono criteri speciali di giurisdizione per particolari categorie di controversie. Nella legge n. 218 vanno menzionati gli articoli 22, comma 2 (scomparsa, assenza e morte presunta), 32 (nullità e annullamento del matrimonio, separazione personale e scioglimento del matrimonio), 37 (filiazione), 40 (adozione), 42 e 44 (protezione dei minori e dei maggiori d'età), e 50 (successioni). Al di fuori della nuova legge, si possono ricordare le ipotesi dell'art. 75 del r.d. 29 giugno 1939 n. 1127 in materia di brevetti per invenzioni industriali e dell'art. 56 del r.d. 21 giugno 1942 n. 929 in materia di marchi registrati: ipotesi tutte cui l'art. 3 della legge n. 218 fa riferimento affermando la sussistenza della giurisdizione «negli altri casi in cui è prevista dalla legge»⁷.

⁷ Va poi ricordata l'ipotesi dell'art. 14 cod. nav. relativo alle domande riguardanti urti di navi o di aeromobili oppure assistenza, salvataggio o recupero in alto mare o in altro luogo o spazio non soggetto alla sovranità di alcuno Stato: questa norma non è stata abrogata dalla legge n. 218, al pari di tutte le altre relative al diritto internazionale privato della navigazione: su di essa cfr. GIULIANO, *La giurisdizione civile* cit., p. 115 ss. Per l'ipotesi di rettificazione di atti dello stato civile, prevista dall'art. 169 r.d. 9 luglio 1939 n. 1238, ancora GIULIANO, *La giurisdizione civile* cit., p. 119 ss.: va rilevato peraltro che se il processo di rettificazione degli atti dello stato civile dovesse essere ricondotto alla sfera della giurisdizione volontaria, così come ritiene l'autore da ultimo citato, la norma

Vi sono poi altre due serie di ipotesi. La prima (che venne introdotta nel testo della legge soltanto dopo che essa era già stata approvata dal Senato, e non si trovava menzionata nei lavori preparatori che si riferiscono ad un testo anteriore)⁸ prevede la sussistenza della giurisdizione italiana «in base ai criteri stabiliti della sezioni 2, 3 e 4 del titolo II» della convenzione di Bruxelles del 1968 in materia di competenza giurisdizionale ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale; e ciò limitatamente alle materie comprese nel campo di applicazione della convenzione, quale risultante dal suo art. 1 ma – per tali materie – «anche allorché il convenuto non sia domiciliato nel territorio di uno Stato contraente», e dunque in casi nei quali la convenzione non è destinata ad applicarsi in quanto testo internazionale vincolante in vista di quanto stabilito dal suo art. 4, primo comma, che fa salva la disciplina della competenza giurisdizionale propria di ciascuno Stato contraente (salva l'applicazione delle disposizioni dell'art. 16 in materia di competenze esclusive).

Si ha qui dunque un ricorso parziale ai criteri di competenza giurisdizionale previsti dalla convenzione di Bruxelles, che vengono fatti propri dal diritto interno italiano per le materie cui si applica la convenzione, ma al di là dei limiti di applicazione di questa *ratione personarum*. I criteri menzionati nell'art. 3 comma 2, prima parte, vengono infatti utilizzati dalla legge interna come se fossero stati da essa direttamente posti, ed applicati nei confronti dei convenuti senza alcun riguardo al collegamento di questi ultimi con il territorio comunitario. Di ciò si dirà più ampiamente al successivo paragrafo 3.

L'ultima serie di ipotesi prevista dall'art. 3 riguarda le materie estranee alla convenzione di Bruxelles secondo la definizione che essa dà della propria sfera di applicazione all'art. 1. In tali materie, la giurisdizione italiana sussiste in base ai criteri di competenza territoriale, ossia sempreché, in base alle norme interne riguardanti tale competenza, sussista almeno un giudice italiano che ne sia fornito. Si tratta di un'utilizzazione parziale del sistema che si trova applicato in via del tutto generale in altri ordinamenti, ma che – come si è già ricordato – è estraneo alla tradizione legislativa italiana. Della portata di questo richiamo si dirà al successivo paragrafo 4.

Per quanto riguarda i criteri generali di giurisdizione previsti dall'art. 3 comma 1, va in primo luogo sottolineato che esiste un limite generale alla loro operatività previsto dall'art. 5 della legge in materia di azioni reali relative a beni immobili situati all'estero. Tale limite esclude la sussistenza della giurisdizione pure in pre-

indicata dovrebbe ritenersi ormai ricompresa nell'ambito di quelle poste dall'art. 9 legge n. 218 (sulle quali *infra*, par. 8).

⁸ L'art. 3 dello schema di articolato proposto dalla Commissione ministeriale considerava sussistente, al secondo comma, la giurisdizione italiana in ogni caso in cui vi fosse l'attribuzione, anche per concessione, della competenza per territorio ad un giudice italiano, ed a tale disposizione si riferiscono, tanto la relazione della Commissione, quanto quella ministeriale. Su questa soluzione si vedano le osservazioni critiche di STARACE, *La disciplina dell'ambito della giurisdizione italiana nel disegno di legge*, in *Studi Vitta*, p. 243 ss., e in *Riv. dir. int.*, 1992, p. 5 ss., nonché il mio scritto *citato supra*, nota 1.

senza dei collegamenti previsti in via del tutto generale dall'art. 3 comma 1. Rispetto alla disciplina precedente, è facile notare la minore ampiezza dell'esclusione: che in base all'art. 4 n. 1 cod. proc. civ. investiva qualsiasi tipo di azione concernente beni immobili fuori del territorio italiano⁹.

Con riferimento alla situazione normativa risultante dall'art. 4 cod. proc. civ. 1942 è opportuno sottolineare – oltre alla già ricordata differenza generale di impostazione, derivante dalla rinuncia al criterio della cittadinanza italiana quale criterio generale di giurisdizione – quali sono le principali differenze introdotte della nuova disciplina.

In sintesi si può dire quanto segue:

a) viene abbandonato il criterio del luogo di situazione in Italia dei beni mobili previsto dell'art. 4 n. 2 cod. proc. civ., che non è utilizzato in via generale dalle norme contenute nella legge n. 218 né dalle norme della convenzione di Bruxelles¹⁰. Per quanto concerne invece i beni immobili, in mancanza di norme espresse nella nuova legge, occorre far ricorso alla convenzione di Bruxelles, la quale all'art. 4 fa salve le disposizioni in materia di competenze esclusive contenute nell'art. 16 della convenzione anche qualora il convenuto non abbia il proprio domicilio nel territorio comunitario: è noto che la prima fra le competenze esclusive elencate dall'art. 16 è per l'appunto quella dello Stato nel cui territorio l'immobile è situato, per le controversie in materia di diritti reali immobiliari e di contratti di affitto di immobili¹¹;

b) per quanto riguarda la materia successoria, i due criteri alternativamente previsti dall'art. 4 n. 2 (cittadinanza italiana del *de cuius* e luogo di apertura della successione) vengono utilizzati, assieme ad altri, dall'art. 50 della legge¹²;

⁹In questo senso era, perlomeno, l'opinione largamente prevalente: si vedano, anche per la menzione della tesi diversa e le sue ragioni, GIULIANO, *La giurisdizione civile*, cit., p. 57 ss. È noto d'altronde che in epoca meno recente il divieto di esercizio della giurisdizione rispetto ad azioni reali su immobili siti all'estero veniva spesso considerato come derivante da una vera e propria regola di diritto internazionale.

¹⁰Anzi la convenzione indica, all'art. 3, quali criteri comunque non invocabili nei confronti di soggetti domiciliati nell'ambito del territorio comunitario tutti quelli compresi nell'art. 4 numeri 1 e 2 cod. proc. civ. (al pari di quello del *situs rei* derivante dal par. 23 ZPO tedesca ove è però previsto quale criterio generale e non speciale come nell'abrogato art. 4).

¹¹Nella convenzione di adesione del 1989, com'è noto, è stata peraltro introdotta un'eccezione al carattere assoluto della regola, in relazione all'ipotesi di contratti di affitto temporaneo per un periodo massimo di sei mesi consecutivi.

¹²L art. 50 risulta formulato in termini tali da portare ad un relevantissimo ampliamento della giurisdizione italiana in materia – basti pensare all'ipotesi, ivi menzionata, di giurisdizione dipendente dal fatto che la parte dei beni ereditari di maggior consistenza economica è situata in Italia –, e potrebbe far pensare che abbia inteso disciplinare in via esclusiva la giurisdizione italiana nella materia (con esclusione, quindi, dell'art. 3). Anche se, in considerazione dell'ampiezza appena rilevata, la questione potrà avere ben scarsa rilevanza in pratica, non ritengo che si possa pervenire ad un risultato del genere, ma che si tratti soltanto di un difetto di formulazione dell'art. 50: e ciò in vista della portata del tutto generale delle norme contenute nell'art. 3 della legge n. 218. In senso contrario v. però ATTARDI, *La nuova disciplina* cit., p. 739.

c) in materia di obbligazioni contrattuali cade del tutto il criterio del luogo in cui l'obbligazione è sorta, generalizzandosi la soluzione dell'art. 5 n. 1 della convenzione di Bruxelles, che prevede la giurisdizione del giudice del luogo in cui l'obbligazione è stata o doveva essere eseguita, precisando che deve trattarsi dell'obbligazione dedotta in giudizio. Risulterà pertanto improponibile anche in sede di applicazione dell'art. 3 comma 2 della nuova legge la soluzione giurisprudenziale, largamente accolta, che affermava la giurisdizione italiana ogni qualvolta fosse eseguibile (oppure sorta) in Italia una qualsiasi obbligazione sorta da un determinato contratto, e non soltanto quella dedotta in giudizio¹³;

d) viene abbandonato in via generale il criterio della connessione di una causa con altra pendente avanti al giudice italiano (art. 4 n. 3 cod. proc. civ.): essa rimane operante soltanto nelle ipotesi specificamente previste dall'art. 6 della convenzione di Bruxelles, e per la materia cui questa si riferisce, non risultando utilizzabili le norme degli articoli 31-36 cod. proc. civ. in base al richiamo che l'art. 3 comma 2 effettua ai «criteri stabiliti per la competenza per territorio»¹⁴. In particolare, non risulterà più utilizzabile il criterio della connessione per pregiudizialità, ex art. 34 cod. proc. civ., in precedenza oggetto di notevole elaborazione da parte della giurisprudenza¹⁵;

e) viene infine abbandonato il criterio della reciprocità, stabilito dall'art. 4 n. 4 cod. proc. civ.

Alcune delle ipotesi così escluse vengono recuperate attraverso il richiamo operato ai criteri previsti dalle sezioni 2, 3 e 4 del titolo II della convenzione di Bruxelles, di cui si dirà al paragrafo successivo, ed ai criteri stabiliti per la competenza per territorio. Inoltre, e soprattutto, va rilevato che le norme speciali di giurisdizione – che si sono elencate in precedenza – finiscono per dilatare notevolmente il quadro, soltanto a prima vista ristretto, che risulta dalle ricordate disposizioni dell'art. 3. Basti pensare all'ampio ruolo che la cittadinanza italiana viene a svolgere nell'ambito di tali norme speciali (ad esempio, se posseduta anche da uno qualsiasi dei coniugi – e dunque anche se attore in giudizio – in materia di nullità, annullamento, scioglimento del matrimonio o di separazione personale, art. 32; o da uno dei genitori o dal figlio, in materia di filiazione, art. 37), o

¹³ Sul punto, cfr. GIULIANO, *La giurisdizione civile* cit., p. 72 ss.; ed il mio studio *Il luogo di esecuzione dell'obbligazione come criterio di competenza giurisdizionale*, in *Studi in onore di E.T. Liebman*, II, Milano, 1979, p. 817 ss. Per un'interpretazione più restrittiva degli indirizzi seguiti dalla giurisprudenza, cfr. LUPOLI, *Il luogo di esecuzione del contratto come criterio di collegamento giurisdizionale*, Milano, 1978.

¹⁴ Per le ragioni di quest'affermazione si veda *infra*, par. 4.

¹⁵ Cfr. in particolare Cass. s.u., 7 maggio 1981 n. 2955, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 2980 ss., e 17 febbraio 1983 n. 1194, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1984, p. 324 ss. Per le varie opinioni dottrinali in merito all'utilizzazione del criterio in questione ai fini della giurisdizione, si vedano MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, 2ª ed. Padova, 1954, p. 125; GIULIANO, *La giurisdizione civile* cit., p. 86; STARACE, *Limiti della giurisdizione (diritto internazionale)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 429 ss. a p. 435.

dal ricorso, spesso compiuto dalle norme speciali, a criteri, per così dire, assai atipici, ossia in precedenza sconosciuti al nostro sistema e relativi ad aspetti e profili del rapporto normalmente considerati irrilevanti ai fini della giurisdizione: la celebrazione del matrimonio in Italia (art. 32); il fatto che si trovino in Italia i beni ereditari «di maggior consistenza economica» (art. 50)¹⁶; la possibilità che l'accertamento della scomparsa, dell'assenza o della morte presunta produca «effetti giuridici nell'ordinamento italiano» (art. 22 comma 2 lett. c).

Il quadro complessivo, insomma, risulta assai composito ed eterogeneo, certamente più di quanto non fosse nel sistema precedente: e non è facile valutarne in via astratta tutte le possibili implicazioni, prima che il vaglio giurisprudenziale provveda a fornire quell'assestamento, che soltanto la concreta esperienza applicativa può garantire.

Va infine rilevato che l'art. 3 della legge, al pari dell'art. 4 cod. proc. civ., menziona in via generale il «convenuto» e prevede nei suoi confronti i criteri generali di giurisdizione considerati nel primo paragrafo, riferendosi evidentemente all'ipotesi che esso sia una persona fisica, nei confronti della quale soltanto risulta appropriato parlare di domicilio o di residenza. Si tratta allora di stabilire se le norme dell'art. 3 – e, in particolare, quelle dell'art. 3 comma 1 – si debbano ritenere applicabili direttamente, od eventualmente solo in via analogica, anche agli enti diversi dalle persone fisiche; e, in secondo luogo, se si possano individuare, nei confronti di tali enti, criteri generali di giurisdizione che prendano il posto riservato dal legislatore al domicilio ed alla residenza in relazione alle persone fisiche.

Non sembra si possano nutrire dubbi circa l'applicabilità diretta delle norme in questione anche nei confronti degli enti diversi dalle persone fisiche, nonostante la contraria tesi autorevolmente sostenuta in passato¹⁷, seguendo del resto in ciò l'opinione più diffusa in sede di interpretazione dell'art. 4 cod. proc. civ.¹⁸.

Rispetto a questa opinione, non vi è alcun indizio, né ragione, per ritenere che il legislatore della riforma abbia inteso introdurre un mutamento, anche se certo una norma esplicita non sarebbe stata inopportuna. Quanto al secondo quesito, mentre, com'è naturale, non vi è dubbio che la presenza in Italia di un rappresentante autorizzato a stare in giudizio *ex art. 77* cod. proc. civ. costituisce criterio generale di giurisdizione anche rispetto a soggetti diversi dalle persone fisiche, è

¹⁶ Si può notare, riguardo a questo criterio utilizzato dall'art. 50 della legge n. 218, che esso risulta in qualche modo ispirato a quello cui fa ricorso, ai fini della competenza territoriale, l'art. 22, ultimo comma cod. proc. civ., il quale afferma – nel caso di successione aperta fuori dello Stato – la competenza del giudice del luogo in cui è posta la maggior parte dei beni situati nello Stato: tuttavia, l'art. 50 introduce l'ulteriore elemento di incertezza costituito dalla necessità di effettuare la valutazione comparativa dell'entità economica dei beni ereditari situati rispettivamente in Italia ed all'estero.

¹⁷ MORELLI, *Diritto processuale cit.*, p. 135 ss.

¹⁸ Si veda in questo senso GIULIANO, *La giurisdizione civile cit.* p. 112 ss. (ove anche ulteriori indicazioni); STARACE, *Limiti della giurisdizione cit.*, p. 443 s.

altrettanto ovvio che il domicilio e la residenza non possono essere riferiti a tali soggetti. Non si deve peraltro desumere da ciò la conseguenza che, rispetto a questi ultimi, valga quale criterio generale di giurisdizione la sola esistenza del rappresentante di cui si è detto. L'art. 3 della legge n. 218, infatti, richiama – al fine di trarne criteri di giurisdizione complementari – anche la convenzione di Bruxelles del 1968 e le norme del codice di procedura civile in materia di competenza territoriale. Ora entrambe queste fonti contengono norme che stabiliscono i criteri per la determinazione del foro generale di società e persone giuridiche, utilizzando il criterio della sede: si vedano l'art. 53 della convenzione di Bruxelles e l'art. 19 cod. proc. civ. Dal canto suo, l'art. 46 cod. civ. sostituisce a sua volta il criterio della sede delle persone giuridiche a quelli del domicilio e della residenza delle persone fisiche. Se ne deduce, in modo univoco, che la giurisdizione italiana sussiste in via generale nei confronti delle società, persone giuridiche od altri enti che abbiano la propria sede in Italia. E si perviene così, in sostanza, allo stesso risultato cui si perveniva secondo la disciplina previgente distinguendo fra enti italiani e stranieri ai fini dell'art. 4 cod. proc. civ.: anche in tale regime, infatti, si doveva far riferimento all'art. 2505 cod. civ., che secondo l'opinione più diffusa considerava italiane le società con sede in Italia, ancorché costituite all'estero.

La giurisdizione italiana nei confronti di convenuti diversi dalle persone fisiche si amplia ulteriormente, d'altra parte, attraverso il riferimento, compiuto dall'art. 3 comma 2, alla convenzione di Bruxelles, e precisamente all'art. 5 n. 5 di questa, che prevede la competenza speciale del giudice del luogo in cui una «succursale, agenzia od altra filiale» ha la propria sede, per le controversie riguardanti l'esercizio di queste¹⁹.

1.3. *La «recezione materiale» delle norme della convenzione di Bruxelles*

Come si è anticipato, l'art. 3 comma 2 richiama quali criteri di giurisdizione, nelle materie civili e commerciali alle quali è applicabile la convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 (e successive modificazioni), quelli «stabiliti dalle sezioni 2, 3 e 4 del titolo II» della convenzione stessa. E ciò anche allorché il convenuto non sia domiciliato nel territorio di uno degli Stati aderenti alla convenzione.

Anziché avvalersi della facoltà di determinare la sfera della giurisdizione in base ai normali criteri del proprio sistema, il legislatore italiano ha dunque preferito configurare, in parte, quella sfera recependo sul piano del diritto interno quegli stessi criteri di competenza c.d. speciale che la convenzione di Bruxelles utilizza per determinare l'ambito della giurisdizione nei confronti di convenuti domiciliati nell'ambito del territorio degli Stati contraenti (che, come si sa, tendono a coincidere con quelli che sono membri dell'Unione europea, anche se i tempi

¹⁹ Su questa competenza speciale cfr. il mio scritto *Giurisdizione e competenza nel sistema della Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Dir. comm. int.*, 1991, p. 63 ss. a p. 75 s.

necessari per l'estensione del sistema convenzionale di Bruxelles ai nuovi Stati che aderiscono all'Unione possa produrre qualche sfasatura temporale). Così facendo la legge n. 218 mira a creare un perfetto parallelismo tra la sfera della giurisdizione italiana in ambito comunitario e quella nei confronti di tutti gli altri paesi. Il meccanismo prescelto, che si caratterizza per la sua novità²⁰, richiede all'interprete una certa attenzione perché non ne venga tradito il significato.

Dal punto di vista puramente formale, è chiaro che la scelta legislativa si traduce in una vera e propria creazione di regole interne sulla giurisdizione modellate su quelle poste in essere dalla convenzione di Bruxelles, così come sarebbe accaduto se il legislatore avesse direttamente posto alcune norme interne aventi lo stesso contenuto di quelle convenzionali. Tuttavia, da questa constatazione non può certo trarsi la conseguenza che l'interprete sia libero di ricostruire il significato e la portata di tali regole senza tenere alcun conto di quelli che le norme convenzionali sono venute assumendo nel loro sistema di appartenenza, e dunque in base ai canoni interpretativi – non puramente interni, ma comunitari – che sono loro propri. Al contrario, appare giustificato ritenere che il richiamo alle norme di Bruxelles, inteso alla luce della finalità che gli è propria (coerenza dei principi di determinazione della sfera della giurisdizione nelle sue dimensioni intra ed extra-comunitaria), imponga all'interprete di tener conto dell'effettiva realtà delle norme convenzionali nel sistema cui appartengono, pur se il richiamo legislativo ne provoca un'estensione al di là dei confini di questo. Tale conclusione risulta tanto più giustificata, in quanto è noto che il meccanismo di interpretazione pregiudiziale (previsto dal protocollo del Lussemburgo del 3 giugno 1971 sulla falsariga di quello dell'art. 177 del trattato CE) è idoneo a condurre – come l'esperienza largamente dimostra – all'attribuzione alle norme convenzionali di contenuti in buona parte svincolati da quelli che potrebbero esser loro assegnati sulla base di un'interpretazione puramente nazionale. Sicché lo svincolare l'interprete italiano dal rispetto di questi risultati significherebbe, in pratica, determinare uno iato capace di contraddire la stessa finalità di coerenza che sta alla base della scelta legislativa. Naturalmente le stesse considerazioni devono indurre a ritenere che significato e portata delle norme di giurisdizione create dall'art. 3 comma 2 attraverso il meccanismo esaminato debbono essere ricostruiti, non solo sulla base di quelli *attualmente* determinabili nel sistema convenzionale, ma con riguardo a quelli individuabili nel momento in cui dei singoli principi e criteri si tratterà di fare applicazione, e pertanto anche alla luce di tutti gli eventuali futuri sviluppi che tale sistema potrà subire nella sua applicazione ed interpretazione comunitaria²¹.

²⁰ Va qui rilevato che il meccanismo di cui si tratta si differenzia rispetto a quello usato dalla legge n. 218 in relazione al ricorso alla disciplina di altre convenzioni internazionali (quali quella di Roma del 1980 in materia di obbligazioni contrattuali), che vengono applicabili «in ogni caso» (per la convenzione citata, v. l'art. 57): l'art. 3, infatti, limita l'utilizzazione dei criteri di competenza di Bruxelles alle sole materie contemplate della convenzione, e l'ampliamento rispetto alla sfera internazionale di applicabilità del testo guarda soltanto i convenuti domiciliati al di fuori della Comunità.

²¹ Ciò non sembra contrastare con il carattere di recezione materiale che il richiamo presenta,

Viceversa il carattere formalmente autonomo delle norme create dall'art. 3 comma 2 attraverso il richiamo a quelle di Bruxelles non sembra consentire – e dunque, neppure imporre ai giudici di ultima istanza – che il giudice italiano utilizzi il meccanismo del protocollo del 1971 al fine di sottoporre eventuali questioni interpretative alla Corte di giustizia comunitaria. Nonostante alcuni dubbi lasciati in proposito da una nota decisione della Corte²² e alcune opinioni in senso contrario²³, sembra che qui il dato formale acquisti valore decisivo, impedendo il deferimento alla Corte di questioni riguardanti norme di carattere interno: a proposito delle quali la coerenza con le norme comunitarie costituisce sí, come si è visto, un'esigenza logica fatta propria dal legislatore, ma non risponde ad alcun vincolo di carattere giuridico dello Stato.

Quanto al contenuto del richiamo ai criteri di Bruxelles, si è già detto che attraverso l'art. 3 comma 2 della legge n. 218 vengono ad acquistare rilievo nell'ambito del sistema interno le competenze c.d. speciali previste dagli articoli 5 e 6 della convenzione, nonché i principi speciali da essa stabiliti a proposito dei contratti di assicurazione e di quelli conclusi da consumatori²⁴. Peraltro, come è stato giustamente notato²⁵, il richiamo vale a far acquistare rilievo, ai fini della giurisdizione italiana, ai «criteri» stabiliti dalle sezioni rilevanti della convenzione, e non necessariamente a tutte le norme facenti parte di tali sezioni. Ne consegue l'esclusione dal richiamo della limitazione espressa negli articoli 7 e 13 della convenzione²⁶.

1.4. *Il richiamo ai criteri di competenza territoriale*

L'ultima parte dell'art. 3 n. 2 della legge 218 richiama ai fini della giurisdizione, nelle materie escluse dall'ambito di applicazione della convenzione di Bruxelles, anche i criteri di competenza territoriale dei giudici interni. Si tratta di un procedimento estraneo alla tradizione legislativa italiana, ma certo tecnicamente possibile vista l'identità di struttura delle norme relative ai due ordini di problemi,

posto che si tratta di recepire un sistema che, grazie al ruolo attribuito alla Corte di giustizia comunitaria, presenta una spiccata capacità di sviluppo autonomo, del quale occorre tener conto.

²² Cfr. la sentenza del 28 marzo 1995 in causa C-346/93, *Kleinwort Benson*, in *Raccolta*, 1995, I p. 615 ss., e in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, p. 773 ss.

²³ Si veda GAJA, *L'interpretazione di norme interne riproduttive della Convenzione di Bruxelles da parte della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. int.*, 1995, p. 757 s.

²⁴ Per una panoramica di tali competenze e principi, si veda da ultimo CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo*, Torino, 1995, pp. 39 ss., 60 ss.

²⁵ Da STARACE, *La disciplina cit.* p. 1235.

²⁶ Tali articoli, nell'aprire le sezioni rispettivamente dedicate alle competenze in materia di contratti di assicurazione e di quelli conclusi dai consumatori, fanno salve le disposizioni dell'articolo 4 della convenzione, il quale afferma l'inapplicabilità delle regole di competenza della convenzione nei confronti di convenuti domiciliati al di fuori della Comunità. Senonché, il richiamo alle norme convenzionali da parte dell'art. 3.2 ha proprio la funzione di rimuovere questo limite, che non sembra poter essere reintrodotta nelle ipotesi considerate.

tutte fondate sulla previsione di criteri idonei ad esprimere un collegamento tra situazione concreta e territorio dello Stato²⁷.

Rispetto al testo del progetto della Commissione ministeriale, il ruolo dei criteri di competenza per territorio risulta comunque assai sminuito dall'introduzione del richiamo ai criteri della convenzione di Bruxelles, di cui si è detto al precedente paragrafo. Questa considerazione conduce a rendere meno grave la preoccupazione che l'utilizzazione di quei criteri si traduca in una dilatazione eccessiva della sfera della giurisdizione italiana, in particolare attraverso il ricorso al criterio della residenza della parte attrice in giudizio, di cui all'art. 18, secondo comma cod. proc. civ., che è criterio generale, e non speciale²⁸. Dell'opportunità di questa introduzione, d'altra parte, è lecito dubitare, anche in considerazione del fatto che le numerose norme speciali di giurisdizione comprese nella nuova legge sembrano da sole più che sufficienti per soddisfare le esigenze che le materie da esse contemplate potrebbero presentare²⁹.

Queste ultime norme, d'altronde, finiscono con il privare di buona parte della sua rilevanza pratica il richiamo ai criteri di competenza per territorio: sicché quest'ultimo sembra acquistare più rilevante significato soprattutto in materie, quale quella fallimentare, per le quali la legge non prevede alcuna norma speciale di giurisdizione. Qui la nuova disciplina, utilizzando il principio di cui all'art. 24 della legge fallimentare anche ai fini della giurisdizione, sortisce conseguenze di notevole portata, ad esempio in materia di azioni revocatorie fallimentari, per le quali le soluzioni giurisprudenziali più frequentemente accolte non erano esenti da dubbi ed incertezze³⁰.

Il richiamo ai criteri di competenza territoriale non può, invece, soccorrere direttamente in materia di esecuzione forzata. La nuova legge, al pari della disciplina precedente, ha trascurato la materia, non dedicandovi alcuna norma espressa. Tuttavia, l'art. 16 n. 5 della convenzione di Bruxelles disciplina la materia, attribuendo competenza esclusiva ai giudici dello Stato nel cui territorio ha luogo

²⁷ Sul tema si veda per tutti GIULIANO, *La giurisdizione civile* cit., spec. p. 132 ss.

²⁸ Considerazioni critiche riguardo al richiamo dell'art. 18, secondo comma, sono state svolte da STARACE, *La disciplina*, cit., p. 1236 s. (e da altri ancora prima dell'approvazione del progetto di legge).

²⁹ È stato anche prospettato un dubbio di incostituzionalità dell'introduzione del criterio in questione, sotto il profilo che si verrebbe in tal modo a diversificare il trattamento di soggetti che si trovano nella medesima condizione di non domiciliati in territorio comunitario, e ciò con riferimento a tutti i tipi di controversie (trattandosi di criterio generale), violando il principio di cui all'art. 3 Cost. (così STARACE, *op. ult. cit.*, p. 1236 s.). Al fine di superare tale dubbio, si potrebbe forse affacciare una diversa interpretazione dell'art. 3 comma 2, capace di portare all'esclusione dell'operatività del criterio della residenza dell'attore. Si potrebbe cioè argomentare nel senso che il richiamo contenuto nell'ultima parte della norma può riguardare soltanto criteri speciali, essendo quelli di carattere generale già indicati dal legislatore nell'art. 3 comma 1, sicché l'art. 18, secondo comma cod. proc. civ. ne dovrebbe rimanere escluso.

³⁰ Si veda al riguardo il mio scritto in nota a Cass. s.u., 14 febbraio 1995 n. 1572, in *Corriere giur.*, 1995, p. 704 ss.

l'esecuzione: e secondo l'art. 4, primo comma, della convenzione, questa regola si impone – al pari delle altre competenze esclusive stabilite dall'art. 16 – anche ove il convenuto sia domiciliato al di fuori dei territori degli Stati contraenti. I criteri indicati dall'art. 26 cod. proc. civ. ai fini della competenza territoriale potranno perciò venire, indirettamente, in considerazione al fine di chiarire che l'esecuzione forzata su crediti va considerata compiuta in Italia, se qui risiede il terzo debitore; e quella degli obblighi di fare e di non fare se l'obbligo deve essere adempiuto in territorio italiano³¹.

Infine, non sembra che attraverso il richiamo ai criteri di competenza territoriale si possa pervenire ad attribuire valore di criteri di giurisdizione in via generale ai principi in tema di connessione di cause³², beninteso al di fuori delle ipotesi nelle quali la connessione opera in base al richiamo all'art. 6 della convenzione di Bruxelles. E ciò, sia perché il richiamo ai principi in materia di connessione, presente nel testo della norma quale inizialmente proposto dalla Commissione ministeriale, ne venne successivamente eliminato, dimostrando l'intenzione legislativa di non considerare quali «criteri stabiliti per la competenza per territorio» quelli che la legge considera ai fini di modificazione delle ordinarie regole di competenza in vista della connessione di più cause; sia perché, in effetti, non sembra possibile affermare che i criteri presi in considerazione dalle norme del codice di rito a quest'ultimo fine possano essere di per sé qualificati come tali, ossia come criteri stabiliti per la competenza territoriale. Vero è che, in alcuni casi (ad esempio, quello di accessorietà, di garanzia, di cumulo soggettivo di domande, di riconvenzione: articoli 31, 32, 33 e 36 cod. proc. civ.) il legame di connessione può produrre una modificazione dei normali principi relativi a tale competenza, attraendo determinate cause alla competenza di giudici che, in mancanza, ne sarebbero privi. Ma ciò non sembra sufficiente a far apparire appropriata l'inclusione dei criteri di connessione in generale fra quelli «stabiliti per la competenza per territorio». E comunque da rilevare che, anche se non si considerassero decisivi gli argomenti ora richiamati, e si volesse estendere il richiamo fatto dall'ultima parte dell'art. 3 comma 2 ai principi sulla connessione, non si potrebbe comunque pervenire agli stessi risultati cui si riteneva di dover giungere in sede di applicazione dell'art. 4 n. 3 cod. proc. civ., quantomeno da parte della giurisprudenza. Si dovrebbe infatti escludere in ogni caso la possibilità di utilizzare ai fini dell'art. 3 comma 2, ultima parte, il richiamo a quelle ipotesi di connessione, quale ad esempio la pregiudizialità, in cui il risultato della medesima è,

³¹ Sulla norma dell'art. 16 n. 5 della convenzione di Bruxelles si vedano, da ultimo, le considerazioni dell'avvocato generale Lenz nella causa C-129/92 (*Owens Bank c. Bracco*), in *Raccolta*, 1994, I, p. 117 ss. Per lo stato del problema nel diritto interno anteriormente alla nuova legge, cfr. GIULIANO, *La giurisdizione civile* cit., p. 136 ss. e TARZIA, *Limiti della giurisdizione italiana nell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 397 ss.

³² Al tema sono dedicati nel codice di rito gli articoli da 31 a 36, ed a questi, com'è noto, veniva normalmente fatto riferimento per determinare le ipotesi nelle quali l'art. 4 n. 3 cod. proc. civ. affermava l'esistenza della giurisdizione italiana.

non già quello di ampliare, ma invece di restringere, la competenza del giudice adito³³.

L'impossibilità di considerare richiamati ad opera dell'art. 3 comma 2 i criteri di connessione, previsti dalle norme degli articoli 31-36 cod. proc. civ., non importa però la conseguenza che debbano venir meno le conclusioni cui si perveniva, nel regime previgente, riguardo all'ipotesi del litisconsorzio necessario. L'affermazione della giurisdizione italiana nei confronti del litisconsorte non di per sé soggetto ad essa non veniva fatta conseguire tanto all'operare dei criteri di connessione, quanto piuttosto all'esigenza di non paralizzare l'esercizio della giurisdizione in un'ipotesi in cui quest'ultima fosse dall'ordinamento considerata sussistente perlomeno nei confronti di uno dei convenuti e non potesse logicamente essere esercitata se non simultaneamente nei confronti di tutti³⁴. In quest'ottica, il richiamo legislativo alle ipotesi di connessione di cause appariva come la conferma, in ipotesi di collegamenti di carattere meno stretto fra le diverse domande, di un principio più generale. Caduto quel richiamo, sembra debba comunque rimanere fermo il principio, del resto affermato – per le materie in essa ricomprese – anche dall'art. 6 comma 1 della convenzione di Bruxelles, che opera in tali materie in virtù dell'art. 3 comma 2.

2. Articolo 4 (*Accettazione e deroga della giurisdizione*)

Al ruolo della volontà delle parti è dedicato l'art. 4 della legge, che prende in considerazione tanto l'effetto attributivo della manifestazione di volontà nei confronti della giurisdizione (la c.d. proroga), quanto l'effetto privativo che si concreta nella c.d. deroga convenzionale. Nel regime precedente i due aspetti erano disciplinati in sedi diverse, e precisamente negli articoli 2 e 4 n. 1 cod. proc. civ. Infatti l'accettazione veniva regolata (al pari del domicilio, della residenza e della presenza in Italia del rappresentante *ex art. 77* cod. proc. civ.) sotto il profilo della sua idoneità a funzionare quale criterio generale di giurisdizione nei confronti dello straniero convenuto; nel nuovo sistema si è preferito accentuare il parallelismo con la direzione opposta della volontà, intesa a privare il giudice italiano di una giurisdizione altrimenti esistente, anche se – sul piano concreto – il parallelismo riguarda soprattutto l'ipotesi più rara di accordo di proroga, e non il caso dell'accettazione puramente unilaterale, espressa o tacita che essa sia.

³³ Ritornando in tal modo ad una tesi già sostenuta in dottrina nel vigore del precedente sistema, ma non accolta dalla giurisprudenza: cfr. *supra*, le indicazioni della nota 15. Ritiene invece che il richiamo operato dall'art. 3 comma 2 si estenda anche alle deroghe ai principi sulla competenza dipendenti da ragioni di connessione, ATTARDI, *La nuova disciplina*, cit., p. 732.

³⁴ Sul litisconsorzio necessario, nel precedente sistema, cfr. GIULIANO, *La giurisdizione civile* cit., p. 91 ss. Fa riferimento all'art. 4 n. 3 la decisione della Suprema Corte, a sezioni unite, 5 settembre 1989 n. 3837, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, p. 229 ss. nota CAMPEIS e DE PAOLI. In precedenza cfr. anche Cass. s.u., 14 luglio 1986 n. 4541, in *Foro it.*, 1987, I, 3107.

Al di là di questa differenza formale, nulla muta per quanto concerne il ruolo e gli effetti dell'accettazione in sé stessa, che anche nel nuovo sistema continua a valere quale fattore attributivo di giurisdizione in via generale (affiancandosi, pertanto, a quelli espressamente previsti nell'art. 3 comma 1 della legge). Neppure sembra introdurre alcuna novità l'espressa menzione dell'ipotesi di mancata eccezione del difetto di giurisdizione nel primo atto difensivo, che viene considerata quale forma tacita di accettazione in conformità ai risultati cui si perveniva nel vigore del regime precedente³⁵. Per quanto concerne il requisito della scrittura dell'atto di proroga, la relazione lo spiega con la necessità di tutela del convenuto che sia rimasto contumace o che contesti in giudizio di aver manifestato una volontà intesa all'accettazione.

Assai più rilevante per i suoi aspetti e conseguenze radicalmente innovativi rispetto alla situazione precedente è la parte dell'art. 4 concernente la deroga convenzionale della giurisdizione italiana. Qui il mutamento di rotta rispetto al passato è completo, ed il principio dell'inderogabilità convenzionale della giurisdizione, già presente nell'art. 2 cod. proc. civ. ed enunciato dalla rubrica di questo articolo, viene cancellato, per essere sostituito dal principio opposto. Il principio diviene così quello della piena derogabilità convenzionale della giurisdizione italiana – in materia di diritti disponibili – a favore di giudici stranieri o di arbitrati esteri. La consacrazione del principio viene a porre sullo stesso piano i diversi ruoli, positivo e negativo, della volontà delle parti rispetto all'ambito della giurisdizione, e giustifica sotto questo profilo la disciplina di entrambi nell'ambito di un medesimo articolo di legge.

Sul piano generale, è chiaro che l'abbandono del principio dell'inderogabilità viene a caratterizzare profondamente il nuovo sistema, proprio già per il fatto che tale principio esprimeva uno dei lineamenti di fondo del vecchio e ne manifestava la profonda ispirazione nazionalistica e di chiusura. Affermando ora nel senso più ampio il principio della derogabilità, il legislatore non viene soltanto incontro a sentite esigenze della pratica: le quali, del resto, trovavano già un loro, seppure parziale, soddisfacimento nell'applicazione della disciplina convenzionale internazionale discendente dalla convenzione di New York del 1958 in materia di arbitrato e da quelle di Bruxelles e di Lugano per quanto riguarda la deroga a favore di giudici appartenenti al c.d. spazio giudiziario europeo³⁶. L'affermazione del

³⁵ Al riguardo si veda ancora GIULIANO, *La giurisdizione civile*, cit., p. 55 ss. Secondo ATTARDI, *La nuova disciplina*, cit., p. 737, l'accettazione non opererebbe nelle materie in cui la legge prevede criteri speciali di giurisdizione (articoli 22, 32, 37, 40, 42, 44, 50): ma la ragione addotta – il richiamo all'art. 3 effettuato dall'art. 4 comma 1 – sembra troppo tenue, dal momento che lo stesso art. 3 fa riferimento anche agli altri casi previsti dalla legge.

³⁶ Per la disciplina contenuta nelle convenzioni di New York e di Bruxelles, vista sullo sfondo del principio restrittivo enunciato dall'art. 2 cod. proc. civ., cfr. GAJA, *La deroga trilla giurisdizione italiana*, Milano, 1971, spec. p. 99 ss. Sugli accordi di proroga della giurisdizione nel sistema dell'art. 17 della convenzione Bruxelles (e di Lugano) si veda, in particolare, CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo* cit., p. 73 ss., e in precedenza *La disciplina comunitaria della «proroga della giurisdizione» in materia civile e commerciale*, in *Dir. comm. int.* 1989, p. 351 ss.

nuovo principio significa che i rapporti fra giurisdizione italiana e giurisdizioni straniere, ed arbitrali, vengono visti in una prospettiva di sostanziale parità fra tutti questi strumenti, tutti egualmente intesi ad assicurare una soddisfacente soluzione delle controversie e tutti considerati, sul piano generale, egualmente capaci di raggiungere questo risultato. La fiducia, non più negata a priori, in tali mezzi di soluzione si traduce nell'attribuzione alle parti del potere di determinare esse stesse, in completa autonomia, quale debba essere in ogni caso concreto il mezzo preferibile, e dunque nell'accentuazione della funzione di tutela dei diritti soggettivi che deve essere riconosciuta all'esercizio della giurisdizione. Tale funzione non è più assorbita in quella esclusivamente tendente all'attuazione «oggettiva» dell'ordinamento, ma assunta come prevalente nella prospettiva dei rapporti della vita giuridica internazionale e del coordinamento fra le varie giurisdizioni che alle parti interessate può venire ragionevolmente attribuito il compito di realizzare.

Su queste basi, il nuovo sistema si accontenta di subordinare l'ammissibilità della deroga alla prova per iscritto dell'atto convenzionale di deroga, ed all'attinenza della causa a diritti disponibili. Va notato in primo luogo che questa disciplina, a carattere del tutto generale, non fa venire – ovviamente – meno quelle internazionali contenute nelle convenzioni già ricordate, ma vi si affianca. Per quanto concerne la deroga a favore di arbitrato estero, l'art. 4 conserva in realtà un valore ancor più limitato, perché, non avendo l'Italia formulato alcuna riserva in sede di adesione alla convenzione di New York, le norme di questa risultano applicabili in qualsiasi caso a prescindere da ogni legame dei soggetti coinvolti, o del procedimento arbitrale, con gli Stati contraenti. Pertanto, l'art. 4 comma 2 rileverà in materia soltanto per ciò che concerne i requisiti dell'atto di deroga, e non per il principio della sua ammissibilità, già assicurato dal testo convenzionale.

Venendo in particolare ai requisiti richiesti dall'art. 4 comma 2, si rileva come la nuova disciplina sembra accontentarsi della forma scritta *ad probationem*, contrariamente a quanto si riteneva a proposito del requisito della scrittura richiesta dall'art. 2 cod. proc. civ., considerato prescritto *ad validitatem*. Non è in realtà facile comprendere perché la nuova norma abbia ritenuto di andare ancora al di là di quanto prescritto in questa materia dalle convenzioni di New York, Bruxelles e Lugano, che tutte richiedono la forma scritta quale requisito di validità. Ma va sottolineato che la soluzione legislativa comporta certamente l'esclusione della necessità di far ricorso, al riguardo, alle norme relative alla disciplina della forma dell'atto di deroga, come in passato parte della giurisprudenza riteneva si dovesse fare anche ai fini della validità formale di clausole compromissorie sottoposte alla disciplina della convenzione di New York³⁷. Irrilevanti ai fini dell'art. 4 comma 2 rimarranno pertanto le norme contenute negli articoli 1341 e 1342 cod. proc. civ.,

³⁷ Per questo indirizzo giurisprudenziale, si veda il mio studio *Arbitrato commerciale internazionale*, in *Digesto comm.*, I, Torino, 1987, p. 200 ss.; e da ultimo, FRIGO, *Art. 833*, in *Legge 3 gennaio 1994 n. 23. Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1995, p. 204 ss. ove anche numerosi altri riferimenti.

che non riguardano gli aspetti probatori delle clausole in essi descritte. Per altro verso, invece, il legame di tali aspetti con la materia processuale comporterà la necessità del rispetto delle norme italiane al riguardo (cfr. art. 2725 cod. civ.), in base al principio ora sancito dell'art. 12 della legge n. 218. In ogni caso, sembra chiaro che l'accertamento della condizione richiesta dall'art. 4 comma 2 quanto alla scrittura dovrà soprattutto tendere all'accertamento dell'effettiva esistenza di una volontà delle parti intesa ad escludere la giurisdizione italiana per attribuire ad un giudice od arbitro straniero il potere di risolvere la lite, al di fuori di formule precostituite e stereotipate. Sicuramente potrà soccorrere, a questo proposito, l'esperienza maturata in sede di applicazione delle convenzioni di New York e di Bruxelles (e Lugano), particolarmente per il riferimento alle condizioni praticate e conosciute dagli operatori del commercio internazionale espressamente valorizzate dall'art. 17 di quest'ultima³⁸.

L'altra condizione, cui l'art. 4 comma 2 espressamente subordina l'ammissibilità della deroga, consiste nel carattere «disponibile» dei diritti sui quali la causa verte. Il richiamo è qui, evidentemente, alla nozione di disponibilità ricavabile dall'art. 1966, secondo comma cod. civ., in sede di enunciazione delle condizioni di validità della transazione; e secondo quanto si legge nella relazione ministeriale, ciò rifletterebbe lo stato del diritto precedente, nel quale peraltro veniva utilizzata un'espressione diversa (cause relative ad obbligazioni). Ne consegue che potrà essere utilizzata al riguardo l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale formatasi, prima dell'entrata in vigore della legge n. 218, a proposito dell'arbitrabilità delle controversie, in relazione all'art. 806 e all'art. 808 cod. proc. civ., anche se i risultati cui tale elaborazione è pervenuta non eliminano qualsiasi zona d'ombra e d'incertezza³⁹.

Al di fuori delle condizioni ora esaminate, l'art. 4 non menziona altri requisiti che possano influire sugli effetti dell'atto derogativo. Tuttavia, posto che la norma considera tale atto di natura convenzionale, quegli effetti ne presupporranno pur sempre la validità quale atto giuridico, da valutarsi secondo le norme pertinenti di diritto internazionale privato (in materia di capacità, di requisiti del consenso, e via dicendo) risultanti dalla legge.

L'art. 4 comma 3 dichiara la deroga inefficace, «se il giudice o gli arbitri indicati declinano la giurisdizione, o comunque non possono conoscere della causa». In questo modo, la norma pone chiaramente in correlazione l'effetto preclusivo della giurisdizione italiana con l'effetto attributivo nei confronti del giudice straniero, o dell'arbitrato estero, secondo un principio non del tutto pacifico in sede di interpretazione dell'art. 2 cod. proc. civ.⁴⁰. Peraltro il principio accolto si spiega

³⁸ Sul punto si vedano particolarmente le considerazioni di CARBONE negli scritti citati *supra*, nota 36.

³⁹ Si veda in merito, da ultimo, LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 1995, a p. 22 ss.

⁴⁰ Per lo stato della questione nel sistema previgente si veda GAJA, *La deroga*, cit., p. 68 ss.

perfettamente con l'intento di non ricomprendere nell'ambito della previsione della norma anche il fenomeno della vera e propria rinuncia all'azione, che nella prospettiva di equiparazione fra le varie giurisdizioni accolta dal nuovo sistema internazionalprivatistico italiano non potrebbe venirvi ragionevolmente inquadrato. Esso trova poi un corrispondente in quanto previsto, per l'ipotesi di litispendenza, nella seconda parte dell'art. 7 comma 1 della legge. Naturalmente, ove la deroga divenga inefficace quale conseguenza della declinatoria di giurisdizione da parte del giudice o dell'arbitro estero, il giudizio avanti al giudice italiano potrà essere riproposto anche se in esso sia già intervenuta una decisione, persino passata in giudicato, che riconosca validità ed efficacia del patto di deroga. Ma il fatto che con la disposizione in esame si apra in questo caso la strada ad una attribuzione di prevalenza alla valutazione di inefficacia compiuta dal giudice (o arbitro) straniero rispetto a quella opposta operata dal giudice italiano non può sorprendere, se si tiene conto che con la valutazione straniera sono evidentemente venuti a trasformarsi radicalmente i presupposti di fatto e di diritto, in base ai quali la seconda era stata effettuata, senza che – in mancanza di un giudice ultimo dei conflitti capace di imporre la propria decisione – esista alcun mezzo giuridicamente idoneo ad obbligare il giudice (od arbitro) straniero a conformarsi al punto di vista di quello italiano⁴¹.

Infine va rilevato che, da una parte, l'esistenza di un valido atto di deroga a favore di un giudice od arbitro straniero, così come attribuisce a questi giurisdizione esclusiva nei confronti dei giudici italiani, allo stesso modo priva di giurisdizione – dal punto di vista italiano⁴² – qualsiasi altro giudice di altro Stato; e, dall'altra, assieme al «rivivere» della giurisdizione italiana nei casi previsti dall'art. 4 comma 3, si verificherebbe in tali casi la possibilità che la giurisdizione di giudici di terzi Stati venisse riconosciuta dall'ordinamento italiano ai fini degli effetti delle decisioni da questi emanate.

3. Articolo 5 (*Azioni reali relative ad immobili siti all'estero*)

Escludendo la sussistenza della giurisdizione italiana rispetto alle azioni reali aventi ad oggetto beni immobili situati all'estero, l'art. 5 pone un limite di carattere generale ai criteri di giurisdizione stabiliti dagli articoli che lo precedono, e pertanto a tutti i criteri di carattere generale previsti dagli articoli 3 e 4 della legge, i quali assumono in questo modo carattere di criteri generali sì, ma limitati⁴³. Così

⁴¹ Le considerazioni del testo sembrano pertanto sufficienti a superare le preoccupazioni espresse da STARACE, *La disciplina* cit., p. 267 ss.

⁴² Ossia, ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione in Italia della decisione che venisse emanata da giudici diversi da quelli dei quali sia stata convenzionalmente pattuita la giurisdizione in via esclusiva.

⁴³ Cfr. a proposito dell'art. 4 n. 1 cod. proc. civ. MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, 2ª ed., Padova, 1954, p. 112.

disponendo, l'art. 5 tiene evidentemente conto del legame particolarmente stretto che sussiste tra le situazioni prese in considerazione e lo Stato nel territorio del quale il bene immobile si trova, e della mancanza di effettività che potrebbe, presumibilmente, essere attribuita ad un'eventuale decisione emanata dall'autorità giurisdizionale italiana. Del resto la soluzione nel senso dell'esclusione della giurisdizione è comunemente ammessa, sia pure entro confini non sempre identici, tanto che si è in passato ritenuto che essa corrispondesse ad un obbligo sancito dallo stesso diritto internazionale generale⁴⁴. Nonostante le autorevoli opposizioni che la tesi ebbe ad incontrare⁴⁵, essa meriterebbe oggi di essere rivisitata, anche alla luce dell'evoluzione della prassi convenzionale successiva al tempo nel quale venne formulata, e soprattutto alla luce della Convenzione di Bruxelles del 1968: in ogni caso, essa è significativa dell'intensità del collegamento che sussiste in favore dello Stato della situazione, e delle remore che gli Stati universalmente incontrano nei confronti dell'esercizio della propria giurisdizione in casi del genere.

Rispetto alla situazione esistente in base alla disciplina nascente dal codice di procedura civile del 1942, la nuova disciplina è, per un verso più restrittiva, per un altro più estensiva. La si può considerare come più restrittiva, in quanto la norma contenuta nell'art. 4 n. 1 cod. proc. civ., nell'interpretazione (peraltro non del tutto pacifica) più largamente condivisa⁴⁶, escludeva l'applicabilità dei criteri generali in essa previsti, e dunque negava la giurisdizione, tutte le volte che la domanda riguardasse beni immobili situati all'estero, e dunque per qualsiasi tipo di azione, anche di carattere personale: mentre ora l'esclusione riguarda soltanto le azioni di carattere reale. Ma per altro verso, ed in relazione alla nuova impostazione generale del sistema, la norma risulta più estensiva: in quanto esclude la giurisdizione non soltanto ove il convenuto sia un cittadino straniero (od apolide), ma anche nei confronti dei cittadini italiani, cosa che nel regime precedente, ancorché autorevolmente sostenuta, non corrispondeva all'opinione più largamente accolta⁴⁷.

La materia contemplata dall'art. 5 è peraltro oggetto, insieme ad altre, della norma dell'art. 6, primo comma, lett. a) della Convenzione di Bruxelles del 1968 e di quella c.d. parallela di Lugano del 1988. Secondo queste norme, com'è noto,

⁴⁴ Si veda particolarmente BALDONI, *Sulla competenza giurisdizionale dei tribunali italiani in materia di diritti reali su immobili situati all'estero*, in *Riv. dir. int.*, 1932, p. 236 ss.

⁴⁵ Cfr. per tutti QUADRI, *La giurisdizione sul cittadino nel nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. dir. int.*, 1941, p. 4 ss., ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1988, p. 309 ss., a p. 318 ss., ove anche altri riferimenti a scrittori favorevoli alla tesi.

⁴⁶ GIULIANO, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*, 2^a ed., Milano, 1970, p. 57 ss., ove anche l'indicazione della tesi opposta e delle ragioni che venivano addotte a sostegno della medesima.

⁴⁷ Per la tesi più diffusa, MORELLI, *Diritto processuale cit.*, p. 108 ss., ove anche numerosi altri riferimenti; la tesi contraria venne invece assai vivacemente difesa da QUADRI, *La giurisdizione sul cittadino cit.*, in *Scritti giuridici cit.*, p. 313 ss., e *Ancora sulla competenza internazionale dei giudici italiani*, in *Riv. dir. int.*, 1942, p. 257 ss., ora in *Scritti giuridici cit.*, p. 323 ss.; spec. p. 336 ss.

hanno competenza esclusiva, indipendentemente dal domicilio del convenuto, «in materia di diritti reali immobiliari e di contratti d'affitto di immobili, i giudici dello Stato contraente in cui l'immobile è situato»⁴⁸. Queste norme si applicheranno comunque, com'è ovvio, in virtù del vigore delle convenzioni di cui si tratta quali trattati internazionali, e dunque indipendentemente dal fatto che l'art. 16 in quanto costituente la sezione 5, non sia oggetto del richiamo effettuato alla Convenzione di Bruxelles dall'art. 3 della legge 218. Di per sé, esse non incideranno affatto sulla sfera di applicazione dell'art. 5, ma soltanto sulla determinazione della competenza internazionale dei giudici stranieri in sede di applicazione delle norme pertinenti. Ciò peraltro in quanto il bene immobile sia situato nel territorio di uno Stato che sia parte delle convenzioni. Qualora invece l'immobile sia situato in uno Stato terzo si pone il problema di stabilire se la norma dell'art. 5 possa, in determinate ipotesi, venire ristretta nella sua sfera di applicazione, in dipendenza dell'operare di altre norme convenzionali: precisamente, quando l'azione reale relativa al bene situato in Stato non parte delle convenzioni sia proposta nei confronti di un convenuto che abbia il proprio domicilio in Italia⁴⁹. A questo proposito, le opinioni non sono concordi. Taluni ritengono che, ove l'art. 16 non conduca alla determinazione della competenza esclusiva dei giudici di uno Stato comunitario, debba essere dato pieno effetto alle altre disposizioni convenzionali⁵⁰; ed accogliendo questa tesi, se ne dovrebbe derivare la conseguenza che il giudice italiano non dovrebbe dare applicazione all'art. 5 tutte le volte che altri criteri convenzionali portassero ad affermare la sua giurisdizione. Appare peraltro preferibile una diversa tesi, pure prospettata in dottrina⁵¹, secondo la quale si producono nelle ipotesi considerate i c.d. effetti riflessi delle competenze esclusive previste dall'art. 16 delle Convenzioni internazionali in parola. Tali effetti si concreterebbero nel lasciare gli Stati parti del tutto liberi di disciplinare la sfera della propria competenza giurisdizionale nelle ipotesi in cui i collegamenti considerati assorbenti di ogni altra competenza dall'art. 16 si localizzino al di fuori dell'ambito comunitario, annullando in tal modo l'effetto attributivo di competenza stabilito dalle altre regole convenzionali. Tale impostazione risulta

⁴⁸ È noto che la convenzione di adesione del 1989 ha introdotto un'eccezione alla generalità della regola, in relazione all'ipotesi di contratti di affitto temporaneo per un periodo massimo di sei mesi consecutivi: ma ciò non ha rilievo ai fini che qui interessano.

⁴⁹ Oppure ove sussistano altri criteri attributivi di competenza previsti dalla convenzione.

⁵⁰ In questo senso sembrano la Relazione Jenard-Moeller alla convenzione di Lugano, al par. 54, e la Relazione Almeida Cruz-Desantes Real-Jenard a quella di adesione di Donostia-San Sebastian del 1989, al par. 25 lett. d) che riprende testualmente la precedente (entrambe si leggono in G.U.C.E. n. C 189 del 25 luglio 1990). In dottrina, precedentemente, si veda anche ZUCCONI GALLI FONSECA, *Competenza, VII) Competenza giurisdizionale nella Convenzione di Bruxelles*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1980, p. 7.

⁵¹ In questo senso BARIATTI, *La giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze in materia di brevetti per invenzione nell'ambito della CEE*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, p. 464 ss., a p. 503; GOTHOT, HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Paris, 1985, p. 21; ed il mio scritto *Giurisdizione e competenza nel sistema della convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, in *Dir. comm. int.*, 1991, p. 63 ss., a p. 68.

in effetti coerente nell'attribuire alla presenza del collegamento del luogo di situazione dell'immobile un significato ed una portata capaci di escludere il carattere obbligatorio degli altri criteri generali previsti dal regime convenzionale, lasciando agli Stati membri del sistema la facoltà di determinare l'ambito della propria giurisdizione. In quest'ottica, l'art. 5 rappresenta l'estrinsecazione di tale facoltà, che il sistema italiano utilizza nel senso di disciplinare in maniera unitaria l'estensione della propria giurisdizione nei confronti delle azioni considerate dalla norma, quale che sia il collegamento dell'immobile con il territorio comunitario⁵².

Rimane da precisare che la norma contenuta nell'articolo in commento riguarda tutte le azioni reali, quale che sia il diritto di natura reale fatto valere tramite l'azione stessa (di accertamento o di condanna), mentre non si applica alle azioni possessorie, per le quali – nonostante l'analogia delle ragioni che potrebbero condurre, *de jure condendo*, all'esclusione della giurisdizione – valgono invece le ordinarie regole di competenza giurisdizionale⁵³.

4. Articolo 6 (*Questioni preliminari*)

La disposizione contenuta nell'art. 6 della legge non risulta del tutto chiara nella sua portata. Secondo la relazione ministeriale «le regole di determinazione dell'ambito della giurisdizione italiana contenute negli articoli da 1 a 3 riguardano la domanda principale proposta al giudice», mentre l'art. 6 prevederebbe l'eventualità che al fine di decidere sulla domanda il giudice debba pronunciarsi su di una questione preliminare in ordine alla quale non sussista la giurisdizione italiana. Per quest'ipotesi, al fine di non impedire la decisione sulla domanda principale, la relazione dichiara che si è ritenuto di attribuire comunque al giudice la competenza a pronunciarsi sulla questione preliminare, ma solo con effetti limitati al giudizio sulla domanda principale.

Potrebbe sembrare tutto chiaro: se non fosse che, in realtà, non risulta che dell'esistenza della giurisdizione del giudice italiano a conoscere, incidentalmente, di questioni pregiudiziali si fosse mai dubitato da alcuno. In polemica con Chioven-da, Morelli negava la coincidenza fra l'ambito dell'ordinamento e l'ambito della giurisdizione, e deduceva – fra l'altro – la prova di ciò dal fatto che non si poteva in alcun modo ritenere che, mancando la giurisdizione sulla questione pregiudiziale, il relativo rapporto si dovesse considerare inesistente⁵⁴. Ritenere ciò, secon-

⁵² Si veda al riguardo BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 1996, p. 131.

⁵³ Cfr. ATTARDI, *La nuova disciplina in tema di giurisdizione italiana e di riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 727 ss., a p. 736. Sui criteri interpretativi – tendenzialmente in senso restrittivo – affermatosi in sede comunitaria nell'interpretazione dell'art. 16 n. 1 conv. Bruxelles, si veda CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo*, Torino 1995, p. 66 s.

⁵⁴ MORELLI, *Diritto processuale civile cit.*, p. 90 ss.

do l'illustre autore, sarebbe stato assurdo, perché le norme sulla giurisdizione (così come quelle sulla competenza territoriale) si riferiscono senza dubbio soltanto alla cognizione a titolo principale, e la giurisdizione, ed i suoi limiti, non hanno nulla a che vedere con la potestà del giudice di conoscere di questioni a solo titolo incidentale⁵⁵. La norma dell'art. 6 sembra dunque voler confermare espressamente ciò che Morelli considerava pacifico. Vi è tuttavia, nell'art. 6, anche qualche riferimento a nozioni internazionalprivatistiche, là dove si parla di questioni «preliminari» invece che «pregiudiziali», forse per suggerire l'idea che non si abbia, al riguardo, una vera e propria assunzione di regolamentazione da parte dell'ordinamento italiano attraverso i consueti strumenti di diritto internazionale privato⁵⁶.

In ogni caso, fermo restando che il giudice può conoscere incidentalmente delle questioni menzionate nell'art. 6 – e ciò, dunque, anche quando tali questioni dovrebbero, per legge o per esplicita domanda di una delle parti, essere decise con efficacia di giudicato, sembra da escludere che la norma possa essere utilizzata per attrarre alla giurisdizione italiana le vere e proprie «cause» o controversie pregiudiziali, che possono risultare dalla conversione della semplice questione in causa nei casi previsti dall'art. 34 cod. proc. civ. Proprio in quanto la norma ne consente la cognizione soltanto a titolo incidentale, non si vede come si possa pervenire a conclusione che esse possano essere sottoposte alla giurisdizione, ove esse debbano essere decise con efficacia di giudicato «per legge o per esplicita domanda di una delle parti». Né, d'altra parte, il mero rapporto di pregiudizialità può operare nel senso di attribuire la giurisdizione in base ad altre norme, come si è già visto in precedenza. Gli inconvenienti che derivano da questa situazione non sembrano, comunque, eccessivamente gravi, se si tiene presente che in materia di questioni di stato – che è forse quella praticamente più rilevante nella quale si afferma la necessità di decisione con effetto di giudicato – la nuova disciplina attribuisce la giurisdizione al giudice italiano con molta larghezza (*supra*, par. 2 del commento all'art. 3); mentre il ruolo riconosciuto dall'art. 4 alla volontà delle parti potrà ulteriormente giocare nel senso di un ampliamento della sfera della giurisdizione ove la necessità del giudicato dipenda dalla domanda di una delle parti medesime.

5. Articolo 7 (*Pendenza di un processo straniero*)

L'art. 7 della legge n. 218 sancisce il principio del rilievo della litispendenza estera nei confronti del processo italiano. Con tale attribuzione di rilevanza il legislatore cancella l'apposto principio codificato nell'art. 3 del codice del 1942, e

⁵⁵ *Op. cit.* alla nota precedente, p. 94. Sulla teoria dell'accertamento incidentale cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni diritto processuale civile*, 2^a ed., Napoli, 1940 (rist.), I, p. 351 ss.

⁵⁶ Nella prospettiva indicata da PICONE, *Norme di conflitto speciali per la valutazione presupposti di norme materiali*, Napoli, 1969, spec. p. 220 ss., pp. 232-234.

ciò costituisce senza dubbio una delle novità di maggiore rilievo introdotte dalla riforma del 1995. Si tratta anche di una delle novità che comportano la maggior rottura rispetto alla tradizione del nostro ordinamento processuale. Infatti dopo l'abbandono delle concezioni universalistiche, di origine medioevale, e a parte una breve parentesi nell'epoca immediatamente successive alle prime codificazioni unitarie – quando per l'influsso delle idee manciniane si ebbe una rinascita di idee universalistiche –, fu sempre il principio dell'irrelevanza del processo all'estero a prevalere, sino all'espressa codificazione del principio nell'art. 3 ora abrogato.

Il grande rilievo della novità si coglie facilmente, sia sotto il profilo teorico, sia sotto quello pratico. Del profilo teorico si è già detto, chiarendo come l'art. 7 dimostri la fine dell'atteggiamento di chiusura del sistema italiano nei confronti dei processi all'estero, riconoscendo a questi in via del tutto generale il carattere di equivalente giurisdizionale. Dal punto di vista pratico, poi, è chiaro che l'innovazione comporta la necessità di una completa revisione di atteggiamenti sinora comuni tra gli operatori nei confronti di processi instaurati al di fuori dell'area europea (nella quale già operavano i sistemi integrati di Bruxelles e Lugano), in relazione soprattutto alle conseguenze che la riforma vi ricollega quanto all'efficacia in Italia delle sentenze straniere ed ai requisiti richiesti a tal fine.

Va comunque precisato che, pur non essendo l'art. 7 compreso fra le norme di cui l'art. 8 del decreto legge 25 agosto 1995 n. 361 ha differito l'entrata in vigore⁵⁷, sicché dal punto di vista formale esso risulta pienamente in vigore, la norma risulta di fatto inapplicabile. Infatti, sino a che non entri in vigore anche la disciplina contenuta nel titolo IV della legge, e venga perciò abrogato, fra l'altro, l'art. 797 cod. proc. civ., la situazione stessa che l'art. 7 configura al fine di ricollegarvi le conseguenze previste in termini di rilevanza della litispendenza estera (sospensione del giudizio) impedisce che tali conseguenze si producano. Il fatto che sia stato instaurato e sia pendente un processo in Italia per la stessa causa già instaurata all'estero, prima del passaggio in giudicato della sentenza straniera, preclude infatti, a norma dell'art. 797 n. 6, la possibilità che il giudice italiano formuli una valutazione positiva circa l'efficacia della futura sentenza estera e sospenda pertanto il giudizio pendente innanzi a lui.

Secondo la nuova disciplina prevista dall'art. 7, di fronte all'eccezione di una parte che adduca l'esistenza di una domanda avente il medesimo oggetto ed il medesimo titolo già pendente fra le stesse parti dinanzi a un giudice straniero, il giudice è tenuto a sospendere il giudizio, «se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetto per l'ordinamento italiano». Con tutta evidenza, la *ratio* della norma è correlata agli effetti che il titolo IV della legge 218 attribuisce in via

⁵⁷ Infatti, l'entrata in vigore è stata differita – dapprima al 1° gennaio, e poi al 1° giugno 1996 (da ultimo con l'art. 12 d.l. 23 dicembre 1995 n. 547) – soltanto per le norme contenute negli artt. da 64 a 71, che costituiscono il Titolo IV della nuova legge, dedicato all'efficacia di sentenze ed atti stranieri.

automatica con l'art. 64 alle sentenze straniere che presentino determinati requisiti e risponde all'esigenza di evitare una doppia pronuncia nella medesima lite, al pari della regolamentazione della litispendenza puramente interna (*ne bis in idem*). Con riferimento all'ipotesi di processo ordinario di cognizione, si tratterà pertanto di accertare *a)* quale sia la nozione di litispendenza accolta dall'art. 7, *b)* quali siano i poteri del giudice italiano e le possibili valutazioni del medesimo, e *c)* quali i possibili esiti del giudizio pendente avanti a lui.

a) Quanto alla nozione di litispendenza, è da rilevare che l'art. 7 della legge – a differenza dell'art. 39 cod. proc. civ. – descrive quelli che vengono normalmente considerati i presupposti di una situazione di litispendenza, piuttosto che richiamarne semplicemente la nozione: e con ciò si richiama alla tecnica redazionale seguita dall'art. 21 della convenzione di Bruxelles, che menziona anch'esso la «domanda», invece che la «causa». Ciò non è peraltro sufficiente ad indurre a ritenere che, insieme alla formula letterale, il legislatore possa avere inteso riferirsi qui anche al significato che alla nozione di litispendenza è stato attribuito dalla giurisprudenza della Corte comunitaria nel noto caso *Gubisch*⁵⁸, ossia un significato che fa leva non sull'identità formale delle domande, quanto piuttosto su un'identità di oggetto dal punto di vista sostanziale determinato oltretutto attribuendo rilievo fondamentale alle finalità della convenzione comunitaria. Infatti, un punto di vista del genere porterebbe a trasferire a livello di diritto interno una nozione che la Corte di giustizia dichiaratamente ha inteso enunciare quale risultato di un'interpretazione «autonoma» della norma dell'art. 21 della convenzione in vista delle esigenze e caratteristiche proprie del c.d. spazio giudiziario europeo. Tale nozione si allontana in misura notevole da quella che corrisponde alla litispendenza interna, e la sua utilizzazione ai fini dell'art. 7 verrebbe ad introdurre una duplicità di concetti che non sembra giustificata alla luce delle esigenze di coerenza interna del sistema⁵⁹.

La necessità dell'identità formale delle domande in dipendenza del loro oggetto e del loro titolo va dunque tenuta ferma. Ma la relativa determinazione non manca di presentare altri problemi, attinenti all'identificazione della domanda in relazione al diritto fatto valere, ossia al suo titolare, al suo contenuto, al suo fatto generatore e al tipo di provvedimento invocato. Prescindendo in questa sede da qualsiasi questione di teoria processualistica, vi è da notare che, vertendosi in tema di litispendenza internazionale, l'identificazione della causa ai fini che qui interessano non può che essere compiuta con speciale riferimento al fatto materiale invocato a fondamento della pretesa, più che alle norme sulle quali quest'ultima si vuole fondare: altrimenti la norma sulla litispendenza internazionale potrebbe tro-

⁵⁸ La sentenza della Corte di giustizia è dell'8 dicembre 1987, in causa 144/86, e si legge in *Raccolta*, 1987, p. 4861 ss. e in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1988, p. 566 ss.

⁵⁹ Sulla nozione di litispendenza nel sistema di Bruxelles e sulla sentenza citata della Corte, si veda DI BLASE, *Connessione e litispendenza nella convenzione di Bruxelles*, Padova, 1993, pp. 76 ss., 88 ss.; ed in via generale da ultimo CARBONE, *Lo spazio giudiziario cit.*, p. 92 ss.

varsi nell'impossibilità di funzionare, tutte le volte che il giudice italiano e quello straniero si trovassero a dover applicare al rapporto controverso norme sostanziali diverse tra loro⁶⁰.

Sempre in tema di esame comparativo delle domande al fine di valutarne l'identità o la diversità, vi è da rilevare che la norma non menziona l'ipotesi della continenza di cause, di cui all'art. 40 cod. proc. civ. Si dovrà da ciò desumere la conseguenza che tale fenomeno non rileva ai fini 1 dell'art. 7? Se la *ratio* della norma è quella di evitare giudicati contrastanti sulla stessa controversia, si potrà forse ritenere che la risposta al quesito dipenda anzitutto dall'ampiezza del giudicato che potrà formarsi in esito al processo straniero preventivamente instaurato, ossia dall'interpretazione della domanda estera in rapporto alla valutazione che potrà venire ad essere riconosciuta in Italia. La continenza potrà, verosimilmente, aver rilievo ai fini dell'art. 7 quando l'oggetto del giudizio straniero sia più ampio di quello del giudizio italiano, e non nel caso contrario (a meno che l'accertamento richiesto al giudice della causa «minore» o «contenuta» non fosse suscettibile di comportare il giudicato, ad esempio in virtù del rapporto di pregiudizialità, anche sulla parte di domanda formulata soltanto in Italia). Quanto all'ampiezza del giudicato straniero, essa sembra dover essere determinata sulla base dei principi appartenenti al sistema processuale del giudice straniero preventivamente adito⁶¹.

Quanto poi alla determinazione del rapporto di prevenzione, essa dovrà essere compiuta in base alle norme processuali che reggono il giudizio straniero per tutto ciò che attiene alla determinazione del momento nel quale il processo all'estero può considerarsi validamente instaurato (cfr. l'art. 7 comma 2).

b) Quanto alla sfera delle valutazioni rimesse al giudice italiano in relazione ad un'eccezione fondata sull'art. 7, la norma appare formulata in modo da escludere ogni potere discrezionale (a differenza – forse più apparente che reale – di quanto previsto per l'ipotesi che la causa pendente all'estero non sia la stessa, ma abbia carattere pregiudiziale rispetto a quella italiana: art. 7 comma 3), imponendogli di sospendere il giudizio «se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetto per l'ordinamento italiano». È peraltro evidente che la valutazione, che al giudice viene a questi fini richiesta, ha una portata assai ampia. La base di essa è naturalmente costituita dalla presenza dei requisiti di riconoscibilità in Italia del provvedimento straniero, alla luce delle norme degli artt. 64 ss. della legge n. 218. Ma si tratta di requisiti, alcuni soltanto dei quali sono normalmente accertabili nel momento in cui la questione dell'applicazione dell'art. 7 si pone; e rispetto ai quali, comunque, la situazione può essere suscettibile di mutamenti, ad esempio per il sopravvenire di criteri di competenza internazionale del giudice straniero (accettazione, variazione di residenza o domicilio, ecc.) o per la sanatoria di eventuali

⁶⁰ Sul punto menzionato si vedano le considerazioni di DI BLASE, *Connessione e litipendenza*, cit., p. 83 ss.

⁶¹ Cfr. a questo riguardo PUGLIESE, *Giudicato civile (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 785 ss., a p. 856 ss.

irregolarità. Soltanto in certi casi, dunque, il giudice italiano potrà pervenire con certezza all'esclusione della possibilità di riconoscimento dell'atto straniero; mentre la certezza opposta non potrà mai essere raggiunta, sinché l'atto sia emanato. Il relativo accertamento, richiesto al giudice di fronte eccezione prevista dall'art. 7 comma 1, non potrà essere quindi che effettuato in via provvisoria, allo stato degli atti, e come tale incapace di divenire irrevocabile e di spiegare effetti ai fini del futuro giudizio sulla riconoscibilità del provvedimento straniero.

Attraverso la valutazione a lui demandata in sede di applicazione dell'art. 7, il giudice italiano sarà comunque posto nella condizione di valutare l'esistenza, nel procedimento in corso all'estero, dei requisiti dell'equo processo (cfr. particolarmente l'espresso richiamo ai diritti della difesa nell'art. 64 comma 1 lett. *b* della legge): e dunque di effettuare in questo modo un'analisi ad ampio spettro delle caratteristiche della procedura straniera e delle garanzie da essa offerte. Anche se certamente non paragonabile all'indagine che, ad esempio, il giudice statunitense compie ai fini dell'applicazione della dottrina del c.d. *forum non conveniens*, tale analisi potrà rivelarsi essenziale al fine di dissipare le preoccupazioni che l'introduzione del principio dell'art. 7 possa far sorgere in relazione all'indiscriminata apertura, che con esso si è attuata, nei confronti delle giurisdizioni straniere⁶².

c) Nel caso che il procedimento italiano venga sospeso, la sua sorte ulteriore verrà a dipendere da quella del processo straniero relativo alla stessa causa (o a causa pregiudiziale). Secondo l'espressa previsione dell'art. 7 comma 1, seconda parte, il giudizio prosegue, previa riassunzione ad istanza della parte interessata, in due casi: se il giudice straniero declina la giurisdizione, oppure il suo provvedimento non è riconosciuto nell'ordinamento italiano. Il principio che si desume dalla norma – e che, del resto, trova espressione anche in quanto previsto in materia di accordi derogativi dall'art. 4 comma 3 – è dunque nel senso che ogni causa di preclusione derivante dall'investitura di un giudice (od arbitro) straniero nei confronti dell'esercizio della giurisdizione italiana viene meno, ove il giudizio straniero non sia in grado di condurre ad una decisione della lite efficace per l'ordinamento italiano. Nonostante il tenore letterale della norma, sembra dunque possibile ricondurre anche l'ipotesi, non espressamente menzionata, dall'estinzione del procedimento straniero, ad esempio per cause analoghe alla rinuncia agli atti (e non, naturalmente, all'azione) quale prevista dalla disciplina processuale italiana.

6. Articolo 8 (Momento determinante della giurisdizione)

Al momento determinante della giurisdizione è dedicato l'art. 8 della legge, che si limita a rinviare al principio codificato nell'art. 5 cod. proc. civ., aggiun-

⁶² E forse risolvere gli eventuali problemi di costituzionalità che potessero sorgere in relazione al vaglio del nuovo sistema alla luce dei principi costituzionali, in particolare a quelli espressi dall'art. 24 Cost.

gendovi però la specificazione che la giurisdizione sussiste se i fatti e le norme che la determinano sopravvivono nel corso del processo. Non si tratta comunque di innovazione, in quanto al medesimo risultato si perveniva in precedenza sul piano interpretativo⁶³. Ulteriore applicazione del principio, nella sua dimensione intertemporale, si ritrova nell'art. 72 comma 2 della legge (Disposizioni transitorie), secondo il quale i giudizi pendenti alla data di entrata in vigore della legge sono decisi dal giudice italiano se i fatti e le norme che determinano la giurisdizione sopravvivono nel corso del processo.

7. Articolo 9 (Giurisdizione volontaria)

Ulteriore novità della legge n. 218 è costituita dalla previsione di un insieme di norme specifiche in materia di giurisdizione volontaria. È noto che, nel sistema previgente, la materia non era espressamente disciplinata, sicché era dubbio se, e fino a che punto, si potesse far riferimento ai criteri previsti dall'art. 4 cod. proc. civ. o invece ai criteri di competenza per territorio previsti dall'ordinamento processuale. La nuova disciplina risolve il problema stabilendo una vasta gamma di ipotesi nelle quali la giurisdizione italiana in materia volontaria può essere esercitata. Anzitutto vi sono alcuni casi previsti da norme relative a specifici procedimenti: l'art. 22 comma 2 in materia di dichiarazione di assenza, scomparsa e morte presunta; l'art. 37 in materia di filiazione; e l'art. 40 comma 1 in materia di adozione. Segue poi la previsione che la giurisdizione sussiste nei casi in cui è prevista la competenza per territorio. A questi si aggiungono altre tre ipotesi: che il provvedimento riguardi un cittadino italiano; oppure un soggetto residente in Italia; oppure che esso riguardi situazioni o rapporti ai quali è applicabile la legge italiana.

Mentre risulta chiara l'ampiezza delle ipotesi per le quali viene così contemplata la possibilità di esercizio della giurisdizione italiana, vale la pena di rilevare che l'ultima possibilità menzionata dall'art. 9 realizza la coincidenza fra diritto applicabile e giurisdizione (o, come si usa dire, tra *ius* e *forum*) in modo decisamente inconsueto per il nostro ordinamento, ma non certamente per altri⁶⁴ dove tale procedimento logico è invece abbastanza frequentemente seguito. Nella materia della volontaria giurisdizione, poi, tale coincidenza risponde ad un'esigenza sentita nella pratica, tanto che la soluzione ora legislativamente sancita era stata in effetti prospettata anche in Italia sul piano dottrinale in epoca molto anteriore alla riforma⁶⁵.

⁶³ GIULIANO, *La giurisdizione civile* cit., p. 165 ss., ove riferimenti giurisprudenziali e dottrinali.

⁶⁴ Come, ad esempio, in sistemi anglosassoni: per il caso inglese si veda CAFARI PANICO, *Diritto internazionale privato inglese e «jurisdiction» con particolare riguardo ai rapporti di famiglia*, Padova, 1979, spec. pp. 28 ss., 109 ss.

⁶⁵ Si veda infatti TOSATO, *La giurisdizione italiana nel processo volontario*, Milano, 1971, pp. 66 ss., 144 ss.

8. *Articolo 10 (Materia cautelare)*

Per quanto riguarda la giurisdizione in materia di provvedimenti cautelari, la nuova legge si limita a ribadire in una sede autonoma – l'art. 10, specificamente dedicato alla materia cautelare – la soluzione in precedenza codificata nell'art. 4 n. 3 cod. proc. civ. Essa prevede infatti i due criteri alternativi già utilizzati da quest'ultima norma, e cioè il luogo di esecuzione del provvedimento in Italia e l'attinenza del provvedimento medesimo ad un procedimento del quale il giudice italiano può conoscere nel merito, in base ovviamente ad uno od all'altro dei criteri di giurisdizione previsti dalla nuova disciplina. Rimangono, di conseguenza, pienamente validi i risultati cui la dottrina e la giurisprudenza pervenivano, nel vigore del vecchio regime, quanto ai vari aspetti applicativi delle regole indicate: che, d'altra parte, non sembrano aver dato luogo nell'esperienza delle norme ora abrogate a problemi di principio di soluzione particolarmente disputata⁶⁶.

9. *Articolo 11 (Rilevabilità del difetto di giurisdizione)*

Al momento e al modo della rilevazione del difetto di giurisdizione è invece dedicato l'art. 11. Innovando rispetto alla disciplina stabilita dall'art. 37, secondo comma cod. proc. civ. – che viene infatti abrogato –, tale articolo prevede tre casi in cui il giudice deve rilevare d'ufficio, in ogni stato e grado del processo, il difetto di giurisdizione. Si tratta dell'ipotesi di contumacia del convenuto; di azione reale relativamente a immobili situati all'estero; di difetto di giurisdizione dipendente da obbligo stabilito da norme internazionali. Quanto alla prima ipotesi, nulla è mutato rispetto alla situazione precedente. Quanto alla seconda, il riferimento all'art. 5 della legge limita la rilevabilità d'ufficio alle sole azioni reali relative ai beni immobili situati all'estero, mentre la precedente disciplina comprendeva nello stesso trattamento qualsiasi azione relativa a questi ultimi. Del tutto nuova, invece, la menzione dell'ultima ipotesi: quella che la giurisdizione italiana sia esclusa per effetto di una norma internazionale. La relazione ministeriale spiega la disposizione affermando che «il rispetto dell'obbligo internazionale assunto dallo Stato di non esercitare la giurisdizione non può essere rimesso alla disponibilità delle parti». Sembra, peraltro, che la norma debba essere interpretata nel senso che l'esclusione della giurisdizione «per effetto della norma internazionale» sia da valutare non solo con riferimento all'appartenenza al diritto internazionale della norma pertinente, ma anche alla concreta situazione, verificatasi nel giudizio: con la conseguenza che l'art. 11, ultima frase, non sarebbe applicabile, ove fosse intervenuta un'accettazione tacita da parte del convenuto idonea ad attribuire la giu-

⁶⁶ Si veda l'ampia ed accuratissima analisi di SALERNO, *La giurisdizione italiana in materia cautelare*, Padova, 1993, spec. p. 247 ss. per quanto concerne i criteri specificamente dall'art. 4 n. 3 cod. proc. civ.

risdizione altrimenti inesistente. In casi del genere, infatti, l'obbligo internazionale, del quale la Relazione sottolinea il carattere indisponibile, non potrebbe certo dirsi violato per il fatto che lo Stato esercitasse la propria giurisdizione in vista della mancanza di eccezioni al riguardo da parte dello Stato convenuto. Si tratta, insomma, semplicemente di interpretare caso per caso la portata della norma internazionale rilevante.

Quando il convenuto si sia costituito in giudizio, l'eventuale difetto di giurisdizione potrà invece essere da lui fatto valere («rilevato», secondo l'espressione dell'art. 11), soltanto se egli non abbia espressamente o tacitamente accettato la giurisdizione italiana. La norma va coordinata con l'art. 4 comma 1 della legge, che equipara l'accettazione al fatto di comparire senza eccepire il difetto di giurisdizione nel primo atto difensivo (cfr. *supra*, par. 5). Pertanto, solo il convenuto che abbia formulato quest'eccezione in tale atto conserverà il diritto di «rilevare» il difetto di giurisdizione, «in qualunque stato e grado del processo», come si esprime l'art. 11: altrimenti, ne rimarrà inevitabilmente precluso dall'intervenuta accettazione tacita.

10. *Articolo 12 (Legge regolatrice del processo)*

La breve formula contenuta nell'art. 12 esprime il principio della c.d. territorialità del diritto processuale, ossia l'esclusione di qualsiasi «riferimento a ordinamenti stranieri allo scopo di desumerne le norme regolatrici del processo»⁶⁷. Lo stesso principio era già contenuto, nel sistema delle preleggi al codice civile del 1942, nell'art. 27 disp. prel. cod. civ.: ma veniva qui espresso con formula più complessa, ed impropria («competenza e forma del processo»), che in apparenza presentava la norma come bilaterale, ossia come intesa a funzionare nello stesso modo anche nei confronti dei processi che si svolgessero in altri Stati. Peraltro la dottrina aveva da tempo provveduto a chiarire che l'art. 27 non poteva essere inteso come vera e propria norma di diritto internazionale privato in senso positivo, in quanto, trattandosi di regolare attività pubbliche e rapporti facenti capo allo Stato, manca l'identità della fattispecie concreta fra le attività facenti capo ad uno Stato e quelle facenti capo ad uno Stato diverso⁶⁸, a differenza di quanto normalmente accade nella disciplina di situazioni e rapporti oggetto delle norme di diritto internazionale privato. Pertanto la norma dell'art. 27 veniva intesa come norma di diritto internazionale privato in senso puramente negativo, e più precisamente

⁶⁷ Così MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, 2ª ed., Padova, 1954, p. 11, esprimeva la portata del principio della territorialità del diritto processuale: espressione della quale egli sottolineava peraltro, giustamente, l'improprietà, in quanto essa è in rapporto «con l'ipotesi normale di esercizio della giurisdizione nei limiti del territorio delle Stato» (ivi, p. 12).

⁶⁸ Si veda ancora MORELLI, *op. cit.*, p. 12 ss.; e dello stesso autore, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, 12ª ed., Napoli, 1986, p. 187 s.

come «espressione dell'assenza di una norma di diritto internazionale privato in materia»; e si precisava che, quando essa si riferiva ai processi stranieri, non svolgeva affatto la funzione di norma di diritto internazionale privato in senso proprio. In questa sua specifica direzione, infatti, la norma si limitava ad esprimere il principio che, ove si debba tener conto di atti processuali stranieri, la loro valutazione giuridica deve essere compiuta alla luce della legge processuale straniera. Non però al fine di attribuire effetti alle norme di quest'ultima nell'ordinamento interno, ma al fine di stabilire in base ad esse l'esistenza di dati presupposti assunti come rilevanti dalle norme interne⁶⁹.

La formulazione dell'art. 12 tiene conto di queste elaborazioni dottrinali, ed evita di far qualsiasi riferimento al diritto processuale straniero. Naturalmente, però, le osservazioni appena svolte dimostrano come tutte le eventuali valutazioni di validità o regolarità di atti processuali stranieri, che dovessero per qualsiasi ragione essere rilevanti ai fini delle norme italiane, continueranno a dover essere effettuate in base al diritto che regola il processo straniero, così come indicava l'art. 27 disp. prel. cod. civ. Il mutamento della formula dell'art. 12 rispetto a quest'ultimo ha quindi il solo significato di chiarire come, in materia processuale, non vi sia spazio per l'operare del normale meccanismo del diritto internazionale privato, in quanto le norme processuali straniere non possono mai essere richiamate nello stesso modo e per gli stessi effetti propri del richiamo di norme privatistiche straniere. Ma quel mutamento sicuramente non significa che eventuali riferimenti ad atti processuali stranieri possa prescindere dal diritto locale che li regola. La competenza di tale diritto discende infatti da principi insiti nel sistema, e come non era conseguenza diretta dell'art. 27 disp. prel., così non può certo dirsi venuta meno con l'abrogazione di questo. Non solo essa è presupposta da tutte le regole che, nella nuova legge, richiamano la valutazione di requisiti di attività od atti processuali secondo la legge del luogo dove si è svolto il processo (art. 64, comma 1, lettere *b, c e d*)⁷⁰, ma a ben vedere il suo riconoscimento risulta triposto anche dal principio di diritto internazionale non scritto che obbliga ciascuno Stato a rispettare l'organizzazione degli altri.

Il principio della c.d. territorialità del diritto processuale, inteso nel senso ricordato ed espresso dall'art. 12, riguarda naturalmente tutti gli i rapporti, le situazioni e le attività che debbono essere ricondotti alla materia processuale. Così l'azione e le sue condizioni, salvo quelle fra esse che riguardano l'esistenza del diritto soggettivo tutelato, la procura alle liti, i presupposti processuali, la prova per tutto ciò che concerne l'onere probatorio, i singoli mezzi probatori e la loro ammissibilità, la sua assunzione.

⁶⁹ Si tratta quindi di un vero e proprio rinvio di diritto internazionale privato: *Diritto processuale civile cit.*, p. 14 s.

⁷⁰ Riguardanti rispettivamente la comunicazione dell'atto introduttivo, la costituzione in giudizio o la dichiarazione di contumacia, il passaggio in giudicato della sentenza straniera: la conclusione che vale al proposito non è diversa da quella affermata a proposito dell'art. 797, numeri 2, 3 e 4 (MORELLI, *op. ult. cit.*, p. 15).

Non costituiscono eccezioni al principio le ipotesi in cui espresse disposizioni della legge (articoli 69 comma 5 e 71 comma 3) ammettono forme e modalità di prova e di notificazione eventualmente richieste da autorità straniere (sempreché «compatibili con i principi dell'ordinamento italiano»), in quanto si tratta qui di attività, che non riguardano il processo italiano, ma un processo estero in vista del quale esse sono svolte dal giudice italiano. Si è dunque di fronte ad ipotesi di cooperazione tra autorità giurisdizionali di Stati diversi, oggetto fra l'altro di importanti convenzioni internazionali⁷¹.

⁷¹ Per l'assunzione di prove si veda la convenzione dell'Aja del 18 marzo 1970, sulla quale FUMAGALLI, *Conflitti tra giurisdizioni nell'assunzione di prove civili all'estero*, Padova, 1990, p. 197 ss.; e per le notificazioni, quella dell'Aja del 15 novembre 1965, su cui da ultimo FRIGO, *Notificazione all'estero*, in *Digesto civ.*, XII, Torino, 1995, p. 247 ss.

Il riconoscimento di sentenze e provvedimenti stranieri nella riforma del diritto internazionale privato italiano *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il «riconoscimento» della sentenza e del provvedimento straniero. – 3. Automaticità e non automaticità del riconoscimento. – 4. Caratteri della sentenza straniera riconosciuta: sentenza straniera e sentenza nazionale. I requisiti del riconoscimento. – 5. Il riconoscimento di provvedimenti stranieri in materia di capacità, rapporti di famiglia e diritti della personalità. – 6. Segue: problemi di interpretazione dell'art. 65.

1. Premessa

Il primo volume di queste *Comunicazioni e studi* si apriva, cinquantacinque anni or sono, con uno studio di Gaetano Morelli dedicato al riconoscimento delle sentenze straniere nel codice di procedura civile, che aveva allora appena visto la luce. L'illustre scrittore dava al tema – da lui già trattato pochi anni prima, nel 1938, nel suo *Diritto processuale civile internazionale* (vol. VII del Trattato di diritto internazionale diretto da P. Fedozzi e S. Romano) – quel rigoroso inquadramento che, ripreso e ribadito nel decennio successivo nella seconda edizione dell'opera citata, avrebbe poi costituito per lungo tempo non soltanto la puntuale ricostruzione del sistema vigente in Italia nella materia, ma addirittura l'espressione del diritto italiano quale comunemente inteso dalla dottrina ed applicato dalla giurisprudenza.

A distanza di oltre mezzo secolo, in un mondo profondamente mutato, i dati positivi sono destinati a subire anch'essi una radicale trasformazione: ben maggiore di quella che segnava il passaggio dalla codificazione del 1865 a quella del 1942 per quanto riguarda il tema qui considerato. Rispetto al codice di procedura civile del 1942, gli artt. 64 ss. della legge 31 maggio 1995 n. 218, intitolata alla *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, introducono una serie di novità destinate ad incidere in profondità sui lineamenti del sistema costruito in Italia da dottrina, legislazione e giurisprudenza nel corso di questo secolo, e della cui elaborazione tanta parte è dovuta proprio al Morelli.

* Pubblicato in *Comunicazioni e studi*, dell'Istituto di diritto internazionale dell'Università di Milano, vol. XXI, Milano, 1997, pp. 82-105; e in *Convenzioni internazionali e legge di riforma del diritto internazionale privato* (a cura di F. Salerno), Padova, 1997, pp. 215-238.

È opportuno aggiungere subito che il distacco rispetto al sistema precedente appare nettissimo dal punto di vista dall'impostazione teorica, in considerazione dei presupposti di carattere generale accolti dal legislatore della riforma e della modifica dei dati positivi che ne è conseguita. Ed è soprattutto in tali presupposti che è facile cogliere l'effetto delle profonde modificazioni intervenute nella realtà internazionale dal 1942 ad oggi e dei loro riflessi sull'ordinamento giuridico italiano. Dal punto di vista dell'applicazione pratica e delle sue conseguenze, invece, non sembra siano da attendersi modificazioni altrettanto innovative e radicali, sia per la sempre maggiore incidenza verificatasi negli ultimi decenni delle convenzioni internazionali, sia per la presenza nella codificazione del 1942 di alcuni principi capaci di attenuare certi caratteri di chiusura del sistema. Le convenzioni hanno infatti largamente operato nel senso di permettere un coordinamento con un numero sempre più ampio di ordinamenti giuridici di altri Stati, con i quali più frequenti e numerosi erano i rapporti dell'Italia. Alcuni principi presenti nel sistema – come la c.d. delibazione incidentale di cui all'art. 799 cod. proc. civ. e la riconosciuta possibilità di dare effetto ad atti stranieri sulla sola base del funzionamento delle norme di diritto internazionale privato –, grazie anche allo sviluppo consentito dall'opera degli interpreti, hanno operato nel senso di coordinare il sistema italiano con quelli degli altri Stati anche al di fuori di specifici vincoli convenzionali, permettendo uno svolgimento della vita giuridica internazionale nel complesso adeguato pur nell'ambito di un sistema apparentemente ispirato a canoni rigidamente nazionalistici.

Con ciò non si vuole naturalmente affermare che l'entrata in vigore della nuova disciplina non sia destinata a produrre novità di rilievo. Queste sicuramente si verificheranno: ma non si tratterà di trasformazioni così radicali del sistema come quelle che caratterizzano la riforma per quanto riguarda la determinazione dei confini della giurisdizione italiana, specie sotto il profilo dei suoi rapporti con quella degli altri Stati in conseguenza del rilievo preclusivo riconosciuto alla liti-spendenza estera (art. 7 legge n. 218/95). Più che la determinazione in via generale degli effetti delle sentenze straniere e del modo di conseguirli, sono destinati a variare presupposti e condizioni di tali effetti e – soprattutto – i rimedi a disposizione di chi abbia interesse ad opporsi al riconoscimento di tali effetti, con la scomparsa di qualsiasi ipotesi di riesame del merito.

2. Il «riconoscimento» della sentenza e del provvedimento straniero

La nozione sulla quale la nuova disciplina appare imperniata è quella del «riconoscimento» di sentenze ed atti stranieri. Questa è l'espressione che appare nella rubrica degli artt. 64, 65 e 66: mentre il Titolo IV della legge, che si apre con tali articoli (i quali ne costituiscono il nucleo caratteristico), è intestato più in generale all'«Efficacia di sentenze ed atti stranieri». Pur estranea al codice di procedura civile, la nozione di riconoscimento è però del tutto tradizionale nella disci-

plina della materia, e ciò anche a livello internazionale, nei suoi equivalenti nelle varie lingue (*reconnaissance, Anerkennung, recognition*). Del termine «riconoscimento» si possono però avere due significati diversi. Anzitutto uno più generale, che contrassegna l'attribuzione di effetti a sentenze straniere senza distinguere fra le varie categorie di tali effetti. In secondo luogo, un significato più specifico, che contrappone riconoscimento ad esecuzione, intendendo così riferirsi ad alcune categorie di effetti: normalmente, a tutti gli effetti propri della sentenza salvo quelli esecutivi (e pertanto, all'efficacia di accertamento e a quella costitutiva).

La distinzione fra riconoscimento da un lato, ed esecuzione dall'altro, è nota a molti ordinamenti statali ed a numerose convenzioni internazionali, che la utilizzano al fine di differenziare proprio il trattamento delle diverse categorie di effetti. Basti ricordare, quanto ai primi, il sistema della *Zivilprozessordnung* tedesca (paragrafi 328 e 723), e quanto alle seconde, quello delle Convenzioni di Bruxelles 1968 e Lugano 1988 (titolo III, articoli 26 ss. e 31 ss.). La nuova legge italiana sembra voler far propria, nella sostanza, la diversità di trattamento di queste ultime. Tuttavia, essa non contrappone tanto riconoscimento ad esecuzione, quanto riconoscimento «automatico» (ossia senza bisogno di ricorrere ad alcun procedimento, o *de plein droit*) a riconoscimento previo accertamento della sussistenza dei suoi requisiti. Ciò emerge dal raffronto fra l'art. 64 e l'art. 67, il quale ultimo richiede tale accertamento per i casi di mancata ottemperanza, di contestazione del riconoscimento e di necessità di procedere ad esecuzione forzata. Le ipotesi menzionate sono poi unificate dalla rubrica dell'art. 67 in quella di «attuazione» delle sentenze e dei provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria.

In un certo modo, la nuova disciplina fa dunque propria una nozione ampia di riconoscimento quale attribuzione alla sentenza straniera di tutti i suoi effetti tipici di atto giurisdizionale, così come questi sono ricollegati dall'ordinamento alle sentenze nazionali. Si può vedere qui una differenza, che non è soltanto di sfumatura, rispetto alle Convenzioni di Bruxelles e di Lugano, che si può tradurre in una diversa costruzione del procedimento richiesto quando si voglia far ricorso all'esecuzione forzata. Nel sistema convenzionale tale procedimento è inteso a far dichiarare esecutive le decisioni rese in uno Stato contraente e ivi esecutive (art. 31 Conv.) e l'istanza mira a fare «accordare l'esecuzione», secondo l'espressione usata dall'art. 36 Conv. La pronuncia ha dunque natura costitutiva. Invece, secondo l'art. 67 della legge italiana, la decisione richiesta alla Corte d'appello del luogo di attuazione ha carattere di mero accertamento, ed è intesa ad eliminare qualsiasi incertezza circa la sussistenza dei requisiti del riconoscimento. Il provvedimento che accoglie la domanda non produce alcun effetto costitutivo in quanto non fa altro che rendere attuale attraverso l'accertamento dei requisiti un effetto già potenzialmente ricompreso nel riconoscimento della sentenza straniera.

Conforme al modello convenzionale, e ad esso certamente ispirata, è la differenza di trattamento dei vari effetti del provvedimento straniero. Vi è infatti un'efficacia che si esplica senza che sia necessario ricorrere ad alcun procedimento – art. 64 –, e vi è un'efficacia, quella esecutiva, che richiede invece il previo accer-

tamento dei requisiti del riconoscimento. In questo senso, ma soltanto in questo senso, appare perciò possibile contrapporre riconoscimento ad esecuzione. Ma ciò a costo di qualche improprietà di linguaggio: in quanto la seconda, come si è detto, non sembra risolversi nell'attribuzione di una nuova efficacia all'atto straniero, o comunque presupporla, ma soltanto richiede il passaggio, tramite l'accertamento dei requisiti del riconoscimento, dallo stato di potenzialità a quello di attualità degli effetti di natura esecutiva. Più propriamente, come si è accennato, si dovrebbe dire che il riconoscimento della sentenza o del provvedimento ha luogo in via automatica (ossia, senza procedimento) per quanto riguarda gli effetti dichiarativi e costitutivi; e invece previo accertamento dei requisiti, per quanto riguarda gli effetti esecutivi. In se stesso, però, esso ricomprende ed esprime l'attribuzione in Italia dell'intera gamma degli effetti che una sentenza (o provvedimento) civile è in grado di esplicare. La nozione di esecuzione si colloca invece su di un piano diverso, in quanto non riguarda l'attribuzione degli effetti, ma piuttosto la concreta realizzazione di alcuni di essi attraverso il ricorso all'apparato coercitivo dello Stato.

3. *Automaticità e non automaticità del riconoscimento*

Fissiamo ora lo sguardo sull'idea di «automaticità» del riconoscimento. Secondo l'art. 64 della legge di riforma, la sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento, quando ricorrano le condizioni elencate dall'articolo stesso nelle lettere da *a*) a *g*). La norma si ispira con evidenza al modello convenzionale di Bruxelles e di Lugano (art. 26), del quale riprende anche l'espressione letterale usata per esprimere la nozione di «automaticità». D'altra parte, quel modello riprendeva a sua volta il modo di disporre di numerose convenzioni internazionali bilaterali – di molte delle quali anche l'Italia era parte: si pensi a quella con la Francia del 3 giugno 1930 –, che ha continuato ad essere seguito anche nella prassi convenzionale bilaterale successiva a Bruxelles: oltre, beninteso, a seguire l'esempio di alcuni ordinamenti interni, il più noto dei quali è forse quello tedesco (par. 328 ZPO). Con la legge di riforma, il legislatore italiano ha in sostanza esteso unilateralmente ai rapporti con tutti gli ordinamenti del mondo un sistema in precedenza applicato – ovviamente, a condizione di reciprocità – nei confronti dei soli Stati legati all'Italia da vincoli convenzionali che comprendessero tale sistema.

L'automaticità del riconoscimento, intesa come attribuzione di effetti *ex lege* senza bisogno di alcun accertamento giurisdizionale quale condizione degli stessi, si riferisce a tutti gli effetti della sentenza straniera diversi dalla sua idoneità a costituire il titolo per l'esecuzione forzata, ossia a fungere da titolo esecutivo (dunque, diversi dall'efficacia esecutiva). È frequente l'uso di riferirsi complessivamente a tali effetti unificandoli attraverso il ricorso alla nozione di efficacia di cosa giudicata, al fine soprattutto di porre in rilievo il carattere di effetto di atto giu-

risdizionale che viene così attribuito, attraverso il riconoscimento, alla sentenza. Sembra però preferibile risolvere il contenuto del riconoscimento automatico nel riferimento all'accertamento, dichiarazione o costituzione di rapporti e situazioni giuridiche effettuati dal giudice straniero, e dunque all'efficacia dichiarativa o costitutiva della sentenza. A questa si può poi aggiungere – ed anzi, nella disciplina positiva italiana, si deve aggiungere, in considerazione di quanto stabilito dall'art. 64 lett. *d* – quella particolare garanzia di stabilità che alla sentenza è fornita quando essa ha conseguito l'efficacia di cosa giudicata. Peraltro nel modello convenzionale di Bruxelles e Lugano, come noto, il riconoscimento non presuppone che la sentenza ne sia fornita nel suo ordinamento di origine.

In via generale, è chiaro che l'attribuzione automatica di effetti ad una sentenza straniera attraverso il riconoscimento si collega strettamente all'idea dell'equiparazione del processo che vi ha dato luogo all'estero al processo nazionale. E tale equiparazione, a sua volta, presuppone concettualmente l'esistenza di qualche legame fra i sistemi giurisdizionali interessati: legame che poi si può manifestare, fra l'altro o magari soltanto, nella presenza di norme comuni di competenza giurisdizionale, alla quale si può accompagnare il principio della prevenzione (che, attribuendo all'instaurazione del processo in uno Stato l'efficacia di paralizzare lo svolgimento dello stesso giudizio avanti ad altro giudice di uno Stato diverso, consente di configurare l'esistenza di una sorta di unione giudiziaria fra gli Stati partecipanti al sistema). Una condizione del genere esiste, notoriamente, in grado piuttosto elevato nel sistema di Bruxelles ed in quello di Lugano, ed è presente, almeno in parte, nei regimi convenzionali bilaterali. In altre condizioni storiche, essa può rispondere alla perdurante presenza di legami, derivanti da un precedente sistema unitario ormai disgregato, che permangono almeno a livello ideale, come accadeva un tempo riguardo all'idea dell'ordine universale delle giurisdizioni derivante dai principi del diritto romano comune, pur in presenza di situazioni nelle quali il collegamento dell'esercizio del potere giurisdizionale con la sovranità dei singoli Stati nazionali corrispondeva ormai ad una realtà sempre più sentita.

Nella nuova disciplina legislativa italiana presupposti del tipo appena ricordato mancano del tutto. Il coordinamento del sistema giurisdizionale interno con quelli degli altri Stati è attuato in via del tutto unilaterale, prescindendo dall'esistenza di qualsiasi vincolo convenzionale (e dunque, dalla reciprocità) e comunque dalla presenza di una qualsiasi comunanza di principi giuridici capace di configurare un ordine universale fondato su criteri condivisi da tutti. La competenza internazionale dei giudici stranieri viene fondata (come già dall'art. 797 n. 1 cod. proc. civ.) sulla mera applicazione a questi dei criteri validi a fondare la giurisdizione italiana, e dunque – ancora una volta – su di un meccanismo puramente unilaterale, ispirato per giunta ad una notevole ampiezza nel prevedere la possibilità di conferimento della giurisdizione (specie in materie non contemplate dalla Convenzione di Bruxelles: cfr. l'art. 3.2 della legge n. 218). Tutto ciò ha provocato da parte di alcuni commentatori perplessità e critiche, anche sotto il profilo della rinuncia, che l'Italia avrebbe attuato senza alcuna plausibile ragione, a qualsiasi strumento

negoziale in sede di stipulazione di convenzioni bilaterali con altri Stati in questa materia.

A prima vista la critica può apparire fondata, per l'unilaterale estensione a tutto il mondo di un sistema, quale quello di Bruxelles, che trova il proprio fondamento e la propria ragion d'essere nella particolare integrazione esistente tra gli Stati che ne sono parte. E se è vero che quel sistema è stato poi esteso, con la Convenzione di Lugano, a Stati diversi, rimane pur sempre vero che vale anche nell'ambito di quest'ultima il regime di reciprocità, oltre che la predisposizione di criteri comuni di competenza giurisdizionale.

Alcune considerazioni possono però indurre a modificare la prima impressione.

In primo luogo, va tenuto presente che tra il sistema di Bruxelles e quello del nuovo *ius commune* italiano non esiste affatto quell'identità, che potrebbe apparire scontata limitando lo sguardo al solo aspetto dell'automaticità del riconoscimento. Non solo manca al secondo – *ius commune* – la limitazione, presente invece nel primo e caratteristica di esso, del controllo della competenza del giudice straniero (art. 28 Conv. Bruxelles e art. 64 lett. a legge n. 218): ma anche gli altri requisiti del riconoscimento, previsti dall'art. 64, si prestano ad essere apprezzati in maniera ben diversa da ciò che accade nell'ambito della Convenzione di Bruxelles, proprio in vista della diversa realtà che sta alla base dei due sistemi.

In secondo luogo, è necessario riflettere sulla reale portata del principio dell'automaticità. È vero che il riconoscimento opera, per gli effetti ricordati, senza necessità di ricorrere ad alcun procedimento. Ciò avviene, peraltro, su di un duplice presupposto: da una parte, che siano presenti tutti i requisiti richiesti dall'art. 64, e dall'altra, che manchi qualsiasi contestazione al riguardo. Ove contestazione vi sia, nasce l'esigenza del controllo da parte del giudice nazionale: attraverso un giudizio – quello previsto dall'art. 67 – che ha sì carattere di mero accertamento, e non più di accertamento costitutivo, come quello di cui agli art. 796 ss. cod. proc. civ., ma che è pur sempre indispensabile al fine di rimuovere l'incertezza provocata dalla contestazione. Tale contestazione, poi, può essere mossa in qualsiasi forma, e risponde ad un diritto della parte che ha interesse a muoverla: sì che non sarebbe possibile ipotizzare, ad esempio, una tutela *ex art. 388 cod. pen.* a favore della condanna portata da una sentenza straniera prima che fosse stato effettuato l'accertamento dei requisiti del riconoscimento.

Si potrebbe ipotizzare l'eventualità di frodi fra le parti interessate, di fronte alle quali lo strumento della contestazione di una parte non varrebbe ad impedire l'ingresso nell'ordinamento del *decisum* straniero proprio in considerazione dell'automaticità degli effetti del medesimo *ex art. 64*. Ma al riguardo l'azione di accertamento concessa dall'art. 67.1 sembra da costruire in modo tale da poter essere esperita, nella forma di accertamento negativo, da parte di chiunque abbia interesse a contestare l'efficacia della sentenza straniera, e dunque anche di qualsiasi terzo, la cui sfera giuridica risulti intaccata da quanto deciso da quest'ultima. Inoltre, il controllo della sussistenza dei requisiti del riconoscimento risulta pur sem-

pre possibile da parte del giudice o di altro organo pubblico – anche al di fuori dell'ipotesi di azione specificamente intesa all'accertamento di tali requisiti – ogni volta che della sentenza venga comunque invocata l'autorità.

Infine, va considerato che l'innovazione introdotta dall'automaticità di cui all'art. 64 non appare così profonda e radicale come ad un primo esame potrebbe apparire. Guardando allo stato dello *ius commune* in materia quale risulta dagli art. 796 ss. cod. proc. civ., è facile constatare che questa disciplina già contiene elementi capaci di attenuare assai notevolmente le conseguenze che discenderebbero dall'applicazione dei principi generali accolti. Ed infatti, è vero che, nel sistema del codice di procedura civile, la dichiarazione di efficacia da parte della Corte di appello appare una condizione imprescindibile per l'attribuzione di qualsiasi effetto di natura processuale alla sentenza straniera. Ma l'art. 799 cod. proc. civ. prevede a sua volta la c.d. delibazione incidentale, o dichiarazione di efficacia in giudizio pendente, in virtù della quale gli effetti di un giudicato straniero possono esser fatti valere dall'interessato a prescindere dallo svolgimento dell'apposito giudizio avanti alla Corte di appello, al fine di paralizzare pretese contrastanti con quanto dichiarato e deciso nel giudizio estero. Si tratta di uno strumento capace di assicurare in concreto il raggiungimento di risultati largamente coincidenti con quelli conseguibili attraverso il meccanismo del riconoscimento automatico. Tanto che, com'è noto, proprio l'istituto della c.d. delibazione incidentale ha fornito in passato lo spunto ad alcuni autori per contestare la costruzione comunemente accettata della dichiarazione di efficacia della sentenza straniera, affermando l'automaticità degli effetti di giudicato di essa.

4. *Caratteri della sentenza straniera riconosciuta: sentenza straniera e sentenza nazionale. I requisiti del riconoscimento*

Con il riconoscimento – automatico o previo accertamento dei requisiti – la sentenza straniera viene ad esplicare nell'ordinamento italiano tutti gli effetti propri di una sentenza civile, così come il diritto processuale italiano li conosce. Il principio si può esprimere affermando che gli effetti processuali della sentenza sono soggetti al diritto italiano, mentre quelli sostanziali vanno determinati in base all'ordinamento di origine: compreso, ritengo, ciò che riguarda l'estensione della cosa giudicata.

Ci si può chiedere se a ciò consegua una vera e propria equiparazione della sentenza straniera a quella nazionale. A questo riguardo è opportuno riflettere sul fatto che la tecnica seguita dai legislatori, interni ed internazionale, a proposito dell'attribuzione di effetti alle sentenze di altri Stati è imperniata sulla previsione della ricorrenza di alcune circostanze quali requisiti necessari per la produzione di quegli effetti. Ora, tali requisiti riguardano determinati aspetti ed elementi propri della sentenza e del procedimento che vi ha condotto, e riflettono presupposti che nella loro essenza devono esistere, tanto con riferimento ad una sentenza straniera-

ra, quanto con riferimento ad una sentenza nazionale. Il legislatore italiano del 1995 regola la materia nell'art. 64, riprendendo la tecnica, ed in parte la disciplina, dell'art. 797 cod. proc. civ. Così, l'art. 64 richiede anzitutto la presenza della competenza c.d. internazionale del giudice straniero che ha pronunciato la sentenza, da determinarsi in base ai principi sulla competenza giurisdizionale dell'ordinamento italiano (oggi, art. 3 ss. legge n. 218). Si richiede poi il rispetto della legge processuale straniera per ciò che riguarda la notifica dell'atto introduttivo del giudizio al convenuto (art. 64 lett. *b*) nonché la costituzione in giudizio delle parti o la dichiarazione di contumacia (art. 64 lett. *c*). Si richiede poi – in via generale – il rispetto dei diritti essenziali della difesa (art. 64 lett. *b*, ultima parte): ed è questa una significativa innovazione della norma rispetto all'art. 797 cod. proc. civ., che consente di ricostruire una nozione generale di «ordine pubblico processuale» accanto a quella tradizionale di ordine pubblico intesa quale complesso di principi fondamentali ai quali devono conformarsi le disposizioni contenute nella sentenza straniera (art. 64 lett. *g*).

L'art. 64 richiede poi, come già l'art. 797, che la sentenza straniera sia passata in giudicato secondo la legge del luogo in cui è stata pronunciata (lett. *d*), e che essa non sia contraria ad altra sentenza pronunciata da un giudice italiano passata in giudicato (lett. *e*); qui l'innovazione sta nell'aver stabilito la preclusione al riconoscimento solo per l'ipotesi di contrarietà rispetto a sentenza italiana passata in giudicato prima di quella straniera. In coerenza con l'attribuzione di rilevanza alla litispendenza estera, effettuata in via generale dall'art. 7 della legge n. 218, l'art. 64 lett. *f* stabilisce che la sentenza straniera può essere riconosciuta se non pende avanti al giudice italiano un processo avente lo stesso oggetto o le stesse parti, che abbia avuto inizio prima del processo straniero: e non più, come prevedeva l'art. 797 n. 6 cod. proc. civ., prima del passaggio in giudicato della sentenza straniera.

Dunque, l'art. 64 richiede ai fini del riconoscimento una serie di condizioni che riflettono esigenze di equa conduzione del processo, di competenza del giudice e di coerenza con gli altri valori, processuali e sostanziali, dell'ordinamento italiano: esigenze che, come si è già detto, devono essere ovviamente soddisfatte anche in sede di procedimento e di sentenza nazionale. La differenza si coglie nel fatto che, rispetto al processo italiano, il controllo circa il rispetto di quelle esigenze deve essere effettuato nel corso dello stesso processo ed è definitivamente precluso con il passaggio in giudicato della sentenza, con la sola eccezione delle ipotesi di impugnazione c.d. straordinaria. Invece a proposito delle sentenze straniere il controllo non può essere riservato all'ordinamento di origine, trattandosi proprio di attribuire effetti all'atto nell'ambito di un ordinamento diverso da quello in cui esso è stato emanato. Emerge qui un limite invalicabile all'equiparazione assoluta fra sentenze straniere e sentenze nazionali, limite connaturato all'essenza stessa del fenomeno del riconoscimento come conferimento di effetti ad un atto formatosi nell'ambito di un altro sistema giuridico: tanto da imporsi anche nell'ambito di sistemi, quale quello della Convenzione di Bruxelles, ispirati al massimo favore nei confronti delle sentenze provenienti da un altro Stato membro.

Il profilo ricordato induce ad un'ulteriore considerazione.

Nel sistema del codice del 1942, i vizi più gravi, denunciabili attraverso il mezzo della revocazione *ex art.* 395 cod. proc. civ. quando fossero occorsi in un procedimento nazionale, potevano essere invocati quali fondamento di un riesame del merito della lite decisa all'estero, qualora si fossero verificati nell'ambito del giudizio straniero (con l'eccezione della contrarietà ad altra sentenza passata in giudicato, art. 395 n. 5, che di per sé provocava la reiezione dell'istanza di dichiarazione di efficacia). L'art. 798 cod. proc. civ., infatti, consentiva l'istanza di riesame, non soltanto nel caso di sentenza pronunciata in contumacia del convenuto, ma anche nelle ipotesi di dolo di una parte in danno dell'altra, di prove riconosciute o dichiarate false, di ritrovamento di documenti decisivi non potuti produrre per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario, di errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa, di dolo del giudice. Caduto con la riforma l'intero art. 798 cod. proc. civ., la possibilità di far valere motivi del genere al fine di precludere il riconoscimento della sentenza straniera sembrerebbe, a prima vista, destinata a scomparire, rimanendo ogni rimedio confinato nell'eventuale ambito dell'ordinamento straniero di origine della sentenza.

Ma questo risultato appare senz'altro da respingere. Non si può immaginare che una sentenza straniera sia suscettibile di spiegare effetti in Italia anche in presenza dei vizi elencati dall'art. 395 nn. 1, 2, 3, 4 e 6 – ad esempio, in caso di frode –, riservandosi al giudice dello Stato di origine qualsiasi sindacato al riguardo proprio di fronte alle ipotesi più gravi. Basterebbe, per convincersene, pensare all'ipotesi che l'ordinamento di origine non prevedesse rimedi assimilabili a quello della revocazione (o dell'opposizione di terzo «revocatoria» *ex art.* 404, secondo comma, cod. proc. civ.). Ciò finirebbe per tradursi in una sorta di discriminazione a rovescio a danno delle sentenze nazionali. Si impone pertanto una costruzione della valvola generale di tutela dei valori essenziali dell'ordinamento, sulla base dell'art. 64, capace di tenere il debito conto, una volta scomparso lo strumento del riesame del merito, della necessità di consentire la difesa del sistema, e delle parti interessate, nei confronti degli abusi più gravi. Il che del resto appare pienamente ammissibile, senza alterare i lineamenti essenziali dell'istituto. Vi si prestano infatti, sotto il profilo dei valori processuali, la clausola dell'art. 64 lett. b) con il richiamo all'esigenza di controllare il rispetto dei «diritti essenziali della difesa», e dunque ad una nozione generale di ordine pubblico processuale; e sotto il profilo dei valori sostanziali, la clausola dell'art. 64 lett. g) con il tradizionale richiamo all'esigenza del rispetto dell'ordine pubblico, inteso quale insieme dei valori fondamentali alla base dell'ordinamento e dei vari istituti giuridici che lo compongono. Non varrebbe invocare, in contrario, la più restrittiva costruzione dell'ordine pubblico che è imposta, nell'ambito del sistema di Bruxelles e di Lugano, dal categorico tenore dell'art. 29 delle Convenzioni, che impone di escludere in modo assoluto ogni riesame del merito. Una differenza rispetto al modello convenzionale è qui più che giustificata proprio per l'impossibilità di affermare in via generale, nei confronti dei sistemi giuridici di tutti gli Stati della comunità internazio-

le, l'esistenza di quei motivi di fiducia e reciproco rispetto dei sistemi giudiziari tra loro integrati che, nell'ambito convenzionale, consentono la rinuncia a qualsiasi strumento capace di fungere da veicolo di riesame del merito. Del resto è da notare che nella legge di riforma, che pure in più punti si ispira anche testualmente al modello di Bruxelles, manca una norma che espressamente e categoricamente sottolinei, come fa l'art. 29 della Convenzione, il divieto assoluto di riesame.

5. Il riconoscimento di provvedimenti stranieri in materia di capacità, rapporti di famiglia e diritti della personalità

Il legislatore della riforma ha mostrato di voler considerare in modo unitario il fenomeno della rilevanza dei valori giuridici stranieri nell'ordinamento italiano. Ciò emerge già dal tenore dell'art. 1 della legge: lungi dall'esaurirsi in una inutile elencazione di materie considerate, esso sottolinea infatti che, nella prospettiva fatta propria dal legislatore, determinazione dell'ambito della giurisdizione italiana, da una parte, dei criteri di individuazione del diritto sostanziale applicabile dall'altra, e disciplina dell'efficacia delle sentenze ed atti stranieri dall'altra ancora, costituiscono aspetti diversi di un fenomeno e di una problematica essenzialmente unitari, in quanto attinenti ai vari profili della competenza dei vari sistemi giuridici a disciplinare determinati rapporti della vita internazionale. Riconducendo la disciplina ad unità sotto quest'aspetto, la riforma evita di concentrare l'attenzione, come faceva invece il codice di procedura civile, sullo strumento processuale di assunzione del valore straniero nell'ordinamento interno. Tutti i valori giuridici stranieri tendono, insomma, ad essere visti anzitutto nel loro aspetto sostanziale, ossia in funzione, e sotto il profilo, delle valutazioni sostanziali riconosciute nell'ordinamento italiano.

In questa prospettiva va letto anche l'inserimento di un apposito articolo, l'art. 65, contenente norme riguardanti il riconoscimento di provvedimenti stranieri «relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità». Secondo tale articolo, questi provvedimenti «hanno effetto in Italia» quando sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme di diritto internazionale privato contenute nella legge n. 218 o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa.

Le norme contenute nell'art. 65 non si presentano peraltro di facile lettura, e promettono di far sorgere non pochi problemi di interpretazione. Una ricostruzione della precisa portata della disciplina scaturente dall'articolo può essere tentata soltanto sulla base di una considerazione complessiva del sistema, cercando di contenere le conseguenze di elementi fra loro, a prima vista almeno, contraddittori.

Occorre partire dalla considerazione, espressamente enunciata nella Relazione ministeriale, che è diffusa ormai da anni nella dottrina e nella giurisprudenza italia-

na la tesi che le norme di conflitto sono idonee a richiamare, conferendovi rilevanza per l'ordinamento giuridico italiano, anche valutazioni giuridiche di carattere privatistico discendenti da sentenze ed atti stranieri. Tali norme operano infatti nei confronti di situazioni concrete esistenti nel sistema giuridico designato, quale che ne sia l'origine e la fonte. Non è univoca la spiegazione che del fenomeno viene data, sottolineando taluni il carattere di norme «concrete» nascenti alla sentenza, ed altri invece la speciale connessione di certe situazioni con determinati ordinamenti, in vista dei loro caratteri e degli effetti che ne conseguono per la generalità dei consociati. Ma non si può dubitare che il fenomeno, quale che ne sia la spiegazione teorica, appartenga ormai al modo di essere del diritto «vivente». È comunque certo che l'efficacia così riconosciuta alla sentenza o al provvedimento straniero ha carattere esclusivamente privatistico: esplicandosi ad opera delle norme di conflitto, essa può riguardare soltanto la creazione di determinati effetti giuridici che non possono sorgere senza l'intervento del giudice, ad opera delle sole norme sostanziali, ma non effetti propri della sentenza o del provvedimento straniero come atti giurisdizionali. In particolare, il fenomeno ora considerato non è idoneo a ricomprendere l'efficacia di cosa giudicata, che le sole norme di conflitto non sono in grado di estendere, quale effetto di carattere processuale, da un ordinamento all'altro. Non si può dimenticare, al riguardo, che la soluzione di cui si parla si è affermata nell'ambito di un sistema, nel quale l'indirizzo pacificamente seguito dalla giurisprudenza, e quasi unanimemente accolto dalla dottrina, era nel senso di negare alla sentenza straniera non dichiarata efficace in Italia attraverso l'apposito giudizio *ex art. 796 ss. cod. proc. civ.* qualsiasi effetto quale atto di carattere giurisdizionale.

La riforma del 1995 innesta qui la sua disciplina. Si potrebbe, a prima vista, ritenere che essa non abbia inteso fare altro che consacrare in norma legislativa i risultati cui erano già pervenute dottrina e giurisprudenza, nei termini sommariamente ricordati. Ma questa conclusione contrasterebbe con alcuni elementi che emergono dalla legge. In primo luogo, la stessa rubrica dell'art. 65: intitolata al «riconoscimento di provvedimenti stranieri», così come al riconoscimento di sentenze straniere è intitolata quella dell'art. 64, la norma sembra volersi muovere nella stessa prospettiva dell'art. 64, e dunque non limitarsi ad una considerazione meramente privatistica degli effetti del provvedimento. In secondo luogo, il requisito del rispetto dei diritti della difesa e quello della non contrarietà all'ordine pubblico, valorizzando l'aspetto procedimentale e la rilevanza autonoma dell'atto depongono, ancora, nel senso della rilevanza (anche) processuale del fenomeno, e dell'attribuzione di efficacia al provvedimento straniero come atto, in specie giurisdizionale, e non soltanto alle situazioni giuridiche che ne derivano.

Se quanto precede è esatto, ne consegue che la nuova disciplina posta in essere dall'art. 65 non si limita a confermare a livello legislativo i risultati dell'esperienza italiana precedente, ma vi aggiunge un *quid pluris* che assimila in qualche modo il trattamento dei provvedimenti stranieri nelle materie considerate a quello delle sentenze contemplate dall'art. 64. Tale *quid pluris* può essere individuato nell'irretrattabilità dell'accertamento operato dall'atto straniero, e dunque nel ca-

rattere di definitività del regolamento delle situazioni giuridiche delle parti quale risultante dagli effetti dichiarativi o costitutivi del provvedimento straniero. Si tratta dell'efficacia che si indica tradizionalmente con il ricorso alla nozione di cosa giudicata (in senso sostanziale). Un'efficacia del genere poteva essere conseguita dal provvedimento straniero, anteriormente alla riforma, soltanto attraverso i meccanismi di recezione dell'atto straniero, oppure sulla base della decisione italiana che disciplinasse la situazione in conformità delle norme straniere applicabili in base ai principi di diritto internazionale privato; ma non come mera conseguenza dell'operare di questi ultimi.

Secondo l'art. 65, quando il provvedimento straniero è dotato dell'efficacia menzionata, questa è riconosciuta in Italia. Si è quindi di fronte ad una parziale «giurisdizionalizzazione» del fenomeno noto alla prassi precedente, che munisce l'atto straniero di effetti ulteriori rispetto a quelli conseguibili sulla sola base delle norme di conflitto.

In sintesi si può dire che in base all'art. 64 vengono ricollegati in Italia alle sentenze straniere gli stessi effetti prodotti dalle sentenze italiane. In base invece all'art. 65, ai provvedimenti relativi alle materie in esso indicate vengono ricollegati gli effetti che essi sono suscettibili di produrre nell'ambito dell'ordinamento applicabile secondo le norme italiane di diritto internazionale privato, compresa – ove sussista – l'efficacia di giudicato. La differenza che si coglie sotto questo profilo tra le due ipotesi può forse spiegare le differenze terminologiche tra l'art. 64 e l'art. 65, il quale si limita a dichiarare, pur sotto la rubrica «riconoscimento di provvedimenti stranieri», che essi «hanno effetto in Italia».

A seconda che il provvedimento di cui all'art. 65 consista in sentenza passata in giudicato, oppure in sentenza o altro atto privo di tale carattere, si possono dunque individuare nella disposizione due distinte norme. Una, innovativa rispetto al diritto previgente, che per la prima ipotesi estende all'ordinamento italiano gli effetti non soltanto sostanziali, ma anche di giudicato, della sentenza. L'altra, riproduttiva dello stato del diritto previgente, che opera sulla sola base del richiamo agli ordinamenti stranieri attuato dalle norme di conflitto.

6. Segue: problemi di interpretazione dell'art. 65

La ricostruzione della portata dell'art. 65, che si è proposta al precedente paragrafo, lascia peraltro sussistere notevoli incertezze interpretative, che soltanto la prassi applicativa potrà condurre a superare. È diffusa del resto nei primi commenti alla legge la constatazione dei problemi che la disposizione farà sorgere, insieme alla critica di quelle che sono state considerate da un Autore (Picone) come vere e proprie incongruenze.

Un primo aspetto problematico riguarda i requisiti, alla presenza dei quali gli effetti dei provvedimenti stranieri devono considerarsi subordinati in base all'art. 65. La lettera della disposizione richiama soltanto la non contrarietà all'ordine

pubblico ed il rispetto dei diritti essenziali della difesa (identificabile quest'ultimo, come si è visto a proposito dell'art. 64 lett. *b*, con una sorta di ordine pubblico processuale). Ci si è peraltro chiesti se debbano considerarsi comunque irrilevanti le altre condizioni richieste per il riconoscimento delle sentenze straniere in genere dall'art. 64, ed in particolare il passaggio in giudicato dell'atto e la non contrarietà a sentenza italiana (art. 64 lett. *d* ed *e*).

In linea di principio non sembra potersi dubitare, nonostante un'autorevole opinione contraria, che la formulazione dell'art. 65 escluda di per sé che gli effetti del provvedimento straniero siano subordinati, allo stesso modo delle sentenze in genere, a tutti i requisiti elencati dall'art. 64. L'interpretazione opposta verrebbe, infatti, a contraddire l'intenzione legislativa, ribadita anche dalla Relazione ministeriale, che menziona espressamente le «condizioni semplificate di riconoscimento» che caratterizzano l'art. 65. Alcune considerazioni sono tuttavia necessarie al fine di meglio inquadrare la situazione. Il passaggio in giudicato del provvedimento – ove, naturalmente, si tratti di atto suscettibile di essere qualificato in tal modo secondo l'ordinamento al quale appartiene – viene in rilievo, non quale condizione degli effetti, ma come carattere in presenza del quale diviene applicabile quella norma, ricavabile dall'art. 65, che ammette lo spiegarsi in Italia dell'efficacia di giudicato. In mancanza di tale carattere, l'art. 65 risulterà applicabile soltanto nella sua dimensione strettamente internazionalprivatistica, come si è visto nel paragrafo che precede.

Quando poi esiste una decisione emanata da un giudice italiano e passata in cosa giudicata, l'eventuale contrasto con essa del provvedimento straniero precluderà gli effetti in Italia di quest'ultimo. Ma ciò, non in quanto il giudicato italiano costituisca di per sé causa impeditiva degli effetti in base all'art. 64 lett. *e*). La ragione sta piuttosto nel fatto che l'irrevocabilità dell'accertamento e/o della creazione della situazione giuridica operati dal provvedimento nazionale preclude la possibilità di lasciare spazio a valutazioni difformi operanti nell'ordinamento designato dalla norma di conflitto, indipendentemente dal fatto che il giudice nazionale abbia applicato norme appartenenti a questo o a diverso sistema. Si tratta di un limite logico alla stessa possibilità di funzionamento del meccanismo dell'art. 65, riconducibile egualmente, se si vuole, al divieto di antinomie e quindi ad un principio di ordine pubblico.

Un secondo dubbio, sollevato dai primi commentatori della riforma, è se l'introduzione della disposizione dell'art. 65 sostituisca *in toto* il fenomeno di richiamo di situazioni concrete in virtù delle norme di conflitto, precedentemente noto all'ordinamento italiano. Ci si chiede se l'art. 65 lasci spazio ai risultati in precedenza accolti, o indichi una precisa volontà legislativa di attribuire effetti alle situazioni in esso indicate soltanto attraverso il meccanismo specificamente previsto. Il quesito è anche praticamente rilevante, in quanto fra tali situazioni non ne figurano alcune, per le quali il principio degli effetti automaticamente attribuiti in base al funzionamento delle norme di conflitto veniva solitamente affermato: si tratta dei diritti reali, non menzionati dall'art. 65.

Al riguardo, si è già detto che la disposizione dell'art. 65 appare da ricostruire come esprimente due distinte norme: una, che conferma i risultati dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale precedente, ribadendo l'idoneità delle norme di conflitto a tenere conto anche delle situazioni concrete esistenti nell'ambito degli ordinamenti da esse considerati competenti; ed un'altra, che con effetto innovativo rispetto al passato vi aggiunge l'effetto di giudicato eventualmente esistente in questi ultimi. Per ciò che riguarda la prima, non si vede ragione per la quale essa debba considerarsi tale da escludere il normale modo di operare delle norme di conflitto nelle materie non contemplate. In altri termini, se si ritiene – come il legislatore mostra di ritenere con riferimento alle materie dell'art. 65 – che il meccanismo del diritto internazionale privato funzioni in un certo modo in relazione a certe situazioni, non sembra che si debba vedere nell'art. 65 una preclusione a continuare a farlo, né che in materia di diritti reali esistano differenze sostanziali rispetto alle materie di cui all'art. 65, tali da fornire una adeguata giustificazione per escludere che quanto si verifica a proposito di queste ultime operi rispetto ai primi. Quali che fossero le concezioni teoriche cui il legislatore si è ispirato, d'altronde, è noto che compito del legislatore è quello di disporre, e non di insegnare.

Naturalmente, non potrà invece essere estesa alla materia dei diritti reali l'applicazione della norma di carattere innovativo compresa nell'art. 65, necessariamente limitata ai confini che il legislatore le ha assegnato. Ma è d'altro lato evidente che il nuovo sistema previsto dalla riforma per il riconoscimento delle sentenze straniere finirà per ridurre notevolmente il rilievo della differenza tutte le volte che l'atto in materia di diritti reali possa essere qualificato come sentenza.

Qualche incertezza è sorta anche a proposito del rapporto tra riconoscimento di provvedimenti stranieri in base all'art. 65, e riconoscimento di sentenze *ex art.* 64. In particolare, ci si è chiesti se una sentenza straniera in materia di capacità, rapporti di famiglia e diritti della personalità possa essere riconosciuta anche in base all'art. 64, ove ne ricorrano i requisiti. Il quesito è rilevante, ovviamente, sotto il profilo del giudice che ha pronunciato il provvedimento: in quanto affermando l'esclusività del riconoscimento *ex art.* 65 si viene ad escludere la possibilità di accordare effetti a sentenze straniere, nelle materie considerate, che non provengano da giudici degli ordinamenti cui le norme di conflitto riconoscono competenza, o che ivi non abbiano efficacia, anche se sussistono invece con tali ordinamenti contatti sufficienti a concretare il requisito della c.d. competenza internazionale *ex art.* 64 lett. *a*.

La soluzione restrittiva, che afferma l'impossibilità di dare riconoscimento ad una sentenza nelle materie di cui all'art. 65 al di fuori dei casi ivi previsti, non appare però accoglibile. Certo non è sufficiente a giustificarla un argomento puramente letterale, che è stato addotto a suo favore: il fatto che nel testo finale dell'art. 65 sia stato soppresso l'*incipit* figurante nella formulazione iniziale della Commissione ministeriale, «oltre che nei casi di cui all'articolo precedente». Ciò sarebbe rilevante se l'eliminazione fosse inequivocamente il risultato di un intento legislativo di escludere l'applicabilità dell'art. 64. Ma che non sia così, è invece

dimostrato dal fatto che il nuovo testo continua ad essere spiegato, dalla Relazione ministeriale che lo accompagna, in termini di procedimento «complementare» a quello dell'articolo precedente.

Neppure sembra si possa argomentare a favore dell'esclusività considerando l'art. 65 come norma «speciale» rispetto a quella generale dell'art. 64, dato che in realtà la disposizione dell'art. 65 disciplina ipotesi non rientranti nell'ambito di quest'ultimo, ed in una prospettiva completamente diversa. I «provvedimenti» menzionati comprendono anche atti non qualificabili come sentenze, ed il riconoscimento riguarda effetti conseguenti, anzitutto, all'operare delle norme sostanziali.

Ancora, non sembrano decisive al fine di affermare la riconoscibilità dei provvedimenti stranieri contemplati dall'art. 65 sulla sola base di questa norma, alcune considerazioni di carattere teleologico avanzate al riguardo. Si è detto che considerare equivalenti le disposizioni degli articoli 64 e 65 favorirebbe la formazione nell'ordinamento italiano di situazioni c.d. claudicanti, – ossia, non riconosciute negli ordinamenti richiamati dalle norme di diritto internazionale privato italiano –, in contrasto con l'obiettivo cui lo stesso art. 65 tenderebbe. Si tratterebbe qui del c.d. metodo del richiamo all'ordinamento competente, secondo la teorizzazione che un noto Autore italiano ne ha fatto. Al riguardo va però osservato che, anzitutto, non esiste indizio alcuno che il legislatore della riforma abbia davvero inteso utilizzare in questo senso e con questi effetti il metodo indicato, che comunque di per sé solo non esclude affatto la riconoscibilità delle sentenze straniere secondo il normale sistema della bilateralizzazione dei criteri di competenza giurisdizionale italiani. Si aggiunga che l'ammissione del riconoscimento di una sentenza in base all'art. 64 potrebbe portare alla creazione nel foro di situazioni c.d. claudicanti in senso proprio soltanto ove tale sentenza fosse, non solo non riconosciuta, ma anche *non riconoscibile* nell'ordinamento competente. Si tratta di ipotesi certo marginali, che non verrebbero eliminate del resto neppure dalla tesi che si sta esaminando, e che sono a volte rese inevitabili dalla prevalenza di esigenze di coerenza interna dell'ordinamento giuridico. Si aggiunga ancora che ammettere la possibilità del ricorso all'art. 64 anche nelle materie di cui all'art. 65 consente di soddisfare in modo più completo le esigenze dell'uniformità della vita giuridica dei privati, ad esempio, in ipotesi nelle quali il riconoscimento della sentenza nell'ordinamento competente, pur ammissibile, non risponderebbe ad alcuna effettiva ragione o interesse delle parti, mancando qualsiasi contatto reale di queste con tale ordinamento, e sarebbe necessario – accogliendo la tesi qui criticata – al solo fine di potersi avvalere del provvedimento in Italia.

Il carattere concorrente, e non alternativo, dei sistemi degli artt. 64 e 65, sembra poi confermato dall'art. 27 della legge n. 218. L'ultima parte di tale norma, disponendo che, quale che sia la valutazione desumibile dalla legge nazionale dei nubendi, «resta salvo lo stato libero che uno dei nubendi abbia acquistato per effetto di un giudicato italiano o riconosciuto in Italia», sembra infatti indicare che tale giudicato può aver effetto in Italia, non solo in base all'art. 65, ma anche in

base ai principi generali sul riconoscimento delle sentenze posti dall'art. 64: e ciò è confermato dalla Relazione ministeriale allo stesso art. 27.

Infine, ci si deve chiedere se l'ordinamento «richiamato», ai fini dell'art. 65, debba essere considerato quello direttamente identificato dalle norme italiane di diritto internazionale privato, oppure quello al quale si perviene tenendo conto dell'art. 13 e del rinvio operato dal diritto internazionale privato straniero nei casi da tale articolo previsti.

La storia legislativa della riforma e la circostanza che l'introduzione parziale del c.d. principio del rinvio è avvenuta soltanto in sede di dibattito parlamentare escludono che elementi decisivi per la risposta al quesito possano essere tratti da elementi testuali o dai lavori preparatori relativi all'art. 65. Occorre perciò tentare una risposta alla luce della logica che ispira, l'art. 13 da una parte, e l'art. 65 dall'altra. Sotto questo profilo sembra preferibile la soluzione che esclude la necessità di tener conto, nell'applicazione dell'art. 65, di quanto dispone l'art. 13.

Ratio di tale ultima disposizione è infatti la ricerca di un certo grado di coordinamento con i sistemi di diritto internazionale privato stranieri attraverso il ricorso all'espedito tecnico del c.d. rinvio. Con esso ci si sforza di evitare l'applicazione di un diritto che «non voglia» essere applicato e di aderire al punto di vista accolto dai diversi ordinamenti interessati ad una determinata fattispecie in ordine alla localizzazione della situazione. Ora, tali presupposti dell'utilizzazione dello strumento del rinvio sembrano venir meno nelle situazioni considerate dall'art. 65. Qui non rileva il fatto di trovarsi di fronte ad un ordinamento straniero che afferma, oppure nega, la competenza del proprio diritto materiale ad occuparsi di una certa fattispecie, ma ad un sistema nell'ambito del quale si è formata una valutazione concreta relativa a quest'ultima, non importa se sulla base di norme appartenenti a quello stesso sistema o ad altro diverso. Risulta perciò giustificato che di quella valutazione l'ordinamento italiano tenga conto, anche se diversa sarebbe la conclusione ove si trattasse di fare applicazione dal punto di vista del sistema italiano del diritto materiale di quello Stato ed esso non risultasse applicabile in base ai propri principi di conflitto.

Sembrirebbe invece fuori luogo ignorare la valutazione concreta formatasi nell'ordinamento in prima battuta richiamato dalla norma italiana di conflitto e procedere ad un'applicazione puramente meccanica del principio stabilito dall'art. 13. Si ignorerebbe, così facendo, la connessione della situazione concreta con quell'ordinamento, costituita dal criterio di competenza utilizzato dal giudice che si sia pronunciato su tale situazione, oppure dai collegamenti che, nel caso specifico, abbiano consentito il riconoscimento dell'atto emanato dall'autorità di un terzo Stato.

On the proposed application of jurisdictional criteria of Brussels I Regulation to non-domiciled defendants *

TABLE OF CONTENTS: 1. The Current Situation and Its Pitfalls. – 2. The Harmonisation of the Jurisdictional Rules Applicable to Non-EU Defendants: Is It to Be Pursued? – 3. The Solution Proposed by the Commission.

1. *The Current Situation and Its Pitfalls*

There is no doubt that one of the most important and significant innovations proposed by the EU Commission in its proposal for a recasting of Regulation No 44/2001 (“Brussels I”) concerns the extension of certain rules on jurisdiction set forth by the Regulation to defendants domiciled in a non-EU Member State. As is well known, the present situation as resulting from the system created by Regulation No 44/2001 – and before it, from the Brussels Convention of 1968 – draws a sharp distinction between domiciled and non-domiciled defendants. While the former are subject to the uniform rules embodied in the Regulation, the latter remain entirely subject to the application of the jurisdictional rules set forth by each Member State, including those providing for criteria allowing the assertion of the so-called excessive or exorbitant jurisdiction. True, according to a well-known, theoretical construction – which has actually been accepted even by the ECJ – this situation would not rule out the existence of a sort of “transformation” of the national rules of jurisdiction of Member States into Community rules. The criteria adopted by the jurisdictional rules of the Member States would thus be considered as the result of a sort of delegation made by the EU to the various Member States. Be this as it may, the Undeniable fact remains that the criteria adopted by the single national laws have not been selected and accepted at the level of the Union, nor are they created on the basis of any specific evaluation of the interests and needs of the Union as a whole in its relation to the outside world. Moreover and in particular, it should not be overlooked that the jurisdictional criteria set forth by

* Pubblicato in *Recasting Brussels I: proceedings of the Conference Held at the University of Milan on November 25-26, 2011* (a cura di F. Pocar, I. Viarengo, F.C. Villata), Padova, Cedam, 2012, pp. 111-116.

the national legal systems within the EU are not harmonised, but differ in the various States involved, thus bringing to potentially different results depending on where the nondomiciled defendant is being sued. The obvious consequence is that there exists no uniform treatment of nationals of the EU Member States as far as their right of access to justice is concerned.

Keeping in mind the existing situation as briefly described, it is easy to gauge why considerable attention has been devoted, both at the doctrinal and the legislative level, to the issue concerning how the present, unsatisfactory situation could be remedied. The issue is twofold. First, whether the jurisdictional rules applicable to non-domiciled defendants should be harmonised at the level of the legal system of the EU. And second, if the answer to the first question is in the affirmative, how the harmonisation should be obtained, *i.e.*, which criteria should be adopted by the new EU provisions in order to enable the national courts within the Member States to assume jurisdiction over non-domiciled defendants.

2. The Harmonisation of the Jurisdictional Rules Applicable to Non-EU Defendants: Is It to Be Pursued?

Regarding whether jurisdictional rules applicable to defendants outside of the EU should be harmonised, an affirmative answer can well be considered as obvious. Actually, it would be indeed very difficult to identify a decisive argument that could reasonably deny that harmonisation should be pursued in the interest of the full realisation of a European space of justice. Introducing uniform rules governing jurisdiction of the courts of Member States in cases where the defendant is domiciled in the territory of a third State would satisfy all those requirements of an economic and political nature that have been identified and exhaustively commented by the Commission in its Green Paper, as well as in the Explanatory Memorandum accompanying the proposal for a recasting of Regulation No 44/2001.

Moreover, if one looks at the issue from a strictly legal point of view, introducing uniform rules would represent an entirely logical evolution. This development corresponds, in fact, to the inspiration and the underlying philosophy of the EU system as it gradually progresses towards the full realisation of a space of liberty, security, and justice – a realisation that is currently susceptible to impulses, after the Amsterdam Treaty, also by direct actions of the institutions in the field of private international law. Within this framework, the continuing existence of jurisdictional regimes differentiating from one another with respect to their “outer” dimension would imply an anomalous result, which would be difficult to explain on the basis of sound logical and legal reasons.

3. *The Solution Proposed by the Commission*

If an affirmative answer to the first question can be easily justified on the basis of the above considerations, much greater difficulties undoubtedly arise in trying to find a satisfactory answer to the second aspect of the issue. This concerns the determination of “how” the extension of the rules of jurisdiction to non-domiciled defendants should be effected. In this connection, one thing appears to be sufficiently clear. The coordination of the jurisdiction of the courts of the Member States, as organised by the provisions of Regulation No 44/2001 (and earlier, by the Brussels Convention) lies on certain principles and assumptions, which correspond to the specific situation existing in the relations among said States. However, these principles and assumptions are absent when relations involving third States come into play. It is clear that Member States are all bound by the same unified rules, and those rules that are to be uniformly applied within the unified jurisdictional space of the Union are essentially based on a fundamental distinction between a basic jurisdictional connecting factor – the defendant’s domicile – and a number of “special” criteria. The special criteria are viewed as exceptions with respect to the basic jurisdictional connecting factor, and are thus subject to a restrictive interpretation taking into account the hierarchical relationship existing between principles and exceptions.

The question then arises, whether a coordination system as contemplated within the EU as the fundamental basis of the system created by the Brussels Convention and Regulation No 44/2001 can be simply transposed and made applicable to a radically different reality, *i.e.*, the context of the relations between Member States, on the one hand, and third parties, on the other. Needless to say, each third State is characterised by its own peculiar features, and the jurisdictional system that the third State has put in place on the basis of its own sovereign prerogatives. That jurisdictional system provides for its own coordination with those of other States on the basis of its own criteria, which are freely selected and, in principle, is not subject to any harmonisation that may annul the differences resulting from that situation.

A mere extension of the same jurisdictional links adopted in the intra-Union relations to defendants having their domicile outside the Union would not be sufficient and feasible. This principle has been immediately clear to the authors of the Commission proposal. But how, then, should the problem be solved?

The choice made by the Commission has been in favour of the introduction of new criteria to be uniformly applied by the courts of all Member States by virtue of the revised version of the Regulation. These new criteria represent a sort of choice of “exorbitant” criteria that are unified at the level of the Union. They are set forth in Section 8 of Chapter II of the Proposal, which deals with cases of subsidiary jurisdiction and with the so-called *forum necessitatis*. Subsidiary jurisdiction is based on property of the defendant located within the territory of a Member State, provided that the value of the property is not disproportionate to the

value of the claim. *Forum necessitatis* is contemplated – “on an exceptional basis”, it is stated – if the right to a fair trial or the right to access to justice so require. In particular, *forum necessitatis* is applicable if proceedings cannot reasonably be brought or conducted, or would be impossible in a third State with which the dispute is closely connected, or if a judgment given on the claim in a third State would not be entitled to recognition and enforcement in the Member State of the court seised under the law of that State and such recognition and enforcement is necessary to ensure that the rights of the claimant are satisfied. Common to both cases contemplated is the condition that the dispute has a sufficient connection with the Member State of the court seised.

The solution proposed by the Commission along the above-mentioned lines seems to offer a reasonable compromise between two conflicting needs, each of which require attention on the part of anybody willing to proceed to recasting Regulation No 44/2001. On the one hand, the scope of the “external” jurisdiction of the Member States should not be restricted excessively, as would apparently be the case if only the special competences contemplated by the Regulation with regard to defendants domiciled within the Union were retained and made applicable to non-domiciled defendants. On the other hand, the rules and principles that the revised Regulation will adopt should not pave the way towards too enlarged an expansion of the external dimension of jurisdiction of national courts.

Some doubts, however, are still likely to arise. To give one example, the proposed idea of a subsidiary jurisdiction along the lines of the well-known Section 23 of the German *ZPO* is not entirely convincing, even if the authors of the proposal have tried to somewhat clarify and circumscribe its scope. Even more importantly, serious doubts may arise with respect to the great (or as someone would say, excessive) flexibility and elasticity that the provisions introducing the so-called *forum necessitatis* may bring about. Here, it is clear that the discretionary powers that the new rule would grant to national courts will address a number of sensitive and highly complex issues. For instance, issues to be addressed include the legal and political situations that may exist in foreign countries where a violation of the right to a fair trial or to access to justice is predicated. Clearly, it is far from certain that courts in many continental countries – first of all, Italy – are sufficiently well equipped to perform such a task, and the results which the practical application of the proposed new rule could reach may well be looked at with justified concern.

On the other hand, it is fair to recognise that more satisfactory alternatives are not easily available. If one assumes that the mere preservation of the present situation is not an acceptable option – although it should be recalled that this seems to be the position advocated, at least initially, by the European Parliament – the most satisfactory solution would appear to be to identify and set forth a series of jurisdictional criteria specifically designed to determine the jurisdiction of the courts of Member States in cases of non-domiciled defendants. This solution would avoid a mere reproduction of the same rules governing jurisdiction of the

courts of Member States where domicile is located within the territory of the Union.

Such a result, however, is not easy to achieve, taking into account how different the prevailing situations in the third States involved with regard to the relevant relations with the Union may be and how problematic, as a consequence, is identification of appropriate criteria that may satisfactorily apply in all those situations. Moreover, it cannot be ignored that what could in the abstract appear as the most adequate and desirable achievement – *i.e.* the stipulation by the EU of an international convention of a universal character binding as many third States as possible – cannot but appear, as the experience of the unfruitful efforts of the Hague Conference of Private International Law has shown a few years ago, little more than a generous illusion.

4. Arbitrato

Questioni sulla rilevanza dell'arbitrato estero*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I problemi presentatisi alla giurisprudenza e loro particolare impostazione. – 3. L'atteggiamento del diritto processuale civile internazionale italiano nei confronti dell'arbitrato non italiano. I rapporti tra giurisdizione italiana e giurisdizioni straniere. – 4. Segue: la nazionalità dell'arbitrato. Nozione di arbitrato estero. – 5. L'arbitrato rituale italiano: se esista un criterio atto a collegare un arbitrato con l'ordinamento italiano. – 6. La nazionalità della sentenza arbitrale. – 7. Rilevanza del compromesso e della clausola compromissoria per arbitrato non italiano. – 8. Segue: la volontà delle parti come criterio negativo di competenza giurisdizionale. – 9. Le convenzioni internazionali in materia di arbitrato. Progressiva tendenza verso la definizione diretta di un procedimento arbitrale diverso da quelli propri degli ordinamenti dei singoli Stati contraenti. – 10. La disciplina del compromesso e della clausola compromissoria nelle convenzioni internazionali. Considerazioni finali sul significato del movimento convenzionale.

1. Premessa

Non è stata ancora raggiunta dalla dottrina di diritto internazionale e di diritto processuale, né dalla giurisprudenza, una completa chiarezza in ordine alla definizione di ciò che debba intendersi per arbitrato estero, e di conseguenza anche in ordine ai vari problemi che sorgono in relazione ad un compromesso o ad una clausola compromissoria che non diano luogo ad un arbitrato rituale italiano. Ciò, se è dovuto anzitutto al fatto che non vengono sempre poste chiaramente in luce le premesse di carattere generale che stanno alla base del sistema di diritto processuale civile internazionale, che si tratta di interpretare, sicché il ragionamento successivo si sviluppa su postulati divergenti, che non è sempre facile individuare, è d'altra parte conseguenza della situazione particolare che si verifica in materia di arbitrato. Si tratta infatti di un istituto attualmente assai diffuso e noto a tutti o quasi gli ordinamenti giuridici statuali, ma che per sua natura tende a sottrarsi alla disciplina propria di quelli, per collocarsi su un piano universale¹. Conseguenza

* Pubblicato in *Comunicazioni e studi* dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano, vol. XI, 1963, pp. 292-354.

¹ Non è questa la sede per approfondire tale concetto. Basti ricordare che, secondo autorevoli dottrine, l'arbitrato sarebbe un istituto proprio del «diritto dei privati» nei confronti del quale i vari ordinamenti giuridici statuali dovrebbero stabilire il proprio atteggiamento, determinando a quali condizioni ed entro quali limiti è possibile la recezione dell'istituto stesso: cfr. MINOLI, *Studi e pro-*

di ciò è che, nella soluzione dei vari problemi che si ricollegano alla disciplina dell'arbitrato nel campo del diritto processuale civile internazionale, si tende a far leva anzitutto su considerazioni che attengono alla natura dell'istituto, considerato come avulso da ogni ordinamento giuridico statale, lasciando così in ombra le caratteristiche peculiari che ciascuno di quelli può avervi impresso. Ora, se si può indubbiamente ammettere che esiste in materia tra i vari ordinamenti giuridici una comunanza di idee tale che permette di considerare l'istituto, su di un piano di teoria generale, in modo sufficientemente unitario; se si deve ancora sottolineare che un istituto giuridico non si esaurisce nella configurazione che ogni sistema statale vi ha dato, ma è dotato di una propria realtà che preesiste logicamente a quella, e ne forma il presupposto e la stessa ragion d'essere – e non può pertanto essere costretta nei limiti di un ordinamento statale determinato –, è necessario però anche ammettere che le considerazioni desumibili dalla natura giuridica dell'istituto non possono e non devono far dimenticare le caratteristiche della disciplina che il nostro ordinamento ha dato all'arbitrato per quanto concerne il rapporto tra i vari sistemi processuali.

Una volta chiarite tali caratteristiche, risulterà come, per il nostro ordinamento, gli arbitrati previsti e disciplinati dagli altri ordinamenti giuridici non vengano assunti come equivalenti giurisdizionali al pari dell'arbitrato rituale italiano, ossia come mezzi efficaci al pari di quello per la risoluzione delle controversie, così come – secondo parte della dottrina – dovrebbe avvenire, al meno quando sia consentita la deroga alla giurisdizione italiana secondo l'art. 2 cod. proc. civ. Tali arbitrati, al pari del procedimento giurisdizionale straniero, non possono, al contrario, essere resi direttamente rilevanti, come mezzo di composizione della lite, né da quella, né da alcun'altra norma. In perfetta analogia con i procedimenti giurisdizionali, cioè, i procedimenti arbitrali stranieri non rilevano in sé stessi, ma soltanto come elemento di qualificazione dell'atto che li conclude, ossia della sentenza arbitrale, che è – essa soltanto – dotata dell'attitudine a divenire direttamente efficace nell'ordinamento italiano tramite l'apposito giudizio di delibazione. Non venendo reso direttamente efficace come procedimento, l'arbitrato che si usa designare con la qualifica di «estero» non viene neppure collegato con l'uno o l'altro ordinamento ad opera di un criterio proprio dell'ordinamento italiano. Dal punto di vista di quest'ultimo, pertanto, né la volontà, né alcun altro dei criteri di volta in volta proposti dalla dottrina a tale scopo valgono ad attribuire all'arbitrato l'una o l'altra nazionalità, ossia l'appartenenza ad un ordinamento, che è nozione relativa ad un ordinamento straniero, e soltanto ad esso. Il fatto che un arbitrato non italiano sia regolato dall'una o dall'altra legge non è, insomma, un fatto giu-

poste per una legge uniforme sull'arbitrato (Relazione presentata al Convegno promosso dal CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE, Cadenabbia-Milano, 3-6 giugno 1954), in *Atti del Convegno internazionale per la riforma dell'arbitrato*, Milano, 1955, p. 64 ss. V. anche SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, p. 36 ss. Per le varie dottrine relative al «diritto dei privati», cfr. da ultimo, ROMANO SALV., *Ordinamenti giuridici privati*, in *Riv. trim., dir. pubblico*, 1955, p. 249 ss.

ridicamente valutabile da parte dell'ordinamento italiano, che non istituisce il collegamento, ma lo assume come un dato, ed unicamente allo scopo di attribuire efficacia alla sentenza arbitrale.

La qualifica di un arbitrato come estero viene in considerazione in modo puramente negativo, per designare quei procedimenti arbitrali che non siano definibili come arbitrati rituali italiani, ed in relazione ai quali sono chiamati a funzionare gli istituti propri del diritto processuale civile internazionale: ossia, in ordine all'estensione della giurisdizione italiana, la deroga della giurisdizione, e in ordine al riconoscimento dell'atto conclusivo, la dichiarazione di efficacia della relativa sentenza arbitrale.

All'infuori di quelle, l'ordinamento italiano non contiene norme che disciplinino direttamente l'arbitrato non italiano. E, qualora si accetti l'interpretazione della norma di cui all'art. 2 cod. proc. civ. che si è altrove riconosciuta come la più fondata², si dovrà concludere che, al pari del procedimento arbitrale nel suo complesso, anche il compromesso o la clausola compromissoria per arbitrato «estero» rimarranno estranei al nostro ordinamento, nell'ambito del quale, dunque, non si porrà alcun problema a proposito della legge regolatrice di tali atti.

Le convenzioni internazionali in materia di arbitrato delle quali l'Italia è parte, modificano in vario senso la situazione esistente in base al diritto comune. Ma nemmeno per la loro interpretazione può venire utilizzato il concetto di «nazionalità» dell'arbitrato, il cui significato non riflette il modo in cui le norme internazionali – e le corrispondenti norme interne di adattamento – prendono in considerazione le realtà giuridiche sulle quali esse sono destinate ad operare.

2. *I problemi presentatisi alla giurisprudenza e loro particolare impostazione*

Il problema pratico, che la giurisprudenza si è trovata più volte a dover risolvere, e che ha richiamato l'attenzione della dottrina sulla disciplina dell'arbitrato nel diritto processuale civile internazionale, consiste anzitutto nel giudicare dell'efficacia preclusiva della giurisdizione italiana derivante dal fatto della stipulazione di un compromesso o di una clausola compromissoria per un arbitrato che non possa qualificarsi come rituale italiano³: e a quello è logicamente preliminare il

² Cfr. LUZZATTO, *In tema di inderogabilità ed esclusività della giurisdizione italiana*, in *Riv. dir. int.*, 1962, p. 527 ss.

³ I casi giurisprudenziali che hanno dato luogo alla maggior parte dei commenti della dottrina erano infatti quasi tutti relativi all'accertamento della sussistenza della giurisdizione italiana sulla lite, che verteva su rapporti inerenti a contratti nei quali era contenuta una clausola compromissoria per arbitrato «estero». Diversamente si pone la questione, quando il compromesso o la clausola compromissoria vengano in considerazione soltanto ad arbitrato già concluso, come condizioni o presupposti della regolarità del procedimento da cui è risultata la sentenza arbitrale della quale si chiede la delibazione. V. su ciò *infra*, n. 10.

problema consistente nello stabilire quando si sia in presenza di un arbitrato non italiano. Quest'ultimo punto, peraltro, non viene generalmente avvertito in dottrina ed in giurisprudenza, anche perché nella grande maggioranza dei casi che si sono presentati all'esame di quest'ultima l'applicabilità della qualifica di arbitrato estero appariva assolutamente evidente, comunque fosse configurata la relativa nozione⁴. Si noti che, con l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura civile del 1942, che contiene una norma espressa dedicata al problema della deroga della giurisdizione italiana⁵, sono cessate le discussioni di carattere generale intorno all'ammissibilità della deroga stessa, che tanto avevano occupato la dottrina nel vigore del codice precedente⁶; e si è presentato, invece, all'attenzione degli studiosi un problema di carattere assai più particolare. Esso è stato originato dalla presenza nel nostro ordinamento di una norma – contenuta negli artt. 1341 e 1342 del codice civile – che prescrive la specifica approvazione per iscritto, nelle condizioni generali di contratto e nei contratti conclusi mediante moduli o formulari,

⁴ Ciò in relazione ai requisiti che il codice di procedura civile italiano impone per l'arbitrato, ad esempio per quanto riguarda la nazionalità italiana degli arbitri (art. 812), il numero dispari degli stessi (art. 809) ed il luogo di pronuncia del lodo, che dev'essere in territorio italiano (art. 824): sebbene una parte della dottrina affermi, in relazione all'art. 829 cod. proc. civ., il carattere derogabile di quest'ultima norma. Cfr. MIGLIAZZA, *Arbitrati nazionali ed arbitrati esteri*, in *Riv. dir. int.*, 1954, p. 209. Tali requisiti – in ispecie, il primo ed il terzo –, non sono infatti richiesti dalle principali legislazioni straniere sull'arbitrato: cfr. sul punto, anche per proposte di riforma del sistema italiano, la relazione presentata al Convegno di Milano-Cadenabbia del giugno 1954 (promosso dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale) da MINOLI, *Studi e proposte per una legge uniforme sull'arbitrato*, già citata, in *Atti del Convegno internazionale per la riforma dell'arbitrato* cit., p. 39 ss. È chiaro comunque che la previsione nel compromesso o nella clausola compromissoria di una condizione contrastante con quelle, come ordinariamente si riscontra nei rapporti internazionali commerciali, in cui difficilmente una parte rinuncia (quando gli arbitri siano più d'uno) a scegliere un arbitro appartenente al proprio Stato, porta a considerare superata ogni questione relativa alla nazionalità dell'arbitrato, anche quando questa qualifica si voglia ritenere dipendente dalla volontà delle parti: si dovrebbe infatti ritenere implicita una volontà delle parti di sottoporre la controversia ad arbitrato straniero, o di collegare l'arbitrato con un sistema giuridico straniero. Su questi due diversi modi di prospettare la questione v. *infra*, n. 4. Ugualmente operanti nel senso di escludere l'esistenza di un arbitrato italiano sono quelle circostanze nel caso che il giudizio arbitrale debba svolgersi nell'ambito di un centro arbitrale organizzato, come ad es. quello della *Chambre de commerce internationale* di Parigi: v. su di essi, anche per una raccolta di testi che mostra le frequenti incompatibilità dei relativi procedimenti con la disciplina dell'arbitrato rituale italiano. NOBILI, *L'arbitrato delle associazioni commerciali*, Padova, 1957. Altra delicata questione è quella che consiste nel vedere se l'arbitrato previsto non debba qualificarsi invece come irrituale dal punto di vista del nostro ordinamento: v. *infra*, nota 48.

⁵ Art. 2 cod. proc. civ.: «La giurisdizione italiana non può essere convenzionalmente derogata in favore di una giurisdizione straniera, né di arbitri che pronuncino all'estero, salvo che si tratti di causa relativa ad obbligazioni tra stranieri o tra uno straniero e un cittadino non residente né domiciliato nella Repubblica, e la deroga risulti da atto scritto».

⁶ Si veda per tutti MORELLI, *Il diritto processuale civile internazionale*¹, in *Trattato di diritto internazionale* diretto da Fedozzi e Romano, vol. VII, Padova, 1938, p. 222 ss. e ivi bibliografia. Cfr. anche MIGLIAZZA, *La rilevanza dell'accordo privato sul richiamo a norme ed a procedimenti stranieri* (estratto da *Studi Urbinati*), Milano, 1962, p. 108 ss.

di alcune clausole, tra cui le clausole compromissorie e quelle contenenti deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria. La discussione si è quindi concentrata sul punto se questa norma sia applicabile anche quando la clausola compromissoria o la deroga non riguardino la semplice «competenza» dell'autorità giudiziaria, come nel caso di arbitrato rituale italiano e di deroga alla competenza per territorio, ma la giurisdizione italiana, come nel caso di arbitrato estero o di deroga in favore di un giudice straniero⁷.

Di qui si è passati all'indagine relativa alla legge regolatrice dell'atto di deroga, che viene – ma non sempre – identificato, nel caso di arbitrato, con il compromesso; e si sono così delineate le due tendenze principali, consistenti l'una nel sottoporre la disciplina dell'atto alla *lex fori*⁸ con la conseguente applicabilità al-

⁷ Che il compromesso e la clausola compromissoria siano fondamento ad un'eccezione di incompetenza del giudice ordinario, nel caso di arbitrato italiano, e diano invece luogo alla carenza di giurisdizione del giudice italiano nei casi consentiti, quando l'arbitrato previsto sia estraneo, è generalmente ammesso in giurisprudenza: cfr. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1958, p. 12 ss. e le sentenze della Cassazione del 26 aprile 1955 n. 1152, 16 giugno 1955 n. 1860 e 14 ottobre 1955 n. 3141. In dottrina ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*³, I, Napoli, 1957, p. 144; D'ONOFRIO, *Commentario al nuovo codice di procedura civile*, II, Napoli, 1941, n. 1237. Cfr. anche MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*², in *Trattato di diritto internazionale* diretto da Balladore Pallieri, Morelli e Quadri, sez. II, voi. IV, Padova, 1954, p. 175 ss. stato però autorevolmente sostenuto che l'eccezione di compromesso per arbitrato interno avrebbe la natura di eccezione di improponibilità o improcedibilità: così CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1933, p. 70 ss.; BETTI, *Diritto processuale civile*, Roma 1936, p. 106; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1944, p. 173 s.; REDENTI, *Diritto processuale civile*², III, Milano, 1954, p. 453. V. per altre citazioni BIAMONTI, *Arbitrato (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, 1958, p. 925. Questa tesi, che è sostenuta a proposito dell'eccezione di compromesso per arbitrato libero o irrituale o improprio (così SCHIZZEROTTO, *Arbitrato irrituale e arbitraggio*, Milano, 1963, p. 187 ss.), è stata recentemente applicata anche a proposito dell'atto di deroga alla giurisdizione italiana in favore di arbitrato estero, dallo IACCARINO, *Il c.d. alto di «deroga» alla giurisdizione italiana*, Napoli, 1960, p. 82 ss., ma è rimasta sino ad ora isolata. La differenza degli effetti processuali del compromesso a seconda che l'arbitrato previsto sia nazionale od estero, è un dato di grandissima importanza nella ricostruzione del sistema e risulta del resto dalla stessa lettera dell'art. 2.

⁸ Così GIULIANO, *In tema di deroga convenzionale alla giurisdizione italiana*, in *Assicurazioni*, 1949, II, 52; ID., *Moduli e formulari e deroga alla giurisdizione italiana*, in *Foro pad.*, 1956, I, 159; ID., *Ancora sulla validità di deroghe alla giurisdizione italiana formulate in polizze di carico*, in *Temi*, 1957, p. 620; MARMO, *Gli arbitrati stranieri e nazionali con elementi di estraneità*, in *Annuario dir. comp. e studi leg.*, XXII (1946), pp. 61 ss., 71 ss.; ID., *Arbitrato (diritto internazionale privato)*, in *Enciclopedia del diritto cit.*, II, p. 968; MANCA, *La deroga alla giurisdizione italiana in materia marittima*, in *Scritti giur. in onore di A. Scialoja*, I, Bologna, 1952, p. 157 ss., e in *Riv. dir. nav.*, 1954, II, 277; BARILE, *Sulla legge regolatrice di un atto di deroga alla giurisdizione italiana inserito in una polizza di carico*, in *Il diritto marittimo*, 1956, p. 3 ss.; ID., *Ancora in tema di validità di una clausola di deroga alla giurisdizione italiana inserita in una polizza di carico*, in *Dir. mar.*, 1956, p. 343 ss.; BEVERINI, *Sulla legge regolatrice di una clausola di deroga alla giurisdizione italiana contenuta in una polizza di carico*, in *Riv. dir. int.*, 1956, p. 374 ss.; DURANTE, *Sulla legge regolatrice del compromesso e della clausola compromissoria*, in *Riv. dir. int.*, 1960, p. 699 ss. Questa soluzione veniva soltanto prospettata, senza esplicito accoglimento, nell'ambito del sistema creato dal Protocollo di Ginevra del 1923 sulle clausole d'arbitrato, da MORELLI, *Requisiti formali della*

meno in linea generale delle norme di cui agli artt. 1341 e 1342 cod. civ., l'altra nel sottoporla ai normali principi di diritto internazionale privato⁹. Il dissidio è penetrato in questi termini anche nella giurisprudenza della Corte di cassazione, la quale di recente ha mutato il suo precedente orientamento in materia¹⁰.

La prospettiva particolare in cui il problema è stato rilevato ed impostato ha influito sensibilmente anche sulla sua soluzione. Non è senza significato, infatti, che tutti gli autori che si sono occupati della materia da un punto di vista più generale abbiano respinto quella impostazione e ne abbiano seguite altre, certamente più corrette.

È infatti comune la convinzione che, per risolvere la questione, sia necessario indagare circa la validità formale e sostanziale del compromesso o della clausola compromissoria (secondo altri, dell'atto di deroga, in quanto atto giuridicamente distinto)¹¹; validità che si ritiene presupposto necessario per l'esplicarsi dell'effett-

clausola compromissoria secondo il Protocollo di Ginevra, in *Riv. dir. processuale*, 1956, II, p. 71 ss., ora in *Studi di diritto processuale civile internazionale*, Milano, 1961, p. 153 ss. La posizione dell'illustre autore, come si vedrà, è sempre stata parzialmente differente.

⁹In tempi meno recenti questa tesi veniva sostenuta da CERETI, *Compromessi e lodi stranieri nelle recenti convenzioni internazionali*, in *Rivista del dir. commerciale*, 1931, p. 336 ss.; e, sembra, da ANZILOTTI, *Nota in Riv. dir. int.*, 1912, p. 275. Più di recente la tesi è stata ripresa e vigorosamente sostenuta da IACCARINO, *La convenzione di Ginevra del 26 settembre 1927 sul riconoscimento delle sentenze arbitrali straniere*, in *Dir. internazionale*, 1959, I, p. 324 ss.; ID., *Della legge applicabile ai compromessi ed alle clausole compromissorie secondo il Protocollo e la convenzione di Ginevra*, in *Foro pad.*, 1960, I, 230 ss.; ID., *Mutamento di giurisprudenza a proposito della legge regolatrice della «forma» dei compromessi e delle clausole compromissorie per arbitrato estero*, in *Dir. internazionale*, 1960, I, p. 300 ss.; ID., *Il c.d. atto di «deroga» alla giurisdizione italiana cit.*, p. 144 ss. Nello stesso senso, MOSCONI, *Sull'efficacia e la validità formale di una clausola compromissoria per arbitrato estero*, in *Foro pad.*, 1961, I, 1125 ss.; SATTÀ-MANCA, *Luogo di svolgimento dell'arbitrato secondo il Protocollo di Ginevra e legge regolatrice della forma della clausola compromissoria*, in *Dir. mar.*, 1960, p. 375 ss.

¹⁰Con la sentenza delle Sezioni Unite 2 maggio 1960 n. 968, in causa *Trumpy c. Salgoil*, in: *Riv. dir. int.*, 1960, p. 686, nota Durante; *Dir. mar.*, 1960, p. 375, nota Satta e Manca; *Foro it.*, 1960, I, 736, nota; *Giust. civ.*, 1160, I, 862; *Foro pad.*, 1960, I, 1125, nota Mosconi. Prima di tale pronuncia appariva ormai costante la giurisprudenza della Suprema Corte che con due sentenze a Sezioni Unite aveva affermato l'applicabilità della *lex fori* a norma dell'art. 27 disp. prel., tanto alla clausola compromissoria per arbitrato estero, quanto all'atto di deroga a favore di giudice straniero: Cass. Sez. Un. 18 maggio 1953, n. 1434, in *Dir. mar.*, 1955, I, p. 3 ss., nota Barile; Cass. Sez. Un. 23 maggio 1955 n. 1515, in *Foro pad.*, 1956, I, 158, nota Giuliano; *Riv. dir. int.*, 1956, p. 371 ss., nota Severini; *Giust. civ.* 1956, I, 297 e *Riv. dir. nav.*, 1956, II, 20, nota Iaccarino. Questa tesi era assai seguita dalla giurisprudenza delle corti di merito: cfr. Appello Genova, 27 giugno 1957, in *Dir. mar.*, 1958, 499, nota Maresca; Appello Bologna, 13 giugno 1957, in *Foro pad.*, 1957, I, 838, nota Volli, e *Temi*, 1957, 620, nota Giuliano; Appello Genova, 22 maggio 1954, in *Dir. mar.*, 1955, 52; Trib. Genova, 6 agosto 1955, in *Riv. dir. proc.*, 1956, II, 71, nota Morelli; *Giur. it.*, 1957, I, 2, 734, nota Ulrich-Bansa; Trib. Milano, 22 settembre 1954, in *Riv. dir. int.*, 1955, 115; mentre la tesi ora accolta dalla Cassazione risulta fatta propria, in tempi recenti, soltanto da un'isolata pronuncia dell'Appello Trieste, 13 luglio 1956, in *Foro it.*, 1957, I, 470.

¹¹In quest'ultimo senso particolarmente IACCARINO, *Il c.d. atto di «deroga» cit.*, specialmente p. 31 ss.

to processuale consistente nella preclusione della giurisdizione italiana. La deroga sarebbe così effetto di una manifestazione delle parti, sia poi questa configurata come esercizio di un potere di autonomia o altrimenti¹².

A questo punto però la concordia cessa, perché mentre secondo alcuni la questione della validità del patto compromissorio potrebbe essere posta soltanto in base alla legge regolatrice (sia questa la *lex fori* o la legge designata dagli artt. 25 e 26 disposizioni preliminari, a seconda delle diverse opinioni circa la natura dell'atto), secondo altri invece una questione di legge regolatrice non avrebbe ragione di porsi. Una eventuale valutazione dell'atto in base ad altri ordinamenti, infatti, verrebbe in considerazione soltanto come presupposto dell'efficacia dell'atto stesso: sia, poi, la valutazione dell'ordinamento, in base al quale l'arbitrato dovrà svolgersi, configurata come semplice presupposto di fatto¹³, oppure come valutazione collegata a quella del foro tramite il nesso della pregiudizialità¹⁴, oppure venga in considerazione come semplice insieme di «regole di formazione del fatto», quale per l'ordinamento italiano sarebbe il compromesso o la clausola compromissoria per arbitrato estero: regole che verrebbero applicate dal giudice italiano al solo fine della rilevazione della fattispecie di una norma processuale¹⁵.

Un'altra ragione di confusione è data poi dal fatto che, oltre al sistema risultante dal diritto comune contenuto nel codice di procedura civile, esiste ed opera nell'ordinamento italiano il diritto creato in base al Protocollo ed alla Convenzione di Ginevra del 1923 e 1927, il quale anzi è quello che viene praticamente applicato nella grande maggioranza dei casi. Onde non è sempre chiaro se una soluzione debba valere solo per l'uno o anche per l'altro sistema¹⁶.

¹² In senso parzialmente diverso la recente posizione di GIULIANO, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*, Milano, 1961, p. 88 ss., e di BARILE, *Lex fori e deroga alla giurisdizione italiana*, in *Riv. dir. int.*, 1960, p. 657 ss. Per il primo, infatti, l'efficacia, processuale degli atti di deroga non è subordinata alla validità ed efficacia sostantiva e privatistica degli atti stessi (op. cit., p. 95); mentre per il secondo l'effetto processuale «non costituisce una conseguenza necessariamente voluta dalle parti, ma un effetto della mera esistenza di un accordo» (op. cit., p. 658), l'esistenza della clausola costituirebbe così un «fatto in senso stretto».

¹³ Tale la posizione propria di MORELLI, *Legge regolatrice della clausola compromissoria per arbitrato estero*, in *Giur. comp. dir. int. priv.*, X (1943), p. 74 ss., ora in *Studi di dir. proc. cit.*, p. 149 ss.; *Diritto processuale*² cit., pp. 182-183.

¹⁴ Così MIGLIAZZA, *La rilevanza dell'accordo privato* cit., p. 125 ss.

¹⁵ In questo senso BARILE, *Lex fori* cit., p. 659. La posizione di questo autore, sebbene espressa in sede di commento ad una sentenza, è tuttavia la coerente applicazione al campo processuale di concezioni generali da lui espresse in ordine ai criteri di collegamento: cfr. BARILE, *Collegamento (criteri di)*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, p. 350 ss.

¹⁶ È comune la tendenza a ritenere che il Protocollo di Ginevra abbia la sola portata di ampliare, rispetto all'art. 2, i casi in cui è consentita la deroga alla giurisdizione italiana: il che non è certo esatto, in quanto trascura le differenze esistenti tra i due sistemi di diritto. Così la sentenza già citata della Cassazione, 2 maggio 1960 n. 968, ha affrontato il problema in termini che appaiono generali, pur dovendosi fare applicazione del Protocollo, che nella specie veniva in considerazione. Sotto questo profilo infatti la sentenza è stata decisamente criticata da GIULIANO, *La giurisdizione civile* cit., p. 96 ss.

3. *L'atteggiamento del diritto processuale civile internazionale italiano nei confronti dell'arbitrato non italiano. I rapporti tra giurisdizione italiana e giurisdizioni straniere*

L'osservazione da cui l'indagine deve prendere le mosse è quella per la quale, nello stabilire quale sia l'atteggiamento del nostro ordinamento giuridico nei confronti dei mezzi stranieri di risoluzione di controversie, non è consentito porre alcuna distinzione tra giurisdizione ed arbitrato straniero. Qualunque sia, infatti, la soluzione che si voglia ritenere esatta in ordine al problema della natura giuridica dell'arbitrato, è certo, comunque, che non è possibile dubitare del fatto che, come l'arbitrato rituale è, quanto agli effetti che esso produce, perfettamente equiparato al processo che si svolge avanti al magistrato, così l'arbitrato estero è, per tutti gli effetti per i quali ciò possa rilevare, posto sullo stesso piano del procedimento giurisdizionale straniero. Tale constatazione è di indubbia evidenza, e risulta del resto dalla stessa lettera dell'art. 2 cod. proc. civ., nonché dal concorde riconoscimento della dottrina e della giurisprudenza. Ciò costituisce un argomento di grande importanza per la ricostruzione del sistema, e permette di dare una prima conferma a quanto sopra affermato circa la necessità di non lasciarsi guidare da considerazioni di carattere troppo astratto ed attinenti alla pretesa natura giuridica dell'istituto, prima di avere posto in risalto quali siano i lineamenti che a quello siano stati legislativamente impressi. Conseguentemente è lecito affermare che, qualunque sia il concetto che nell'ambito di un ordinamento straniero si possa avere del procedimento e del giudizio arbitrale, l'efficacia di quest'ultimo, come mezzo di risoluzione delle controversie, è per il nostro ordinamento quella stessa che viene ricollegata ad un procedimento svoltosi avanti ai giudici di uno Stato estero: così, a nulla varrebbe osservare che nell'ambito ad es. dell'ordinamento francese l'efficacia ed autorità della sentenza arbitrale viene pur sempre ricollegata alla volontà delle parti, espressa nel compromesso o nella clausola compromissoria: in quanto tale constatazione, sebbene esatta per quell'ordinamento, non porta alcun contributo alla soluzione della questione relativa all'efficacia ed al valore del procedimento e della sentenza nei confronti del nostro sistema¹⁷.

¹⁷ Nella frequente assenza di norme espresse – piuttosto rare in questa materia, abbandonata all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale – un ruolo determinante nella costruzione del sistema viene infatti assunto dalle opinioni dottrinali intorno alla «natura» dell'istituto. Così mentre sulla redazione dei nostri testi legislativi ha indubbiamente influito una concezione giurisdizionalistica dell'arbitrato, nell'evoluzione del sistema francese ha prevalso la tesi contrattualistica, il che può spiegare le caratteristiche di quel sistema nei confronti del nostro. Si consideri ad esempio il diverso trattamento delle sentenze arbitrali straniere nei due ordinamenti: mentre in Italia esse sono parificate a quelle emesse da giudici stranieri, in Francia una giurisprudenza ormai consolidata è nel senso dell'equiparazione a quelle nazionali, seguendo in ciò un'opinione tradizionale secondo la quale «il n'y a plus de sentences étrangères qu'il n'y a de vente étrangère, de louage ou de mandat étranger» (così l'efficace espressione di BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, I, Paris, 1930, p. 603, la cui tesi era però differente. Vedi su ciò MEZGER, *La*

Né si potrebbe affermare che la norma di cui all'art. 2, sulla quale queste considerazioni sono anzitutto basate, ha riguardo al solo problema della deroga della giurisdizione italiana, e non pregiudica quindi la soluzione di altri problemi in ordine al trattamento degli arbitrati stranieri. Anzitutto il parallelismo tra il trattamento del procedimento giurisdizionale e quello del giudizio arbitrale è presente anche in sede di disciplina della dichiarazione di efficacia delle relative sentenze, come risulta dagli art. 797 e 800 cod. proc. civ. Basti, inoltre, considerare in proposito che al problema della deroga è possibile dare una soluzione soltanto quando si sia posto chiaramente in luce l'atteggiamento dell'ordinamento italiano nei confronti delle giurisdizioni straniere, ed in genere dei mezzi stranieri di risoluzione delle liti: il che riesce immediatamente evidente qualora si considerino le discussioni dottrinali svoltesi nel vigore del codice di procedura civile del 1865, che manteneva il più assoluto silenzio riguardo al problema della deroga¹⁸. È vero, al contrario, che il punto relativo all'ammissibilità ed ai limiti della deroga della giurisdizione italiana è uno dei più delicati dell'intero diritto processuale civile internazionale, e quello che più di ogni altro esprime le linee fondamentali intorno alle quali si sviluppa la struttura dell'intero sistema.

La nozione di arbitrato estero¹⁹ non può venire definita senza che ci si doman-

jurisprudence française relative aux sentences arbitrales étrangères et la doctrine de l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage international de droit privé, in *Mélanges Jacques Maury*, I, Paris, 1960, p. 273 ss.). Ma tali osservazioni circa le idee che possano avere guidato legislatore o giurisprudenza, preziose per la comprensione dell'evoluzione del sistema, hanno importanza assai minore quando si tratti di interpretarlo, nel qual caso si tratta soltanto di prendere atto delle caratteristiche che gli sono proprie, e che non possono essere ignorate anche quando si voglia partire da premesse dottrinali diverse.

¹⁸ Il punto veniva infatti discusso dalla più autorevole dottrina internazionalistica con riferimento al problema del rapporto tra giurisdizione italiana e giurisdizioni straniere: cfr. per tutti QUADRI, *Volontà delle parti e competenza internazionale giurisdizionale*, in *Arch. dir. pubblico*, I, 1936, p. 456 ss., ora in *Studi critici di diritto internazionale, Diritto internazionale privato*, I, 1, Milano, 1958, p. 75 ss.; ID., *Giurisdizione nazionale e giurisdizioni straniere* (1941), in *Studi cit.*, p. 289 ss. V. anche MORELLI, *Il diritto processuale*¹ cit., p. 211. Altro problema risolubile solo in rapporto a premesse di ordine generale era quello relativo alla litispendenza internazionale (ora legislativamente risolto con l'art. 3 cod. proc. civ.): cfr. MORELLI, *Il diritto processuale*¹ cit., p. 187 ss. Sulla dottrina in materia di deroga anteriore al vigente codice, cfr. anche MIGLIAZZA, *La rilevanza cit.*, p. 108 ss.

¹⁹ L'espressione «arbitrato estero» non era impiegata dalla dottrina meno recente, la quale si limitava a parlare di giudizio arbitrale da istituirsi all'estero, o di arbitrato previsto e regolato da una legge straniera, ma senza attribuire a tali espressioni un significato tecnico rigoroso. Si veda ANZILOTTI, *Validità del patto di deferire determinate controversie ad un giudizio arbitrale da istituire all'estero*, in *Riv. dir. int.*, 1906, p. 470 ss., e FEDOZZI, *L'arbitrato nel diritto processuale civile internazionale*, Palermo, 1908. Venne preferita in seguito la qualifica di arbitrato estero, il cui significato non venne però precisato dalla dottrina, preoccupata essenzialmente del problema della validità delle relative clausole compromissorie. Cfr. CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, p. 374 ss., e in *Studi di diritto processuale civile*, Padova, 1925, p. 2 ss.; BETTI, *Sulla validità della clausola compromissoria per arbitrato estero secondo il diritto italiano*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, p. 266 ss. Successivamente l'espressione divenne comune, per quanto soltanto di recente vi siano stati sforzi di precisarne rigorosamente la portata, sino a costruire l'arbitrato estero come *species del genus* del procedimento estraneo: così MIGLIAZZA, *La rilevanza cit.*, p. 112. Sul punto si veda: MO-

di preliminarmente a quale fine la si vuole ricavare dal nostro ordinamento; senza, cioè, che si chiarisca se quest'ultimo debba indicare, con essa, un procedimento che esso disciplina, sia pure mediante rinvio ad ordinamenti stranieri, ponendolo accanto all'arbitrato direttamente previsto, oppure si limiti a prendere atto dell'esistenza, in altri ordinamenti, di procedimenti che presentano caratteristiche analoghe a quelle proprie dell'arbitrato rituale italiano, e contenga determinate norme che trovino la loro ragion d'essere nel fatto dell'esistenza di quelli. Ci si deve chiedere, in altre parole, se la nozione di arbitrato estero voglia definire una *species* del *genus* arbitrato nell'ambito del quale si distingue per alcuni caratteri di estraneità, ciò che evidentemente si presuppone quando, con la maggioranza della dottrina, si ricerca un criterio che colleghi un arbitrato con un ordinamento straniero; oppure se questo non sia, e quel concetto abbia diverso significato e portata.

Se tutto ciò è esatto, il problema dell'arbitrato estero si riduce all'esatta individuazione del rapporto che intercorre tra giurisdizione italiana e altri mezzi di risoluzione di controversie previsti dall'ordinamento italiano, da un lato, e procedimenti giurisdizionali ed arbitrali stranieri dall'altro. Esiste, in altri termini, una concorrenza tra i vari procedimenti, cosicché sia lecito alle parti in una controversia di sceglierne uno a preferenza di un altro, oppure si deve ritenere che i mezzi predisposti dall'ordinamento italiano escludano il ricorso a mezzi stranieri, e che l'unica via attraverso la quale l'attività giurisdizionale straniera possa rilevare acquistando efficacia nel nostro ordinamento sia la dichiarazione di efficacia della sentenza, che costituisce il risultato del suo esercizio?

La prima tesi può essere sostenuta partendo da due differenti punti di vista, che conducono a risultati profondamente diversi, ancorché coincidenti su quel punto fondamentale. La concorrenza può essere anzitutto concepita come esistente in linea di principio tra giurisdizione nazionale e giurisdizioni straniere, e riflettentesi nel sistema italiano attraverso la distribuzione di competenze che verrebbe effettuata tra i vari giudici stranieri tramite il meccanismo di cui all'art. 797 n. 1 in rapporto all'art. 4 cod. proc. civ. Si comprenderebbe così come i processi e gli arbitrati stranieri, essendo in linea di principio esistenti non meno di quelli nazionali, possano essere oggetto di una scelta ad opera della volontà dei soggetti di una lite e condurre ad una soluzione di tale lite efficace per il nostro ordinamento non meno che quella ottenuta tramite i mezzi nazionali. Ne conseguirebbe – per quanto concerne l'arbitrato – che i presupposti della competenza internazionale dell'arbitro straniero, richiesta dall'art. 800 cod. proc. civ. in relazione al 797 n. 1, costituirebbero le condizioni della potestà di giudicare di quello, nell'ambito dell'ordinamento cui appartiene; potestà, peraltro, riconosciuta e valutata anche da norme

RELLI, *Diritto processuale*² cit., p. 174 ss.; MIGLIAZZA, *Arbitrati nazionali* cit., p. 203 ss.; VASETTI, *Arbitrato estero*, in *Novissimo digesto italiano*, I, 2, Torino, 1958, p. 839 ss.; MARMO, *Arbitrato (dir. int. privato)*, cit., p. 967; RICCI, *La nozione di arbitrato estero*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 606 ss.

appartenenti al nostro ordinamento²⁰. Di qui la necessità che sia l'ordinamento italiano a collegare ogni arbitrato con i sistemi stranieri allo scopo di procedere a quella valutazione, e la necessità di attribuire diretta rilevanza a quel collegamento, per la determinazione della nazionalità della sentenza in sede di delibazione.

Ma una simile tesi è chiaramente in contrasto con il nostro sistema positivo, e non trova ormai più alcun sostenitore, pur essendo invece assai diffusa nell'ambito di numerosi ordinamenti stranieri²¹. Non occorre, a questo punto, ripetere le

²⁰ La sussistenza della competenza internazionale non dovrebbe, così, essere valutata solo con riferimento al collegamento della lite con l'ordinamento straniero, ma anche con riguardo alla validità del compromesso e della clausola compromissoria, dai quali deriva il potere dell'arbitro di giudicare sulla controversia. Tale il risultato cui giunge MIELE M., *Competenza internazionale dell'arbitro nel giudizio di delibazione di lodo estero*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, p. 389 ss. La posizione di questo autore però, pur potendo venire logicamente dedotta dalla tesi esposta, non sembra dovuta ad un'adesione a quest'ultima, in quanto egli l'aveva respinta in un precedente scritto: v. MIELE M., *Note sul concetto della competenza internazionale nel giudizio di delibazione*, in *Annali di diritto internazionale*, 1953, p. 32 ss. Sulla questione v. *infra*, nota 21.

²¹ Per l'indicazione della dottrina – italiana e straniera – meno recente, cfr. QUADRI, *Volontà delle parti* cit., pp. 94-95 e nota 20, per il quale tale dottrina «si riallaccia ad una concezione universalistica, iperstatale del diritto processuale civile internazionale inteso a distribuire la competenza giurisdizionale tra i vari Stati, ed a dirimere i conflitti». Cfr. dello stesso autore, *Giurisdizione nazionale e giurisdizioni straniere* cit., p. 289 ss., in nota ad una sentenza della Cassazione francese dell'8 ottobre 1940 (*Recueil Sirey*, 1941, I, 81). V. anche MONACO, *Il giudizio di delibazione*, Padova, 1940, p. 153 ss. Nella dottrina straniera successiva si veda: per l'ordinamento germanico, PAGENSTECHEER, *Gerichtbarkeit und internationale Zuständigkeit als selbständige Prozessvoraussetzung*, in *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1937, p. 337 ss. spec. p. 358 ss.; RIEZLER, *Internationales Zivilprozessrecht und prozessuales Fremdenrecht*, Berlin Tübingen, 1949, p. 198; KEGEL, *Internationales Privatrecht*, München-Berlin, 1960, p. 341: «Die Normen über die internationale Zuständigkeit dagegen regeln, welchen Staates Gerichte aus prozessualen Gründen zu entscheiden berufen sind»; per l'ordinamento svizzero, SCHNITZER, *Handbuch des internationalen Privatrechts*, II, Basel, 1958, p. 797 ss.; per quello greco, FRAGISTAS, *Griechische Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts*, in *Zeitschrift für ausl. und int. Privatrecht*, 1955, pp. 144 ss., 154; per quello ungherese, RÉCZEL, *Internationales Privatrecht*, Budapest, 1960, p. 125 ss., il quale, nel definire i casi di giurisdizione c.d. parallela (ossia concorrente), afferma che si tratta dei casi previsti da quelle norme «die, unter Vorbehalt der eigenen Jurisdiktion, das Bestehen der Jurisdiktion ausländischer Staaten anerkennen und auf dieser Grundlage auch die Entscheidungen der ausländischen Gerichte (Behörde) respektieren», e più oltre (p. 138): «das Bestehen der ausländischen Gerichtsbarkeit ist auf Grund sowohl der ungarischen, als auch der ausländischen Jurisdiktionsnormen zu untersuchen», dove l'idea della concorrenza è chiaramente espressa. Da un punto di vista comparatistico cfr. FRAGISTAS, *La compétence internationale en droit privé*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, t. 104, 1961, III, p. 165 ss.

Per la Francia, ove la dottrina non è del tutto chiara sul punto, cfr. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*³, pp. 749 ss., 842 ss.; LEREBOURS PIGEONNIERE, *Droit international privé* par LOUSSOUARN, 1962, p. 481 ss., spec. p. 508. Anche in Francia, tuttavia, si tende a dare alla determinazione della «compétence internationale» del giudice straniero lo stesso significato e lo stesso valore dell'attribuzione di competenza ai giudici nazionali: ed anzi è proprio la giurisprudenza francese, seguita da una parte della dottrina meno recente, che ha ipotizzato anche nel campo del dir. proc. civ. internazionale l'esistenza di un problema di «renvoi» (*renvoi de compétence judiciaire*). V. FRAGISTAS, *La compétence* cit., p. 190. In senso critico, FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958, p. 253 ss.

dimostrazioni che la dottrina più autorevole ha da tempo fornito: basti ricordare che «la competenza internazionale delle autorità giudiziarie straniere non significa altro che il collegamento delle controversie con gli Stati esteri; essa non implica attribuzione ai giudici stranieri di alcun potere nel quadro dell'ordinamento nazionale, non implica alcun riconoscimento del processo straniero il quale viene in considerazione solo come un elemento di qualificazione della sentenza straniera»²². Alcune affermazioni della dottrina, tuttavia, quando fossero logicamente svolte, potrebbero trovare la loro giustificazione unicamente in base alle premesse proprie di quella tesi; per questa ragione, e per l'ampia diffusione della concezione nell'ambito di sistemi stranieri, non è possibile attribuirvi un mero interesse storico in relazione ad una fase ormai superata del pensiero giuridico.

Tuttavia un risultato analogo, come si è detto, viene raggiunto attraverso un'altra via. Si è detto cioè che, pur non essendovi alcuna concorrenza in linea di principio tra giurisdizione nazionale e giurisdizioni straniere, esiste tuttavia la possibilità che in virtù di un principio eccezionale espressamente inserito dal legislatore nel sistema (e che nell'ordinamento italiano sarebbe da individuare nella norma contenuta nell'art. 2 cod. proc. civ.), un procedimento straniero venga ad essere assunto come equivalente dei mezzi di risoluzione delle controversie direttamente previsti dall'ordinamento²³, e venga così inserito tra questi ultimi, ponendosi in

Correlativa è la questione della litispendenza internazionale, che naturalmente tanto più tende ad essere ammessa, quanto più si accolga l'idea della concorrenza. Nell'ordinamento tedesco ad esempio la soluzione è di solito affermativa: cfr. RIEZLER, *Internationales Zivilprozessrecht* cit., p. 451 ss.; STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE, *Zivilprozessordnung*¹⁹, Tübingen, 1953, par. 263, III, 5. Contraria invece, ma con qualche eccezione, la dottrina corrente in Francia: cfr. BATIFFOL, *Traité* cit., p. 780 ss.; LÉRÉBOURS-PIGÉONNIÈRE, *Droit international privé* cit., p. 489. V. anche, sulla litispendenza e sull'esclusività della giurisdizione francese, la sentenza della Cassazione francese 5 maggio 1962, in *Revue critique de droit international privé*, 1963, p. 99 ss., con nota BATIFFOL.

È portata più facilmente ad accogliere la concezione criticata la dottrina di quei Paesi il cui ordinamento ricavi le norme sulla competenza giurisdizionale da quelle sulla competenza per territorio (come l'ordinamento germanico: cfr. PAGENSTECHER, *Gerichtsbarkeit* cit., p. 362, e RIEZLER, *Internationales Zivilprozessrecht* cit., p. 219), oppure contenga norme che stabiliscano espressamente casi di giurisdizione esclusiva. Può sembrare infatti che dalla previsione di casi di questo genere si possa ricavare il principio della concorrenza delle giurisdizioni nazionale e straniera. Così nell'ordinamento tedesco i numerosi casi di esclusività della giurisdizione determinano ad un tempo il difetto di competenza del giudice straniero e l'inderogabilità della giurisdizione tedesca (par. 40 ZPO). Ma, nell'ambito dell'ordinamento italiano, la dottrina migliore ha sottolineato da tempo come anche il concetto di esclusività della giurisdizione debba avere tutt'altro significato: cfr. MORELLI, *La competenza dell'autorità giudiziaria straniera nel giudizio di delibazione*, in *Rivista di diritto privato*, 1934, II, p. 5 ss., ora in *Studi* cit., p. 327 ss. e *Diritto processuale*² cit., p. 314 s. Non va, d'altronde, dimenticato che nell'ordinamento tedesco, in forza del par. 328 ZPO., la sentenza straniera è dotata dell'efficacia automatica di cosa giudicata: il che dimostra come la valutazione della fondatezza della tesi criticata non possa non avvenire in relazione alle differenze dei dati positivi esistenti nei singoli ordinamenti.

²² Così QUADRI, *Giurisdizione nazionale* cit., p. 297. Nello stesso senso, cfr. per tutti MORELLI, *Diritto processuale*² cit., p. 281.

²³ Sul concetto di equivalente processuale o giurisdizionale si può vedere per tutti CARNELUTTI,

rapporto di specialità rispetto ad essi. Tale modo di vedere, che è un portato della concezione dell'universalità o pienezza della giurisdizione²⁴, viene così a configurare i rapporti tra i vari ordinamenti in materia di giurisdizione in modo che ricorda la configurazione dell'oggetto e della funzione del diritto internazionale privato propria di una dottrina assai diffusa ed autorevole²⁵. Partendo infatti dall'identico principio dell'universalità – rispettivamente, dell'ordinamento giuridico in materia di diritto privato, e della funzione giurisdizionale –, si perviene all'affermazione che norme giuridiche straniere, o procedimenti stranieri di risoluzione delle controversie, vengono nazionalizzati dal nostro ordinamento giuridico ed inseriti come norme o procedimenti speciali, costituendo così un diritto speciale, o una speciale categoria di procedimenti – i procedimenti estranei –, dotati entrambi, in seguito alla recezione, di eguale valore, normativo o risolutivo di controversie. E, come determinati rapporti di fatto verrebbero collegati con determinati ordinamenti stranieri tramite appositi criteri di collegamento, allo scopo di ottenerne la disciplina sostanziale, allo stesso modo determinati arbitrati verrebbero collegati con quegli ordinamenti al fine di desumerne una disciplina strumentale, mediante l'attribuzione di una serie di poteri processuali agli organi giurisdizionali stranieri: i quali ultimi, come nel caso di richiamo di procedimento giurisdizionale straniero, assumerebbero in certo modo il carattere di organi della nostra giurisdizione, al pari dei giudici dello Stato.

Ne consegue che lo stesso ordinamento rinviante dovrebbe contenere un principio che consentisse di collegare ogni arbitrato con l'uno o l'altro ordinamento statale. Il risultato di tale collegamento, ossia la disciplina del procedimento da parte delle norme contenute nell'ordinamento straniero – disciplina operante, per quanto si è detto, anche nell'ambito del nostro sistema – costituirebbe, con espressione sintetica, la «nazionalità» dell'arbitrato; tale nozione non esprimerebbe così

Sistema del diritto processuale civile, I, Padova, 1936, p. 154 ss. Per l'applicazione del concetto ai mezzi giudiziali di composizione delle controversie previsti e disciplinati da un ordinamento straniero, si veda MORELLI, *Diritto processuale*² cit., p. 177 ss.; ed alla sentenza straniera, ivi, p. 281. L'illustre autore, pur utilizzando la figura dell'equivalente processuale, non giunge ad affermare che i procedimenti stranieri contemplati dall'art. 2 cod. proc. civ. divengano tali in forza di tale norma: la loro equivalenza non può infatti che essere puramente eventuale.

Sulla tesi esposta nel testo, v. anche MIGLIAZZA, *La rilevanza* cit., pp. 99 ss., 118 ss. che porta a compiuta espressione gli spunti presenti in diversi autori. Si deve infatti osservare che tale tesi non è mai completamente esposta, ma è piuttosto presupposta ed implicita nell'impostazione e risoluzione data a problemi più particolari.

²⁴ Sul principio dell'universalità della giurisdizione cfr. CARNELUTTI, *Limiti della giurisdizione del giudice italiano*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, p. 218 ss.; ID., *Intorno al principio della pienezza della giurisdizione*, ivi, 1942, I, p. 222 ss. In senso fortemente critico v. QUADRI, *La giurisdizione sul cittadino nel nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. dir. int.*, 1941, p. 3 ss.; ID., *Ancora sulla competenza internazionale dei giudici italiani*, ivi, 1942, p. 257 ss., ora entrambi in *Studi critici* cit., pp. 301 e 315 ss.).

²⁵ Cfr. AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934, e *Lezioni di diritto internazionale privato* (ristampa), Milano, 1955, p. 33 ss.; MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*⁷, Napoli, 1962, p. 9 ss.

essa stessa un criterio di collegamento, il quale dovrebbe sempre essere ricercato altrove, ma soltanto l'appartenenza ad un ordinamento, nel senso di assunzione, da parte di quello, del relativo regolamento, in un certo parallelismo con quanto sostenuto in passato in materia di nazionalità delle società²⁶.

4. *Segue: la nazionalità dell'arbitrato. Nozione di arbitrato estero*

Le premesse teoriche che si sono sopra esposte non sono sempre evidenti nei vari autori, forse perché non del tutto coscientemente professate. Ne sono invece chiaramente espressi i risultati, soprattutto in ciò che concerne la ricerca di un criterio che valga a collegare ogni arbitrato con un ordinamento statale, attribuendovi la relativa nazionalità²⁷. In tal modo, ed entro tali limiti, i risultati cui si perviene in base a quelle premesse sono analoghi a quelli propri di chi accoglie la tesi della concorrenza in linea di principio tra le varie giurisdizioni. Ciò spiega perché in materia di nazionalità dell'arbitrato la problematica presenti aspetti sostanzialmente analoghi presso gli autori italiani e presso quelli di altri Paesi; mentre infatti i primi partono dalla seconda tesi ora ricordata, gli altri seguono diverse concezioni, ma tanto l'una quanto le altre trovano un punto d'incontro nell'affermazione dell'eguale valore del procedimento nazionale e di quello straniero (in via eccezionale, per gli uni; in via di principio, per gli altri)²⁸.

Evidentemente la ragione della ricerca di un criterio di collegamento rispetto all'arbitrato non si può comprendere se non ponendola in relazione ad un procedimento interpretativo del tipo sopra delineato, la cui presenza nell'ambito del diritto processuale civile internazionale è provata, del resto, dalle posizioni assunte su altri punti della materia²⁹. Sulla necessità di quella ricerca, d'altronde, l'accordo è unanime, mentre i pareri divergono in ordine alla precisa determinazione del criterio di collegamento. Alcuni infatti lo individuano nel luogo di pronuncia del lodo³⁰, mentre altri preferiscono riferirsi alla volontà delle parti, espressa con il

²⁶ La dottrina meno recente, infatti, non considerava la nazionalità delle società come il criterio di collegamento atto ad individuare l'ordinamento competente a disciplinare i rapporti personali delle società, ma come il risultato di un collegamento attuato in base ad altri criteri, che si trattava di individuare. V. in senso critico, CAPOTORTI, *La nazionalità delle società*, Napoli, 1953, p. 134 ss.

²⁷ Così MIGLIAZZA, *Arbitrati nazionali* cit., p. 220.

²⁸ Se è vero che l'equivalenza del procedimento arbitrale potrebbe sussistere, in base alla seconda tesi esposta nel testo, soltanto entro i ristretti limiti dell'art. 2, si deve però ricordare che la dottrina interpreta in genere le norme del Protocollo di Ginevra del 1923 nel senso che esse amplino i casi in cui è consentita la deroga alla giurisdizione italiana in favore di arbitrato straniero; il che, da un punto di vista pratico, vale ad avvicinare notevolmente i risultati delle due concezioni.

²⁹ Cfr. LUZZATTO, *In tema di inderogabilità* cit., p. 558 ss.

³⁰ È il criterio seguito dalla dottrina meno recente, e da ultimo difeso da Ricci, op. cit. Esso sembra infatti accolto da ANZILOTTI, *Nota* cit. in *Riv. dir. int.*, 1906, p. 470 ss.; FEDOZZI, *L'arbitrato* cit., pp. 156-157; SERENI, *La convenzione di Ginevra per l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere*, in *Riv. dir. int.*, 1931, p. 592 ss. Gli ultimi due autori però sembrano riferirsi piuttosto alla nazionali-

compromesso o la clausola compromissoria oppure con qualsiasi altra manifestazione rilevante, analogamente e quanto si ritiene a proposito della designazione convenzionale della *lex contractus* in base all'art. 25, 1° comma, disp. prel. cod. civ.³¹.

L'infondatezza di questa concezione di fronte al nostro diritto positivo viene facilmente rilevata e dimostrata attraverso la confutazione del presupposto che ne sta alla base, ossia dell'idea che esista nel sistema un principio eccezionale per il quale un procedimento straniero venga assunto come equivalente giurisdizionale. Non è necessario invece, ne sarebbe questa la sede adeguata, indagare sull'esattezza della concezione teorica che spinge a ritenere esatto quel presupposto, ossia l'idea dell'illimitatezza della giurisdizione italiana, che del resto è già stata fatta oggetto di vigorose critiche³². Ora, se veramente fosse funzione della norma che ammette la deroga alla giurisdizione italiana, nei casi previsti dall'art. 2, quella di porre un procedimento straniero, arbitrale o giurisdizionale, come equivalente a quello nazionale, ne dovrebbe necessariamente conseguire che, una volta esistenti le condizioni perché di tale equivalenza si potesse parlare, la sentenza che fosse il risultato del procedimento venisse in base a questo solo presupposto a spiegare efficacia nel nostro ordinamento. Ciò avverrebbe qualora l'unico requisito, cui il

tà della sentenza arbitrale, che è questione ben diversa. Non sempre tuttavia le due questioni vengono tenute ben distinte: cfr. MIGLIAZZA, *Arbitrati nazionali* cit., p. 208, e FRAGISTAS, *Arbitrage étranger et arbitrage international de droit privé*, in *Revue critique de droit int. privé*, 1960, p. 1 ss. È chiaro infatti che, secondo la tesi di questi autori, essendo la nazionalità di un arbitrato stabilita dal punto di vista di ogni singolo ordinamento, potrà avvenire che la sentenza venga ad assumere una nazionalità diversa in seguito ad omologazione a titolo primario da parte di organo pubblico appartenente ad altro Stato, nel qual caso non sarebbe possibile negarle questa diversa nazionalità.

L'utilizzazione a vari fini del criterio costituito dal luogo di pronuncia del lodo si trova in varie disposizioni legislative straniere: non sembra però possibile attribuirvi il significato di criterio di collegamento del procedimento arbitrale con l'ordinamento così individuato. Così l'*Arbitration Act* inglese del 1950 richiede all'art. 37 che per l'esecuzione (enforcement) di sentenza arbitrale straniera (foreign arbitral award) questa sia divenuta «final in the country in which it was made»: ove sia previsto un sistema di omologazione del lodo da parte di organi pubblici, la sentenza sarà resa nello Stato cui questi appartengono, ancorché il lodo sia stato pronunciato all'estero. La legge svedese del 14 giugno 1929 sulle convenzioni arbitrali e le sentenze arbitrali straniere stabilisce all'art. 5 che si reputa straniera ogni sentenza arbitrale pronunciata all'estero: ma anche in questo caso sembra giustificato soltanto dedurne che non può essere considerata straniera una sentenza resa in Svezia, e non invece ricavarne un principio che colleghi l'intero procedimento con l'ordinamento del luogo di pronuncia del lodo.

³¹ La formulazione più completa di questa tesi si deve a MIGLIAZZA, *Arbitrati nazionali* cit., p. 203 ss., e *La rilevanza* cit., p. 112. Alcuni spunti in questo senso si trovano tuttavia anche in altri autori: cfr. ad. es. GHIRARDINI, *Sull'arbitrato nel diritto processuale civile internazionale*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, p. 674 ss., spec. p. 684; DURANTE, *Note sull'arbitrato nei rapporti giuridici privati a carattere internazionale*, in *Arch. giur.*, CXLIII (1952), pp. 154-155. Attribuiscono una certa importanza al criterio della volontà in sede di interpretazione del diritto tedesco il RIEZLER, *Internationales Zivilprozessrecht* cit., pp. 616-617, dopo aver affermato che ogni arbitrato ha la nazionalità della legge che lo regola, e il RAAPE, *Internationales Privatrecht*⁵, Berlin-Frankfurt am Main, 1961, p. 557 ss.

³² Cfr. nota 23.

riconoscimento fosse subordinato, consistesse nella competenza internazionale del giudice straniero: che sussisterebbe, infatti, in base all'accordo delle parti di adire il giudice o l'arbitro straniero. E analogamente la correlazione tra giurisdizione italiana e giurisdizioni straniere attuata attraverso la recezione del procedimento straniero, in tanto potrebbe ammettersi, in quanto per il solo fatto dell'instaurazione del procedimento fosse escluso il riconoscimento di atti risolutivi della controversia intervenuti nell'ambito di altri sistemi. Ma è inutile notare come, al contrario, l'eventuale riconoscimento della sentenza proveniente da un terzo Stato escluderebbe la possibilità del riconoscimento della sentenza che fosse risultato del procedimento che si afferma equivalente: e ciò perché il sistema delle norme sulla dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere non è fornito dell'idoneità a tener conto di quella correlazione che viene, così, ad essere privata di ogni significato³³.

Soprattutto è poi argomento insuperabile contro la tesi esposta il carattere puramente eventuale dell'equivalenza che si afferma esistente tra il procedimento straniero e quello italiano. La necessità, ai fini del riconoscimento della sentenza, della sussistenza di una serie di requisiti che non possono essere accertati in un momento anteriore alla pronuncia della sentenza stessa, mentre vale ad escludere che il procedimento straniero sia di per sé direttamente rilevante come mezzo di risoluzione delle controversie, e che la dichiarazione di efficacia della relativa sentenza abbia la funzione di rispecchiare soltanto una sua rilevanza come tale, permette di escludere definitivamente che le parti siano dotate, nell'ambito del sistema italiano, in via di principio od in via eccezionale, di un potere di scelta tra procedimenti, nazionali o stranieri, che siano dotati di pari efficacia e valore³⁴.

L'arbitrato previsto e disciplinato da un ordinamento straniero, dunque, non esiste, al pari del processo straniero, come mezzo efficace di risoluzione delle controversie, dal punto di vista dell'ordinamento italiano³⁵; e ciò non soltanto nei casi in cui la deroga alla giurisdizione non è consentita in base all'art. 2, ma neppure quando essa è in via eccezionale ammessa, entro un ambito assai limitato sotto il profilo soggettivo ed oggettivo³⁶. Non può pertanto esistere, nell'ambito del nostro ordinamento, al quale quell'arbitrato resta del tutto estraneo, neppure un principio che, collegando ogni arbitrato con un sistema giuridico, faccia oggetto di richiamo la disciplina del relativo procedimento che in esso è contenuta, at-

³³ L'unico requisito che potrebbe ritenersi presente nella sentenza già in base all'intervenuta deroga sarebbe quello della competenza internazionale del giudice straniero. Ma ciò d'altra parte non significa che non possa essere dichiarata efficace una sentenza pronunciata sulla stessa lite in altro ordinamento, e quindi in base ad altro criterio di competenza internazionale.

³⁴ In tal senso le citate opere di MORELLI, *Diritto processuale*² cit., e di QUADRI, *Volontà delle parti e Giurisdizione nazionale*, cit., entrambe in *Stridi critici* cit., pp. 75 ss. e 289.

³⁵ Così QUADRI, *Volontà delle parti* cit., pp. 93, 94 e 101.

³⁶ Cfr. per maggiori svolgimenti e indicazioni bibliografiche LUZZATTO, *In tema di inderogabilità* cit., p. 541 ss.

tribuendovi efficacia nell'ambito del nostro stesso ordinamento³⁷⁻³⁸.

³⁷ Tale modo di considerare il fenomeno, infatti, è frutto di una impostazione tipicamente internazionalprivatistica che non può essere utilizzata, per quanto si è visto, per l'inquadramento dei rapporti tra mezzi nazionali e mezzi stranieri di risoluzione delle controversie. Tale impostazione è presente in quasi tutte le opere citate alle note 30 e 31.

Ciò non si può dire a proposito di alcune altre tesi sostenute al riguardo, tra cui anzitutto quella di MORELLI (*Diritto processuale*² cit., p. 174) per cui arbitrato estero è «l'arbitrato disciplinato da un ordinamento straniero e che dovrà chiudersi con un lodo non destinato ad essere reso esecutivo dal procedimento di cui all'art. 825 cod. proc. civ. ...», seguito da VASETTI, *Arbitrato estero* cit. Cfr. anche MARMO, *Gli arbitrati stranieri* cit., p. 39, per il quale è straniero il procedimento arbitrale diretto a sfociare in una sentenza straniera, e che si svolge secondo un ordinamento straniero; e BASANO, *Sede e nazionalità dell'arbitrato*, in *Giur. it.*, 1938, I, 2, 36.

Non si sono soffermati sulla definizione dell'arbitrato estero, come già accennato, il BETTI, *Sulla validità* cit., p. 266 ss., e il CARNELUTTI, *Arbitrato estero* cit., il quale afferma soltanto (p. 374) che deve trattarsi di «arbitri italiani o stranieri i quali traggano la loro autorità da un ordine giuridico straniero e giudichino secondo le forme di questo». Secondo il RICCI, *La nozione* cit., p. 608, tale definizione rinvierebbe necessariamente al criterio del luogo, posto che «l'unico criterio per individuare l'ordinamento capace di attribuire agli arbitri la loro autorità finisce con l'essere pur sempre quello del luogo del giudizio».

³⁸ L'impostazione criticata nel testo si spiega in molti casi con un influsso della concezione privatistica dell'arbitrato. Ma per escluderne la fondatezza non è necessario prendere posizione in merito alla natura giuridica dell'istituto. Basta notare, infatti, che nel nostro ordinamento l'arbitrato estero è preso in considerazione da norme che fanno parte del diritto processuale civile internazionale, che a sua volta è considerato un ramo del diritto interno in materia internazionale (cfr. MORELLI, *Diritto processuale*² cit., p. 11 ss.; ZICCARDI, *Considerazioni sul valore delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. int.*, 1954, p. 481 ss.). Si verte quindi nel campo di quelle norme che prendono in esame gli istituti caratteristici che, in ciascun settore della vita giuridica, sono determinati dalla valutazione normativa del fatto storico della coesistenza di ordinamenti statuali. Non si ha così alcun richiamo di realtà giuridiche straniere, nel senso del diritto internazionale privato, ma soltanto il caso di istituti che siano determinati dall'esistenza di quelle. Ne risulta che deve ritenersi superflua l'indagine circa la natura giuridica dell'arbitrato. Quand'anche, infatti, volesse accogliersi la tesi contrattualistica, ciò non varrebbe ancora a provare che siano senz'altro applicabili i normali principi di diritto internazionale privato, quando non si dimostrasse prima che «il carattere di estraneità degli istituti si traduce ... in richiami di diritto internazionale privato» (così ZICCARDI, op. ult. cit., p. 485: per il quale anche nel campo del diritto civile e commerciale non è vero che il carattere di estraneità degli istituti non possa tradursi che in richiami di diritto internazionale privato). Non conta dunque tanto la natura delle norme quanto il modo, il mezzo tecnico con il quale le norme interne tengono conto di quelle realtà giuridiche estranee. Ora se è esatto, come si è cercato di dimostrare, che l'arbitrato estero non viene in considerazione direttamente nell'ambito del nostro ordinamento come procedimento giudiziale atto alla composizione della lite, ciò vale ad escludere che il nostro sistema preveda altri istituti caratteristici atti a conferire efficacia al procedimento stesso con metodi propri del diritto internazionale privato, all'infuori delle norme che regolano l'estensione della giurisdizione italiana anche arbitrale e il riconoscimento delle relative sentenze straniere. Per una attenuazione, nella materia che ci riguarda, delle differenze tra diritto internazionale privato e diritto processuale civile internazionale, cfr. MIGLIAZZA, *La rilevanza* cit., p. 6 ss.

Se quanto precede è esatto, ne segue che dal punto di vista del nostro ordinamento non è giustificata un'indagine di puro diritto internazionale privato in materia di arbitrato, analoga a quelle compiute nell'ambito di altri sistemi giuridici: cfr. ad es. KLEIN, *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé*, Bâle, 1955; e che non possono utilizzarsi senz'altro le conclusioni di chi considera la materia da un punto di vista tipicamente superstatuale (cfr. BALLADORE PALLIERI, *L'arbitrage privé dans les rapports internationaux*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit interna-*

Se si vuole dunque parlare di arbitrato estero, è necessario porre in rilievo che, in base al diritto comune italiano, non si può con ciò che esprimere un concetto puramente negativo. Si indica in altre parole che le parti in una controversia hanno prescelto un procedimento risolutivo il quale, ancorché rilevi probabilmente nell'ambito di un ordinamento giuridico straniero, non esiste come tale per il nostro ordinamento che considera come «arbitrato», inteso come mezzo giudiziale, ma non giurisdizionale, di risoluzione delle controversie, soltanto quello previsto e disciplinato dal codice di procedura civile.

5. *L'arbitrato rituale italiano: se esista un criterio atto a collegare un arbitrato con l'ordinamento italiano*

Si potrebbe tuttavia sostenere la necessità di individuare un principio che consenta di determinare la nazionalità di un arbitrato in un senso assai più limitato. Si potrebbe cioè affermare che deve comunque esistere un criterio atto a collegare un arbitrato, se non con ogni ordinamento straniero, almeno con l'ordinamento italiano, sottoponendolo alla disciplina che quest'ultimo prevede, e facendo sì che esso possa quindi sfociare in un lodo suscettibile di acquistare, tramite l'*exequatur* pretorile, efficacia di sentenza³⁹. Intesa in tal modo, la norma avrebbe una funzione unilaterale, e provvederebbe alla delimitazione della fattispecie delle norme italiane sull'arbitrato, comprendendovi soltanto quegli arbitrati il cui lodo dovesse venire pronunciato in Italia, o che la volontà delle parti avesse destinato a concludersi con un lodo reso esecutivo dal Pretore *ex art.* 825.

In base a questa impostazione, il criterio territoriale appare però preferibile a quello costituito dalla volontà delle parti, se non altro perché esso trova un appoggio testuale nella norma dell'art. 824. Esso troverebbe inoltre conferma nell'espressione letterale dell'art. 2, dizione che per quanto di solito non ritenuta decisiva, costituirebbe però un indizio non trascurabile. Sotto questo profilo si spiegherebbe anche il mancato richiamo di quella norma nell'elencazione dei casi di impugnabilità della sentenza per nullità, contenuta nell'art. 829. Si tratterebbe di vi-

tional de la Haye, t. 51, 1935, I, p. 291 ss.). Un tentativo di distinguere gli arbitrati stranieri da quelli nazionali con elementi di estraneità è stato compiuto dal MARMO, *Gli arbitrati stranieri* cit., la quale opera conferma come problemi di diritto internazionale privato possono sorgere soltanto nell'ambito di un procedimento arbitrale già disciplinato da un dato ordinamento giuridico, e non dunque al fine di collegare l'uno o l'altro arbitrato con questo o quell'ordinamento.

³⁹ Tale è in effetti il profilo che sembra di solito tenuto presente. Con questo problema non deve essere confuso quello consistente nello stabilire se l'ambito della giurisdizione italiana, quale risulta dalle norme sulla competenza giurisdizionale, sia così definibile anche nei riguardi del processo arbitrale. Per la tesi che sembra senz'altro preferibile, per cui le controversie che possono essere risolte per mezzo di arbitrato italiano, sono quelle stesse suscettibili di essere risolte mediante processo ordinario, cfr. MORELLI, *Diritto processuale*² cit., p. 152 ss., e MIGLIAZZA, *Arbitrati nazionali* cit., p. 211 ss. Contrario si è invece dichiarato di recente il MIELE M., *Competenza internazionale dell'arbitro* cit., p. 389 ss.

zio così radicale – difetto assoluto del potere del Pretore di concedere l'*exequatur* per mancanza di collegamento tra il lodo e il nostro ordinamento – che la sentenza potrebbe ritenersi addirittura inesistente. E verrebbe superato in tal modo l'argomento contrario per il quale non sarebbe logicamente consentito attribuire valore di criterio di collegamento ad un requisito richiesto da una norma che disciplina gli arbitrati già sottoposti ad un ordinamento⁴⁰⁻⁴¹.

La norma cui sarebbe affidato il compito di procedere a quella limitazione esplicherebbe così una funzione parallela a quella propria della norma che sancisce il principio della territorialità della legge processuale (art. 27 disp. prel. cod. civ.). Ora, sembra che proprio l'esistenza di quest'ultima norma sia argomento sufficiente per smentire l'ipotesi dell'esistenza di una regola che stabilisca a quali arbitrati si applichi la disciplina propria dell'ordinamento italiano.

Il principio della territorialità del diritto processuale, sancito dall'art. 27 disp. prel., esprime infatti, con riferimento al caso normale di esercizio nel territorio dello Stato dell'attività giurisdizionale, la regola per cui il processo italiano è regolato soltanto dal diritto dello Stato per il quale il processo si svolge, ossia dal diritto italiano. Ma, se è così, non si vede perché quel principio non debba essere ritenuto idoneo a stabilire anche la sfera di applicabilità del diritto italiano in materia di procedimento arbitrale, con riguardo anche qui al caso, evidentemente normale, che il procedimento si svolge in Italia. Si deve sottolineare, infatti, che il luogo di svolgimento del processo non ha, per l'art. 27, il significato di criterio di collegamento nel senso del diritto internazionale privato, in quanto la norma non ha il fine di collegare il processo con la legge del luogo nel quale esso si svolge,

⁴⁰ È interessante considerare le critiche che i sostenitori dei criteri del luogo di pronuncia del lodo e della volontà delle parti si rivolgono in modo egualmente persuasivo. I secondi infatti oppongono ai primi che il luogo di pronuncia, come requisito dettato dall'art. 824 cod. proc. civ. per gli arbitrati già sottoposti ad un ordinamento, non può essere utilizzato per determinare quale ordinamento debba disciplinare gli arbitrati stessi (GHIRARDINI, *Sull'arbitrato* cit., p. 682, con riferimento all'art. 22 cod. proc. civ. 1865; MIGLIAZZA, *Arbitrati nazionali* cit., p. 208); il che riconduce all'osservazione che non vi è possibilità logica di attribuire ad uno dei tanti requisiti dettati dal codice di procedura civile valore e portata così differenti da quelli che sono propri di tutti gli altri, e che comunque accettando quel criterio si verrebbe a rendere decisiva la volontà degli arbitri (op. ult. cit. p. 209; cfr. anche FRAGISTAS, *Arbitrage étranger* cit., p. 9). Da parte degli oppositori del criterio della volontà, invece, si fa valere che l'accoglimento di quest'ultimo porterebbe alla creazione della categoria dei «lodi italiani all'estero» che non potrebbero venire delibati ex art. 800, né resi esecutivi ex art. 825 perché viziati, e dei «lodi stranieri in Italia», ugualmente non suscettibili di acquistare efficacia sia diretta (perché si tratterebbe di arbitrato straniero) sia indiretta tramite la delibazione (perché qui osterebbe il disposto dell'art. 800): così RICCI, *La nozione* cit., pp. 610-611.

⁴¹ Inteso con tale più limitata funzione unilaterale, il principio avrebbe per lo meno il significato di attribuire in certi casi al procedimento la nazionalità italiana, assegnando genericamente a tutti gli altri procedimenti la qualifica di esteri. Applicando uno schema internazionalprivatistico, si dovrebbe però preliminarmente dimostrare che il rinvio possa cadere anche sull'ordinamento cui appartiene la norma rinviante, mentre ciò viene in genere negato dalla dottrina che accoglie le stesse premesse teoriche dalle quali muove la tesi qui criticata: che sono quelle proprie di buona parte della scuola positivistica italiana. Cfr. opere ed autori cit. alla nota 25.

ma soltanto quello di esprimere l'assenza di qualsiasi principio di diritto internazionale privato in materia⁴². Non è, in altre parole, il luogo ove il processo si svolge che qualifica il processo come processo italiano, quando esso sia situato in Italia. Ciò perché non si tratta qui di un rapporto o di un fatto concreto che possa dar luogo a distinti rapporti giuridici nell'ambito di diversi ordinamenti⁴³. Il vizio della tesi che vuole collegare ogni arbitrato con un ordinamento determinato, come di quella più limitata che ricerca un criterio con il quale determinare l'applicabilità del diritto italiano, sta nel concepire la disciplina che l'ordinamento italiano dà al giudizio arbitrale come regolamento di determinati fatti che, in quanto fossero valutati da un ordinamento straniero, potrebbero in astratto costituire un giudizio arbitrale estero. Ciò è smentito, per quanto riguarda il processo avanti al giudice dello Stato, dalla norma dell'art. 27 disp. prel.: lo deve essere perciò, stante l'equiparazione degli effetti del processo arbitrale, anche per quanto concerne quest'ultimo.

Si noti ancora che il procedimento arbitrale non ha una sua realtà giuridica al di fuori delle norme che in ogni ordinamento lo prevedono e lo regolano. Così come i requisiti prescritti per i procedimenti avanti al giudice statale non hanno la sola funzione di condizioni di regolarità e di validità di un procedimento che possa ritenersi altrimenti come esistente al di fuori di essi, ma anche e principalmente la funzione di delineare quel procedimento nella sua essenza, cosicché soltanto quando essi concorrano il procedimento italiano potrà dirsi esistente nei suoi caratteri essenziali e tipici (in una con il requisito che il giudice, avanti al quale il processo si svolge, sia organo dello Stato), analogamente nel caso del procedimento arbitrale, in cui questo secondo elemento manca del tutto⁴⁴, i requisiti prescritti da norme non derogabili non rispondono alla sola esigenza di valutare nella sua regolarità un procedimento già altrimenti definito, ma lo delineano appunto

⁴² Tale la formulazione di MORELLI, *Diritto processuale*² cit., p. 14, e *Elementi di diritto int.*⁷ cit., p. 171 ss. Così anche AGO, *Teoria* cit., p. 99, nota 1, a proposito dell'art. 11 disp. prel. cod. civ. 1865 (analogo all'attuale art. 28 disp. prel.). Naturalmente ciò presuppone che si accetti una concezione del diritto internazionale privato la quale escluda che sia funzione propria delle norme appartenenti a tale ramo del diritto quella di delimitare la sfera di efficacia delle norme interne. Se al contrario si segue la tesi opposta, anche la norma in questione può essere considerata come una norma di d.i.p. in senso positivo, e non soltanto negativo. Cfr. QUADRI, *Funzione del diritto internazionale privato*, in *Arch. dir. pubblico*, 1936, I, p. 288 ss., ora in *Studi critici* cit., p. 35, nota 45; ID., *Lezioni di diritto internazionale privato*³, Napoli, 1961, p. 226.

⁴³ Così MORELLI *Diritto processuale* – cit., p. 12 e p. 46 ss. per l'applicazione della norma dell'art. 27 all'arbitrato.

⁴⁴ Almeno fino al momento in cui il lodo non venga reso esecutivo da un organo giurisdizionale o comunque pubblico, come nell'ordinamento italiano il pretore. Tale omologazione però, come è noto, non viene richiesta in tutti i paesi: in alcuni ordinamenti (ad es. quello austriaco) la sentenza ha infatti efficacia vincolante ed esecutiva appena pronunciata; così anche in Spagna, ove però (art. 27, n. 6, della *Ley sobre el arbitraje* del 22 dicembre 1953) il lodo deve essere redatto per atto pubblico: in altri (ad es. ordinamento germanico) esso ha forza di cosa giudicata prima *dell'exequatur* (par. 1040-1042 ZPO.), che vi conferisce soltanto efficacia esecutiva.

nella sua essenza e struttura caratteristica. Essi permettono così di individuare un procedimento arbitrale rituale italiano solo là ove essi sussistano, anche se per altro verso stabiliscono le condizioni di regolarità e di validità della procedura: si tratta dunque, in primo luogo, di requisiti di configurabilità di un procedimento tipico. Tale procedimento ha una sua realtà solo in quanto sia previsto e disciplinato dall'ordinamento giuridico, con il quale nasce dunque già collegato⁴⁵.

In conclusione, non è giustificata la ricerca di un criterio che valga a collegare un procedimento arbitrale con un ordinamento determinato quando si sia escluso, come sembra corretto, che il nostro ordinamento ponga in tale materia una qualche correlazione tra sé e gli altri sistemi giuridici. Non rientra, infatti, tra le funzioni esplicate dalle norme sull'ambito della giurisdizione italiana, ed in particolare dall'art. 2, quella di definire i procedimenti arbitrali estranei allo scopo di renderli rilevanti come equivalenti processuali, o comunque come mezzi giudiziali di composizione di controversie. Né in conseguenza è necessario postulare che il nostro ordinamento esprima dell'arbitrato una nozione diversa da quella che risulta dalle prescrizioni positive con le quali viene in esso disciplinato questo mezzo di risoluzione delle controversie⁴⁶.

È dunque esatta l'affermazione apparentemente tautologica⁴⁷ per cui l'arbitra-

⁴⁵ Non sarebbe invece possibile enunciare un principio diverso che si riferisse anche agli ordinamenti stranieri, affermando cioè che ogni arbitrato ha la nazionalità della legge che lo regola (cfr. BALLADORE PALLIERI, *L'arbitrage privé* cit., p. 362 s.). Si verrebbe infatti ad applicare nuovamente uno schema di diritto internazionale privato, la cui configurabilità si è creduto di dover escludere in sede di interpretazione del diritto italiano, e sorgerebbe la necessità di precisare il principio enunciato, individuando il criterio per cui tale legge si dovrebbe ritenere competente a regolare l'arbitrato stesso. È chiaro infatti che, configurando il problema della disciplina dell'arbitrato estero come problema di collegamento con l'uno o l'altro ordinamento, è necessario individuare nello stesso ordinamento rinviante l'elemento che determina il collegamento; a meno di non accettare la recente teoria secondo la quale si dovrebbe tener conto solo dell'autocollegamento effettuato dalle varie leggi straniere, in virtù di un principio tacito di adattamento dell'ordinamento del foro a quelli stranieri (QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*³ cit., p. 177 ss.). In tal modo si spiega anche la critica rivolta al BALLADORE PALLIERI (cfr. MARMO, *Gli arbitrati stranieri* cit., p. 4, e RICCI, *La nozione* cit., p. 608) di essersi posto su di un piano superstatuale che non sarebbe di diritto positivo definendo in quel modo la nazionalità dell'arbitrato.

⁴⁶ Non si vuole naturalmente dire che un tale concetto più vasto non possa essere ricavato anche in materia processuale dal nostro ordinamento. Cfr., in materia di delibazione di sentenze straniere, le considerazioni di MORELLI, *Diritto processuale*² cit., p. 305 ss. a proposito della nozione di sentenza straniera. Il problema riconduce a quello delle qualificazioni, che non può naturalmente venire discusso in questa sede. Ma nella materia che ci riguarda un problema di qualificazione non si pone, se è vero che il nostro ordinamento non ha norme che considerino i procedimenti arbitrali stranieri rendendoli direttamente rilevanti: se non si ha cioè un riferimento alle relative realtà giuridiche straniere. Non si pone cioè sotto un duplice profilo; né come diretta definizione di un concetto al fine di attribuire rilevanza ai procedimenti che vi rientrino secondo i caratteri loro impressi dagli ordinamenti cui appartengono, né tanto meno come determinazione del profilo di valutazione di una realtà al fine di ottenerne la disciplina mediante collegamento con ordinamenti stranieri. Sul problema in generale cfr. ZICCARDI, *Introduzione critica al diritto internazionale*, I – *Diritto internazionale privato*, Milano, 1956, p. 15 ss., spec. p. 44 ss.

⁴⁷ Così GHIRARDINI, *Sull'arbitrato* cit., p. 683, nota 1. In senso analogo anche BASSANO (*Sede e*

to italiano è quello regolato dal diritto italiano: purché si ponga in rilievo che tale regolamento non ha bisogno di essere determinato da alcun criterio di collegamento. Si è infatti di fronte ad un arbitrato italiano, quando un procedimento di quel tipo sia stato concretamente posto in essere, ossia quando la legge italiana sia stata effettivamente seguita. In caso contrario, si è di fronte ad un arbitrato estero, ossia ad un arbitrato non italiano: manca però la possibilità di collegare tale procedimento con l'uno o l'altro ordinamento, ossia di determinarne la nazionalità in base a principi propri del nostro sistema.

In pratica l'opera interpretativa dovrà vertere sull'identificazione di quelle caratteristiche del procedimento che lo rendano riconoscibile come arbitrato rituale italiano: e qualora queste siano assenti, sarà lecito parlare di arbitrato estero nel senso negativo di cui sopra si è detto, e di deroga alla giurisdizione italiana, con la conseguente applicabilità dell'art. 2 cod. proc. civ.

Tutto ciò potrà naturalmente riuscire anche assai arduo, quando manchi nel patto compromissorio qualsiasi accenno rilevante, e la procedura sia regolata dalle parti senza prevedere alcun ricorso ad organi statuali⁴⁸. Ed a tal fine potrà certa-

nazionalità cit., col. 39 ss.), per il quale soltanto il fatto che si debba applicare all'arbitrato la legge italiana vi attribuisce la nazionalità italiana. Egli ritiene, però, che tale effetto consegua necessariamente al fatto che la «sede arbitrale» si trovi in Italia.

⁴⁸ Tuttavia nella grande maggioranza dei casi si potrà stabilire con certezza quando si sia di fronte ad un arbitrato italiano o meno. Un esame della giurisprudenza mostra come di solito il fatto che l'arbitrato debba svolgersi all'estero sia ritenuto indizio sufficiente per dedurne senz'altro l'estraneità del procedimento.

Spesso poi i giudici hanno dovuto fare applicazione di un determinato regime convenzionale, nell'ambito del quale il problema assume caratteri differenti: vedi *infra*, par. 9. Più delicata dovrà essere l'indagine rivolta ad accertare se ci si trovi di fronte ad un arbitrato che si possa qualificare come «irrituale». Si prescinde qui dalle controversie che permangono tuttora vivissime in dottrina ed in giurisprudenza in ordine ai caratteri distintivi di questo tipo di arbitrato, nel quale l'opinione prevalente isola un intento transattivo delle parti, ma che la più recente giurisprudenza della Cassazione ritiene compatibile con la decisione secondo diritto: cfr. per i riferimenti SCHIZZEROTTO, *Arbitrato irrituale* cit., e da ultimo CARNELUTTI, *Arbitrato improprio*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, p. 56 ss. La necessità dell'indagine risulta dal fatto che la carenza di giurisdizione italiana si verifica solo in presenza di arbitrato «rituale» straniero e che l'eccezione proponibile in base a compromesso o clausola compromissoria per arbitrato irrituale ha caratteri ed effetti ben differenti: cfr. nota 7. Ora è chiaro che la distinzione tra arbitrato rituale e irrituale non può essere applicata senz'altro nell'ambito di un ordinamento straniero, essendo propria del nostro sistema giuridico, e che il procedimento arbitrale straniero, pur non esistendo come mezzo efficace di risoluzione di controversie per il nostro ordinamento, è di per sé dotato della possibilità di essere considerato tale, quando muti il punto di vista da cui l'indagine deve muovere. Si deve perciò concludere che non si devono esaminare le caratteristiche dell'arbitrato alla luce del nostro ordinamento, e che anche un arbitrato il quale secondo i criteri seguiti dall'ordinamento italiano sarebbe da considerarsi irrituale potrà dar luogo a deroga della giurisdizione italiana se è suscettibile di acquistare natura ed efficacia di mezzo giudiziale di composizione di controversie secondo l'ordinamento straniero con cui si presenti collegato. Un problema di diritto internazionale privato a proposito della disciplina dell'arbitrato irrituale potrà sorgere solo dopo che si sarà risposto negativamente al quesito circa la sua configurabilità come «arbitrato estero». In altri termini, la qualificazione come arbitrato rituale o irrituale secondo il nostro ordinamento non potrà che riferirsi al procedimento nella sua natura reale, quale risulta dalle

mente ricorrersi alla volontà delle parti, ma in un senso ben diverso da quello in cui se ne è parlato fin qui. È chiaro che in pratica le parti sono libere di far risolvere le proprie controversie da un arbitrato italiano o da un procedimento straniero, salvi in questo secondo caso gli effetti che discendono dall'applicazione dell'art. 2. Ma questa facoltà di scelta è giuridicamente indifferente, e la volontà non funziona come autonomo criterio di collegamento al fine di individuare l'ordinamento straniero competente, come nel caso della disciplina delle obbligazioni contrattuali. In quella ricerca, tendente a stabilire se sia stato posto in essere o meno un procedimento arbitrale, qual è previsto e regolato dal nostro ordinamento (o se invece l'arbitrato previsto sia straniero oppure irrituale), ci si potrà evidentemente valere di tutte quelle manifestazioni ed atteggiamenti rilevanti che la dottrina individua quali indici da cui desumere la volontà delle parti, in quanto assunta dalla norma di diritto internazionale privato quale criterio di collegamento⁴⁹. Ma ci si potrà ugualmente valere di criteri obiettivi: così il luogo di pronuncia del lodo, se non varrà senz'altro nel senso di indicare che l'arbitrato sia italiano, quando sia situato in Italia, escluderà probabilmente quella possibilità, quando sia all'estero, per il disposto dell'art. 824 cod. proc. civ. L'importante insomma sarà di poter constatare che si è dato vita ad un procedimento di quel tipo, sia poi ciò avvenuto per effetto di una volontà espressa od implicita delle parti, o addirittura per puro caso, senza che la scelta sia stata né deliberata né cosciente⁵⁰.

caratteristiche che l'ordinamento cui esso appartiene gli ha impresso. Per un'analogia impostazione in caso di qualificazione degli atti giurisdizionali stranieri cfr. ANZILOTTI, *Nota in Riv. dir. int.*, 1910, p. 144; MORELLI, *Diritto processuale* 2 cit., p. 306; PAONE, *Sulla qualificazione degli atti giurisdizionali stranieri*, in *Riv. dir. int.*, 1959, p. 503. Nel campo del diritto internazionale privato, cfr. ZICCARDI, *Oggetto delle qualificazioni e funzione dei criteri di collegamento*, in *Comunicazioni e studi*, VII (1955), p. 400 Id., *Introduzione critica cit.*, p. 44 ss.

Sul problema dell'arbitrato irrituale straniero cfr. MARMO, *Gli arbitrati stranieri cit.*, p. 45 ss.; *Atti del convegno internazionale per la riforma dell'arbitrato cit.*, p. 74; MORELLI, *Diritto processuale* 2 cit., p. 46; GIULIANO, *La giurisdizione civile cit.*, p. 105 ss. La Corte di cassazione italiana, con sentenza 18 dicembre 1946 n. 1380 (in causa *Soc. Oscal contro Soc. Vernail*, inedita e non massimata, ha deciso che un arbitrato che debba svolgersi secondo il regolamento della Camera di commercio internazionale deve essere ritenuto un arbitrato irrituale. Vedi su ciò le considerazioni di MARMO, in *Atti cit.*, p. 208 ss.

⁴⁹ Vedi su ciò per tutti BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris 1938. I risultati cui questo autore giunge non possono però venire senz'altro utilizzati nell'ordinamento italiano in sede di interpretazione dell'art. 25 disp. prel. date le differenze esistenti tra i due sistemi: per l'ordinamento italiano cfr. MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio (Diritto internazionale privato)*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, voi. I, tomo 4, Torino, 1954, p. 236 ss. Cfr. anche UBERTAZZI, *Il comportamento delle parti e la legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali*, in *Diritto internazionale*, 1961, I, p. 201 ss.

⁵⁰ Questa posizione corrisponde ad alcune moderne tendenze della dottrina le quali, nel campo del diritto internazionale privato, pongono in evidenza la necessità di tener conto della posizione dei rapporti nei confronti dei vari ordinamenti e della effettività del regolamento che questi ultimi pongono in essere, superando in tal modo il punto di vista per cui la norma di diritto internazionale privato si limiterebbe a designare le norme straniere in virtù del loro contenuto, ossia delle caratteristiche della disciplina materiale da esse attuata. Cfr. QUADRI, *Lezioni cit.*, pp. 97 ss. e 146 ss.; e par-

E per quanto si è detto non sarebbe giustificata la ricerca di una volontà presunta o addirittura ipotetica. Anzi, dato lo spostamento di prospettiva, sembra da ritenersi che in caso di divergenza tra indici da cui risulti la volontà ed altri elementi obiettivi (ad esempio, il luogo di pronuncia del lodo), la prevalenza debba essere accordata a questi ultimi.

La tesi qui sostenuta, per la quale non può parlarsi dal punto di vista del nostro ordinamento di arbitrato avente la nazionalità di un dato Stato, intendendo per tale un procedimento collegato ad un sistema straniero e reso rilevante ad opera del nostro stesso sistema, non deve confondersi con quelle altre tesi difese in passato da autorevolissima dottrina, e che negavano l'ammissibilità del concetto di arbitrato estero in senso del tutto diverso⁵¹. Esse infatti, ricollegandosi a premesse diverse ma partendo dall'idea comune della natura privatistica dell'istituto, negavano la possibilità di distinguere tra arbitrato nazionale ed estero, e tendevano a svincolare del tutto un arbitrato dal collegamento con un ordinamento giuridico statale⁵². Ma, di fronte al sistema risultante dal vigente codice, non si può dubitare che il valore di mezzo risolutivo di controversie da attribuirsi ad un arbitrato nazionale e ad uno che non lo sia, debba essere del tutto differente. La necessità di un collegamento deve pertanto essere sottolineata, purché la si intenda nel senso che si è detto. Non soltanto infatti le due categorie di arbitrati hanno effetti opposti, ma anzi la seconda (così detto arbitrato estero) non esiste come mezzo di composizione della lite per l'ordinamento italiano, il quale considera come arbitrato il solo procedimento nazionale previsto e disciplinato dal codice di procedura civile.

6. La nazionalità della sentenza arbitrale

Diversamente sarà a dire naturalmente circa il problema della nazionalità delle sentenze arbitrali straniere. In questo caso la necessità di stabilirla risulta già dal-

zialmente già in *Funzione del diritto internazionale privato* (1936), ora in *Stridi critici* cit., p. 63 ss. Cfr. anche ZICCARDI, *Il valore del diritto straniero nell'ordinamento nazionale*, Milano, 1946, p. 7. Tale modo di vedere, che può ricollegarsi d'altronde ad alcuni tra i più generali principi di teoria generale sui rapporti tra fatto e diritto, ha ricevuto un'applicazione particolarmente suggestiva in materia di forma degli atti giuridici, essendosi sostenuto (vedi QUADRI, *Sulla legge applicabile alla «forma» dei negozi giuridici*, in *Studi in onore di Tommaso Penassi*, II, Milano, 1957, p. 231 ss., ora in *Studi critici* cit., p. 459 ss.) che criterio di scelta fra le tre leggi indicate dall'art. 26 disp. prel. come competenti sia il contegno effettivamente tenuto dall'autore o dagli autori dell'atto. Escluso il meccanismo proprio del dir. int. privato, che nel caso dell'arbitrato non entra in giuoco, mi sembra che le affinità tra le due soluzioni siano notevoli.

⁵¹ Si allude soprattutto alla tesi di BALLADORE PALLIERI, *L'arbitrage privé* cit., p. 362 ss.

⁵² Contro tale tesi afferma il RAAPE (*Internationales Privatrecht* cit., p. 557): «Die Parteien müssen sich also bei dem Schiedsverfahren auf dem Boden einer bestimmten Rechtsordnung stellen. Das Schiedsgericht thront nicht über die Erde, es schwebt nicht in der Luft, es muss irgendwo landen, irgendwo erden».

l'art. 800 cod. proc. civ., che rinvia all'art. 797 per la ricerca in sede di deliberazione della sussistenza, nella sentenza stessa e nel procedimento, di una serie di requisiti che non possono essere stabiliti se non in relazione all'ordinamento cui la sentenza appartiene. Ma se si tiene presente quanto già si è avuto occasione di dire circa la rilevanza del procedimento giurisdizionale straniero in sé stesso, in rapporto alla deliberazione degli atti che ne costituiscono il risultato, è facile constatare come l'appartenenza della sentenza arbitrale ad un ordinamento non può essere conseguenza di una disciplina del procedimento attuata dal nostro ordinamento mediante rinvio ad un sistema straniero, come vorrebbero le tesi criticate. Ciò è necessaria conseguenza dell'indipendenza reciproca delle norme sull'ambito della giurisdizione e di quelle sulla deliberazione di sentenze straniere. Ed è al contrario quasi superfluo notare che, data l'indipendenza dei criteri con cui i vari ordinamenti procederebbero alla determinazione della nazionalità dei singoli arbitrati e sentenze arbitrali, esisterebbe la possibilità che il lodo venisse reso esecutivo o comunque omologato dall'organo pubblico di uno Stato di cui l'arbitrato non avesse la nazionalità, in base al criterio prescelto. Nulla giustificerebbe però la negazione alla sentenza della prima nazionalità, e con ciò si verrebbe a svuotare di qualsiasi significato l'attribuzione della seconda, che dovrebbe proprio servire a determinare l'ordinamento i cui organi avrebbero i poteri processuali relativi all'arbitrato, tra cui principalmente quello di rendere esecutivo od omologare il lodo⁵³.

Si noti che la nazionalità della sentenza arbitrale è considerata di solito nell'ambito degli ordinamenti stranieri come un presupposto dell'intervento di un organo pubblico, presso il quale il lodo venga depositato. Si tratta, cioè, di un semplice riflesso della nazionalità dell'intero procedimento, di cui il lodo è l'atto

⁵³ Cfr. MIGLIAZZA, *Arbitrati nazionali* cit., p. 220. Questa contraddizione affiora a volte anche presso coloro che affermano e definiscono il concetto di nazionalità dell'arbitrato. Ad es. il MARMO, che era stato uno degli estensori della relazione di diritto internazionale privato al Convegno internazionale per la riforma dell'arbitrato del 1954 (nella quale era affermato che «ciò che si tratta di stabilire quando si vuol determinare la nazionalità di un arbitrato, è ... proprio quali siano le autorità cui spettino quei determinati poteri» tra cui quello di conferire una determinata efficacia al lodo degli arbitri: *Atti cit.*, pp. 76-77), dichiarò poi, rispondendo ad un rilievo di GRAVESON, che negava il fondamento della distinzione tra arbitrati nazionali e stranieri, che «l'arbitrato ha la nazionalità e, in altri termini, giuridicamente appartiene a quell'ordinamento che ha conferito per primo al lodo degli arbitri effetti giuridici». Il MARMO richiamava a tale proposito un passo di CANSACCHI, *LO «Stato di appartenenza» dei comandi giuridici nei trasferimenti territoriali*, in *Riv. dir. int.*, 1954, p. 19 ss. Su tale definizione non si può che consentire, rilevando solo che essa si dovrebbe in realtà riferire non agli arbitrati, ma alle sentenze arbitrali; è chiaro però che in tal modo si contraddice la premessa da cui si voleva muovere, a meno che non si dimostri che le norme italiane sulla dichiarazione di efficacia delle sentenze arbitrali straniere, nel tener conto della nazionalità di queste ultime, la collegano ad un elemento del procedimento in sé stesso, assunto come criterio di collegamento: ciò che si è implicitamente negato, quando si è esclusa una considerazione diretta, da parte delle norme italiane, del procedimento arbitrale straniero.

Del resto, a parte le ragioni teoriche, anche queste incertezze mostrano la scarsa utilità di far ricorso ad un concetto che non si riesce a definire nemmeno nelle sue componenti fondamentali.

conclusivo⁵⁴. Per quanto riguarda il sistema italiano, quanto si è detto circa il significato delle norme che regolano il procedimento porta ad escludere che si possa e si debba ricercare, al fine di ammettere la possibilità di *exequatur* da parte del Pretore, una «nazionalità» propria del procedimento e del lodo.

Per quanto concerne, invece, le sentenze straniere, è da notare che l'ordinamento italiano bada alla nazionalità della sentenza arbitrale, non del lodo. Si pensa, cioè, all'esistenza di un sistema analogo a quello italiano, in cui il lodo non ha valore indipendentemente dall'*exequatur*. Per quanto difficilmente gli ordinamenti stranieri accolgano sistemi di questo genere, pure è chiaro che in base alla norma dell'art. 800 cod. proc. civ. si dovrà porsi il problema della nazionalità soltanto al momento in cui il lodo sia già stato omologato da un organo pubblico straniero: il che, secondo lo spirito della norma, è l'unico modo con cui il lodo può acquistare efficacia di una sentenza dell'autorità giudiziaria, richiesta perché si possa far luogo alla dichiarazione di efficacia in Italia. Se poi tale efficacia, come in qualche raro caso, sarà propria del lodo indipendentemente da qualsiasi intervento dello Stato straniero, la nazionalità sarà quella dello Stato il cui ordinamen-

⁵⁴ Le considerazioni del testo spiegano perché il concetto di sentenza arbitrale straniera sia definito con particolare cura da alcuni autori germanici, allo scopo di stabilire se una sentenza possa essere oggetto di azione di annullamento (*Aufhebung*) innanzi ad un tribunale tedesco, ciò che è escluso, per le sentenze arbitrali straniere, dal par. 1044, III, ZPO. Cfr. il già cit. RAAPE, *Internationales Privatrecht*, p. 559, per il quale «nicht auf den Sitz des Schiedsgericht kommt es an, noch auf die Staatsangehörigkeit der Schiedsrichter, sondern darauf, nach welcher Rechtsordnung das Schiedsgericht verfuhr, ob nach der inländischen oder nach der eines ausländischen Staates. So wohl die allgemeine Ansicht in Rechtsprechung und Rechtslehre». L'autore, poi, quando si tratta di stabilire «an welche Verfahrensordnung kann das Schiedsgericht anknüpfen?», afferma che «das Schiedsgericht, bzw. die Parteien, denn nach diesen hat sich das Schiedsgericht zu richten, sich einer beliebigen Rechtsordnung hinsichtlich des Verfahrens unterwerfen können ...», finendo così con l'attribuire rilievo alla volontà delle parti, sebbene non sia precisato in che cosa esattamente esso consista. Cfr. anche, per la dottrina svizzera, GÜLDENER, *Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz*, Zürich, 1951, p. 107 ss. Questo autore, però, si attiene al criterio della sede del tribunale arbitrale: «Ob das Schiedsgericht ein einheimisches oder ein ausländisches sei, entscheidet sich darnach, ob das Schiedsgericht unter der Herrschaft des einheimischen Rechtes oder eines fremden Rechtes seine Tätigkeit entfaltet hat. Welchem Recht das Schiedsgericht untersteht, wird am besten nach örtlichen Gesichtspunkten bestimmt. Das Schiedsgericht ist dem Recht seines Sitzes unterworfen».

Le posizioni di questi due autori sintetizzano bene il contrasto tra i sostenitori del principio dell'autonomia della volontà e coloro che seguono un criterio territoriale. I criteri proposti sono tuttavia molteplici: cfr. JONAS, *Anerkennung und Vollstreckung ausländischen Schiedssprüchen*, in *Juristische Wochenschrift*, 1927, p. 1297 ss.; BRÄCHET, *De l'exécution internationale des sentences arbitrales (étude de droit comparé et de droit international privé)*, Paris, 1938, p. 9 ss.; SCHRÖDER, in SCHÖNKE, *Die Schiedsgerichtsbarkeit in Zivil- und Handelssachen in Europa*, Berlin, 1944, I, p. 31 ss.; RIEZLER, *Internationales Zivilprozessrecht* cit., p. 614 ss.; FRAGISTAS, *Arbitrage étranger* cit., p. 5 ss. Anche la giurisprudenza tedesca è incerta: interessanti anche per l'impostazione della questione, le sentenze del Reichsgericht del 22 febbraio 1927 e 7 febbraio 1928, in *Juristische Wochenschrift*, 1927, p. 1311, e 1928, p. 1223, e quella del Bundesgerichtshof del 3 novembre 1956, in *Juristische Zeitung*, 1957, p. 27, nota HABSCHIED, e in *Revue critique de droit int. privé*, 1957, p. 693, nota MEZGER.

to accorda tale efficacia⁵⁵. È evidente in ogni caso che l'art. 800, facendo menzione del luogo ove la sentenza è stata pronunciata, ha riguardo al caso normale di sentenza resa esecutiva dall'organo pubblico del luogo di pronuncia. Ma ove tale coincidenza dovesse mancare, nulla giustificerebbe la prevalenza del criterio del luogo su quello della nazionalità dell'organo⁵⁶.

Che poi nell'ambito di altri ordinamenti si richieda, per omologare o rendere esecutivo un lodo, che esso sia da considerarsi nazionale in base a dati criteri, è problema relativo soltanto a quell'ordinamento: per noi, la nazionalità risulta soltanto dall'omologazione a titolo primario, e non dal criterio che l'abbia permessa.

Ben diversamente si pone la questione nell'ambito di quegli ordinamenti che concedono l'efficacia esecutiva (od anche di cosa giudicata) al lodo arbitrale straniero con lo stesso procedimento previsto per i lodi nazionali: così l'ordinamento francese e quello germanico, sia pure con alcune differenze tra di loro⁵⁷. In tal ca-

⁵⁵ Se è vero che soltanto in pochissimi ordinamenti il lodo è, come in quello italiano, privo di qualsiasi valore prima ed indipendentemente dall'*exequatur*, è anche vero però che sono altrettanto rari i casi nei quali esso produce tutti gli effetti della sentenza dell'autorità giudiziaria senza alcun provvedimento dello Stato. Uno di tali rarissimi casi è quello dell'ordinamento austriaco, nel quale la sentenza arbitrale, appena pronunciata, ha senz'altro tutti gli effetti delle sentenze dell'autorità giudiziaria (art. 594 ZPO.). I sistemi seguiti in materia dai vari ordinamenti sono i più differenti. In genere qualche valore è riconosciuto al lodo anche prima della richiesta di *exequatur* ed indipendentemente da qualsiasi deposito del lodo stesso presso organi pubblici: tuttavia tale rilievo non è sufficiente per assimilarlo alle sentenze dell'autorità giudiziaria, secondo quanto è richiesto dall'art. 800 cod. proc. civ. Per notizie di diritto comparato cfr. SCHONKE, *Die Schiedsgerichtsbarkeit* cit., 3 voll., Berlin, 1944, 1948 e 1956.

Può essere peraltro dubbio che l'efficacia esecutiva sia necessaria perché si possano considerare equiparati gli effetti delle sentenze arbitrali e quelli delle sentenze dell'autorità giudiziaria. A rigore la risposta dovrebbe essere affermativa: si noti però che la dottrina prevalente ritiene che si possa dichiarare efficace in Italia una sentenza straniera cui non consegua efficacia esecutiva nell'ordinamento d'origine (cfr. per tutti MORELLI, *Diritto processuale*² cit., p. 312 s. e nota 3), in quanto gli effetti esecutivi sarebbero attribuiti direttamente dall'ordinamento italiano. Si dovrebbe dire allora che l'efficacia esecutiva, non richiesta per la delibazione di sentenza straniera, lo sarebbe invece per quella arbitrale. In senso contrario, sia pure incidentalmente, Cass. 30 settembre 1955, n. 2721, in *Giur. it.* 1955, I, 1, 917.

Si noti ancora che, ai fini dell'art. 800, non basta la parificazione in astratto delle sentenze arbitrali a quelle del giudice straniero, ma occorre che l'ordinamento riconosca in concreto alla sentenza arbitrale, che si tratta di dichiarare efficace, l'efficacia che è propria delle sentenze dell'autorità giudiziaria: così MORELLI, *Diritto processuale*² cit., p. 349 e nota 2.

⁵⁶ La dottrina non dedica di solito molto spazio all'approfondimento di questo problema. Nel senso del testo sembra si possa interpretare il pensiero di MORELLI (*Diritto processuale*² cit., p. 348 s.), che ritiene straniera una sentenza arbitrale pronunciata in Italia, purché sia stata pronunciata in base ad un ordinamento straniero e desuma da esso la propria efficacia. Per ANDRIOLI, invece (*Commento al codice di procedura civile*², III, Napoli, 1947, p. 518) è straniera la sentenza arbitrale pronunciata, ossia deliberata, all'estero.

⁵⁷ La misura in cui la qualifica della sentenza arbitrale come nazionale o straniera incide sul suo trattamento può essere assai varia, anche in rapporto ai procedimenti richiesti per l'attribuzione di efficacia ai lodi nazionali. Cfr. SCHÖNKE, op. cit., e VON BERINGE, *Die Nationalitätbestimmung bei Schiedssprüchen*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1959, p. 77 ss. Il sistema francese e quello germanico, tuttavia, sono esempi tipici di casi di applicabilità della stessa procedura ai lodi nazionali

so, l'atteggiamento dell'ordinamento nei confronti del rapporto tra giudizio arbitrale (e lodo) nazionale e giudizio arbitrale (e lodo) straniero è del tutto differente, e si comprende perciò come possa ritenersi presente nel sistema un principio che stabilisca direttamente la nazionalità dell'arbitrato e della sentenza⁵⁸. Ma è proprio la differenza tra i principi ispiratori di questi sistemi e di quello italiano che mostra l'inapplicabilità a quest'ultimo di tale impostazione. La dichiarazione di efficacia prevista dal nostro ordinamento per le sentenze arbitrali straniere, infatti, non si configura come diretta attribuzione di efficacia, a titolo primario, all'atto conclusivo di un procedimento dotato di certe caratteristiche, ma ricollega e subordina l'esercizio in Italia degli effetti propri della sentenza all'efficacia che ad essa spetta nell'ordinamento di origine.

7. Rilevanza del compromesso e della clausola compromissoria per arbitrato non italiano

Una volta ammesso che il procedimento arbitrale disciplinato da un ordinamento straniero, al pari di quello giurisdizionale, rimane del tutto estraneo al nostro ordinamento e non è assunto come equipollente, né è direttamente rilevante, ma solo indirettamente (in quanto presupposto di quella sentenza che lo concluda, e che potrà essere dichiarata efficace in Italia tramite il processo di delibazione), sembra che non occorra altro per concludere che anche l'atto che istituisce il procedimento arbitrale (ossia il compromesso o la clausola compromissoria), resti estraneo al pari di quello, e che il nostro ordinamento non abbia pertanto alcuna norma che lo contempra per porne una disciplina sostanziale. In quanto quell'atto, infatti, espliciti totalmente la propria funzione nell'ambito dell'ordinamento che assume come proprio il procedimento, manca la stessa possibilità logica di ipotizzarne una rilevanza diretta, nemmeno ad opera dei principi di diritto internazionale privato.

Senonché è largamente diffusa in dottrina la convinzione che, in quanto invece il compromesso o la clausola compromissoria siano considerati nella loro funzione derogativa, ossia come atti di deroga alla giurisdizione italiana, in tal senso ed entro tali limiti essi divengano direttamente rilevanti anche per l'ordinamento italiano⁵⁹. A dire il vero, non in tutti gli autori che hanno trattato il tema la questione

ed esteri, per quanto ciò valga, nel secondo, solo agli effetti esecutivi, e comporti il controllo della sussistenza di una serie di requisiti dell'arbitrato e del lodo.

⁵⁸ Di qui anche la possibilità che una stessa sentenza abbia diverse nazionalità, nel senso che sia considerata nazionale da diversi Stati, oppure che non ne abbia alcuna, nel senso che nessuno degli ordinamenti, con i quali è in qualche modo collegata, la consideri nazionale. Così VON BERINGE, *Die Nationalitätsbestimmung* cit., p. 78. V. però FRAGISTAS, *Arbitrage étranger* cit., p. 6. Il caso si può ritenere eccezionale; comunque, dal punto di vista del nostro diritto comune, dovrebbe sempre ritenersi decisiva l'omologazione a titolo primario.

⁵⁹ Secondo Morelli, nei limiti in cui è ammessa la deroga alla giurisdizione, le parti hanno il

è così chiaramente impostata. Non sempre, infatti, viene posto chiaramente in luce che la rilevanza, che in questo caso sarebbe propria dell'atto, costituisce un'eccezione al principio della normale irrilevanza che sarebbe tipica dell'atto in quanto istitutivo di un procedimento straniero, e ciò anche senza che appaia chiaramente se si voglia accettare la tesi della nazionalizzazione del procedimento straniero nel suo complesso. D'altra parte, il non aver precisato che quella rilevanza si esplica soltanto su di un piano processuale, ossia come effetto in ordine alla sussistenza della giurisdizione, e non come diretta disciplina di un atto ad opera di norme sostanziali, fa sì che spesso il problema sia visto come problema di legge regolatrice, anche da quegli autori che non individuano un vero e proprio atto di deroga alla giurisdizione italiana, avente una propria funzione tipica ed operante esclusivamente nell'ambito dell'ordinamento italiano. Una simile impostazione sarebbe giustificata soltanto qualora si ritenesse che l'ordinamento italiano, in base al riconoscimento della competenza internazionale dell'arbitro straniero (in sede di dichiarazione di efficacia della relativa sentenza arbitrale straniera) conferisse a quest'ultimo un vero e proprio potere di giudicare in modo efficace anche nel proprio ambito: con la conseguenza che, essendo tale potere attribuito ad opera, od anche ad opera, della volontà delle parti che si esprime nel patto compromissorio, sarebbe lo stesso ordinamento italiano a dover valutare se esso sia effettivamente sorto, ponendo quindi una disciplina delle condizioni di validità del patto stesso⁶⁰.

Comunque, pur limitandosi a quella più rigorosa formulazione della questione, si deve osservare che essa corrisponde ad una concezione del problema della deroga della giurisdizione italiana in generale, ed in particolare della funzione della norma di cui all'art. 2 cod. proc. civ., che non appare del tutto coerente con le premesse che si sono ritenute qui esatte in ordine ai rapporti tra giurisdizione italiana e giurisdizioni straniere. Se, infatti, tra procedimenti nazionali ed esteri non può esistere concorrenza, né in via di principio, né in via eccezionale, in seguito al funzionamento della norma dell'art. 2, derogare alla giurisdizione italiana non significa rendere direttamente rilevante un procedimento straniero, ma soltanto imprimere alla lite caratteristiche tali che, in presenza di determinati presupposti soggettivi ed oggettivi (estraneità delle parti, o di almeno una di esse, e causa in materia obbligatoria) il collegamento altrimenti esistente tra la lite e la giurisdizione

«potere giuridico» di neutralizzare l'efficacia dei criteri di collegamento stabiliti dall'art. 4 cod. proc. civ. (*Diritto processuale*² cit., p. 180); e l'effetto che l'accordo delle parti è destinato a produrre nell'ordinamento italiano consiste appunto nella preclusione della giurisdizione italiana (op. cit., p. 182). Il BARILE (*Lex fori* cit., p. 659) afferma invece che «il valore negoziale della clausola non è preso in considerazione in quanto tale allo scopo di determinare se esiste una deroga alla giurisdizione italiana cioè all'unico fine che interessa il nostro diritto processuale». L'effetto processuale sarebbe quindi connesso alla mera esistenza della clausola come fatto in senso stretto.

⁶⁰ Tale posizione potrebbe, d'altronde, condurre soltanto a porre in luce la necessità di tener conto della valutazione straniera dell'atto, in quanto si ritenesse che l'ordinamento italiano si limiti a determinare i poteri dell'arbitro mediante rinvio all'ordinamento nell'ambito del quale il procedimento si svolge, causa il collegamento istituito dallo stesso ordinamento rinviante.

zione viene neutralizzato e l'ambito normale della giurisdizione correlativamente ristretto⁶¹.

La norma dell'art. 2 esplica, in tal modo, una funzione perfettamente simmetrica rispetto a quella propria della norma che prevede come criterio – positivo – di competenza giurisdizionale del giudice italiano l'accettazione della giurisdizione italiana da parte del convenuto straniero, rispetto al quale non sussista alcun altro titolo specifico di giurisdizione⁶². La volontà delle parti – espressa, nel caso di deroga in favore di arbitri esteri, nel compromesso o nella clausola compromissoria – viene a costituire un criterio di competenza giurisdizionale speciale e negativo, in quanto nega l'estensione della giurisdizione italiana rispetto a determinate categorie di controversie che altrimenti vi sarebbero soggette. Essa viene dunque a costituire, come caratteristica materiale della lite, l'elemento rilevante per il collegamento, e non l'atto diretto alla produzione dell'effetto giuridico che si sostanzia nella preclusione della giurisdizione italiana⁶³. Quell'effetto giuridico, come in tutte le altre norme sulla giurisdizione, è connesso ad una valutazione che la norma stessa compie collegando una data categoria di controversie con la giurisdizione, oppure escludendo il collegamento altrimenti esistente: non è invece ottenuto conferendo efficacia all'intento pratico perseguito dalle parti, e nemmeno attribuendo determinati effetti all'atto di volontà di quelle, senza dar rilievo alla circostanza che tali effetti fossero quelli realmente previsti e voluti dalle parti stesse⁶⁴. La manifestazione di volontà delle parti, insomma, non viene presa di-

⁶¹ Così LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1957, I, p. 99; MORELLI, *Diritto processuale*² cit., p. 185 ss.

⁶² Secondo il MORELLI invece la norma che prevede l'accettazione del convenuto come criterio di competenza giurisdizionale del giudice italiano accorderebbe al convenuto stesso un vero e proprio potere giuridico di far sorgere altri poteri giuridici, tra cui il potere degli organi giurisdizionali di conoscere della controversia: vedi *Diritto processuale*² cit., p. 115.

⁶³ Cfr. su ciò LUZZATTO, *In tema di inderogabilità* cit., p. 525 ss. Non varrebbe opporre a questa tesi che la portata della norma nel pensiero del legislatore era assai diversa. Può essere vero, infatti, che la norma stessa è stata introdotta in base a concezioni teoriche assai differenti, e che è stata ispirata da alcuni precedenti convenzionali (Protocollo di Ginevra): ma ciò potrebbe, al più, condurre ad ammettere che si tratti di uno dei casi in cui esiste nel sistema del dir. proc. civile internazionale una norma che sarebbe del tutto coerente soltanto con alcuni presupposti smentiti da altre norme che costituiscono l'ossatura del sistema. V., a proposito dell'istituto della delibazione incidentale, le osservazioni di QUADRI, *Efficacia di cosa giudicata e giudizio di delibazione*, in *Giur. it.*, 1950, I, 1, 189, e di RUINI, *Sulla possibilità della delibazione incidentale di sentenze straniere in materia di stato delle persone*, in *Riv. dir. int.*, 1959, p. 349 ss.

⁶⁴ È affermazione diffusa in dottrina che l'intento pratico delle parti si riferisce in realtà non tanto alla preclusione della giurisdizione italiana, quanto ad un fine positivo, consistente nell'istituzione del procedimento arbitrale, ossia nella risoluzione della controversia mediante quest'ultimo (e da ciò alcuni autori stranieri desumono la conseguenza per cui alla volontà così espressa può essere ricollegato l'effetto di richiamare la disciplina materiale del rapporto obbligatorio propria di quell'ordinamento: così BATIFFOL, *Traité élémentaire* cit., p. 648. La giurisprudenza italiana è invece contraria; cfr. Cass. 27 dicembre 1948 p. 1937, in *Giur. it.*, 1950, I, 1, 121, con nota di DE NOVA). Cfr. per tutti MIGLIAZZA, *La rilevanza* cit. pp. 12 ss., 126 e 129. L'effetto preclusivo della giurisdizione italiana viene così considerato come uno scopo ulteriore, che però secondo la dottrina preva-

rettamente in considerazione come esercizio di un potere giuridico da quella parte della norma che definisce il fatto di fronte al quale viene espresso il giudizio giuridico in ordine alla sussistenza della giurisdizione. Conseguenza di ciò è che una valutazione internazionalprivatistica dell'atto non ha ragion d'essere dal punto di vista del nostro ordinamento, perché non è quello il fatto giuridico cui l'art. 2 subordina l'effetto preclusivo della giurisdizione italiana.

8. *Segue: la volontà delle parti come criterio negativo di competenza giurisdizionale*

Il compromesso e la clausola compromissoria per arbitrato rilevano dunque come esercizio d'un potere di autonomia – come manifestazione di volontà tendente a porre in essere il procedimento arbitrale – unicamente nell'ambito dell'ordinamento straniero in base al quale l'arbitrato si svolge, e nell'ambito di questo quel potere si esaurisce, se è vero che quel procedimento non ha diretta rilevanza per noi⁶⁵. Per le nostre norme di competenza giurisdizionale non esiste nessuna differenza sostanziale tra il modo in cui viene utilizzato un criterio di collegamen-

lente sarebbe anche l'unico ad assumere rilievo nell'ambito del nostro ordinamento. Cfr. GIULIANO, *La giurisdizione civile* cit., p. 88 ss.; BARILE, *Lex fori* cit., p. 658. Per una configurazione diversa che parte dalla premessa della natura privatistica dell'atto di deroga – che sarebbe un mero atto – cfr. IACCARINO, *Il c.d. «atto di deroga»* cit., p. 155 ss.

⁶⁵ Alla funzione svolta nell'ordinamento straniero dalla clausola arbitrale corrisponde perfettamente la funzione propria dell'atto processuale con il quale si esercita il potere d'azione, ossia la domanda in giudizio. In questo caso è del tutto evidente come la deroga alla giurisdizione italiana non possa essere considerata come un semplice effetto ulteriore di un atto che opera nell'ambito del nostro stesso ordinamento: a meno di non ritenere possibile una coordinazione tra i vari sistemi processuali, la cui esistenza è sembrato necessario escludere. È significativo a questo proposito il fatto che a volte la dottrina sembra riferirsi all'atto di deroga come ad un atto che non si identifica con il compromesso o la clausola compromissoria: in questo senso, sembra, IACCARINO, *Il c.d. atto di «deroga»* cit., *passim*, spec. p. 121, per la differenza tra compromesso come atto di deroga e compromesso come *libellus litis*. Accogliendo questa tesi l'atto diverrebbe realmente operante nell'ambito del nostro ordinamento e sarebbe da esso direttamente disciplinato. Riesce però difficile isolare un atto del genere ed attribuirgli una funzione ed un oggetto suoi propri: tanto è vero che lo stesso autore ricorre poi ad argomenti relativi alla natura giuridica del compromesso per arbitrato interno allo scopo di dimostrare la natura (che egli ritiene privatistica) dell'atto di deroga. Tale tesi, peraltro, ha il pregio di distinguere nettamente l'atto in quanto operi nel senso di instaurare il procedimento arbitrale straniero ed in quanto invece produca una deroga della giurisdizione italiana. Si noti che in tal modo si trasferisce nel campo processuale la tesi che considera la volontà delle parti diretta a far disciplinare un'obbligazione da un ordinamento straniero, non come criterio di collegamento, ma come esplicitazione di un potere giuridico concesso dalla *lex fori* (si è parlato di autonomia formale in contrapposto a quella materiale: cfr. QUADRI, *L'interpretazione dei negozi giuridici nel d.i.p.* (1939), ora in *Studi critici* cit., p. 263 s. Nella manifestazione delle parti l'illustre autore individua ora un giudizio: cfr. *Lezioni di d.i.p.*³ cit., p. 125). Per altre indicazioni sulle due diverse tesi cfr. CURTI GIALDINO, *Sulla configurazione dell'art. 25 delle preleggi come norma dispositiva*, in *Riv. dir. int.*, 1958, p. 253 ss.

to speciale quale, ad esempio, il luogo di esecuzione dell'obbligazione, e il modo nel quale viene riguardata la volontà delle parti circa la scelta del mezzo di composizione della lite. Entrambi sono caratteristiche del rapporto litigioso e, prima di esso, del rapporto obbligatorio; entrambi consistono in particolari aspetti di questo ultimo; ed assumono in sede processuale una configurazione particolare, dato lo scopo per il quale vengono considerati, che non attiene ad una valutazione del merito, ma soltanto alla valutazione preliminare circa la sussistenza della giurisdizione; entrambi esprimono, non per virtù propria, ma in forza di una valutazione contenuta nella norma sulla giurisdizione, una appartenenza o rispettivamente una estraneità della controversia rispetto all'ordinamento del foro. Il primo, mediante l'indicazione di quello specifico punto di contatto; il secondo, mediante la considerazione dell'estraneità dell'intera situazione posta in essere dalle parti⁶⁶, estraneità sinteticamente riassunta con l'espressione «volontà delle parti».

Una volta accettata la configurazione della volontà delle parti come criterio di competenza giurisdizionale negativo, risulta chiara la necessità di riferirsi alla *lex fori* per l'interpretazione e la disciplina di quest'ultimo⁶⁷. Né sarebbe qui giustificata alcuna eccezione, sebbene la dottrina mostri una decisa tendenza ad ampliare la sfera delle eccezioni al principio⁶⁸. Come sempre, infatti, nel caso dei criteri di competenza giurisdizionale, l'elemento di collegamento si risolve in una caratteristica materiale della lite, in relazione alla quale viene affermata o negata la giurisdizione italiana, e non è pertanto inerente ad un rapporto che sia soggetto a valutazione distinta da parte di un ordinamento straniero, ma ad un rapporto proces-

⁶⁶ Cfr. BATIFFOL, *Traité élémentaire* cit., p. 648, per il quale la clausola con la quale i contraenti pattuiscono la competenza di arbitri o giudici di un paese determinato «est un des indices les plus fréquents et les plus significatifs de ce que l'économie de leur opération, telle qu'elles l'ont conçue, la rattache au système juridique du pays ainsi désigné». Di tale collegamento però non viene in considerazione un valore normativo. È il fatto in sé del collegamento, quale si riscontra nella realtà psicologica delle parti, che viene autonomamente valutato dalla norma sulla giurisdizione quale ragione concreta che consiglia l'esclusione della giurisdizione attuata mediante attribuzione di valore di criterio negativo di competenza giurisdizionale all'indice costituito dalla volontà delle parti.

L'estraneità dell'intera situazione, cioè, sussiste ed è vista unicamente in funzione delle norme sulla giurisdizione: ed infatti si esclude di solito che la clausola arbitrale valga di per sé ad esprimere la volontà di sottoporre il rapporto alla disciplina materiale straniera. Cfr. nota 64. Ciò a differenza di quanto si ritiene nell'ambito del sistema francese, nel quale il collegamento è senz'altro validamente espresso dalla localizzazione del rapporto.

⁶⁷ Vedi in generale, a proposito dei criteri di competenza giurisdizionale, MORELLI, *Diritto processuale*² cit., p. 101, e GIULIANO, *La giurisdizione civile* cit., p. 3 ss. Entrambi ammettono però che si possa avere un'eccezione alla regola generale quando risulti la volontà della norma di riferirsi ad un ordinamento diverso.

⁶⁸ Cfr. BARILE, *Sulla rilevazione dei criteri di giurisdizione costituiti dalla nascita e dalla esecuzione dell'obbligazione in territorio italiano*, in *Riv. dir. int.*, 1960, p. 333 ss., e *Ancora sulla rilevazione dei criteri di giurisdizione costituiti dal luogo di nascita o di esecuzione dell'obbligazione*, ivi, p. 541 ss. Per un altro caso vedi CONFORTI, *La connessione per oggetto e per titolo come criterio di giurisdizione*, in *Riv. dir. int.*, 1958, p. 269 ss. Si vedano anche le opere del Morelli e del Giuliano citate alla nota precedente.

suale, che riceve norma, ed anzi esiste come tale, unicamente in forza delle norme italiane (art. 27 disp. prel.).

Con ciò è anche escluso che possa prodursi nell'ambito del sistema una inammissibile antinomia tra due valutazioni che possano esservi entrambe presenti in quanto una venga resa operante dalle norme di diritto internazionale privato, così come può avvenire nel caso del richiamo di un ordinamento straniero per la disciplina di una obbligazione contrattuale. Ma d'altro lato, collegandosi a quanto è stato chiarito da una recente dottrina a proposito di altro criterio di collegamento⁶⁹, si deve osservare che qualche eccezione al principio della competenza normale della *lex fori* è stata ammessa in casi nei quali l'elemento di collegamento poteva poi ripresentarsi al giudizio dell'interprete di quanto ricompreso nella sfera di valori giuridici per i quali veniva richiamato un diritto straniero (ad es. luogo ove sorge o deve essere eseguito un rapporto obbligatorio). Si trattava, insomma, di un particolare aspetto di una situazione giuridica che veniva nel suo complesso sottoposta ad un ordinamento straniero; aspetto che si presentava, insieme a quella, quale oggetto dell'esame di merito. Nulla di simile può accadere qui, perché la volontà delle parti, quale criterio di competenza giurisdizionale, reagisce soltanto sulla situazione litigiosa: la valutazione straniera dell'atto istitutivo del procedimento arbitrale estraneo non viene resa direttamente operante nel nostro sistema ad opera di alcuna norma.

In ogni caso la volontà, in quanto è considerata soltanto per le caratteristiche che essa imprime alla lite, non si identifica con l'atto compromesso o clausola compromissoria. Onde è superfluo discutere circa l'applicabilità di norme – quali l'art. 1341 o 1342 cod. civ. – che a quelli unicamente si riferiscono⁷⁰. Sembra del

⁶⁹ BARILE, op. loc. cit. alla nota precedente.

⁷⁰ L'applicabilità di quelle norme viene esclusa dalla più recente dottrina in base alle argomentazioni più diverse. Così lo IACCARINO, *Il c.d. atto di «deroga»* cit., p. 152 ss., sottolinea le differenze tra deroga alla competenza territoriale dell'autorità giudiziaria e deroga alla giurisdizione; il BARILE, *Lex fori* cit., p. 658, afferma anch'egli sotto altro profilo le differenze tra i due fenomeni; il GIULIANO, *La giurisdizione civile* cit., p. 98, ritiene infine che gli art. 1341 e 1342 non siano applicabili nei rapporti commerciali internazionali, nei quali non si riscontra la disparità di condizioni tra contraenti che ne giustifica l'esistenza.

La sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione più volte citata (2 maggio 1960 n. 968) ha evitato l'applicazione di quelle norme ritenendo che la forma della clausola compromissoria fosse regolata dalla legge competente in base all'art. 26 disp. prel. A parte le critiche che possono essere rivolte per altre ragioni alla sentenza, è opportuno osservare che, sulla base di tale motivazione, si dovrebbe ritenere che la stessa disciplina fosse applicabile in forza dell'art. 26 anche alle clausole compromissorie per arbitrato rituale italiano, quando una parte fosse straniera: con la conseguenza che le norme degli artt. 1341 e 1342 rimarrebbero inapplicate quando il contratto contenente la clausola fosse stato concluso all'estero (la stessa sentenza esclude che sia contraria all'ordine pubblico la legge straniera che non contenga prescrizioni analoghe). D'altro lato, quando una clausola compromissoria per arbitrato estero risultasse regolata dalla legge italiana, si dovrebbero ritenere applicabili le norme di cui agli artt. 806-809 cod. proc. civ., benché sia evidente che esse non possano riferirsi che alle clausole per arbitrato rituale italiano. Si tratterebbe comunque di requisiti dell'atto: e l'unica via d'uscita starebbe nel ripiegare sulla distinzione, quanto mai incerta, tra requisiti dell'at-

resto possibile affermare che il requisito di forma imposto dall'art. 2 – «atto scritto» – assorbe in sé il regolamento di ogni altro aspetto della volontà, il controllo della sussistenza dei quali è così normalmente da escludersi⁷¹.

Restano da considerare gli eventuali effetti sostanziali del compromesso o della clausola compromissoria⁷². Se è vero infatti che, come atti istitutivi del procedimento arbitrale straniero, essi non possono venire in considerazione per il nostro ordinamento, è certo però che, in quanto ne derivino effetti obbligatori tra le parti, questi non potranno a meno di essere riconosciuti in base alle leggi normalmente competenti a disciplinarli secondo il diritto internazionale privato italiano. Ma il richiamo non verrà effettuato, in questo caso, per subordinare alla struttura privatistica del compromesso determinati effetti processuali. In altre parole, la valutazione che dell'atto il nostro ordinamento viene indirettamente a dare mediante rinvio alla «proper law» dell'atto stesso, non è posta né presupposta da quelle norme del sistema che hanno il fine di determinare il modo d'essere di quest'ultimo di fronte ad altri sistemi giurisdizionali o arbitrali, ma da quelle altre norme che hanno per fine specifico quello di realizzare, nell'ambito del nostro ordinamento, quelle situazioni giuridiche che si siano validamente costituite all'estero. La qualificazione dell'atto come produttivo di «obbligazioni contrattuali», nel senso dell'articolo 25 disp. prel., non viene in tal caso dedotta dal risultato dell'indagine sulla natura dell'atto stesso nell'ambito del sistema italiano: ma dalla natura e dagli effetti delle norme straniere che ricollegano all'atto quelle determinate conseguenze di carattere obbligatorio⁷³.

to privatisticamente inteso e requisiti del procedimento. Considera i requisiti di cui all'art. 809 come attinenti alla «procedura arbitrale», Trib. Genova 17 agosto 1951, in *Dir. mar.*, 1951, p. 546 ss.

⁷¹ Cfr. GIULIANO, *La giurisdizione civile* cit., p. 95. Il REDENTI, *Diritto processuale civile* cit., I, p. 200, afferma a proposito degli atti processuali: «sembra per ciò che il requisito della volontarietà sia normalmente assorbito nei requisiti di forma, e non possa più essere oggetto di una indagine separata circa la sua sussistenza. Il farne un elemento costitutivo distinto dagli altri, non ha se non una importanza meramente teorica in relazione alla *ratio formae*».

⁷² Per quanto riguarda il compromesso e la clausola compromissoria per arbitrato italiano rituale, si esclude in generale che essi diano luogo ad effetti di natura sostanziale: cfr. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli, 1953, p. 124 REDENTI, op. cit., III, p. 452.

⁷³ Così, a proposito del problema delle qualificazioni, ZICCARDI, *Introduzione critica* cit., p. 44 ss.; CONFORTI, *L'esecuzione delle obbligazioni nel diritto internazionale privato*, Napoli, 1962, p. 166. Sulla legge regolatrice degli effetti sostanziali del compromesso e della clausola compromissoria cfr. MORELLI, *Diritto processuale*² cit., p. 51, il quale sottopone tali effetti alla legge dichiarata competente dalle norme di diritto int. privato relative alle obbligazioni contrattuali, senza distinzione a seconda che si tratti di arbitrato italiano o estero; VENTURINI, *Diritto internazionale privato, Diritti reali ed obbligazioni*, in *Tratt. dir. int.* diretto da Balladore Pallieri, Morelli e Quadri, sez. II, vol. II, 2, Padova, 1956, p. 216.

9. *Le convenzioni internazionali in materia di arbitrato. Progressiva tendenza verso la definizione diretta di un procedimento arbitrale diverso da quelli propri degli ordinamenti dei singoli Stati contraenti*

Le considerazioni che precedono hanno avuto il solo scopo di precisare quella che è sembrata l'interpretazione più aderente allo stato attuale del nostro diritto positivo, quale risulta dai principi ricavabili dalle norme contenute nel codice di procedura civile. Si nota infatti in questa materia più che in ogni altra che le esigenze portate alla luce dal grande sviluppo assunto dall'istituto arbitrale nel campo del commercio internazionale, ed il rapido fiorire di proposte e progetti tendenti ad una modificazione ed unificazione delle relative norme, in campo rispettivamente nazionale ed internazionale⁷⁴, hanno portato spesso a far scivolare la discussione su un piano diverso da quello della semplice interpretazione, sia pure evolutiva, del sistema vigente⁷⁵. D'altro lato, il fatto che una disciplina internazionale sia stata – sia pure parzialmente – realizzata per mezzo di convenzioni internazionali di cui l'Italia è parte, fa sì che spesso non vengano poste chiaramente in luce le differenze esistenti tra la disciplina convenzionale (che viene in pratica applicata nella maggioranza dei casi) e quella propria del diritto comune. In tal modo si tende ad interpretare anche quest'ultimo in base a principi che hanno la loro ragion d'essere soltanto in un sistema convenzionale, ma che non sono giustificati dal punto di vista di un singolo ordinamento statale⁷⁶. Ma le esigenze del commercio internazionale o quelle imposte dall'interpretazione di un determinato complesso di norme giuridiche internazionali, non possono condurre ad un travisamento dei principi che informano nel suo complesso il nostro ordinamento giuridico⁷⁷.

L'adattamento dell'ordinamento interno di uno Stato ad una convenzione internazionale in materia di arbitrato può incidere nel modo più vario sul modo di essere di quello. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, l'adattamento alle

⁷⁴ Per un panorama dei progetti di riforma sino al 1954 cfr. gli *Atti del convegno internazionale* già citati. Successivamente sono state concluse due convenzioni internazionali cui l'Italia è rimasta sino ad ora estranea: quella di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere e quella europea di Ginevra del 1961. È in istato di avanzata elaborazione presso il Consiglio d'Europa un progetto di legge uniforme sull'arbitrato, preparato sulla base della convenzione di New York e del vecchio progetto dell'UNIDROIT che risale al 1937 ma la cui ultima redazione è del 1953 (il testo si può vedere negli *Atti cit.*, p. 421 ss.).

⁷⁵ Come esempio di considerazioni dichiaratamente *de jure condendo*, che finiscono però con l'influenzare anche l'interpretazione del diritto vigente, si possono vedere le relazioni presentate al convegno internazionale del 1954 negli *Atti* più volte citati.

⁷⁶ Per una netta distinzione tra i due punti di vista cfr. GIULIANO, *La giurisdizione italiana cit.*, p. 135 ss.

⁷⁷ Anzi un'esatta interpretazione di questo può porre maggiormente in risalto le eventuali esigenze di politica legislativa in una determinata materia: qui ad es. ponendo in luce la disparità di trattamento che viene riservata al procedimento arbitrale estraneo nell'ambito dello stesso sistema italiano in base al diritto comune e a quello particolare risultante dagli accordi di Ginevra.

norme contenute nel Protocollo di Ginevra del 24 settembre 1923 sulle clausole d'arbitrato (reso esecutivo con l. 8 maggio 1927, n. 783) e nella convenzione di Ginevra del 26 settembre 1927 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere (es. l. 18 luglio 1930, n. 1244) incide anzitutto su quello che si è visto essere il punto di partenza della ricostruzione della disciplina dell'arbitrato nel diritto processuale civile internazionale italiano.

Tale adattamento, infatti, opera nel senso di far venir meno la rigida equiparazione tra arbitrato estero e procedimento giurisdizionale straniero, in armonia con l'intento pratico che era proprio dei promotori di quegli accordi e che consisteva nel favorire lo sviluppo dell'istituto arbitrale attraverso un più ampio riconoscimento della sua efficacia. Quel fine poteva venire perseguito e raggiunto attraverso l'imposizione, ad ogni Stato contraente, dell'obbligo di considerare come mezzo giudiziale idoneo alla composizione delle controversie non soltanto l'arbitrato disciplinato dalle proprie norme interne, ma qualsiasi procedimento dotato dei requisiti che gli permettessero di rientrare nella più ampia nozione di arbitrato, definita dalla convenzione internazionale⁷⁸. Di qui la necessità di porre in qualche modo tale definizione. Le vie possibili erano numerose, e la più semplice sarebbe indubbiamente consistita nel rinviare puramente e semplicemente al procedimento arbitrale, quale risultava dalla disciplina positiva dei singoli Stati contraenti.

Si sarebbe, cioè, potuto applicare un sistema analogo a quello la cui esistenza si è creduto di dover escludere in sede di interpretazione del diritto comune italiano, ossia stabilire un criterio in base al quale ogni arbitrato venisse collegato con uno Stato contraente, e sulla base dell'appartenenza allo Stato in quel modo determinata ammettere il riconoscimento degli effetti dell'arbitrato stesso. Ora sem-

⁷⁸ Appare qui quel problema, di cui si è creduto di poter escludere l'esistenza in base al diritto interno, e che potrebbe apparire come consistente in un problema di qualificazione. Che cosa si deve intendere per «arbitrage» nel senso della convenzione? La nozione non può evidentemente essere fatta coincidere con quella propria dell'ordinamento interno. Per quanto forse superflua da un punto di vista pratico, data la relativa comunanza di nozioni e di istituti esistente in questa materia nei vari sistemi giuridici, l'indagine non è senza importanza dal punto di vista teorico, per lo meno fino a che una convenzione non definisca direttamente una figura particolare di arbitrato (il così detto arbitrato internazionale di diritto privato), il che però non è stato realizzato compiutamente neppure nei più recenti accordi internazionali. Ai nostri fini sembra sufficiente richiamare qui il principio per il quale è necessario fare riferimento alle legislazioni dei vari stati contraenti, tra le quali si è voluto stabilire una certa coordinazione (cfr. la sentenza della Corte internazionale di Giustizia dell'Aja in data 28 novembre 1958, nella controversia relativa all'applicazione della convenzione del 1902 per regolare la tutela dei minori (*Paesi Bassi c. Svezia*), in *C.I.J. Recueil* 1958, p. 55 ss. spec. p. 69. Sul punto cfr. Martha WESER, *La convention de la Haye sur la tutelle des mineurs devant la Cour internationale de Justice*, in *Riv. dir. int.*, 1959, p. 426).

Il punto potrebbe essere rilevante anche per la questione della riconoscibilità dei così detti lodi irrituali, per stabilire se essi possano essere compresi tra le «sentences arbitrales étrangères»: cfr., a proposito della convenzione di New York, MARMO, *La convenzione di New York sul riconoscimento delle sentenze arbitrali straniere*, in *Riv. dir. int.*, 1959, p. 31 ss., e MINOLI, *L'Italia e la convenzione di New York per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1026 ss., e in *Scritti in ricordo di F. Salvi*, Bologna, 1960, p. 295 ss.

brerebbe a prima vista che un principio di questo genere fosse effettivamente contenuto nell'art. 2, 1° comma del Protocollo di Ginevra, secondo il quale «la procédure de l'arbitrage, y compris la constitution du tribunal arbitral, est réglée par la volonté des parties et par la loi du pays sur le territoire duquel l'arbitrage a lieu»⁷⁹. Ma il mezzo tecnico che quella norma utilizza è invece diverso e tale da portare ad un ampliamento della portata della convenzione e ad un correlativo ampliamento della nozione stessa di arbitrato. Pur non potendosi, infatti, riconoscere alle convenzioni di Ginevra il fine preciso di creare una nuova figura di arbitrato – il c.d. arbitrato internazionale di diritto privato – basato su di una disciplina contenuta esclusivamente nel sistema normativo posto dalla convenzione internazionale, e traente da questo soltanto la propria efficacia, fine che è proprio delle più recenti convenzioni in tema di arbitrato, pure non sembra possibile negare che il sistema realizzato dalle convenzioni in questione non si limita a prevedere l'obbligo reciproco di ogni Stato nei confronti di ciascuno degli altri di riconoscere determinati effetti alle rispettive clausole arbitrali, e di riconoscere le rispettive sentenze, rendendole efficaci a certe condizioni⁸⁰. Tale sistema, invece, come risulta anche dall'elaborazione e dall'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, è orientato nel senso di definire un mezzo di risoluzione delle controversie dotato di caratteristiche tali da farne un procedimento la cui efficacia possa essere dovunque riconosciuta, in quanto coincidente in via generale con i procedimenti previsti dagli ordinamenti interni dei singoli Stati. Le convenzioni non operano dunque un puro e semplice rinvio ai procedimenti arbitrali disciplinati dagli ordinamenti interni degli Stati contraenti, sia pure allargando l'ambito entro il quale possono essere riconosciuti alle clausole compromissorie ed ai compromessi determinati effetti, preclusivi delle varie giurisdizioni statuali, o possono essere dichiarate efficaci le sentenze arbitrali dell'uno o dell'altro Stato: ma tendono a definire un procedimento in certa misura svincolato dal legame con i singoli ordinamenti statuali. In tale quadro, la norma di cui all'art. 2 del Protocollo assume la funzione di norma strumentale mediante la quale il trattato internazionale stabilisce il mezzo con il quale disciplinare indirettamente la procedura arbitrale⁸¹: norma strumentale identica ed uniforme per tutti gli ordinamenti interni, e destinata a funzionare in relazione al concetto di «arbitrage» e «procédure arbitrale» che sono più comprensivi di quelli – i quali pure vi rientrano, ma

⁷⁹ Per le difficoltà di interpretazione cui questa norma dà luogo cfr. GREMINGER, *Die Genfer Abkommen von 1923 und 1927 über die internationale private Schiedsgerichtsbarkeit*, Winterthur, 1957, p. 33 ss. Cfr. anche BALLADORE PALLIERI, *L'arbitrage privé* cit., p. 388 ss.

⁸⁰ Cfr. oltre, nota 85.

⁸¹ In senso contrario MORELLI, *Diritto processuale*² cit., p. 50, nota 1, secondo il quale «si tratta invece di una norma la quale si propone soltanto di delimitare la sfera di applicazione delle norme processuali dei singoli Stati contraenti in materia di arbitrato, e in primo luogo, per quanto implicitamente, di delimitare la competenza giurisdizionale degli Stati stessi a tale riguardo». Ma tale affermazione sembra in contrasto con la possibilità che l'arbitrato si svolga in uno Stato terzo, non aderente al Protocollo: v. su tale ipotesi *infra*, nota 84.

non ne esauriscono la portata – utilizzati dai singoli ordinamenti interni⁸².

La rilevazione di tale natura e funzione proprie della norma può essere resa meno agevole dal dato di esperienza per il quale, in sede di applicazione delle norme interne di adattamento alla convenzione, all'interprete situato nell'ambito di un ordinamento giuridico statale si presentano nella grande maggioranza dei casi degli arbitrati direttamente disciplinati dagli ordinamenti di uno degli Stati contraenti, e destinati per di più a concludersi con un lodo che dovrà in qualche modo essere reso efficace a titolo primario da un organo pubblico di quelli. E si aggiunga altresì la circostanza che la convenzione del 1927 prevede l'obbligo del riconoscimento soltanto in relazione alle sentenze pronunciate nel territorio di uno degli Stati contraenti⁸³. Ma si tenga d'altronde presente che, per riconoscimento ormai concorde di dottrina e giurisprudenza, il Protocollo di Ginevra è applicabile non solo quando l'arbitrato deve aver luogo in uno Stato diverso da quelli cui appartengono le parti del contratto, ma anche quando tale Stato non è aderente al Protocollo⁸⁴; e che, inoltre, la Convenzione di Ginevra del 1927 permette il riconoscimento di lodi aventi effetto di puro diritto privato, analoghi perciò ai c.d. lodi irrituali italiani, quali, ad esempio, i lodi arbitrali danesi o di alcuni cantoni svizzeri⁸⁵. Queste due circostanze permettono di configurare ipotesi nelle quali il

⁸² Cfr. nota 78.

⁸³ Tale circostanza, come in genere il mancato coordinamento tra il Protocollo del 1923 e la Convenzione del 1927, si spiegano facilmente con l'osservazione che i compilatori si limitarono a prendere in considerazione separatamente i due problemi fondamentali cui l'esistenza di arbitrati «stranieri» può dar luogo, ossia l'effetto del patto compromissorio sulla giurisdizione statale e il riconoscimento della sentenza arbitrare: e non si posero invece il problema di quale fosse il valore e la posizione da attribuire al procedimento nel suo insieme, che è problema squisitamente dottrinale. Sul mancato coordinamento v. autori ed opere cit. alle note 97 e 98.

⁸⁴ La grande maggioranza della dottrina e della giurisprudenza ammette infatti che l'arbitrato secondo il Protocollo di Ginevra possa aver luogo anche in un paese non solo «autre que celui à la juridiction duquel est soumise chacune des parties au contrat», ma anche non aderente al protocollo stesso: cfr. in dottrina MORELLI, *Diritto processuale*² cit., p. 227 ss. e da ultimo GIULIANO, *La giurisdizione civile* cit., p. 150 ss.; e in giurisprudenza Cass. 2 maggio 1960 n. 968 più volte citata. È chiaro allora che l'impegno di ammettere l'effetto preclusivo della giurisdizione non è assunto da ogni Stato contraente nei riguardi degli altri in ordine agli arbitrati disciplinati dagli ordinamenti rispettivi, ma ad un tipo astratto di arbitrato che si cerca il più possibile di definire.

⁸⁵ Per l'ordinamento danese cfr. HJELLE, in UNION INTERNATIONALE DES AVOCATS, *Arbitrage international commercial*, I, Paris, s.d., p. 154 ss.; per quello svizzero, GULDENER, *ivi*, p. 438 ss.

La Corte di cassazione italiana ha avuto occasione di affermare che lodi stranieri aventi effetti di puro diritto privato, e quindi assimilabili ai nostri lodi irrituali, sono riconoscibili in Italia, con la sentenza 27 marzo 1954, n. 949, *Soc. Niger Français c. Delfino* (inedita): cfr. su ciò MINOLI, *L'Italia e la Convenzione di New York* cit., p. 310 ss. Contra MARMO, *La Convenzione di New York* cit., p. 31, il quale ritiene che la possibilità di riconoscere lodi di tipo irrituale sia una particolarità introdotta dalla convenzione di New York del 1958, e senza precedenti nella prassi convenzionale.

Per un caso in cui un lodo arbitrale danese fu ritenuto riconoscibile secondo le norme della convenzione di Ginevra (inserite nella seconda parte dell'Arbitration Act inglese del 1950) in quanto «final», ossia definitivo, sebbene non esecutivo nel Paese d'origine, ove produceva soltanto effetti di puro diritto privato, cfr. il caso *Union national des Co-opératives agricoles de céréales v. Robert*

legame dell'arbitrato con l'ordinamento di un terzo Stato, sussistente in base all'art. 2 del Protocollo, assume carattere tale da smentire senz'altro che il contenuto normativo del trattato si possa descrivere semplicemente in termini di obblighi reciproci degli Stati di riconoscere i rispettivi arbitrati, perché è chiaro, al contrario, che tale obbligo è assunto in relazione ad un tipo astratto di arbitrato che la convenzione cerca il più possibile di definire. Descrivere, quindi, il contenuto delle norme interne di adattamento al trattato come se esse esaurissero la loro portata nell'allargare l'ambito entro il quale si possono esplicitare determinati effetti preclusivi della giurisdizione italiana, può essere utile ed in certa misura necessario, in quanto indica un effetto che certamente tali norme esplicano; ma non deve portare a dimenticare le sensibili differenze che si riscontrano nella disciplina posta dai due complessi di norme – quelle interne e quelle internazionali –, differenze che in quella disciplina non si esauriscono, riflettendo invece divergenze fondamentali tra principi ispiratori dei due sistemi⁸⁶.

Quei principi, nel caso delle convenzioni di Ginevra, si pongono in relazione al fine di facilitare al massimo il ricorso all'arbitrato, senza limiti territoriali, ai sudditi degli Stati contraenti⁸⁷, ma non raggiungono completamente il risultato che sarebbe loro proprio di far sì che nell'ambito dei singoli ordinamenti statuali

Catterall & Co. Ltd. [1959] 2 Q. B. 44, su cui v. GRAVESON, *The Conflict of Laws*, London 1960, p. 560. Cfr. anche la sentenza della Cassazione italiana del 30 settembre 1955, n. 2721 (*Giur. it.*, 1955, I, 1, 917), che ha ritenuto riconoscibile a norma dell'art. 1 della convenzione di Ginevra un lodo inglese che era definitivo ma non esecutivo nell'ordinamento di origine.

⁸⁶ Alla luce di queste considerazioni appare non del tutto esatta l'affermazione secondo la quale il Protocollo di Ginevra «deroga ... al divieto di deroga convenzionale della giurisdizione italiana a favore di arbitri che pronuncino all'estero ... posto dall'art. 2 del vigente codice di rito»: così da ultimo Cass. 2 maggio 1960, ma l'affermazione ripete una giurisprudenza ormai consolidata e si riporta all'individuazione del principio di specialità quale principio capace di giustificare l'applicazione della norma interna desunta da un trattato internazionale malgrado l'esistenza di una contraria norma successiva. È stato però osservato che il ricorso al principio di specialità non può «dimostrare una prevalenza costante delle norme interne derivanti dal trattato sulle altre norme interne successive» (così FABOZZI, *L'attuazione dei trattati internazionali mediante ordine di esecuzione*, Milano, 1961, p. 159 e ivi riferimenti bibliografici), in quanto la specialità delle prime nei confronti delle seconde, se pure presente nella maggioranza dei casi, è un fatto puramente accidentale. Ciò è particolarmente evidente nel caso che si considera. Analizzando infatti il contenuto della norma desumibile dall'art. 2 cod. proc. civ. nella sua portata positiva (è ammessa la deroga alla giurisdizione italiana in favore di arbitri che pronuncino all'estero, quando si tratti di cause relative ad obbligazioni tra stranieri e italiani residenti o domiciliati all'estero) – norma generale –, si nota che le situazioni contemplate presentano già quei caratteri – connessione con uno o più Stati oltre l'Italia – che dovrebbero giustificare la specialità delle norme desunte dal Protocollo di Ginevra. Per questa via dunque non si potrebbe dimostrare la prevalenza di queste ultime: ed anzi si dovrebbe ritenere l'abrogazione ad opera del successivo codice di procedura civile (a meno di non sostenerne la prevalenza in base ad altri principi: cfr. FABOZZI, *L'attuazione cit.*, p. 163 ss.). Tale conclusione sarebbe peraltro sicuramente errata. Si è visto infatti come la *ratio* e la portata della norma desunta dal trattato non coincidano affatto con quelle della norma interna, per cui è ben possibile affermarne la coesistenza e la non contraddittorietà.

⁸⁷ Cfr. MORELLI, *Diritto processuale*² cit., p. 224.

sia attribuita una diretta rilevanza al procedimento che le convenzioni stesse contemplano. Così, non può dirsi che tale procedimento si inserisca senz'altro tra i mezzi giudiziali che nell'ordinamento italiano sono preordinati allo scopo di risolvere le controversie. Ciò dipende innanzitutto dal fatto che il riconoscimento dell'atto conclusivo del procedimento – la sentenza arbitrale – viene pur sempre concepito, in linea di massima, come riconoscimento di un atto costituente emanazione del potere statale, secondo il punto di vista affermatosi in ordine al riconoscimento delle sentenze straniere: non si concepisce, cioè, un'efficacia propria della sentenza solo in quanto risultato di un procedimento avente certe caratteristiche. Un risultato del genere, però, si può riscontrare, se pure non normalmente, anche nell'ambito della convenzione di Ginevra, come si è visto, riguardo a quei lodi che nel Paese d'origine siano dotati di efficacia di puro diritto privato, e abbisognino di apposita azione avanti al magistrato per acquistare forza di sentenza dell'autorità giudiziaria. In tal caso è infatti evidente come il riconoscimento della sentenza in un altro Stato rifletta un'efficacia che è propria del procedimento in sé, e non si configuri come semplice estensione, al di fuori dell'ordinamento d'origine, di quella stessa efficacia che è propria del lodo nell'ambito di quest'ultimo.

Nonostante il collegamento che indubbiamente esiste tra le due convenzioni di Ginevra, peraltro, nella seconda si è mantenuto in via generale il punto di vista, proprio degli ordinamenti interni, per cui la dichiarazione di efficacia delle sentenze consegue al controllo di una serie di requisiti che in esse devono sussistere, ed ha la funzione di rendere operante la sentenza fuori dell'ordinamento cui appartiene. La dichiarazione di efficacia della sentenza arbitrale, quindi, secondo la convenzione di Ginevra, non consegue al solo fatto che la sentenza sia stata resa in base ad una clausola prevista dal Protocollo del 1923. Tale condizione, se non sufficiente, è però certamente necessaria, in base all'art. 1 della Convenzione del 1927: e ciò, insieme alla circostanza che il Protocollo del 1923 considera, non solo l'efficacia negativa della clausola arbitrale, ma anche quella positiva, alla quale, anzi, la prima è subordinata⁸⁸, cosicché una serie di fatti costituenti condizioni per il riconoscimento della sentenza viene in considerazione anche in un momento anteriore, in cui si tratta di giudicare della sussistenza della giurisdizione, mostra come una rilevanza almeno potenziale sia propria nel nostro sistema anche al procedimento, e come la dichiarazione di efficacia della sentenza abbia in quella misura la funzione di rispecchiarla.

L'arbitrato viene dunque, nel sistema convenzionale previsto dal Protocollo di Ginevra, ad essere in certa misura tendenzialmente svincolato dal necessario legame con un ordinamento giuridico statale, almeno per i fini direttamente indicati dalla convenzione stessa⁸⁹. Su questa via una convenzione internazionale può

⁸⁸ MORELLI, op. loc. cit. alla nota precedente.

⁸⁹ Ci si riferisce qui, come si è detto, a convenzioni plurilaterali del tipo del citato Protocollo di Ginevra, a proposito del quale viene in considerazione la sola efficacia preclusiva delle clausole

andare assai più in là, e corrispondentemente anche nell'ambito dell'ordinamento interno potrebbero crearsi sistemi speciali di norme ispirati a principi particolari. Così ad esempio la convenzione di New York del 10 giugno 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere – che come è noto l'Italia non ha firmato, ed alla quale non ha fino ad ora aderito –, prevede un sistema notevolmente avanzato in questo senso: e proprio questa è stata una delle cause delle vivaci polemiche dottrinali circa l'opportunità di una adesione italiana⁹⁰. Uno sforzo ulteriore, nel senso di porre per via convenzionale la definizione e la disciplina diretta di un procedimento arbitrale, si trova nella Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale, conclusa a Ginevra il 21 aprile 1961⁹¹. Questa convenzione, infatti, contiene una disciplina particolareggiata (art. 4) della «organisation de l'arbitrage», prevedendo anche il modo di nomina degli arbitri a prescindere da qualsiasi ricorso ad organi statuali; regola all'art. 5 le eccezioni di

d'arbitrato. Del tutto diversa la situazione a proposito di convenzioni sul riconoscimento di sentenze arbitrali straniere, come quella del 1927, sia perché la determinazione della nazionalità della sentenza è sempre possibile, come si è visto, sia perché i requisiti per il riconoscimento sono qui determinati con riferimento ad un dato sistema processuale: si parla infatti di «definitività», che è concetto tipicamente processuale. La convenzione di New York invece ha sostituito questo requisito con l'efficacia obbligatoria del lodo nel paese d'origine.

Differente anche il caso delle convenzioni bilaterali, nelle quali di regola l'impegno viene assunto nei riguardi dei soli arbitrati o sentenze arbitrali che siano disciplinati dall'ordinamento dell'altro stato contraente. Cfr. però l'art. 21 del trattato di commercio e navigazione dell'11 dicembre 1948 tra Italia e Unione Sovietica (es. legge 24 luglio 1951, n. 1637), per cui gli stati contraenti si obbligano a riconoscere «qualsiasi clausola arbitrale relativa alle controversie concernenti i contratti commerciali conclusi dai loro cittadini, enti ed istituzioni» (MORELLI, *Diritto processuale* – cit., p. 231). Per quanto riguarda l'accordo integrativo del trattato Italia-Stati Uniti d'America del 1951 vedi nota 92.

⁹⁰ Sulla convenzione di New York del 1958 si veda, in Italia, GIANNINI (Amedeo), *La convenzione di New York sul riconoscimento e l'esecuzione di sentenze arbitrali*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, I, p. 370 ss.; MARMO, *La convenzione di New York* cit.; MINOLI, *La nuova convenzione per il riconoscimento e l'esecuzione di sentenze arbitrali straniere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 954 ss.; ID., *L'Italia e la convenzione di New York* cit.; ed all'estero, SANDERS, *La convention de New York*, in *Arbitrage international commercial*, cit., II, The Hague, 1960, p. 292 ss.; CZYZAK e SULLIVAN, *American Arbitration Law and the U.N. Convention*, in *The Arbitration Journal*, 1958, p. 197 ss. Riguardo alla figura dell'arbitrato internazionale di diritto privato verso la quale tendono le più recenti convenzioni, cfr. BRUNS e MOTULSKI, *Tendances et perspectives de l'arbitrage international (à propos de la convention de Genève)*, in *Revue int. de droit comparé*, 1957, p. 717 ss.; FRAGISTAS, *Arbitrage étranger*, cit.; MIGLIAZZA, *La rilevanza* cit., p. 149 ss. Cfr. anche DOMKE, *Mesures possibles pour développer l'efficacité de l'arbitrage commercial international*, in *Arbitrage international commercial* cit., II, p. 328 ss.

⁹¹ Il testo di questa convenzione è stato approntato da una riunione speciale di plenipotenziari convocata dal segretario esecutivo della commissione economica per l'Europa delle Nazioni Unite, sulla base di un progetto di convenzione elaborato dal gruppo di lavoro speciale sull'arbitrato. Altre notizie sulla convenzione, che deve considerarsi una diretta derivazione da quella di New York, e il testo della stessa si trovano in *La Comunità Internazionale*, 1961, p. 688 ss. Il 17 dicembre 1962 è stato concluso a Parigi un accordo che modifica parzialmente l'art. 4 della Convenzione: tale «Arrangement relatif à l'application de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international» si trova in *Série des Traités et conventions européennes*, n. 42.

incompetenza degli arbitri, e giunge fino a prevedere il modo e la forma dell'eccezione di mancanza di giurisdizione dei giudici interni dei singoli Stati contraenti (art. 6: *compétence judiciaire*). Risulta chiaramente da tutto ciò come fine principale delle norme convenzionali sia proprio quello di fornire la nozione di un procedimento arbitrale tipo, che dovrebbe essere in linea di massima indifferente al legame con l'uno o con l'altro ordinamento. Tale fine non ha ancora potuto essere completamente raggiunto, né lo potrebbe se non attraverso la posizione di un vero e proprio diritto uniforme, verso il quale queste convenzioni esprimono una semplice tendenza.

Ora, quand'anche un complesso di norme di questo tipo venisse introdotto nel nostro ordinamento, ciò significherebbe soltanto che lo Stato italiano sarebbe obbligato a considerare esistenti come «arbitrati», nel senso di mezzi giudiziali di composizione delle liti definiti dalle relative convenzioni, dei procedimenti che in base al diritto comune non lo sarebbero. Nel far ciò il potere legislativo non incontrerebbe evidentemente altri limiti che quelli posti alla legislazione ordinaria. Non per questo, però, dovrebbe mutare l'interpretazione del diritto comune: ma solo dovrebbe dirsi che, nei rapporti con gli Stati contraenti, verrebbe riconosciuta una diretta rilevanza a procedure che nulla hanno a che fare con l'arbitrato rituale italiano⁹².

La considerazione di queste più recenti convenzioni elaborate dal movimento internazionale per l'arbitrato, permette di constatare così come il progressivo distacco della disciplina dell'arbitrato dai singoli ordinamenti statuali, per sottoporla esclusivamente alle regole uniformi poste in sede convenzionale, vada di pari passo con una sempre più diretta rilevanza del procedimento in sé nell'ambito dei

⁹² Il riconoscimento della rilevanza diretta di un procedimento arbitrale diverso dall'arbitrato rituale italiano (ma che si identifica, in questo caso, con quello previsto dall'altro Stato contraente), è ammesso in base al diritto particolare vigente nei rapporti tra Italia e Stati Uniti d'America in base all'accordo integrativo del Trattato di commercio, amicizia e navigazione di Washington del 26 settembre 1951 (es. l. 1° agosto 1960, n. 910). Per l'art. VI di questo accordo, infatti, «le clausole dei contratti stipulati fra cittadini e le persone giuridiche ed associazioni di ciascuna Alta Parte Contraente che prevedono il regolamento delle controversie a mezzo di arbitrato, non saranno ritenute invalide ai fini dell'esecuzione nei territori dell'altra Alta Parte Contraente unicamente perché il luogo designato per la procedura di arbitrato è al di fuori di tali territori o perché la nazionalità di uno o più degli arbitri non è quella di tale altra Alta Parte Contraente. Nessuna decisione debitamente resa in conformità a tale clausola arbitrale che sia definitiva o suscettibile di esecuzione in base alla legislazione del luogo ove è resa, sarà ritenuta invalida o non suscettibile di esecuzione nei territori di ciascuna Alta Parte Contraente unicamente perché il luogo ove tale decisione è stata resa è al di fuori di tale territorio o perché la nazionalità di uno o più degli arbitri non è quella di tale Alta Parte Contraente. Nulla nel presente articolo deve essere interpretato in modo che una decisione arbitrale possa divenire esecutiva nei territori di ciascuna Alta Parte Contraente prima di esservi stata debitamente deliberata».

Su queste norme, formulate in modo tecnicamente non troppo felice e di interpretazione non del tutto univoca, vedi MIGLIAZZA, *La rilevanza cit.*, p. 131, e MINOLI, *L'articolo VI dell'accordo integrativo del Trattato di amicizia, commercio e navigazione tra la Repubblica Italiana e gli Stati Uniti d'America*, in *Giur. it.*, 1961, IV, 171 ss. (la cui interpretazione è però differente).

singoli ordinamenti. Ma tale rilevanza, attribuita nell'ambito dei singoli ordinamenti statuali attraverso l'azione delle norme pattizie al mezzo di composizione delle controversie che le convenzioni – sotto il termine abituale di arbitrato – definiscono e prevedono, non può essere descritta come inserimento in ogni singolo sistema dei procedimenti propri di ciascuno degli altri. In tal modo, quel distacco e quella rilevanza vengono a costituire due aspetti diversi di un identico fenomeno, che rappresenta la negazione del concetto di nazionalità dell'arbitrato inteso come collegamento con i singoli ordinamenti giuridici. Tale collegamento viene sostituito dalla creazione della figura del cosiddetto arbitrato internazionale di diritto privato, della quale così ogni arbitrato, quale previsto dai singoli ordinamenti interni, viene a costituire una realizzazione parziale ed incompleta.

10. *La disciplina del compromesso e della clausola compromissoria nelle convenzioni internazionali. Considerazioni finali sul significato del movimento convenzionale*

In relazione al diverso atteggiamento che il diritto comune interno ed il diritto di origine convenzionale presentano nei confronti degli arbitrati stranieri, muta anche la rilevanza propria dei relativi compromessi e clausole compromissorie. È chiaro infatti che il giudizio di irrilevanza e di estraneità, che si è creduto di dover dare a proposito di quegli atti in base al diritto comune, non può più essere mantenuto di fronte al diverso trattamento che le convenzioni internazionali riservano al procedimento arbitrale nel suo insieme, il che risulta del resto dal testo stesso delle convenzioni. In linea di massima si può affermare che la norma convenzionale pone in ogni caso un collegamento tra l'idoneità dell'atto ad instaurare il procedimento e l'esclusione della giurisdizione statale, ossia tra l'effetto positivo e quello negativo dell'atto. Ma ciò avviene in modo assai diverso, a seconda del modo e del fine per cui l'atto è preso in considerazione.

È vano, quindi, pensare di poter stabilire una valutazione uniforme in base a principi di diritto internazionale privato di un atto in sé stesso, che il nostro ordinamento rende rilevante soltanto come condizione per lo spiegarsi di certi effetti⁹³. Si può dunque brevemente analizzare come compromessi e clausole compromissorie per arbitrati non italiani vengano in considerazione nell'ambito di determinati sistemi convenzionali. In base al Protocollo di Ginevra del 1923, come si è accennato, l'efficacia preclusiva della giurisdizione dei singoli Stati contraenti è attribuita alle clausole arbitrali che siano valide in base all'art. 1 (ove per validità non si intendono requisiti di sostanza e di forma, ossia inerenti alla struttura dell'atto, ma solo requisiti soggettivi delle parti), e suscettibili di essere poste in

⁹³ Afferma invece la necessità di una valutazione unica ed uniforme IACCARINO U., *Il c.d. atto di «deroga» cit.*, e *Della legge applicabile ai compromessi e alle clausole compromissorie secondo il Protocollo e la convenzione di Ginevra*, in *Foro pad.*, 1960, I, 229 ss.

applicazione. Secondo l'interpretazione indubbiamente preferibile⁹⁴, si ha qui un riferimento alla disciplina dell'atto secondo il sistema nell'ambito del quale esso deve operare: l'efficacia preclusiva è così condizionata alla validità dell'atto secondo il sistema straniero, mentre non entrano in giuoco le norme dell'ordinamento cui il giudice appartiene.

Tutt'altra questione invece è quella che consiste nello stabilire quali siano i requisiti che il compromesso e la clausola compromissoria devono presentare perché si possa procedere alla dichiarazione di efficacia della sentenza arbitrale che rappresenta il risultato del procedimento⁹⁵. È generalmente ammesso infatti che anche nel sistema degli accordi di Ginevra non può ignorarsi la distinzione tra il problema dell'efficacia preclusiva della giurisdizione e quello dell'accertamento dei presupposti per il riconoscimento della sentenza arbitrale straniera⁹⁶. Il Protocollo del 1923 e la Convenzione del 1927 erano indubbiamente collegati strettamente nell'intenzione dei compilatori ed erano destinati ad operare come sistema unitario⁹⁷. Ma ciò non è valso a superare gli ostacoli che ad una simile interpretazione presentano vari fattori, tra cui principalissimo quello per cui la dichiarazione d'efficacia di una sentenza arbitrale non consegue, in base alla convenzione del 1927, al solo fatto che essa sia stata resa in seguito ad una clausola prevista e disciplinata dal Protocollo del 1923⁹⁸.

⁹⁴ L'art. 4 del Protocollo stabilisce infatti che «les tribunaux des Etats contractants, saisis d'un litige relatif à un contrat conclu entre personnes visées à l'article premier et comportant un compromis ou une clause compromissoire valable en vertu dudit article et susceptibles d'être mis en application, renverront les intéressés à la demande de l'un d'eux au jugement des arbitres ...».

La tesi menzionata nel testo è sostenuta da GIULIANO, *La giurisdizione civile* cit., p. 156 ss., e MIGLIAZZA, *La rilevanza* cit., p. 151 ss., ove anche ampia bibliografia a proposito delle altre tesi sostenute in materia.

⁹⁵ Nel senso che in base al diritto comune italiano sia del tutto irrilevante, in sede di dichiarazione di efficacia della sentenza arbitrale straniera, la validità o meno del compromesso o della clausola compromissoria in base a cui il procedimento arbitrale straniero è stato istituito, cfr. MORELLI, *Diritto processuale*² cit., p. 350, e ivi citazioni di dottrina e giurisprudenza. In senso contrario MIELE M., *Competenza internazionale* cit., p. 392 ss., per il quale l'indagine sulla validità della clausola compromissoria rientrerebbe nella più vasta indagine relativa alla sussistenza della competenza internazionale dell'arbitro straniero (insieme a quella relativa all'estraneità delle parti ed alla compromettibilità della lite), in relazione alle particolarità dei requisiti di cui all'art. 797 cod. proc. civ. in quanto richiamato dall'art. 800.

⁹⁶ Cfr. MIGLIAZZA, *La rilevanza* cit., p. 149 ss.

⁹⁷ La Convenzione del 1927 fu infatti concepita proprio per colmare la lacuna che il Protocollo del 1923 lasciava sussistere quanto all'esecuzione delle sentenze arbitrali (l'art. 3 infatti enunciava in termini generici un impegno di ogni Stato contraente soltanto in ordine alle sentenze emanate nel suo stesso territorio): basta considerare il preambolo della convenzione e lo sforzo di istituire un collegamento tra i due testi, che emerge dall'art. 1 della stessa (... l'autorité d'une sentence arbitrale rendue à la suite d'un compromis ou d'une clause compromissoire visée au Protocole relatif aux clauses d'arbitrage ...). Cfr., per un'interpretazione orientata in questo senso, BALLADORE PALLIERI, *L'arbitrage privé* cit., p. 396 ss., ed anche il *Rapport du comité d'experts juristes*, in *Journal officiel de la Société des Nations*, 1927, p. 890 ss.

⁹⁸ Cfr. BRACHET, *De l'exécution internationale des sentences arbitrales* cit., p. 181. Sulla portata

Il problema della validità del compromesso e della clausola compromissoria si presenta dunque in base alla convenzione del 1927 con caratteri suoi propri. E sebbene dal punto di vista pratico il requisito della definitività nel paese in cui il lodo venne pronunciato assorba gran parte delle questioni che potrebbero sorgere⁹⁹, resta il fatto che l'art. 1, lettera *a*, della convenzione richiede laconicamente la validità del compromesso o della clausola «d'après la législation qui leur est applicable». Tra le varie tesi sostenute è forse preferibile quella per cui si dovrebbe fare in questo caso applicazione delle norme dell'ordinamento di quello Stato da cui la sentenza proviene¹⁰⁰. Ma il requisito della validità dell'atto, anche in questa ipotesi, non viene in considerazione che come requisito del procedimento che ha portato al lodo ed alla sentenza arbitrale, come sempre in sede di delibazione: e non comporta alcuna assunzione di disciplina diretta da parte dell'ordinamento del giudice al quale la dichiarazione di efficacia è richiesta¹⁰¹.

Di grandissimo interesse, poi, la disciplina posta dalle recenti convenzioni di New York e di Ginevra del 1961. Ad esse, com'è noto, l'Italia non ha fino ad ora aderito ed anzi assai vivaci sono state le polemiche circa la convenienza di una adesione italiana alla prima di esse. Ciò costituisce il riconoscimento implicito delle profonde differenze ed innovazioni che l'adattamento a queste convenzioni apporterebbe al nostro ordinamento: innovazioni che non si limiterebbero ad alcuni punti marginali della disciplina, ma investirebbero il modo stesso di concepire i rapporti tra i vari mezzi di risoluzione delle controversie.

La convenzione di New York, come è noto, disciplina tanto la materia dell'efficacia negativa delle clausole arbitrali quanto quella del riconoscimento ed esecuzione delle sentenze arbitrali straniere. Si afferma pertanto in maniera precisa l'esigenza di una soluzione unitaria riguardo alla determinazione dei requisiti dell'accordo, in armonia con lo scopo – non raggiunto con le convenzioni di Ginevra – che fu proprio dei promotori della convenzione, sebbene non del tutto rea-

ed i limiti del collegamento tra le due convenzioni, cfr. MARMO, *Gli arbitrati stranieri* cit., p. 125 ss., e IACCARINO U., *La convenzione di Ginevra* cit., p. 324 ss. Si veda anche la cit. sentenza della Cassazione, 2 maggio 1960 n. 968.

⁹⁹ Così MIGLIAZZA, *La rilevanza* cit., p. 155.

¹⁰⁰ È la tesi di MORELLI, *Diritto processuale*² cit., p. 374 e nota 2, cui si rimanda per altre citazioni bibliografiche. Cfr. anche, per la tesi secondo la quale si dovrebbe far ricorso agli art. 25 e 26 disp. prel., CERETI, *Compromessi e lodi stranieri* cit.; IACCARINO U., *La convenzione di Ginevra* cit., p. 334 ss.; ID., *Sulla legge applicabile* cit., p. 18 estr.; MIGLIAZZA, op. loc. cit. alla nota precedente. In giurisprudenza, App. Firenze 31 luglio 1958, in *Riv. dir. comm.*, 1959, II, 124, nota di NOBILI, e 4 aprile 1959, in *Giur. tosc.*, 1959, 603. *Contra* la citata nota di NOBILI, *Riconoscimento di lodo straniero e validità della clausola compromissoria*, p. 137 ss. Sembra accogliere la tesi di Morelli il MONACO, *Il giudizio di delibazione* cit., p. 256.

¹⁰¹ La diversità dei punti di vista dai quali la questione della validità della clausola compromissoria può porsi è stata sottolineata dalla citata sentenza dell'App. Firenze, 31 luglio 1958, che fa ricorso alla distinzione tra condizioni dell'azione (in sede di delibazione) e presupposti processuali (in sede di giudizio circa la sussistenza della giurisdizione). Anche MORELLI (*Diritto processuale*² cit., pp. 201 e 374) afferma soluzioni diverse nei due casi.

lizzato, di costruire l'istituto dell'arbitrato così detto internazionale disciplinato direttamente dal diritto uniforme convenzionale. Questa convenzione procede in modi diversi nella valutazione degli accordi in questione: ne disciplina infatti in modo diretto alcuni requisiti (quelli formali), stabilisce¹⁰² alcuni criteri in base ai quali giudicare della validità dell'atto in sede di delibazione della sentenza¹⁰³, limitandosi ad indicare la necessità di un controllo da parte del giudice avanti al quale si eccepisce la mancanza di giurisdizione, dell'eventuale invalidità successiva o inefficacia della clausola¹⁰⁴, lasciando però indeterminati i criteri in base ai quali esse debbano venire valutate.

Ancora più analitica infine la convenzione europea di Ginevra del 1961, che prevede una serie di criteri alternativi per la determinazione della legge applicabile. Essa costituisce come si è visto lo stadio più recente ed avanzato, ma non certo l'ultimo, nel senso di una disciplina diretta dell'intero procedimento arbitrale e quindi anche del suo atto istitutivo. I requisiti di tale atto vengono così ad essere regolati in modo sempre più immediato dalla convenzione internazionale, limitando via via i casi in cui a ciò si provvede mediante rinvio, o comunque ponendo alla base di questo ultimo criteri di collegamento uniformi¹⁰⁵, in modo che anche l'effetto preclusivo della giurisdizione dei singoli Stati tende ad essere subordinato, non più all'operatività dell'atto in un sistema giuridico, ma semplicemente all'esistenza della clausola arbitrale che sia venuta in essere secondo le prescrizioni

¹⁰² Art. 2 della Convenzione, che richiede la «convention écrite», definita al n. 2 come «une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes». Cfr. MIGLIAZZA, *La rilevanza* cit., p. 157 ss.

¹⁰³ Art. 5 lett. a, per cui la clausola deve esser valida «en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue».

¹⁰⁴ Art. 2 n. 3: «Le tribunal d'un Etat contractant ... renverra les parties à l'arbitrage ... à moins qu'il ne constate que la dite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée». Per le varie interpretazioni che sono state proposte di questo sistema, un po' lacunoso, cfr. MIGLIAZZA, *La rilevanza* cit., p. 157, e le opere ivi citate. Mi sembra tuttavia che, qualora il problema dovesse porsi per l'ordinamento italiano, non vi sarebbe alcuna possibilità di colmare le lacune mediante ricorso alle norme di d.i.p., come sostenuto da quest'ultimo autore.

¹⁰⁵ Secondo l'art. I, n. 2, lett. a della Convenzione europea di Ginevra del 1961 «on entend par 'convention d'arbitrage', soit une clause compromissoire insérée dans un contrat, soit un compromis, contrat et compromis signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres, de télégrammes ou de communications par télexscripteur et, dans les rapports entre pays dont les lois n'imposent pas la forme écrite à la convention d'arbitrage, toute convention conclue dans les formes permises par ces lois».

Secondo l'art. VI, n. 2, «quand ils auront à prononcer sur l'existence ou la validité d'une convention d'arbitrage, les tribunaux des Etats contractants statueront en ce qui concerne la capacité des parties selon la loi qui leur est applicable, et en ce qui concerne les autres questions: a) selon la loi à laquelle les parties ont soumis la convention d'arbitrage; b) à défaut d'une indication à cet égard, selon la loi du pays ou la sentence doit être rendue; c) à défaut d'indication sur la loi à laquelle les parties ont soumis la convention et si au moment où la question est soumise à un tribunal judiciaire, il n'est pas possible de prévoir quel sera le pays ou la sentence sera rendue, selon la loi compétente en vertu des règles de conflit du tribunal saisi».

dettate dalla convenzione stessa. Tale clausola tende, così, ad operare con eguale efficacia in tutto il sistema convenzionale, come primo atto di un procedimento che lo stesso diritto convenzionale definisce e disciplina¹⁰⁶.

Da questa esposizione si può trarre una conclusione non priva di interesse. Come si è visto, in base alle convenzioni di Ginevra, e, in misura assai maggiore, alle successive convenzioni di New York e di Ginevra, ogni Stato contraente è obbligato a considerare esistenti almeno in certa misura quei procedimenti arbitrari, definiti dalle convenzioni stesse, che in base al proprio diritto comune potrebbero essere del tutto irrilevanti, così come accade, nel senso già chiarito, per l'ordinamento italiano. Non solo: ma, come si è notato, quanto più si tende alla definizione ed alla disciplina diretta di un mezzo di risoluzione delle controversie, tanto più perde significato lo stesso concetto di estraneità di un procedimento, e ci si avvicina al campo della disciplina uniforme. Correlativamente, si è anche visto come muti l'atteggiamento del nostro sistema nei confronti degli atti istitutivi del procedimento arbitrale in tal modo definito.

Poiché infatti il procedimento arbitrale previsto dalle convenzioni viene ad essere sempre più considerato, anche dal punto di vista dei singoli Stati, come affiancato agli altri mezzi di risoluzione delle controversie disciplinati dai rispettivi ordinamenti interni, la disciplina dei relativi atti istitutivi – compromessi e clausole compromissorie – avrà la funzione di stabilire le condizioni alle quali è possibile il trasferimento del potere di giudicare su di una controversia dal giudice statale all'organo arbitrale. Di tale organo non sarà più preso direttamente in considerazione il collegamento con uno Stato, ma soltanto quello con il sistema proprio della convenzione. È naturale allora che il punto finale di tale evoluzione consista nella sostanziale equiparazione del procedimento arbitrale convenzionale a quello interno di ogni Stato, con la conseguenza che il procedimento, ed il relativo patto compromissorio, non spiegherebbero più alcun effetto in ordine alla giurisdizione di ogni Stato, in quanto il giudizio arbitrale fondato sulle norme convenzionali si porrebbe accanto ad essa, come mezzo previsto dall'ordinamento per la composizione della lite, e non in luogo di essa.

Di un simile sistema, ognuna delle convenzioni considerate non costituisce che una realizzazione parziale, per quanto via via più completa: ed in ognuna di esse è presente il carattere di compromesso e di conciliazione di opposte tendenze. Pure sembra necessario tenere presenti quelle caratteristiche dell'attuale movimento convenzionale per porre in risalto le differenze dei sistemi accolti da quello proprio dell'ordinamento italiano, e per evitare di interpretarli alla luce di quest'ultimo. Qualora nel nostro ordinamento venissero introdotte le norme di adattamento a quelle recenti convenzioni internazionali, si dovrebbe chiarire che il modo con il

¹⁰⁶ Su tutto il movimento internazionale per l'arbitrato e per le soluzioni particolari accolte nelle varie convenzioni, cfr. MIGLIAZZA, *La rilevanza cit.*, p. 150 ss., in particolare p. 162 ss. per alcuni cenni ai lavori dell'*Institut de droit international* e ai principi cui essi si ispirano, principi non sempre coincidenti con quelli accolti dalle ultime convenzioni internazionali.

quale le norme interne conferirebbero efficacia ai procedimenti arbitrali previsti dal diritto convenzionale non consisterebbe affatto nell'ampliare i casi nei quali si ammette la deroga alla giurisdizione italiana; né un effetto derogativo sarebbe proprio agli atti istitutivi di quei procedimenti. Non si tratta più, infatti, di deroga alla giurisdizione italiana, che ha per presupposto la sottrazione della lite a tutti i mezzi di composizione direttamente contemplati dal nostro ordinamento: ma semplicemente del ricorso ad un giudizio arbitrale che l'ordinamento stesso disciplina, accanto a quello normale da esso previsto in via primaria¹⁰⁷. Sarebbe, così, perfettamente valida, nell'ambito del sistema speciale di diritto creato per adattamento a quelle convenzioni, e nei rapporti tra Stati contraenti, la conclusione cui giungeva Anzilotti, in via generale ed in base ad una concezione privatistica dell'arbitrato, per cui non costituisce deroga alla giurisdizione italiana il valersi di un mezzo di risoluzione delle controversie diverso dalla giurisdizione, ammesso dalla legge e nei limiti in cui questa l'ammette; ed è, quindi, indifferente, una volta rispettati quei limiti, che si sostituisca alla funzione giurisdizionale dello Stato un giudizio arbitrale italiano o straniero¹⁰⁸.

¹⁰⁷ L'unico esempio, sino ad ora presente nel nostro ordinamento, di completa equiparazione all'arbitrato rituale italiano di un procedimento arbitrale che non possa considerarsi tale, è quello offerto dall'art. VI dell'Accordo integrativo del Trattato italo-statunitense del 1951, citato alla nota 92. Sembra indubbio, data questa totale equiparazione, che un arbitrato disciplinato dal diritto statunitense debba essere considerato mezzo efficace di risoluzione delle controversie al pari di quello italiano, e che la clausola compromissoria o il compromesso che vi diano luogo siano fondamento, non ad una eccezione di carenza di giurisdizione del giudice italiano, ma solo di incompetenza – od improcedibilità –: non si pone, cioè, alcun problema di deroga.

¹⁰⁸ Così ANZILOTTI, *Validità del patto* cit., p. 472; *Nota in Riv. dir. int.*, 1907, p. 353. Cfr. anche CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*³, Napoli, 1923, p. 118 ss.; *Istituzioni di diritto processuale civile* cit., I, p. 76. In senso critico, MORELLI, *Diritto processuale*² cit., p. 176.

Sull'efficacia in Italia di un provvedimento del Tribunale arbitrale presso la Borsa merci di Vienna *

SOMMARIO: 1. Premessa. Le sentenze arbitrali straniere e la giurisprudenza italiana. – 2. La controversia risolta dalla sentenza della Corte d'appello di Milano del 19 maggio 1964 ed i problemi che i giudici dovevano risolvere. – 3. La qualificazione delle sentenze arbitrali straniere secondo il diritto comune e l'art. 800 cod. proc. civ. – 4. La nozione di sentenza arbitrale secondo la convenzione di Ginevra del 26 settembre 1927. – 5. Applicazione dei principi esposti al caso di specie. Le caratteristiche dei tribunali di borsa austriaci. – 6. La rilevanza della validità del patto compromissorio in sede di delibazione delle sentenze arbitrali straniere e la questione della legge applicabile. – 7. Il vigore attuale della convenzione di Ginevra del 1927 nei rapporti tra Italia ed Austria.

1. *Premessa. Le sentenze arbitrali straniere e la giurisprudenza italiana*

Non accade di frequente che al giudice italiano venga richiesta la delibazione di provvedimenti arbitrali stranieri, in contrasto con l'elevato numero di casi nei quali un patto compromissorio viene invocato innanzi allo stesso giudice al fine di escluderne la giurisdizione. La ragione è, probabilmente, da ricercarsi nel fatto che tali provvedimenti godono, nei confronti delle sentenze dell'autorità giudiziaria, di un più elevato – se così si può dire – coefficiente di osservanza spontanea da parte dei soggetti che si sono sottoposti al procedimento arbitrale, anche in relazione alle possibili sanzioni comminate, dallo stesso ambiente sociale cui in genere le parti appartengono, a chi si sottragga al rispetto degli obblighi posti a suo carico dalla pronuncia arbitrale. Se tale spiegazione è esatta, si deve ritenere che esista tutta una larga sfera del commercio giuridico internazionale che si svolge in gran parte secondo regole proprie, le quali non giungono che raramente alla cognizione dello studioso del diritto che non appartenga a quegli ambienti professionali. Certo è, comunque, che le scarse decisioni in materia presentano un rilevante interesse, tanto più se, come nel caso della sentenza della Corte di Appello di Milano del 19 maggio 1964¹, si tratta di decisione definitiva, per non avere la parte soccombente proposto impugnazione, e destinata, quindi, a trovar posto tra i non molti giudicati in materia.

* Pubblicato in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1965, pp. 90-107.

¹ Vedila riprodotta a p. 129 ss. di questa *Rivista*.

2. *La controversia risolta dalla sentenza della Corte d'appello di Milano del 19 maggio 1964 ed i problemi che i giudici dovevano risolvere*

La controversia sottoposta all'esame della Corte era, fondamentalmente, assai semplice. Una società italiana aveva acquistato da una ditta viennese, con la mediazione di una terza ditta, pure viennese, una partita di legname, che essa ritenne non conforme alle qualità pattuite nel contratto. Di fronte al rifiuto di pagare, opposto per tale ragione dal compratore, la venditrice viennese ricorse al tribunale arbitrale presso la Borsa merci di Vienna, alla quale, in base ad apposita clausola compromissoria contenuta nel contratto, era devoluta la cognizione di tutte le controversie eventualmente nascenti dal contratto stesso. Il tribunale, sulla base di una perizia compiuta da un esperto da esso inviato per constatare la qualità della merce, ritenne ingiustificato l'inadempimento della società italiana e la condannò al pagamento della somma pattuita. Della decisione così ottenuta, e rimasta ineseguita, fu richiesta la dichiarazione di efficacia in Italia.

Il problema consisteva dunque, innanzitutto, nello stabilire se alla decisione potesse essere accordata tale efficacia: più precisamente, se essa rientrasse nella categoria delle «sentenze arbitrali straniere» delle quali il codice di procedura civile, all'art. 800, ammette la delibazione, o eventualmente, ammesso che la nozione sia differente, in quella delle *sentences arbitrales étrangères* secondo l'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 26 settembre 1927, resa esecutiva in Italia con l. 18 luglio 1930, n. 1244. Il convenuto aveva infatti eccepito l'impossibilità che l'atto fosse dichiarato efficace come atto giurisdizionale, in quanto si sarebbe trattato di semplice perizia contrattuale, avente effetti puramente obbligatori, e privo delle caratteristiche che consentono la delibazione degli atti giurisdizionali stranieri.

La Corte ha respinto questa tesi, con una motivazione ampia e penetrante, che fa leva sul ruolo occupato dalla perizia tecnica sullo stato delle merci nell'ambito del giudizio del collegio arbitrale viennese. Poiché l'accertamento tecnico, argomenta la sentenza, ha costituito puramente e semplicemente un *atto istruttorio* del procedimento arbitrale, del tutto infondata è la pretesa di negare alla decisione degli arbitri la natura di atto che pronuncia su di una controversia, risolvendola secondo diritto.

Il semplice fatto che gli arbitri abbiano posto alla base del proprio convincimento il parere tecnico del perito, non prova nulla contro tale conclusione, dato che lo stesso fenomeno si verifica in tutti quei giudizi, non importa se davanti a giudici o arbitri, nei quali la controversia verta su questioni di fatto la cui soluzione implica accertamenti di carattere tecnico. La natura dell'atto con cui si conclude il giudizio, in altre parole, non può mutare sol perché i giudicanti abbiano tratto dagli accertamenti peritali elementi di prova, sovranamente apprezzati: il che, del resto, è precisamente il fine per il quale simili accertamenti vengono disposti.

Se un appunto può muoversi a queste considerazioni della sentenza, esso con-

siste nel non essersi chiaramente distinto il concetto di perizia contrattuale da quello di arbitrato libero, o irrituale, che sembrano richiamati indifferentemente per designare lo stesso fenomeno, sia pure al fine di escluderne, nella specie, la ricorrenza. In realtà, per quanto frequenti siano le oscillazioni e le incertezze, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, su questa delicata materia, sembra ormai acquisito che si ha arbitraggio (di cui la perizia contrattuale non costituisce, secondo l'opinione più accettabile, che una sottospecie)², quando sia devoluta ad un terzo la determinazione di un *elemento* del rapporto contrattuale fra le parti, rapporto che, pertanto, è da considerarsi imperfetto³; mentre l'arbitrato libero presuppone un rapporto obbligatorio in sé perfetto, in relazione al quale sorge una controversia, che si vuole comporre al di fuori delle forme e dei modi caratteristici dell'arbitrato rituale⁴.

A parte ciò, le considerazioni sopra esposte sono indubbiamente esatte, ed esatta appare anche la soluzione della controversia che ne deriva. Tuttavia, esse presuppongono risolto un problema i cui termini non sono stati, forse, del tutto chiari alla Corte. Si tratta cioè di stabilire se esista la possibilità di applicare senz'altro agli arbitrati ed alle sentenze arbitrali straniere le varie distinzioni elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza tra le diverse figure di mezzi arbitrali di risoluzione delle controversie previsti dal diritto interno. Possibilità che la sentenza, esaminando le caratteristiche dell'atto straniero come se si trattasse dell'atto conclusivo di un procedimento arbitrale disciplinato dal diritto italiano, sembra ammettere senza limiti, come se si trattasse di vera e propria necessità, ma anche senza giustificazione alcuna: e che, invece, solleva i più seri dubbi.

² Si veda, da ultimo, in questo senso, SCHIZZEROTTO, *Arbitrato irrituale e arbitraggio*, Milano, 1963, pp. 261 ss., spec. 269, per il quale tutte le figure di perizia contrattuale sono riconducibili o sotto la figura dell'arbitraggio, o sotto quella dell'arbitrato improprio o irrituale. In giurisprudenza, per una sostanziale identificazione con l'arbitraggio, cfr. Cass. 8 novembre 1961, n. 2586, *Leonardi c. Corta*, in *Foro it.*, *Rep.* 1961, voce *Perizia in genere*, nn. 1-3; Cass. 30 novembre 1962, n. 3234, *Farcid c. Soc. Cotonificio Bellora*, in *Foro pad.*, 1963, I, 6; Cass. 29 luglio 1964, n. 2161, *Soc. Purfina Italiana c. Beneddelli*, in *Giust. civ.*, *Mass.* 1964, 999.

³ In questo senso si veda SCHIZZEROTTO, *op. cit.*, pp. 39 ss., 257 ss., dove si trovano anche i riferimenti alla vasta bibliografia. V. anche NOBILI, *L'arbitrato delle associazioni commerciali*, Padova, 1957, p. 23 ss.

⁴ La definizione preferita dalla maggioranza della dottrina configura, com'è noto, l'arbitrato libero (o irrituale, o improprio) come *arbitraggio in una transazione*-, si veda, anche per riferimenti, SCHIZZEROTTO, *op. cit.*, pp. 21 ss., 257 ss. Carattere distintivo dell'istituto sarebbe, pertanto, la volontà delle parti di fare comporre la lite da arbitri che esercitano sul rapporto controverso poteri dispositivi in loro vece, ossia svolgono un'attività negoziale sostitutiva di quella delle parti. Tuttavia, esiste una recente tendenza giurisprudenziale che ammette la possibilità di un arbitrato irrituale in cui le parti deferiscano all'arbitro il potere di chiarire una situazione incerta mediante un semplice accertamento, o addirittura il potere di decidere la controversia secondo diritto: cfr. da ultimo Cass. 14 marzo 1963, n. 637, *Minozzi c. Minozzi*, in *Giust. civ.*, 1963, I, 1313; *Giur. it.*, 1964, I, 1, 76; Cass. 18 ottobre 1963, n. 2784, *Volpi c. Rosati*, in *Giust. civ.*, 1964, I, 87. Si mantiene invece fedele alla costruzione dell'arbitrato libero come arbitraggio in una transazione Cass. 11 luglio 1964, n. 1828, *Bussi c. Parone*, in *Giust. civ.*, *Mass.* 1964, 830.

Se, in altri termini, di fronte ad un compromesso o ad una clausola compromissoria per arbitrato italiano, o ad un atto che presenti *prima facie* le caratteristiche del lodo arbitrale, è necessario porsi il problema della loro natura giuridica – stabilire, cioè, se si tratta di un arbitrato rituale, oppure libero, o invece di un arbitraggio – allo scopo di precisarne gli effetti giuridici tra le parti, o in ordine ad un procedimento già iniziato, o per determinare i poteri del giudice ordinario nei loro confronti, non altrettanto si deve dire di fronte ad un provvedimento arbitrale straniero⁵. Si tratta, in questo caso, di determinare l'idoneità di quest'ultimo ad essere reso efficace in Italia attraverso lo speciale procedimento previsto e disciplinato dall'art. 800 del codice di procedura civile, o a quelli diversi eventualmente stabiliti da convenzioni internazionali: prima fra tutte, la già citata convenzione di Ginevra del 1927 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere.

Appare dunque opportuno, per rendere più completa l'esposizione, considerare separatamente i due sistemi, rinviando ad un momento successivo la risposta al quesito circa l'attuale vigenza della detta convenzione nei rapporti tra Italia ed Austria, che la Corte di Milano ha incidentalmente negato: ancorché, da un punto di vista puramente logico, l'esatta determinazione delle norme applicabili al caso concreto debba costituire la prima questione da porsi.

3. *La qualificazione delle sentenze arbitrali straniere secondo il diritto comune e l'art. 800 cod. proc. civ.*

L'art. 800 codice di procedura civile dichiara applicabili anche alle sentenze arbitrali straniere, le disposizioni circa la dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere, a condizione che si tratti di sentenze pronunciate tra stranieri, o tra uno straniero ed un cittadino, o tra cittadini domiciliati o residenti all'estero, che non riguardino controversie che non possono formare oggetto di compromesso a norma dell'art. 806 e, secondo la legge del luogo in cui sono state pronunciate, abbiano efficacia di una sentenza dell'autorità giudiziaria. Il presupposto della norma è dunque, come appare chiaro, che la sentenza tragga la propria efficacia da un ordinamento straniero⁶: si tratti di efficacia derivante da un deposito o da una

⁵ Naturalmente queste considerazioni sono relative allo stato attuale del diritto positivo italiano. È naturale che, in astratto, si possono ipotizzare i sistemi più diversi per rendere efficaci in un ordinamento i lodi stranieri, tra cui quello di parificare completamente gli arbitrati stranieri a quelli nazionali, subordinando così l'efficacia dei relativi lodi alle stesse formalità. Quest'ultimo è, ad esempio, il sistema seguito in Francia, ove il lodo, tanto straniero quanto nazionale, è reso esecutivo con ordinanza del Presidente del tribunale, a norma dell'art. 1020 del *Code civil*; v., anche per le citazioni di giurisprudenza, BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, 3^a ed., Paris, 1959, p. 834 s.

⁶ In questo senso MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*. 2^a ed., Padova, 1954. p. 348 s.

omologazione avvenuta, in via primaria, ad opera di organi pubblici di tale ordinamento, oppure di efficacia senz'altro attribuita al lodo per forza di legge, indipendentemente dall'intervento dell'autorità giudiziaria o di altro organo pubblico.

Ma si deve trattare, in ogni caso, di un atto straniero che si presenta collegato con un determinato ordinamento, dal quale desume la propria rilevanza giuridica.

Ora la prima operazione che deve essere compiuta dall'interprete il quale voglia applicare la norma ad un caso determinato, è quello consistente nel *qualificare* l'atto, che si assume costituire una sentenza arbitrale straniera, per stabilire se esso rientri nella categoria contemplata dalla norma stessa. L'operazione riguarda, dunque, un atto che costituisce il risultato di un procedimento che si è già svolto ed ha esaurito i propri effetti in un ordinamento giuridico straniero, e dalla cui natura quella dell'atto è direttamente determinata.

Ora, se l'atto è munito, nell'ordinamento al quale appartiene, di una certa efficacia, che è propria delle sentenze dell'autorità giudiziaria, il margine entro il quale è possibile applicare le nozioni proprie del nostro ordinamento è ridotto d'assai. Infatti, esse potranno essere applicate soltanto per una diversa qualifica dell'atto in se stesso, quale concretamente risulta in base ai caratteri che l'ordinamento straniero vi ha impresso, senza che sia possibile tener conto della diversa qualificazione che il procedimento nel suo complesso avrebbe potuto eventualmente ricevere, qualora si fosse svolto nel nostro ordinamento giuridico. È chiaro perciò, che un atto straniero, avente efficacia di sentenza dell'autorità giudiziaria, *non può essere qualificato*, in Italia, che come sentenza, o sentenza arbitrale, o provvedimento di volontaria giurisdizione; non mai, invece, come arbitraggio, o perizia contrattuale, o comunque come atto provvisto di efficacia puramente obbligatoria, perché, così facendo, si misconoscerebbe il carattere reale che è proprio dell'atto in base alle norme straniere che hanno presieduto alla sua formazione. Se invece tale efficacia manca, viene meno la possibilità stessa della delibazione.

In altri termini, nell'ambito degli accertamenti che la norma dell'art. 800 codice di procedura civile impone di compiere al giudice adito per la dichiarazione di efficacia di un atto straniero che si assume rivestire la qualifica di sentenza arbitrale, non sembra giustificato ricercare anzitutto, in linea astratta ed in base alle nozioni proprie del nostro ordinamento, se quell'atto sarebbe in tal modo qualificato qualora fosse il punto di arrivo di un procedimento, quale che esso fosse, svolgentesi nell'ambito dell'ordinamento italiano, ed in base a norme italiane. E passare soltanto in un momento successivo, e solo nel caso che l'atto apparisse qualificabile come sentenza arbitrale anche secondo le nozioni italiane, all'accertamento della sua efficacia concreta⁷ nell'ambito dell'ordinamento al quale appartiene.

⁷ La dottrina precisa infatti che le condizioni richieste per la delibazione della sentenza arbitrale, prima tra tutte l'efficacia di sentenza dell'autorità giudiziaria, devono sussistere come caratteristiche attuali e concrete dell'atto, e non come sua astratta idoneità. V. MORELLI, *op. cit.*, p. 349 e nota 2; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3^a ed., vol. IV, Napoli, 1964, p. 713.

Seguendo questo diverso procedimento, sarebbe possibile giungere al risultato che un atto, considerato sentenza arbitrale nell'ordinamento cui appartiene, e dotato in esso dell'efficacia di sentenza dell'autorità giudiziaria, non potesse essere reso esecutivo in Italia perché non considerato qui come risultato di un arbitrato «rituale»⁸. Il che, se si tiene presente il carattere spiccatamente giurisdizionalistico del procedimento arbitrale, qual è configurato dal nostro codice di procedura civile, non può non apparire assolutamente incongruo⁹: tanto più se si pensa che, prevedendo la grande maggioranza degli ordinamenti stranieri delle figure di arbitrato che equivalgono al procedimento giurisdizionale, pur essendo svincolate da un rigido controllo dell'autorità giudiziaria, seguire l'opinione ora criticata significherebbe offrire un singolare incentivo alla malafede dei contraenti, sul piano del commercio internazionale.

Certamente, la lettera della norma contenuta nell'art. 800 può indurre, a prima vista, a ritenere il contrario, in quanto sembra disgiungere il carattere di sentenza arbitrale di un atto dalla sua efficacia di sentenza dell'autorità giudiziaria. Ma, se si pone mente al fatto che il legislatore ha certamente tenuto presente il procedimento mediante il quale il lodo arbitrale rituale *italiano* può acquistare efficacia di sentenza, se ne arguisce che la norma è basata sul concetto che l'acquisto di efficacia di sentenza dell'autorità giudiziaria è essenziale al concetto stesso di sentenza arbitrale, la quale non può esistere, secondo il concetto della norma, priva di essa. Se ne conclude che, in base all'art. 800 codice procedura civile, un provvedimento arbitrale straniero privo, nell'ordinamento cui appartiene, di quell'efficacia, *non è* una sentenza arbitrale straniera¹⁰, e non costituisce, invece, una sentenza arbitrale straniera non delibabile. E che, inversamente, un provvedimento arbi-

⁸ A volte *l'iter* logico criticato appare seguito dalla giurisprudenza italiana: cfr. ad esempio, la decisione dell'App. Napoli, 27 maggio 1936, *Mafia c. Bunge*, in *Mon. trib.*, 1936, 685, che però considera rituale, secondo le nozioni italiane, l'arbitrato che si deve svolgere secondo le regole della *London Corn Trade Association*, e quella della Cassazione, 18 dicembre 1946, n. 1380, *Soc. Oscal c. Soc. Vernal*, sentenza inedita e non massimata, la quale, a quanto riferiscono il MINOLI ed il MARMO, in *Atti del Convegno internazionale per la riforma dell'arbitrato*. Cadenabbia-Milano 3-6 giugno 1934, Milano 1955, rispettivamente a p. 48 e a p. 208 ss., avrebbe ritenuto irrurale un arbitrato che si svolge secondo le norme della Camera di commercio internazionale di Parigi. La mancata conoscenza del testo della sentenza, però, non consente un giudizio preciso sulla portata delle affermazioni della Suprema Corte.

⁹ A conclusioni in parte analoghe giunge il NOBILI, *op. cit.*, p. 37, secondo il quale, però, ciò accadrebbe per la prevalenza della qualificazione data dalla legge straniera. Al contrario, come si dirà più oltre nel testo, sembra che si abbia, non già un'eccezione alla regola, ma una normale applicazione dei principi in materia di qualificazione.

¹⁰ È forse opportuno distinguere tra astratta idoneità a conseguire l'efficacia e concreto conseguimento di essa. Mentre l'astratta idoneità sarebbe essenziale alla stessa nozione di sentenza arbitrale straniera, potrebbe essere ritenuto sentenza arbitrale non delibabile un provvedimento straniero che, pur suscettibile in astratto di conseguire l'efficacia giurisdizionale, ne sia privo in concreto, sia perché non sono state adempiute le condizioni necessarie (deposito presso organi pubblici, ecc.), sia perché essa gli sia stata rifiutata per ragioni indipendenti dalla sua natura giuridica (ad es., perché non depositato in termini).

trale che quell'efficacia possieda, è senz'altro da ritenersi una sentenza arbitrale, comunque potesse essere qualificato in base alle nostre nozioni se, in ipotesi, tale provvedimento fosse stato presentato al Pretore competente, a norma dell'art. 825 codice procedura civile.

È vero che la qualificazione di un atto straniero, ai fini della dichiarazione di efficacia in Italia, deve essere compiuta in base ai principi dell'ordinamento italiano, come ritengono concordemente dottrina¹¹ e giurisprudenza dominanti, e come si è avuto occasione di precisare, soprattutto a proposito degli atti stranieri di volontaria giurisdizione¹², che costituiscono la categoria di atti, fra tutti quelli di cui è prevista la possibilità di delibazione, che offre la maggiore difficoltà. Ma non è men vero che tale esatto principio deve essere precisato e completato, aggiungendo che la qualificazione deve comunque riguardare l'atto nei suoi caratteri reali, quali risultano dall'ordinamento straniero che vi ha dato vita, e non come semplice fatto giuridicamente insignificante¹³.

Non si obietti che, in tal modo, si viene ad ammettere la possibilità di riconoscere efficacia a provvedimenti stranieri sforniti di quelle garanzie che sono previste dal nostro ordinamento per il processo arbitrale¹⁴. Infatti, in quanto tali garanzie si traducano in caratteri essenziali della sentenza, il controllo della loro esistenza sarà assorbito dal controllo del ricorrere, nel provvedimento presentato in delibazione, del carattere stesso di sentenza. A tal fine, acquisteranno particolare importanza alcuni requisiti essenziali attinenti al principio del contraddittorio, in quanto compatibili con le speciali caratteristiche del giudizio arbitrale¹⁵, il cui ac-

¹¹ Si vedano, a proposito della qualificazione delle sentenze straniere, le considerazioni del MORELLI, *op. cit.*, p. 306, che richiama le osservazioni contenute in una lontana nota dell'ANZILOTTI, in *Riv. dir. int.*, 1910, p. 144; PAONE, *Sulla qualificazione degli atti giurisdizionali stranieri*, in *Riv. dir. int.*, 1959, p. 503. In materia di arbitrato, cfr. anche MARMO, *Gli arbitrati stranieri e nazionali con elementi di estraneità*, in *Annuario di dir. comparato e studi legislativi*, XXIII (1946), p. 1 ss., spec. p. 41.

¹² In tal senso le sentenze: Cass. sez. un., 24 ottobre 1958, n. 3436, *Masuello c. Heijn*, in *Riv. dir. int.*, 1959, 303, nota PAONE; in *Tem*, 1939, 10, nota FABOZZI; in *Foro it.*, 1959, I, 394; Cass. sez. un., 3 luglio 1963, n. 1794, *Behian c. Loesch*, in *Foro it.*, 1963, I, 1347; in *Riv. dir. int.*, 1964, 314; in *Giur. it.*, 1964, I, 1, 781, nota FRANCHI. La prima di queste decisioni, peraltro, ha applicato il principio in modo che non appare da condividere ed ha incontrato, perciò, le critiche del Paone e del Fabozzi nelle note ora citate.

¹³ Il fondamento teorico di queste affermazioni si riallaccia al significato intrinseco della dichiarazione di efficacia delle sentenze e degli atti stranieri, che produce l'inserimento di un atto concreto e non del procedimento che esso definisce, inteso come equivalente processuale del procedimento previsto dall'ordinamento nazionale.

Sulla natura della dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere si veda, per tutti, MORELLI, *op. cit.*, p. 283 ss. Per ulteriori considerazioni sul tema dell'arbitrato estero, in relazione alla delibazione delle sentenze che ne risultano, mi permetto di rinviare al mio scritto *Questioni sulla rilevanza dell'arbitrato estero*, in *Comunicazioni e studi* dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano, XI (1963), p. 293 ss.

¹⁴ Sulla necessità di distinguere tra «concetto» di sentenza e «garanzia» della stessa si vedano CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, sez. I, Napoli, 1934, p. 44; MORELLI, *op. cit.*, p. 306.

¹⁵ In particolare i requisiti di cui ai numeri 2 e 3 dell'art. 797 cod. proc. civ. La dottrina ammette,

certamento deve essere effettuato in base al richiamo che l'art. 800 compie alle disposizioni dell'art. 797 cod. proc. civ. Ciò che appare necessario escludere è che, in dipendenza dei caratteri differenziali assunti nel nostro ordinamento dalle varie forme di composizione non giurisdizionale delle controversie, sia possibile negare efficacia in Italia a provvedimenti arbitrali stranieri, dotati della medesima efficacia dei provvedimenti del giudice ordinario.

4. *La nozione di sentenza arbitrale secondo la convenzione di Ginevra del 26 settembre 1927*

Assai diversa è la prospettiva nella quale il problema della delibazione delle sentenze arbitrali straniere deve venire affrontato in base alle norme della convenzione di Ginevra del 1927. Trattandosi di norme internazionali, è naturale che esse, in linea di principio, pongano autonomamente le nozioni con le quali designano le categorie di atti contemplati. In questo caso, il concetto di «sentenza arbitrale» deve essere evidentemente ricavato da una nozione comune alle legislazioni dei vari Paesi contraenti: il che, dato il numero e la diversità degli ordinamenti giuridici degli Stati aderenti, si traduce nel richiamo ad un fondo comune di idee e di istituti giuridici che, in materia, si può dire senz'altro esistente¹⁶.

Dato, comunque, che l'interpretazione delle espressioni contenute nelle norme convenzionali deve in primo luogo avvenire in base all'insieme delle norme stesse, è necessario esaminare se, tra le disposizioni convenzionali, ne esista qualcuna

in genere, che la sussistenza di tali condizioni deve essere controllata anche nei confronti del giudizio arbitrale, sia pure con le dovute cautele: cfr. MORELLI, *op. cit.*, p. 349; ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 714, il quale ultimo, però, nega la possibilità di estendere alla procedura arbitrale la disciplina della contumacia, con la conseguente impossibilità di applicare la norma dell'art. 798 circa il riesame del merito. Più incerta è la giurisprudenza: per l'affermativa su quest'ultimo punto, nel vigore del vecchio codice, Cass. 16 febbraio 1929, n. 598, *Thurnett c. Soc. Un. Commiss. Ligure*, in *Foro it.*, 1929, I, 617, e in *Riv. dir. int.*, 1929, 421; e più recentemente App. Messina, 9 settembre 1959, *Soc. Johann Meyer c. Rigano*, in *Foro it.*, 1960, I, 1228; *Giust. civ.*, 1960, I, 412; *Riv. dir. int.*, 1960, 346. In senso contrario, Cass. 9 maggio 1962, n. 930, *Rigano c. Soc. Johann Meyer*, in *Foro it.*, 1962, I, 887; *Foro pad.*, 1962, I, 844; *Giust. civ.*, 1962, I, 1942; *Riv. dir. int.*, 1964, 107, la quale, però, sembra escludere il riesame del merito, non già perché nel procedimento arbitrale sia inconcepibile la disciplina della contumacia, ma perché, nella specie, le norme regolatrici della procedura arbitrale (amburghese) escludevano che, nel caso di mancata comparizione di una delle parti, si applicasse il procedimento contumaciale previsto per il giudizio avanti i tribunali ordinari. La sentenza contiene anche pregevoli considerazioni circa le altre condizioni previste dai numeri 203 dell'art. 797. Al riguardo è da notare che la sentenza della Corte milanese che si esamina afferma che l'eccezione relativa alla mancata assegnazione di un congruo termine a comparire avanti al tribunale arbitrale è destituita di fondamento, in quanto la convenuta poté tempestivamente costituirsi, e non coltivò alcuna eccezione del genere davanti agli arbitri. Ora, se è vero che tutte queste circostanze possono essere indizio, in concreto, della congruità del termine, non sembra tuttavia che un esame di tale estremo possa ritenersi precluso per il solo fatto della mancata eccezione nel giudizio arbitrale.

¹⁶ Cfr., a proposito della nozione di «sentenza» straniera, MORELLI, *op. cit.*, p. 306.

che possa illuminare circa la portata dell'espressione «sentenza arbitrale». A tal fine potrebbe sembrare significativa la norma dell'art. 1, lett. *d*, della convenzione, che richiede, tra gli altri requisiti della sentenza, che essa «soit devenue définitive dans le pays où elle a été rendue, en ce sens qu'elle ne sera pas considérée comme telle si elle est susceptible d'opposition, d'appel ou de pourvoi en cassation (dans les pays où ces procédures existent), ou s'il est prouvé qu'une procédure tendant à contester la validité de la sentence est en cours». Si potrebbe pensare, cioè, che il requisito della definitività importasse il carattere necessariamente «processuale» della sentenza, nel senso che, a norma della convenzione, fossero riconoscibili soltanto quelle sentenze arbitrali cui, nell'ordinamento al quale appartengono, sono attribuiti effetti in qualche modo analoghi od equivalenti a quelli attribuiti alle sentenze dell'autorità giudiziaria¹⁷. In realtà il dubbio non appare fondato. Quali che fossero le opinioni personali dei redattori della convenzione circa il controverso problema della natura giuridica dell'arbitrato, non sembra che esse si siano tradotte in un preciso limite al riconoscimento delle sentenze sul piano positivo. Il problema pratico che si è voluto risolvere con la disposizione è evidente: si trattava di ammettere all'efficacia soltanto quelle sentenze che offrirono sufficienti garanzie di stabilità, che non apparissero, cioè, tuttora esposte al pericolo di venir meno in seguito ad azioni di impugnazione o simili. Si è prescelta così la formula della definitività, della cui opportunità si può, d'altronde, dubitare, di fronte alla varietà di risultati cui essa dà luogo a seconda dell'ordinamento al quale venga applicata.

Infatti, un esame comparativo, anche sommario, delle disposizioni vigenti nei vari ordinamenti rivela come, oltre ai casi in cui un lodo, per essere definitivo, deve necessariamente essere fornito di tutti gli effetti che esso è suscettibile di produrre (e ciò accade in tutti quegli ordinamenti nei quali i termini per le impugnazioni decorrono dal momento del deposito del lodo stesso presso il giudice od altro organo pubblico)¹⁸, esiste una vasta gamma di casi in cui il lodo può divenire definitivo per il semplice trascorrere di un certo termine dalla data di comunicazione alle parti¹⁹, sì che l'acquisto di effetti ulteriori (ad es. esecutivi, quando

¹⁷ In questo senso, infatti, il MARMO, *La convenzione di New York sul riconoscimento delle sentenze arbitrali*, in *Riv. dir. int.*, 1959, p. 32.

¹⁸ Così, ad esempio, a somiglianza dell'ordinamento italiano, quello francese (art. 1028 *Code civil*) e quello tedesco (par. 1042 e 1043 *Zivilprozessordnung*).

¹⁹ È il caso dell'ordinamento olandese (art. 650 codice di procedura civile), e di quello austriaco, nel quale, tuttavia, anche l'efficacia esecutiva è esplicita dal lodo appena portato a conoscenza delle parti, senza bisogno di altre formalità (par. 594 e ss. *Zivilprozessordnung*). Nell'ordinamento inglese, il lodo è considerato «final», ossia definitivo, quando non sono più esperibili, o sono stati esperiti, i rimedi previsti dalle sect. 22 e 23 dell'*Arbitration Act* del 1950 (*remission* e *setting aside* della sentenza arbitrale da parte del tribunale), ossia dopo sei settimane dal momento in cui la sentenza è pubblicata. La domanda di *enforcement* introduce una procedura separata e distinta. Sulle caratteristiche delle disposizioni dell'ordinamento inglese in questa materia si veda l'accurata esposizione che ne fa la sentenza della Cassazione 30 settembre 1933, n. 2721, *Ditta Cornelius c. S.p.a. S.C.E.A.*, in *Giur. it.*, 1933, I, 1, 917, nota SERRI. Si veda, altresì, RUSSELL, *On Arbitration*, 17^a ed. a cura di WALTON, London, 1963, pp. 273 ss., 302 ss.

già non conseguono *ipso jure*) è subordinato ad altre formalità del tutto indipendenti da quelle necessarie al fine di far decorrere il termine per le impugnazioni. È proprio per ovviare a tali disparità di trattamento che la recente convenzione di New York del 10 giugno 1958 sostituisce il requisito della definitività della sentenza con quello della produzione degli effetti obbligatori²⁰. Ma, a parte ciò, è chiaro che la grande varietà dei possibili casi fa sì che la riconoscibilità della sentenza, secondo la convenzione di Ginevra, venga ad essere subordinata a requisiti che nulla hanno a che fare con il carattere processuale dell'arbitrato. Ed infatti, possono darsi casi nei quali una sentenza può essere riconosciuta, in quanto definitiva, perché è spirato il termine per l'impugnazione, ancorché essa, nell'ordinamento cui appartiene, non abbia ancora acquistato efficacia esecutiva²¹; oppure casi in cui tale efficacia non verrà mai conseguita, in quanto al lodo vengono ricollegati effetti puramente obbligatori²².

In conclusione, si può affermare che il requisito della definitività richiesto dall'art. I, lett. *d*, della convenzione di Ginevra, non è idoneo a tradursi in elemento costitutivo della nozione di sentenza arbitrale straniera nel senso della convenzione stessa. In altri termini, poiché esso può indifferentemente riferirsi a provvedimenti arbitrali aventi caratteri diversissimi negli ordinamenti cui appartengono, quel requisito non dice nulla circa il significato dell'espressione «sentenza arbitrale»: si tratta soltanto di una condizione per la riconoscibilità, nei vari Stati aderenti alla convenzione, di un atto che risulta altrimenti definito. Tale definizione non può risultare che dai principi generali, in base ai quali dovrà considerarsi sentenza arbitrale, a termine della convenzione, qualsiasi atto straniero, proveniente da un arbitro o da un collegio arbitrale, che definisca un procedimento di risoluzione della controversia portata davanti all'arbitro.

L'esistenza della decisione di una controversia relativa ad un preesistente rapporto giuridico appare, a questi fini, l'unico elemento necessario per riconoscere,

²⁰ Art. V, n. 1, lett. *e* della convenzione.

²¹ Si veda il caso esaminato e risolto dalla citata sentenza della Cassazione 30 settembre 1955, n. 2721, in cui il lodo dichiarato esecutivo era sicuramente definitivo, ma non godeva dell'efficacia esecutiva nell'ordinamento di origine.

²² Cfr. MINOLI, *L'Italia e la convenzione di New York per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1939, p. 1026 ss., spec. 1039, e in *Scritti in ricordo di Ferdinando Salvi*, Bologna, 1960, p. 295 ss., spec. p. 311. L'autore cita una sentenza della Corte di Cassazione italiana, 27 marzo 1954, n. 949, *Soc. Compagnie du Niger français c. Delfino* (inedita e non massimata nella parte che qui interessa), secondo la quale la convenzione di Ginevra del 1927 ammetterebbe il riconoscimento di lodi stranieri assimilabili a quelli irrituali italiani, ossia dotati di efficacia puramente obbligatoria. Un'interpretazione analoga è stata accolta in Inghilterra, dove le disposizioni della convenzione di Ginevra formano parte integrante dell'*Arbitration Act* del 1950. In base alla *section 37*, (1), (*d*) dell'Act, che richiede che la sentenza arbitrale sia divenuta «final in the country in which it was made», è stato ritenuto riconoscibile un lodo danese, che aveva effetti di puro diritto privato nell'ordinamento cui apparteneva: si tratta del caso *Union nationale des Co-opératives agricoles des céréales v. Robert Catterall & Co. Ltd.*, [1959] 1 All E.R. 721, riportata anche, con commento del JONES, in *International and Comparative Law Quarterly*, 8 (1959), 743.

nell'atto emanato dagli arbitri, una sentenza arbitrale. A nulla rileva, invece, che la definizione della controversia sia avvenuta in base allo stretto diritto, o all'equità, o in base ad un più o meno esteso potere discrezionale attribuito dalle parti agli arbitri ai fini di un regolamento transattivo della vertenza. Ciò significa che non rileva la qualifica di rituale o irrituale che l'arbitrato di cui trattasi potrebbe rivestire qualora si svolgesse nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano²³. La trasposizione di tali nozioni al campo del riconoscimento delle sentenze straniere in base alla convenzione di Ginevra, sarebbe del tutto arbitraria, poiché, come si è detto, nessuna disposizione contenuta in quest'ultima potrebbe giustificarla.

5. *Applicazione dei principi esposti al caso di specie. Le caratteristiche dei tribunali di borsa austriaci*

Se si vuole, ora, applicare i principi esposti al caso di specie, ne risulta confermata l'esattezza della conclusione raggiunta dalla Corte, e favorevole al riconoscimento dell'efficacia dell'atto austriaco. Si tratta, infatti, di un provvedimento emanato dal Tribunale arbitrale della Borsa merci di Vienna, organo arbitrale permanente la cui attività è disciplinata dagli arti. XIII-XXVII dalla *Einführungsgesetz* del 1° agosto 1895, alla *Zivilprozessordnung* austriaca, della stessa data. Queste norme, che prevalgono sulle norme che regolano il normale processo arbitrale (par. 587-599 ZPO), e sono integrate da quelle riguardanti il procedimento contenute negli statuti delle singole Borse, prevedono e disciplinano uno speciale giudizio presso i collegi arbitrali di borsa, che presenta caratteristiche così singolari da indurre parte della dottrina a ritenere che si tratti, non tanto di tribunali arbitrali, quanto di vere e proprie giurisdizioni speciali²⁴. Sicché i provvedimenti emessi dai tribunali in questione sono avvicinati più alle sentenze dei tribunali ordinari, che alle normali sentenze pronunciate da arbitri²⁵. Anche a prescindere, comunque, dalla loro più esatta configurazione dottrinale, è certo che l'efficacia dei provvedimenti in questione non si distingue in nulla da quella delle sentenze dell'autorità giudiziaria, e comprende anche gli effetti esecutivi, che conseguono

²³ In questo senso MINOLI, *op. cit.*, p. 1039 (p. 311 nei citati *Scritti in ricordo di F. Salvi*).

²⁴ Sui giudizi arbitrali di borsa austriaci si veda POLLAK, *System des österreichischen Zivil Prozessrechtes, mit Einschluss des Exekutionsrechtes*, 2ª ed., Wien, 1932, p. 230. Ivi, circa la natura di quei tribunali arbitrali, si legge che «die Börsenschiedsgerichte stellen die schwächste Form der staatlichen Rechtsprechung dar, sind aber mit Rücksicht auf ihre Entscheidungs- und Befehlsgewalt derzeit alle staatlichen Gerichte, die daher nur irreführend den Namen eines Schiedsgerichtes tragen». Tali tribunali sono qualificati giurisdizioni speciali anche da Cass. 25 giugno 1929, *Ditta Berlinger c. Beck*, in *Il Foro delle Venezie*, 1930, 18. Si veda anche NOBILI, *op. cit.*, p. 36, nota 57.

²⁵ Diverso è anche il nome usato dalla legge austriaca per designare i due tipi di provvedimenti: *Erkenntnis* quello emesso dai Tribunali di borsa, *Schiedsspruch* il normale lodo arbitrale. Ciò non sarebbe, peraltro, sufficiente per ritenere che ci si trovi di fronte ad una sentenza straniera non arbitrale.

de jure all'atto indipendentemente da qualsiasi deposito od omologazione presso organi pubblici. Tale caratteristica è peraltro comune, nell'ordinamento austriaco, a tutte le sentenze arbitrali, da qualsiasi arbitro siano emesse, come stabilisce espressamente il par. 594 della *Zivilprozessordnung*²⁶. In tal modo, il ricorrere di tale carattere (inspiegabilmente ignorato dalla sentenza della Corte), ove si fosse voluto ragionare sulla base delle sole norme comuni, come ha mostrato di voler fare la Corte, avrebbe dovuto indurre senz'altro a ritenere superate tutte le eccezioni che la parte convenuta muoveva alla qualificazione dell'atto in questione come sentenza arbitrale, senza bisogno di entrare in quell'esame particolareggiato del procedimento che la Corte ha ritenuto di dover compiere.

È interessante notare ancora come esistano anche nell'ambito dell'ordinamento italiano dei provvedimenti arbitrali dotati di caratteristiche analoghe a quelle dell'atto che si è considerato. Si tratta delle pronunce emesse dal tribunale arbitrale esistente presso la Camera di Commercio di Trieste, ove è rimasta viva la tradizione del tribunale di borsa istituito in base alle leggi austriache, a somiglianza di quelli tuttora esistenti in Austria, quando la città apparteneva ancora all'impero austro-ungarico²⁷. Nonostante le trasformazioni intervenute con il passare degli anni, è rimasta in vita la caratteristica essenziale di quelle decisioni, che consiste, come anche la giurisprudenza ha avuto occasione di chiarire²⁸, nel fatto che le formalità necessarie perché i lodi arbitrali comuni acquistino efficacia di sentenza (deposito presso la Cancelleria della Pretura ed omologazione pretorile) non si applicano, eccezionalmente, ad esse, che godono senz'altro di efficacia esecutiva.

6. *La rilevanza della validità del patto compromissorio in sede di delibazione delle sentenze arbitrali straniere e la questione della legge applicabile*

Non si è esaminato, sino ad ora, il problema della permanenza in vigore, nei rapporti tra Italia ed Austria, della convenzione di Ginevra del 1927. Questo punto deve essere chiarito al fine di valutare la soluzione data dalla Corte ad altra

²⁶ POLLAK, *op. cit.*, p. 771: «Der Schiedsspruch hat urteilsgleiche Wirkung hinsichtlich der Rechtskraft, Tatbestandswirkung, Vollstreckbarkeit». Il lodo è infatti di per sé titolo, esecutivo: il ricorso all'autorità giudiziaria è necessario solo per iniziare la procedura esecutiva, come per qualsiasi altro titolo. È noto infatti che in base al diritto processuale austriaco il precetto è atto del giudice, e non della parte: v. POLLAK, *op. cit.*, p. 788 ss.

²⁷ Sul giudizio di borsa a Trieste, si veda ASQUINI, *Il giudizio arbitrale presso la Borsa di Trieste*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, 4. Anche a proposito dell'attuale giudizio arbitrale presso la Camera di commercio di Trieste, le opinioni sono divise: il SANTINI, *La vendita per filière*, Padova, 1951, p. 63, nota 69, io considera un arbitrato volontario, mentre il VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli, 1953, p.353nota 1, propende per la tesi della giurisdizione speciale.

²⁸ Cfr. App. Trieste, 12 luglio 1948, *Soc. it. tecnico-industriale c. Soc. Lejet*, in *Foro it.*, 1948, I, 972; App. Trieste, 24 novembre 1948, *Uivod c. Panjek*, in *Foro it.*, 1949, I, 307.

questione sottoposta al suo esame, che concerneva la validità della clausola compromissoria in base alla quale la controversia era stata deferita al tribunale arbitrale viennese. Secondo la Corte, «l'eccezione appartiene all'impugnazione del lodo davanti al competente magistrato straniero, *la quale non fu spiegata*; senza dire che una simile eccezione non fu nel caso sollevata neppure davanti agli arbitri». È chiaro che tale affermazione è frutto dell'erronea applicazione di principi e nozioni propri del processo arbitrale italiano ad un procedimento straniero. Si tratta, in realtà, di stabilire se, ai fini della delibazione di una sentenza arbitrale straniera, la validità del compromesso o della clausola compromissoria costituisca una condizione necessaria, e, in caso affermativo, in base a quale legge essa vada esaminata.

Ora, la soluzione del quesito appare diversa secondo che siano applicabili le norme speciali, oppure quelle comuni. Secondo l'art. 800 codice procedura civile, sembra preferibile l'opinione che nega qualsiasi rilevanza alla validità del patto compromissorio, in armonia con il significato che si deve attribuire alla dichiarazione di efficacia in Italia di sentenze arbitrali straniere, ed alla mancanza di qualsiasi accenno rilevante nella norma, peraltro così accurata nell'elencare i requisiti necessari per la delibazione²⁹. Al contrario, l'indagine sulla validità del patto è necessaria in base alla convenzione di Ginevra, il cui art. 1, lett. *a*, richiede che «la sentence ait été rendue à la suite d'un compromis ou d'une clause compromissoire valables d'après la législation qui leur est applicable». La formula, che volutamente non pone alcun criterio vincolante per l'interprete³⁰, ha dato luogo ai più gravi dubbi, posto che anche nel nostro ordinamento interno è assai controverso se esista una «legge regolatrice» del compromesso e della clausola compromissoria, e quale essa sia³¹. Le opinioni sono divise tra la tesi favorevole all'applica-

²⁹ MORELLI, *op. cit.*, p. 350: «La validità e l'invalidità per l'ordinamento italiano, del patto compromissorio diretto ad istituire un arbitrato estero, riguarda esclusivamente l'idoneità o meno del patto a spiegare l'effetto negativo consistente nella preclusione dell'ordinaria cognizione dell'autorità giudiziaria». Si veda anche la giurisprudenza ivi citata a favore dell'una o dell'altra tesi. In senso conforme, sembra, ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 713 s., e MONACO, *Il giudizio di delibazione*, Padova, 1940, p. 226. Contrario, invece, M. MIELE, *Competenza internazionale dell'arbitro nel giudizio di delibazione di lodo estero*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, p. 359 ss.: la validità del patto compromissorio sarebbe un elemento della competenza internazionale dell'arbitro straniero, che l'art. 800 porrebbe in maniera autonoma dall'art. 797, n. 1, cod. proc. civ. Secondo tale autore, in altri termini, il rinvio effettuato dall'art. 800 alle disposizioni degli articoli precedenti non comprenderebbe le disposizioni sulla competenza internazionale del giudice straniero, intese come disposizioni circa la necessità di un collegamento della controversia decisa con lo Stato, dall'ordinamento del quale la sentenza arbitrale desume la propria efficacia. In senso contrario, MORELLI, *op. cit.*, pp. 349, nota I, e 152 ss.: questo sembra essere anche l'indirizzo della sentenza della Corte milanese che si considera, ancorché il punto non sia stato sufficientemente chiarito.

³⁰ Cfr. U. IACCARINO, *La Convenzione di Ginevra del 26 settembre 1927 sul riconoscimento delle sentenze arbitrali straniere*, in *Dir. int.*, 1959, p. 324 ss., spec. p. 334.

³¹ Cfr., per quanto riguarda il patto compromissorio nel suo valore di deroga alla giurisdizione italiana, l'opinione negativa del GIULIANO, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*, Milano, 1961, p. 94 ss.

bilità dell'ordinamento da cui la sentenza proviene³², e quella che afferma la necessità del ricorso alle norme degli artt. 25 e 26 disp. prel. cod. civ.³³. Quest'ultima tesi ha anzi guadagnato recentemente un largo seguito, specie nella giurisprudenza, grazie ad alcuni giudicati della Corte di cassazione. Si noti, peraltro, che la tesi sostenuta dalla Suprema Corte si riferisce soltanto alla determinazione della legge regolatrice del patto compromissorio che venga posto a base di un'eccezione di carenza di giurisdizione del giudice italiano³⁴. Ora, è mia convinzione che la questione non sia suscettibile di soluzione generale, ma vada diversamente impostata e risolta a seconda, anzitutto, che la validità dell'atto venga in considerazione ai fini del giudizio circa la sussistenza della giurisdizione italiana, o ai fini del giudizio intorno al ricorrere delle condizioni necessarie per la dichiarazione di efficacia in Italia di una sentenza arbitrale straniera. Ed inoltre, in ambedue i casi, a seconda che siano applicabili le norme comuni o quelle speciali desunte, rispettivamente, dal Protocollo di Ginevra del 1923 o dalla convenzione del 1927³⁵⁻³⁶.

Ora, per ciò che attiene alla validità del patto ai fini del riconoscimento dell'atto straniero, la prima tesi, che richiama l'ordinamento al quale la sentenza è collegata, appare senz'altro preferibile. Non si tratta infatti di giudicare della validità di

³² MORELLI, *op. cit.*, p. 374 nota 2. Secondo ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 716 s., la validità dovrebbe essere giudicata secondo la legge del luogo di pronuncia del lodo. Il NOBILI, *Riconoscimento di lodo straniero e validità della clausola compromissoria*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, p. 137 ss., ritiene si debba tener conto anche delle norme di diritto internazionale privato dell'ordinamento straniero.

³³ U. IACCARINO, *op. loc. cit.*, e *Della legge applicabile ai compromessi ed alle clausole compromissorie secondo il Protocollo e la Convenzione di Ginevra*, in *Foro pad.*, 1960, p. 18 ss. dell'estratto; MIGLIAZZA, *La rilevanza dell'accordo privato sul richiamo a norme e a procedimenti estranei*, Milano, 1962, p. 155.

³⁴ Si vedano, infatti, le sentenze Cass. sez. un. 2 maggio 1960, n. 968, *Ditta Trumphy c. Soc. S.a.l.g.o.i.l.*, in *Riv. dir. int.*, 1960, 686, nota DURANTE; *Dir. mar.*, 1960, 371, nota SATTA e MANCA; *Foro it.*, 1960, I, 736; Cass. sez. un., 2 marzo 1964, n. 466, *Greek American Line c. Rizzi*, in *Giust. civ.*, 1964, I, 1158, nota IACCARINO; Cass. sez. un., 25 luglio 1964, n. 2058, *Migliasse c. Ditta Wolff*, in *Giust. civ.*, Mass. 1964, 942. Nella magistratura di merito, v. App. Catania, 30 settembre 1961, *Soc. Anglo-american Grain Co. Ltd. c. Soc. Ionica Nav.*, in *Giur. sic.*, 1962, 48; Trib. Milano, 7 giugno 1962, *Soc. Sanber Plast. c. Dufaylite Developments*, in *Temi*, 1962, 665.

³⁵ Si riferiscono solo alla disciplina del patto compromissorio in sede di delibazione della sentenza arbitrale, in base alla convenzione di Ginevra, App. Firenze, 31 luglio 1958, *Soc. Rohag Robstoff Handel c. Nucci*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, II, 124, nota NOBILI; *Foro pad.*, 1960, I, 230, nota IACCARINO, e App. Firenze, 4 aprile 1959, *Soc. Neusser Dampfmühlen c. Soc. Bertolli*, in *Giur. tosc.*, 1959, 603.

³⁶ Ancora differente sarebbe il problema, ove si trattasse di giudicare della validità di un patto compromissorio sulla base della convenzione di New York del 1958 (art. V, n. 1, lett. a), ai fini dell'esecuzione di una sentenza arbitrale prevista dalla convenzione stessa, oppure della convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961 (art. VI, n. 2), ai fini della preclusione dell'esercizio della giurisdizione dello Stato nel quale il patto compromissorio è fatto valere. Tuttavia, la questione non può porsi, per ora, nell'ambito dell'ordinamento italiano, dato che alle convenzioni di cui si tratta l'Italia non ha ancora aderito.

un atto introduttivo di un procedimento interno, ma solo di valutare un presupposto della riconoscibilità di una sentenza straniera. Tuttavia, nella specie, è da notare che, qualunque fosse la tesi seguita, si sarebbe pervenuti alla identica conclusione, nel senso dell'applicabilità alla clausola compromissoria della legge austriaca. Tutti i criteri utilizzabili individuavano, infatti, la legge austriaca: tanto il luogo di conclusione del patto compromissorio (stando, per lo meno, a quanto risulta dalla sentenza), quanto l'eventuale volontà delle parti, ammesso che dagli indici rilevanti se ne potesse desumere l'esistenza per l'individuazione della legge applicabile. Austriaco era, del pari, l'ordinamento da cui la sentenza desumeva la propria efficacia. Sicché era in base alle norme austriache che doveva essere giudicata la validità della clausola compromissoria. E, poiché alla stregua di tali norme essa risultava perfettamente valida (né la convenuta affermava il contrario, limitandosi ad eccepirne la nullità in base alle norme italiane), risultava pienamente rispettata la condizione prescritta dall'art. I, lett. a, della convenzione di Ginevra del 1927.

7. Il vigore attuale della convenzione di Ginevra del 1927 nei rapporti tra Italia ed Austria

Rimane da stabilire se tale convenzione sia tuttora in vigore tra Italia e Austria. La Corte l'ha implicitamente negato, riferendosi erroneamente al protocollo del 1923, relativo alle clausole d'arbitrato³⁷, in quanto ha affermato che quest'ultimo, così come la convenzione italo-austriaca del 6 aprile 1922 per l'esecutorietà delle sentenze in materia civile e commerciale, sono decaduti in seguito all'ultima guerra mondiale, e non sono stati ripristinati da provvedimenti *legislativi* dopo la fine del conflitto.

In tale affermazione si nasconde un equivoco. Essa è ripresa da una recente sentenza della Corte Suprema³⁸, in cui si afferma, in relazione alla convenzione

³⁷ Si vedano, al riguardo, le considerazioni esposte nella successiva nota 42.

³⁸ Cass. sez. un., 13 gennaio 1964, n. 78, *Proc. gen. Cass. c. Visconti di Modrone e von Pengg*, in *Giust. civ.*, 1964, I, 12. L'affermazione riportata nel testo costituisce, tuttavia, un *obiter dictum*, di fronte alle due considerazioni che la Corte vi fa seguire: anzitutto, che la convenzione in parola non risulta compresa tra quelle che sono state rimesse in vigore dopo la seconda guerra mondiale tra Italia ed Austria, con scambio di note in data 22 novembre 1950 (Comunicato min. est. 4 gennaio 1951, *G.U.* 4 gennaio 1951, n. 3), ed inoltre che, in ogni caso, le disposizioni in essa contenute non avrebbero avuto alcuna rilevanza quanto alla decisione della controversia. Anteriormente a questa sentenza, la giurisprudenza non aveva assunto un atteggiamento uniforme riguardo al problema del vigore della convenzione: si vedano Cass. sez. un., 21 luglio 1953, n. 2437, *Proc. gen. Torino c. Poretto*, in *Giust. civ.*, 1933, I, 2573, che non si pronuncia chiaramente sul punto; App. Roma, 15 aprile 1961, *C. c. P.*, in *Foro it.*, 1961, I, 1549, che dichiara inapplicabile la convenzione, in quanto non compresa nello scambio di note citato; mentre App. Torino, 28 luglio 1948, *Bruni c. Pizzorno*, in *Foro pad.*, 1949, I, 180 (con nota contraria di DE NOVA, *L'Austria Stato nuovo*) e App. Torino, 14 giugno 1930, *Z. c. B.*, in *Foro it.*, 1931, I, 486 (nota contraria di UDINA, *La ricostituzione della Re-*

del 6 aprile 1922, ora ricordata, che l'incorporazione dell'Austria nel Reich germanico, avvenuta nel 1938, rappresenta «un tipico esempio di estinzione di un soggetto di diritto internazionale, che importa necessariamente l'estinzione dei trattati internazionali vigenti con quello Stato ...». Si che vi sarebbe «seriamente da dubitare che, in mancanza di una esplicita disposizione di altro trattato, reso esecutivo con legge della Repubblica, un semplice scambio di note diplomatiche ridonasse vigore a convenzioni che sono cadute per effetto dell'incorporazione di uno degli Stati contraenti in altro Stato». Ora, è anzitutto da ricordare che, come risulta da un comunicato in data 15 novembre 1955 del Ministero degli Affari esteri, con le note verbali del 17 giugno e del 16 settembre 1993, rispettivamente della Ambasciata d'Austria in Roma e del Ministero degli Affari esteri³⁹, i due Stati hanno riconosciuto di considerarsi tuttora vincolati dal Protocollo di Ginevra del 24 settembre 1923 e dalla convenzione di Ginevra del 26 settembre 1927. Sul piano dell'ordinamento giuridico internazionale è certo un problema di assai difficile soluzione quello di stabilire quando ricorra l'ipotesi di successione di stati negli obblighi posti da un trattato internazionale o quando esista, come vogliono alcuni autori, una finzione di identità o di continuità tra Stato estintosi e Stato «risorto»⁴⁰. Ma, di fronte ad una specifica manifestazione di volontà dei due Stati, come quella contenuta nel menzionato scambio di note, la vigenza della convenzione di Ginevra non sembra si possa porre in dubbio. Né riesce facile cogliere la portata dell'affermazione della necessità di un atto legislativo ai fini della rimessa in vigore del trattato. Se può ammettersi la necessità del rinnovo del consenso degli Stati contraenti nel caso di trattato bilaterale, non si vede quale potrebbe essere, nel nostro caso, la funzione di un provvedimento legislativo interno. Non certo quella di creare, nell'ordinamento interno, le norme corrispondenti a quelle della convenzione, posto che tali norme non hanno mai cessato di esistere nell'ordinamento italiano. Né si saprebbe vedere un'altra funzione dell'atto, in relazione alla *sfera di efficacia soggettiva* della convenzione, che è l'unica questione intorno alla quale potrebbe sorgere il dubbio: ma che appare risolta inequivocabilmente dalle menzionate note italiane ed austriache. Sembra, in conclusione, che alla base dell'affermazione della Corte sia una confusione tra convenzioni bilaterali e plurilaterali: mentre rispetto alle prime si può forse discutere la necessità di un apposito atto legislativo interno⁴¹ che renda efficaci le stipulazioni poste nuovamente in

pubblica austriaca e la sorte dell'accordo italo-austriaco del 1922 sul riconoscimento delle sentenze}, erano favorevoli alla tesi del vigore dell'accordo. Così anche M. MIELE, *La restaurazione dell'Austria*, in *Annali*, 1950, p. 67 ss. In senso contrario, oltre al De Nova e all'Udina, il CANSACCHI, *La Convenzione italo-austriaca del 6 aprile 1922 sul reciproco riconoscimento delle sentenze e la «resurrezione» della Repubblica federale austriaca*, in *Giur. it.*, 1950, IV, 65. Tuttavia, la questione appare ormai risolta dopo l'intervento dello scambio di note del 22 novembre 1930.

³⁹ In *G.U.* 15 novembre 1935, numero 263.

⁴⁰ Si vedano al riguardo le considerazioni del QUADRI, *Diritto Internazionale pubblico*, 4^a ed., Palermo, 1963, p. 421 ss., cui si rinvia anche per tutti i riferimenti bibliografici.

⁴¹ Per quanto la prassi italiana successiva alla seconda guerra mondiale appaia orientata in senso

essere sul piano internazionale, nel secondo caso un atto del genere dovrebbe ritenersi del tutto privo di oggetto⁴².

nettamente contrario: cfr., anche per accenni alla prassi seguita in altri Stati. CURTI GIARDINO. *Gli effetti della guerra sui trattati*, Milano, 1959, pp. 190, 194 ss.

⁴² Soltanto in ordine alla convenzione di Ginevra del 1927 si poneva alla Corte di Milano il problema di permanenza in vigore che essa ha risolto nel discutibile modo cui si è sopra accennato. I giudici hanno ritenuto, invece, di affermare il principio in relazione al Protocollo di Ginevra del 24 settembre 1923, e ciò in base al presupposto che potesse teoricamente concepirsi, seppure non porsi nella specie, un problema di nullità del patto compromissorio in quanto esso fosse contrario al principio dell'inderogabilità della giurisprudenza italiana, stabilito dall'art. 2 cod. proc. civ. Da tale impostazione non è derivata alcuna conseguenza quanto alla decisione della controversia: va però rilevato che l'art. 2 non poteva in alcun caso venire in considerazione, in quanto non di deroga alla giurisdizione si trattava, ma di dichiarazione di efficacia di un atto straniero. Poiché, d'altronde, la deroga avrebbe potuto venire ipotizzata soltanto per il fatto che una delle parti era un cittadino italiano non residente né domiciliato all'estero, è lo stesso chiarissimo tenore dell'art. 800 che fornisce una testuale smentita alla tesi.

L'idea che *tutti* i criteri di competenza internazionale del giudice straniero siano validi soltanto nei limiti previsti per la derogabilità della giurisdizione italiana dall'art. 2, è stata espressa nella sentenza Cass. sez. un., 21 ottobre 1961, n. 2310, *Proc. gen. Cass. c. Menzio*, in *Riv. dir. int.*, 1962, 283, nota SAULLE, *L'art. 2 cod. proc. civ., e la pretesa esclusività della giurisdizione italiana*.

Arbitrati di organismi stranieri permanenti e ordinamento italiano *

1. Il favore e lo sviluppo sempre crescente dell'istituto arbitrale nelle relazioni commerciali internazionali sono legati in grandissima misura alla predisposizione di strumenti e di istituti dotati del carattere della stabilità. Quantunque le differenze tra le diverse organizzazioni arbitrali, in vario modo collegate con associazioni commerciali nazionali e internazionali, possano essere anche di rilevantissima portata, un dato costante è tuttavia costituito dalla presenza, nella maggior parte dei più rilevanti contratti a carattere internazionale, di clausole che escludono l'intervento degli organi giurisdizionali, ma che evitano del pari di ricorrere ad un arbitrato *ad hoc* di tipo tradizionale. La soluzione perfetta è quasi sempre il ricorso ad istituzioni arbitrali esistenti nell'ambito delle diverse associazioni commerciali, ricorso la cui previsione costituisce spesso una circostanza che condiziona la stessa conclusione del contratto.

Si tratta di un fenomeno non nuovo, che ha già attirato a vario titolo l'interesse degli studiosi e degli operatori del diritto¹. Esso darebbe adito anche ad interessanti considerazioni circa l'attuale struttura dei rapporti commerciali internazionali, e la posizione in cui le parti di tali rapporti si pongono, ed intendono situare le relazioni reciproche, rispetto al diritto dei vari ordinamenti statuali ed a quello internazionale. Ben nota è infatti la tendenza della pratica verso il superamento di ogni distinzione che importi un inquadramento troppo esclusivo dei rapporti giuridici derivanti dal commercio internazionale nell'ambito di un ordinamento statale determinato – tendenza che risponde ad un'esigenza molto avvertita nei settori interessati – e ben noti sono altresì i problemi di carattere teorico cui tale tendenza dà luogo, ed i tentativi escogitati per risolverli². È interessante notare, ad esem-

* Pubblicato in *Rassegna dell'arbitrato*, 1967, pp. 39-55.

¹ Cfr., ad esempio, NOBILI, *L'arbitrato delle associazioni commerciali*, Padova, 1957, spec. pp. 41-65; SCHWAAR, *Les tribunaux permanents d'arbitrages dans les associations*, Lausanne 1954; FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, pp. 159-247. Vedi inoltre CARABIBER, *Les centres d'arbitrage, leur rôle dans le développement de l'arbitrage*, in *Revue de l'arbitrage*, 1955, p. 4 ss.; ID., *L'exécution des sentences arbitrales rendues à l'étranger sous les auspices de Centres d'arbitrage permanents*, ivi, 1958, p. 106 ss.; ID., *L'arbitrage international et les centres internationaux d'arbitrage*, in *Jurisclasseur de droit international*, t. V, fasc. 585-B.

² Si ricordino, per non citarne che alcune, le tesi del KAHN, *La vente commerciale internationale*,

pio, come alla crescente diffusione di arbitrati del tipo ora indicato nell'ambito del commercio internazionale si accompagni, per così dire, una progressiva «giurisdizionalizzazione» dello stesso istituto arbitrale, che viene in sostanza a costituire l'unico mezzo di risoluzione delle controversie previsto ed utilizzato in particolari settori della vita giuridica internazionale. Ma, poiché non siamo di fronte ad un complesso di norme tali da costituire un ordinamento giuridico a sé stante, idoneo a contrapporsi a quelli statali³, sono in definitiva questi ultimi che rimangono competenti per la realizzazione anche coattiva del diritto. Al di fuori del caso di spontanea osservanza, dunque, uno o più ordinamenti giuridici statali dovranno intervenire per riconoscere un determinato procedimento arbitrale o la decisione che ne sia risultata, e per fornire loro efficacia nel proprio ambito.

Ora, se si osserva l'atteggiamento assunto al riguardo dai vari ordinamenti giuridici, ed in particolare dalle diverse giurisprudenze nazionali, è facile notare come gli arbitrati previsti ed organizzati nell'ambito di organizzazioni permanenti siano stati di frequente considerati con una certa cautela, per non dire con una certa diffidenza⁴. È proprio per porre fine ai dubbi insorti nella materia che nella convenzione di New York del 10 giugno 1958, sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, è stata inserita nell'art. I, n. 2, una specifica norma secondo la quale «si considerano "sentenze arbitrali" non soltanto le sentenze rese da arbitri nominati per casi determinati, ma anche quelle rese da organismi permanenti di arbitrato ai quali le parti si siano sottoposte». Tale disposizione, è stato detto, consacra l'entrata ufficiale dei centri d'arbitrato nella disciplina internazionale dell'istituto⁵; ma, data la sua natura convenzionale, essa non permette senz'altro di superare i dubbi cui si è fatto cenno nell'ambito di ordinamenti di Stati che non aderiscano alla Convenzione di New York, o nei confronti di tali Stati. Per tali ragioni, appare senz'altro opportuno un breve esame dell'at-

Paris, 1961, p. 17 ss. e del FOUCHARD, *L'arbitrage commercial*, cit., pp. 4-45; 401-489. V. anche la nota opera del JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, 1956, e GOLDMAN, *Frontières du droit et lex mercatoria*, in *Archives de philosophie du droit*, 1964, p. 177 ss. Per altre prospettive cfr. i rapporti tenuti al Colloquio di Londra del 1962 della *International Association of Legal Science*, in *The Sources of the Law of International Trade*, London, 1964, pp. 103-224.

³ Per una decisa riaffermazione di questo punto, cfr. da ultimo GIULIANO, *Quelques problèmes et matière de conflits de lois et de juridictions dans la vente commerciale internationale*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1967, p. 225 ss., specie p. 237 s.

⁴ Cfr., per quanto riguarda gli arbitrati delle Commissioni arbitrali dei Paesi dell'Europa orientale, le considerazioni del PISAR, *Treatment of Communist Foreign Trade Arbitration in Western Courts*, in *International Trade Arbitration*, edited by M. Domke, New York, 1958, pp. 101-113; tradotto in francese con qualche aggiornamento (*Le traitement de l'arbitrage communiste du commerce extérieur devant les Cours occidentales*), in *Aspects juridiques du commerce avec les Pays d'économie planifiée*, Paris, 1961, pp. 163-173.

⁵ Così ROBERT, *La convention de New York, du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, in *Revue de l'arbitrage*, 1958, p. 70 ss. a pag. 74. Cfr. anche FOUCHARD, *L'arbitrage commercial*, cit., pag. 206 s.; BERTHEAU, *Das New Yorker Abkommen vom 10 Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedsprüchce*, Zürich, 1965, p. 49 s.

teggimento tenuto in proposito dall'ordinamento italiano, quale risulta soprattutto dalla giurisprudenza.

2. Natura, composizione e funzione degli organismi permanenti di cui trattasi sono peraltro ben lungi dal presentare caratteristiche uniformi. Da tali caratteristiche dipende, ovviamente, l'atteggiamento da assumere nei riguardi delle relative decisioni.

Si può trattare di organismi a carattere esclusivamente, o prevalentemente, nazionale, oppure a carattere internazionale. La loro competenza può estendersi, inoltre, alle sole controversie relative alla materia compresa nell'ambito di attività dell'associazione commerciale di cui l'organismo è emanazione (in ispecie, commercio di determinate materie prime), oppure può estendersi a qualunque controversia, senza alcun riguardo neppure alle qualità soggettive delle parti. Infine, è da sottolineare che l'attività di alcuni degli organismi considerati si esaurisce nella predisposizione di uno strumento idoneo ad organizzare il collegio arbitrale ed il relativo procedimento, senza però che l'attività degli arbitri stessi sia giuridicamente imputata al centro o all'associazione interessata⁶. L'esempio più cospicuo e più noto di organismo a competenza illimitata ed a carattere internazionale, il quale però non provvede esso stesso alla soluzione delle controversie, ma si limita all'organizzazione del tribunale arbitrale, è costituito dalla c.d. Corte di arbitrato della Camera di commercio internazionale di Parigi (C.C.I.), la quale ha del resto in comune quest'ultima caratteristica, che rende assai impropria la sua denominazione⁷, con tutti gli altri organismi del genere aventi carattere internazionale. Esempi di enti a carattere nazionale, con competenza limitata *ratione materiae*, ma estesa sino alla soluzione della controversia, sono i numerosissimi organismi arbitrali esistenti – specie in Gran Bretagna, ove superano il numero di trenta, ma anche in tutti gli altri paesi europei e negli Stati Uniti d'America – presso diverse associazioni commerciali di settore, e dotati di un certo carattere corporativo⁸: basti pensare alla *London Corn Trade Association*, alla *Cocoa Association of London* e via dicendo. Egualmente nazionale è il carattere di molti centri arbitrali a competenza, questa volta, non limitata a materie particolari, esistenti in molti Paesi presso Camere di commercio nazionali o locali. È sufficiente ricordare, a titolo di esempio, la *London Court of Arbitration* nell'ambito della Camera di Commercio di Londra, i Tribunali arbitrali delle Camere di commercio di Amburgo e di Brema, e le Camere arbitrali di Marsiglia, Parigi e Strasburgo. Ma l'importanza maggiore, spetta, per quanto riguarda istituzioni del tipo ora considerato, agli or-

⁶ Per un esame di insieme cfr. le varie opere indicate alla nota 1, ed in particolare FOUCHARD, *L'arbitrage commercial*, cit., pp. 171-234.

⁷ FOUCHARD, *L'arbitrage commercial*, cit., p. 219 s.

⁸ Sul punto, per una valutazione delle istituzioni in questione da questo punto di vista, e sulla possibilità di assicurare loro il carattere dell'imparzialità, cfr. ancora FOUCHARD, *L'arbitrage commercial*, cit., pp. 178-189.

ganismi arbitrali dei Paesi dell'Europa orientale, e più in genere dei Paesi a regime collettivistico⁹. Si tratta sempre di organismi nazionali, in quanto collegati con organi interni dello Stato nell'ambito del quale operano, che però operano unicamente o prevalentemente nel settore del commercio internazionale. Accanto a questa caratteristica, comune con gli organismi dei Paesi occidentali, del tipo sopra citato, essi presentano tuttavia particolarità che da questi ultimi li differenziano notevolmente. Istituiti dapprima nell'Unione Sovietica nel 1931, essi esistono ormai in tutti i Paesi a regime collettivistico¹⁰, e costituiscono spesso in pratica l'unico mezzo di risoluzione delle controversie cui il contraente straniero può rivolgersi, l'alternativa essendo in genere, non il ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria, ma la non conclusione del contratto. Inoltre, e soprattutto, tali organismi sono creati per mezzo di atti governativi, sono collegati strettamente con enti (le Camere di commercio) di natura pubblicistica, sono diretti da funzionari statali e funzionano in base a statuti e regolamenti approvati con atti degli organi pubblici competenti. Insomma, poco o nulla rimane qui di quel carattere di organo di associazione privata liberamente costituita che è proprio della massima parte degli organismi arbitrali degli Stati occidentali, ai quali si è accennato sopra.

Non è peraltro il caso di attribuire all'affermazione ora avanzata un carattere assoluto di cui essa è priva. Anche in Austria, infatti, vi sono degli organismi arbitrali che presentano caratteristiche molto simili a quelle ora notate: si intende alludere ai Tribunali arbitrali di Borsa, disciplinati dalla Legge d'introduzione alla *Zivilprozessordnung* del 1895, che non sono meno lontani dai più diffusi organismi arbitrali di quanto lo siano quelli istituiti negli Stati di cui sopra si è detto¹¹.

3. Se tali, e tanto diverse, possono essere le caratteristiche proprie degli organismi arbitrali permanenti esistenti all'estero, e quindi dei relativi procedimenti e decisioni, non desta meraviglia il fatto che la giurisprudenza, anche italiana, abbia mostrato qualche esitazione nel valutarne esattamente la natura, e ad ammettere all'efficacia come sentenze arbitrali le decisioni emesse da tali organismi.

Per quanto riguarda, anzitutto, gli organismi arbitrali degli Stati a regime collettivistico, le diffidenze che li circondano dipendono in primo luogo da fattori politici, ed attengono alla loro imparzialità, o più in genere alla immediata influenza che può essere spiegata dal potere politico sulle loro decisioni. Come tali, esse devono essere qui tralasciate, non senza ricordare che di recente esse sono state in parte abbandonate e tendono a lasciare il posto ad una più obiettiva e

⁹ Su tali organismi, oltre all'opera del FOUCHARD più volte citata (pp. 189-207), cfr. PISAR, *The Communist System of Foreign Trade Arbitration*, in *Haward Law Review*, 1959, p. 1409 ss.; e RAMZAITSEV, *The Law applied by Arbitration Tribunals*, in *The Sources of Law of International Trade*, cit., p. 138 ss.

¹⁰ E cioè, oltre all'Unione Sovietica, in Germania Orientale, Polonia, Cecoslovacchia, Ungheria, Bulgaria, Romania, Jugoslavia e Cina.

¹¹ Su tali arbitrati cfr. POLLAK, *System des österreichischen Zivilprozessrechtes*, 2^a ed., Wien, 1932, p. 230.

spassionata considerazione della prassi seguita dalle Commissioni arbitrali dei Paesi dell'Europa orientale, che non mostra in realtà l'influenza di elementi politici sulle decisioni più di quanto non lo mostri l'attività di qualsiasi altro arbitro o giudice¹². Il graduale attenuarsi di tali differenze, nel loro riflesso giuridico, è mostrato chiaramente anche dall'evoluzione in proposito della giurisprudenza svizzera, che è passata da una posizione che opponeva in linea di principio il limite dell'ordine pubblico o qualsiasi decisione resa da un organismo arbitrale permanente, ad una posizione assai più elastica, che afferma in via di principio soltanto la necessità di sottoporre la decisione a controllo caso per caso¹³.

Sotto il profilo giuridico, tuttavia, i dubbi più gravi sono stati sollevati in ordine alla natura degli organismi di cui trattasi. Si tratta di organi arbitrali veri e propri, oppure si deve ritenere che il loro legame con gli organi governativi, la limitazione della libertà di scelta degli arbitri, l'efficacia esecutiva di cui le loro sentenze possono essere rivestite anche indipendentemente dall'intervento del giudice ordinario, ne facciano delle vere e proprie giurisdizioni speciali¹⁴? La rilevanza

¹² È istruttiva a tale proposito la reazione della dottrina dei Paesi occidentali alla soluzione data dalla Commissione arbitrale sovietica per il commercio estero alla controversia insorta dopo l'operazione militare di Suez del 1956 tra una ditta israeliana, la Jordan Investment Ltd. ed un organo sovietico. Avendo il Ministero sovietico del commercio estero annullato la licenza di esportazione di una ingente quantità di petrolio acquistata dagli israeliani, l'organo sovietico dichiarò di considerare il contratto come risolto; di qui la domanda di risarcimento danni avanzata dalla ditta israeliana avanti alla Commissione e da questa respinta, considerando la decisione ministeriale come un caso di forza maggiore. Sulla controversia esiste una notevole letteratura: v., tra gli altri, *Notes on Israeli-Soviet Oil Arbitration*, in *Arbitration Journal*, 1958, p. 159; DOMKE, *The Israeli-Soviet Oil Arbitration*, in *American Journal of International Law*, 1959, p. 787 ss.; BERMAN, *Force majeure and the Denial of an Export-license under Soviet Law: A Comment on Jordan Investment Ltd. v. Sojuzneftexport*, in *Harvard Law Review*, 1960, p. 1128 ss.; KOPELMANAS, *The Settlement of Disputes in International Trade*, in *Columbia Law Review*, 1961, p. 384; ROBERT, *Observations sur une sentence internationale*, in *Revue de l'arbitrage*, 1960, p. 76 ss.; BOUCHARD, *L'arbitrage commercial*, cit., p. 200 s.

¹³ Infatti il Tribunale federale svizzero, modificando la propria giurisprudenza anteriore che negava il riconoscimento alle sentenze arbitrali di organismi professionali per mancanza di eguaglianza tra la parte aderente all'associazione ed il contraente straniero, ha ammesso con due sentenze del 12 febbraio 1958 il riconoscimento di due sentenze arbitrali, una della Corte arbitrale cecoslovacca e l'altra resa secondo le regole della C.C.I. (le sentenze, rese nei casi *Ligna c. Baumgartner* e *Compagnie Continentale d'Importation c. Eberle*, si leggono in B.G.E., vol. 84, I, 39 e 56, e in *Revue critique de droit int. privé*, 1959, p. 324 ss., con nota di MEZGER, contenente un ampio panorama della giurisprudenza anteriore). Cfr. anche DONNER, *Une confirmation internationale de l'autorité de la Cour de l'arbitrage près de la Chambre de commerce de Tchécoslovaquie*, in *Bulletin de droit tchécoslovaque*, 1959, p. 292 ss.

Per il diverso atteggiamento di altre giurisprudenze, cfr. la sentenza della Court of Appeals di New York del 5 dicembre 1952, nel caso *Amtorg Trading Corporation e V. Camden Fibre Mills Inc.*, 304 N.Y. 519 (1952), in *Revue de l'arbitrage*, 1955, p. 26 ss. su cui v. PISAR, *Le traitement*, cit., p. 164 ss.; quella della Corte di appello di Trieste, 13 luglio 1956, in causa *Centrokomise c. Soc. Melingò*, in *Foro it.*, 1956, I, 470; e della Corte di appello di Orléans, 27 febbraio 1961, in causa *Levilain c. Backaproduct*, in *Revue de l'arbitrage*, 1962, p. III ss.

¹⁴ Sul punto FOUCHARD, *L'arbitrage commercial*, cit., pp. 202-205.

pratica del quesito è evidente, perché, se è vero che il diritto comune italiano estende anche al riconoscimento delle sentenze arbitrali straniere i requisiti richiesti dall'art. 797 cod. proc. civ. per la dichiarazione di efficacia della sentenza emessa da giudici stranieri, bisogna tuttavia tener conto del fatto che le convenzioni internazionali (in primo luogo, quella di Ginevra del 1927) apportano in materia una certa semplificazione.

Il problema si è presentato di recente alla Corte di appello di Milano, alla quale era stata richiesta la dichiarazione di efficacia in Italia di una sentenza resa dalla Commissione arbitrale presso la Camera di Commercio della Repubblica popolare rumena, a Bucarest, che era rimasta ineseguita. La Corte, nella sua decisione del 23 aprile 1965¹⁵, ha ritenuto che si trattasse di vera e propria sentenza arbitrale, e l'ha pertanto dichiarata efficace in Italia applicando le norme della Convenzione di Ginevra del 1927, di cui anche la Romania è parte.

La Corte, premesso che il criterio distintivo tra la sentenza di un giudice straniero e il lodo di un arbitro deve essere individuato in base ai principi informativi dell'ordinamento italiano, soggiunge che tale criterio deve essere ricercato nella natura del soggetto da cui emana la decisione. E prosegue: «Quando la decisione provenga da un organo precostituito per legge per giudicare controversie, in genere, o controversie di una determinata specie, ipotizzata in astratto, senza che le parti possano esercitare alcuna facoltà di scelta, con l'indicazione di uno o più dei componenti dell'organo decidente, è certo che la sentenza promana da un giudice ... Quando invece il potere decisorio è conferito dalle parti ad un singolo o ad un collegio, e le stesse, nell'esercizio di tale facoltà di sottoporre ad un terzo la risoluzione di una loro controversia senza far ricorso all'organo pubblico giurisdicente, si riservano la scelta, in tutto o in parte, delle persone fisiche che compongono il Collegio, o dell'unico decidente, allora la decisione è di natura arbitrale». Escluso poi che la limitazione della facoltà di scelta degli arbitri possa incidere sul principio ora fissato, la Corte passa all'applicazione di tali enunciazioni al caso concreto, e conclude nel senso che la decisione emanata dalla Commissione arbitrale presso la Camera di Commercio di Bucarest deve considerarsi una sentenza arbitrale, e può come tale essere ammessa a spiegare efficacia in Italia, quando, come nella specie, ricorrano i requisiti richiesti dalle norme applicabili (nel caso come si è detto, quelle della Convenzione di Ginevra del 1927)¹⁶.

La soluzione appare pienamente esatta. In effetti, se si cerca di astrarre dalla disciplina positiva del nostro ordinamento i principi e le nozioni più generali che

¹⁵ In causa *Impresa statale romena Metalimport c. Soc. Interferro*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1965, p. 576 ss., nota TELCHINI, *ivi*, 1966, p. 67 ss., *In tema di efficacia in Italia di una sentenza arbitrale straniera*; e in *Giur. it.*, 1966, I, 2, 370, nota FRANCHI, *Sulla qualificazione dell'arbitrato romeno per il commercio estero*.

¹⁶ La Corte ha risolto poi una serie di altri delicati problemi tra i quali particolarmente interessante quello relativo alla ammissibilità del riesame del merito in sede di delibazione di sentenze arbitrali straniere in base alla Convenzione di Ginevra del 1927; ma su di essi non è possibile intrattenersi in questa sede.

siano idonee a mostrare i motivi ispiratori della materia, sembra si debba pervenire alle conclusioni seguenti. Rilevante è, anzitutto, la circostanza che alla libertà delle parti sia rimessa la facoltà di scelta degli arbitri tra persone di loro fiducia: è questo un fortissimo indizio della natura arbitrale di un dato organo, mentre non rileva, come esattamente ha osservato la Corte milanese, che la suddetta facoltà sia limitata dal vincolo, che spesso si riscontra in pratica, di scegliere gli arbitri nell'ambito di una lista di persone predisposta da un'associazione o da un organo pubblico. Criterio discretivo di carattere decisivo è, poi, la fonte, l'origine del potere di giudicare dell'organo decidente. Ove tale potere derivi esclusivamente e direttamente dall'ordinamento giuridico, ossia dalle norme che hanno presieduto alla sua istituzione, in modo che chiunque possa ricorrere all'organo per il solo fatto di essere soggetto dell'ordinamento, allora si è indubbiamente di fronte ad un organo avente carattere giurisdizionale. Ove, invece, la base della *potestas decidendi* risieda nell'accordo delle parti, espresso anteriormente o successivamente al sorgere della controversia, si è di fronte ad un arbitrato¹⁷.

Tale legame deve essere così intenso da rendere priva di qualsiasi effetto l'eventuale decisione emanata dall'organo in difetto di accordo delle parti: ciò consente di distinguere l'arbitro dal giudice scelto pattiziamente, il quale, in mancanza di designazione, potrebbe essere privo di competenza o di giurisdizione, ma la sentenza del quale, se non impugnata tempestivamente, sarebbe idonea a produrre la cosa giudicata¹⁸. Al contrario, l'atto proveniente da un organo arbitrale al quale le parti non abbiano attribuito competenza non è giuridicamente efficace ai fini della risoluzione della controversia, perché non è una decisione arbitrale, né è idoneo a divenirlo.

Il criterio distintivo ora esposto sembra senz'altro sufficiente, su un piano generale, per distinguere l'arbitrato dalla giurisdizione speciale. Non sembra, in particolare, necessaria l'ulteriore precisazione per cui si potrebbe parlare di arbitrato vero e proprio soltanto nel caso che il contraente suddito dello Stato nell'ambito del quale l'organo arbitrale opera, non fosse vincolato da qualche disposizione giuridicamente rilevante ad utilizzare come mezzo di risoluzione delle controversie unicamente il procedimento di cui trattasi¹⁹. Non è certo il caso di prendere

¹⁷ Naturalmente, con quanto asserito nel testo non si intende prendere posizione sulla questione se tale accordo sia la fonte unica ed esclusiva del potere degli arbitri, oppure se esso concorra con la volontà della legge stessa; questione che ovviamente si ricollega a quella, assai più generale, della natura contrattuale o giurisdizionale dell'istituto arbitrale. Cfr., anche per riferimenti, VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli, 1953, p. 36 ss.; BIAMONTI, *Arbitrato*, (dir. proc. civ.), in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, 1958, pp. 900-903. Per l'accentuazione della necessità dell'accordo delle parti v. anche FOUCHARD, *L'arbitrage commercial*, cit., p. 204 s.

¹⁸ Insiste particolarmente su questo punto il FRANCHI, *Sulla qualificazione*, cit., col. 371.

¹⁹ Per l'affermazione della necessità di tale ulteriore requisito cfr. FRANCHI, *op. loc. cit.* alla nota precedente, il quale dubita perciò della possibilità di considerare l'atto rumeno come sentenza arbitrale. Il criterio indicato è quello proposto anche dalla giurisprudenza per distinguere, nell'ambito dell'ordinamento italiano, l'arbitrato obbligatorio dalla giurisdizione speciale: cfr. ad es. Cass. (Sez. un.), 31 luglio 1950, n. 2250, *Roberi c. Ventimiglia*, in *Giur. it.*, 1952, I, 1, 359 (nota Fumo), che

posizione qui circa la natura degli arbitrati obbligatori di cui esistono numerosi esempi anche nell'ambito del nostro ordinamento. Ciò che si deve rilevare è, a mio avviso, che il vincolo imposto ad una parte di ricorrere all'arbitrato, in tanto può influire sulla natura del procedimento e della relativa decisione, e rileva pertanto ai fini della soluzione del problema in questione, in quanto incida sull'applicazione del principio in precedenza esposto, trasferendo dalla volontà delle parti, per così dire, alla volontà obbiettiva dell'ordinamento la base del potere degli arbitri di conoscere della controversia. In altre parole, l'eventuale vincolo di ricorrere all'arbitrato non appare di per sé sufficiente a qualificare l'organo in un certo senso, se questo può essere adito solo in presenza di una manifestazione di volontà delle parti, espressa nella forma della clausola compromissoria o del compromesso. Non sembra invece rilevante la eventuale qualifica di tale manifestazione di volontà di una delle parti come obbligatoria, alla luce dell'ordinamento cui essa appartiene, che non può incidere se non in via indiretta e di fatto sulla libertà di scelta dal contraente straniero.

Va comunque rilevato che queste ultime considerazioni sono valide su di un piano astratto, ma superflue quanto alla soluzione del caso di specie presentatosi all'esame della Corte milanese. Il ricorso dell'organismo arbitrale rumeno, infatti, come del resto il ricorso agli altri organi consimili dei Paesi a regime collettivistico, non è imposto da nessuna disposizione dei relativi ordinamenti, tanto che alcune controversie vengono portate alla cognizione di altri organi arbitrali aventi sede in Paesi occidentali²⁰.

Per quanto riguarda invece la competenza degli organi in questione, non vi è alcun dubbio che essa trovi la base esclusivamente nell'accordo delle parti interessate, e che nessuna controversia possa, in mancanza di tale accordo, essere portata alla loro cognizione. E ciò, per quanto si è detto, è sufficiente per far concludere nel senso della natura di detti organi.

4. La pregevole decisione ora commentata della Corte di Appello di Milano

ritiene si sia di fronte ad un arbitrato obbligatorio ove, essendovi libertà di scelta dei giudici, manchi la libertà di scelta tra il ricorso agli organi giurisdizionali e il ricorso all'arbitrato, e ad un organo giurisdizionale speciale ove manchi anche la prima possibilità. Per altri caratteri differenziali proposti per distinguere tra arbitrato obbligatorio e giurisdizione speciale cfr. BIAMONTI, *Arbitrato*, cit., pp. 930-934. Il problema è tuttavia scarsamente rilevante ai nostri fini; quand'anche un atto straniero dovesse qualificarsi come emanazione di un arbitrato obbligatorio, esso dovrebbe pur sempre essere qualificato come sentenza arbitrale straniera ai fini della delibazione. Nel caso esaminato dalla sentenza della Corte milanese, si sarebbe al più potuto ammettere, accogliendo i criteri ora indicati, che si trattasse di arbitrato obbligatorio.

²⁰Quali, ad es., quelli delle associazioni commerciali britanniche e svedesi, a volte anche all'arbitrato della Camera di commercio internazionale. Per il fondamento consensuale della competenza degli organi in discorso, cfr. RAMZAITSEV, *The Law applied by Arbitration Tribunals*, cit., p. 139; FOUCHARD, *L'arbitrage commercial*, cit., p. 205. Più in generale, v. TRAMMER, *The Law of Foreign Trade in the Legal Systems of the Countries of Planned Economy*, in *The Sources of the Law*, cit., pp. 45-47.

non può peraltro essere considerata espressione di un orientamento giurisprudenziale ben definito, né sintomo di una generale sicurezza di idee e di criteri direttivi da seguire nell'inquadramento della delicata materia in esame. Basti ricordare, da un lato, un'altra decisione della medesima Corte²¹ dalla quale una sentenza del Tribunale arbitrale presso la Borsa Merci di Vienna è stata, sì, esattamente qualificata, ai fini della delibazione, come sentenza arbitrale straniera, ma che, seguendo l'impostazione data alla controversia da una delle parti, ha ritenuto di doversi porre l'alternativa tra la qualificazione come sentenza arbitrale e quella come perizia contrattuale, trascurando del tutto la considerazione dei particolari caratteri dell'organo straniero decidente. Essendo la natura di questo, come si è detto sopra, notevolmente simile a quella della Commissione arbitrale romena, avrebbe semmai potuto essere considerata l'eventualità di qualificare l'atto di cui era questione come sentenza di un giudice speciale²². Altre volte il problema non sembra essere stato per nulla avvertito, pur essendo il giudice egualmente pervenuto alla esatta soluzione²³: si potrebbe dire che la natura di sentenza arbitrale dell'atto presentato al giudice della delibazione è stata data per scontata.

D'altro lato, il fatto che il mezzo di soluzione delle controversie prescelto dalle parti fosse l'arbitrato destinato a svolgersi secondo le regole di una data associazione professionale o di una Camera di commercio nazionale o internazionale, ha fatto spesso sorgere il dubbio che si trattasse di procedimenti e di lodi aventi natura e valore meramente contrattuale, e tali da dover essere inquadrati, secondo le nozioni giuridiche italiane, nella categoria degli arbitrati c. d. irrituali. Interessante, a questo proposito, una sentenza della Corte di cassazione del 18 dicembre 1964, n. 1380 (medita), che si è trovata a risolvere un caso che per la sua singolarità mette conto di essere ricordato²⁴.

²¹ Appello Milano, 19 maggio 1964, in causa *Schapira c. Soc. F.lli Viscardi*, in *Foro padano*, 1964, I, 998; *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1965, 129, con nota dello scrivente, *Sull'efficacia in Italia di un provvedimento del Tribunale arbitrale presso la Borsa Merci di Vienna*; *Riv. dir. int.*, 1965, 286, nota STARACE, *Delibazione di lodo arbitrale straniero e validità del patto compromissorio*.

²² Ciò in via puramente eventuale, dovendosi tenere presente il disposto dell'art. 5 della Convenzione italo-austriaca del 6 aprile 1922 sull'esecutorietà della sentenza in materia civile e commerciale, che contempla esplicitamente le decisioni dei collegi arbitrali permanenti; a prescindere dalla questione della permanenza in vigore di detta Convenzione, che è assai dubbia, la norma offre pur sempre un notevole spunto per sostenere che si tratti di sentenze arbitrali. Altra volta la Cassazione aveva considerato una sentenza del genere come proveniente da un giudice speciale, ma non vi aveva ricollegato alcuna conseguenza pratica, avendo applicato senz'altro la suddetta norma della Convenzione italo-austriaca: cfr. Cass. 25 giugno 1929, *Ditta Berlinger c. Beck*, in *II Foro delle Venezie*, 1930, 18.

²³ Si ricordi ad es. la sentenza della Corte di appello di Trieste, già citata alla nota 13, a proposito di una sentenza arbitrale cecoslovacca; a proposito di una sentenza arbitrale resa secondo le norme della Camera di commercio di Amburgo, si veda invece Cass. 9 maggio 1962, n. 930, in causa *Rigano c. Ditta Johann Meyer*, in *Foro it.*, 1962, I, 887; *Foro pad.*, 1962, I, 844; *Giust. civ.*, 1962, I, 1942; *Riv. dir. int.*, 1964, 107.

²⁴ La sentenza, inedita, della Suprema Corte è stata pronunciata in due cause riunite tra la *Soc. Oxal* e la *Soc. Vernal*.

In un contratto tra una società italiana ed una svizzera era inclusa una clausola compromissoria che deferiva ogni controversia relativa al contratto stesso ad arbitrato, che avrebbe dovuto svolgersi secondo le norme del regolamento di conciliazione ed arbitrato della Camera di commercio internazionale. Sorta effettivamente controversia tra le parti, la Corte di arbitrato di quest'ultima, investita dalla società svizzera, nominava arbitro unico un cittadino svedese, il quale emise una decisione di condanna della società italiana al pagamento di una certa somma, decisione che venne depositata presso la Pretura di Milano e munita del decreto di esecutorietà. Successivamente, la società italiana chiese al Tribunale la dichiarazione di nullità di tale decreto, oltre alla dichiarazione di nullità del lodo arbitrale stesso. La prima domanda, cui la convenuta non si era opposta, fu accolta dal Tribunale, il quale ritenne che non si trattasse di arbitrato rituale, e che quindi la relativa decisione non fosse suscettibile di venire omologata dal Pretore; e la sentenza fu confermata successivamente dalla Corte di appello, e infine dalla Suprema Corte, con la sentenza menzionata.

La Corte di cassazione condivide in pieno l'assunto dei giudici inferiori, secondo i quali l'arbitrato destinato a svolgersi secondo le norme del regolamento di conciliazione e di arbitrato della C. C. I. doveva considerarsi arbitrato irrituale. Essa afferma infatti che la natura dell'arbitrato deve essere determinata in base alla comune intenzione delle parti, e che, nella specie, la ricerca di tale intenzione «induceva nel convincimento che si fosse voluto un arbitrato irrituale».

E ciò in base alla sola considerazione che «se le parti non hanno fatto ricorso alle norme del codice di procedura civile che disciplinano il compromesso, ma si sono riferite senz'altro al regolamento di conciliazione e di arbitrato della Camera di commercio internazionale, e cioè ad un regolamento internazionale con norme affatto particolari, è chiaro che esse non hanno voluto che le controversie tra loro insorte venissero decise mediante un regolare giudizio arbitrale, ma hanno inteso dar vita ad uno di quegli arbitrati liberi od irrituali, nei quali la pronuncia dell'arbitro acquista valore unicamente come espressione della volontà da loro delegata». Considerazione, questa, ripresa e ripetuta in altra forma là dove la sentenza osserva che il fatto che le parti si siano riferite al regolamento arbitrale in questione esclude che l'arbitro potesse decidere mediante una pronuncia di carattere giurisdizionale, e dove si dà carico di porre in risalto l'inconciliabilità delle norme del regolamento stesso con quelle che disciplinano l'arbitrato rituale nel codice di procedura civile.

Ora, la conclusione in tale modo raggiunta rappresenta una soluzione probabilmente esatta dalla controversia di specie: dagli elementi forniti dalla sentenza è infatti da pensare che la decisione dell'arbitro non potesse essere resa esecutiva con decreto del Pretore, in quanto emessa in base a norme diverse ed inconciliabili rispetto a quelle previste dal codice di procedura civile italiano. Ma la soluzione viene raggiunta attraverso una motivazione del tutto inaccettabile, che si presta a pericolose ed erronee generalizzazioni.

Si prescinda pure dall'esaminare se, in base ad un esame delle regole della

Camera di commercio internazionale, sia fondata la conclusione che le parti che vi si fossero riferite avessero voluto conferire all'arbitro quel semplice incarico di natura negoziale che caratterizza l'arbitrato irrituale, il che veramente non sembra²⁵. Ciò che interessa qui osservare è che la Corte considera irrituale, secondo le nozioni giuridiche proprie dell'ordinamento italiano, qualsiasi arbitrato che si svolga secondo norme non conciliabili con quelle contenute nel codice di procedura civile italiano. È chiaro che accogliere in via assoluta tale equazione significa dimenticare completamente l'esistenza di altri ordinamenti giuridici accanto a quello italiano, e la possibilità che una data pronuncia arbitrale assuma nell'ambito di essi una efficacia paragonabile a quella propria della sentenza arbitrale italiana. Qualora tale possibilità sussista, o si sia già verificata, parlare di arbitrato irrituale non può avere alcuna giustificazione, in quanto si tradurrebbe in un'applicazione a realtà giuridiche straniere di schemi e concetti elaborati nell'ambito del nostro ordinamento, ed aventi una validità ad esso limitata²⁶.

In realtà, il procedimento logico criticato può essere ammissibile, e soltanto in base al diritto comune²⁷, ove la controversia non presenti alcun carattere di estraneità rispetto all'ordinamento italiano, sia per quanto riguarda l'oggetto, sia per quanto riguarda i soggetti. Solo in questo caso infatti può essere criterio decisivo e sufficiente l'esame della comune volontà delle parti che, secondo la costante giurisprudenza della Suprema Corte, è il criterio che permette di asserire di essere in presenza di un arbitrato rituale o irrituale²⁸. Soltanto in questo caso, insomma, è possibile basarsi sulla comune volontà delle parti per attribuire al mezzo di soluzione della controversia, in concreto prescelto, una determinata natura. Nel caso che tale elemento di estraneità vi sia, occorre procedere in altro modo, e la volontà delle parti assume necessariamente diverso rilievo. In tal caso, infatti, le parti hanno la possibilità di collegare l'arbitrato e il lodo che ne risulta con l'uno o l'altro ordinamento giuridico statale, le cui norme lo consentano, oppure di non collegarlo con nessuno di questi, mantenendolo nella sfera puramente obbligatoria e rinunciando a quella maggior efficacia che tali ordinamenti possano accordarvi. Non si tratta, è il caso di chiarirlo, dell'esercizio da parte dei soggetti di un potere

²⁵ Sul punto cfr. le considerazioni del MARMO, in *Atti del Convegno internazionale per la riforma dell'arbitrato*, Milano, 1954, pp. 208-209.

²⁶ Per più ampi svolgimenti sul tema, rinvio ai miei lavori *Questioni sulla rilevanza dell'arbitrato estero*, in *Comunicazioni e studi* dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano, XI (1963), p. 293 s., pp. 320-322; e *Sull'efficacia in Italia*, cit., pp. 93-99.

²⁷ Può darsi infatti che in base ad una convenzione internazionale esista l'obbligo di dichiarare efficace in Italia lodi arbitrali stranieri privi nell'ordinamento straniero, con cui sono in qualche modo collegati, dell'efficacia di sentenza dell'autorità giudiziaria. È ciò che sicuramente accade in base alla Convenzione di New York del 1958, e forse già in base a quella di Ginevra del 1927: cfr. sul punto MINOLI, *L'Italia e la Convenzione di New York, per il riconoscimento delle sentenze arbitrali straniere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, pp. 1026 ss., a p. 1039, e in *Scritti in ricordo di F. Salvi*, Bologna, 1960, pp. 295 ss., 311.

²⁸ Cfr. da ultimo Cass., 13 dicembre 1966, n. 2919, *Sesia c. Mosca*, in *Mass. Foro it.*, 1966, 1001.

giuridico di collegare l'arbitrato con l'uno o con l'altro sistema giuridico, che sia concesso dal nostro ordinamento; perché dal punto di vista di quest'ultimo, come si è cercato altrove di dimostrare, la «nazionalità» di un arbitrato è semplicemente il risultato dell'applicazione di certe norme giuridiche straniere e non il risultato di una valutazione autonomamente operata. Si tratta invece di una semplice possibilità di fatto, alla quale però possono riconnettersi notevoli conseguenze.

Il difetto della motivazione della sentenza citata è dunque quello di trascurare del tutto la possibilità che un arbitrato che si svolga secondo norme diverse e non conciliabili con quelle che disciplinano l'arbitrato rituale italiano sia destinato a concludersi con un lodo che acquisti valore di sentenza arbitrale in un ordinamento straniero, secondo le norme ed i metodi propri di ciascuno di questi. Non può essere giustificato, per quanto si è detto, considerare irrituali gli arbitrati di tutti i Paesi del mondo, solo perché le norme che li disciplinano sono diverse da quelle italiane, anche se le relative sentenze siano equiparate nei Paesi d'origine a quelle dell'autorità giudiziaria!

In conclusione, la dicotomia arbitrato rituale arbitrato irrituale non è tale da esaurire la classificazione di tutte le possibili forme di arbitrato. Ove un dato procedimento non possa concludersi con una decisione idonea ad essere resa esecutiva dal Pretore italiano (ove, cioè, non ci si trovi di fronte ad un arbitrato italiano), non si può concludere senz'altro di essere in presenza di un arbitrato irrituale, poiché può darsi, al contrario che si tratti di arbitrato destinato a concludersi con una decisione che tragga la propria efficacia da un ordinamento straniero: ossia di un arbitrato non italiano²⁹.

La posizione giurisprudenziale criticata pecca poi di incoerenza quando porta a qualificare irrituale un arbitrato svoltosi secondo le regole di un'associazione straniera, e ritiene nel contempo possibile dichiarare efficace in Italia come sentenza arbitrale straniera la decisione che ne risulti. In questo senso ha deciso la Corte di Cassazione con la sentenza del 27 marzo 1954, n. 949³⁰. Anche in tal caso la soluzione della controversia appare esatta, essendosi dichiarata efficace in Italia una sentenza arbitrale emessa in Inghilterra secondo le regole della *Cocoa Association of London*, superando a tal fine una serie di obiezioni svolte dalla società italiana rimasta soccombente nel giudizio arbitrale. Ma la Corte, per superare l'obiezione fondata sull'asserita violazione di una norma della legge inglese in materia di arbitrato, sente la necessità di sottolineare che «nella specie non vertesi nell'ipotesi di arbitrato rituale, sibbene in quella particolare forma di arbitraggio, cui suole sovente farsi ricorso per dirimere le controversie insorgenti nel commer-

²⁹ L'espressione «arbitrato non italiano» sembra preferibile a quella di «arbitrato estero», che postula la necessità di attribuire una nazionalità ad ogni arbitrato, il che non sembra possibile in base al diritto comune: cfr. sul punto, il mio lavoro *Questioni sulla rilevanza*, cit., pp. 310-324.

³⁰ In causa *Soc. Delfino e C. c. Soc. Compagnie du Niger Français*, inedita in Italia nella parte che interessa (pubbl. parzialmente in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1954, II, 587), e pubblicata in francese in *Rev. crit. droit int. privé*, 1956, p. 511 ss., note MOTULSKY e BARDA.

cio internazionale». Considerazione, questa, che non è accettabile, per le ragioni sopra esposte; e che comunque, nella specie, avrebbe potuto avere un significato soltanto ove il lodo avesse avuto, nell'ambito dell'ordinamento inglese, un valore puramente obbligatorio. Ma non sembra che tale circostanza si verificasse; né, comunque, la Corte ha ritenuto di porsi il problema e di risolverlo in base agli elementi a sua disposizione³¹. Ne risulta una certa incoerenza, consistente nel negare, da un lato, all'arbitrato fondato sulle regole dell'associazione un valore equiparabile a quello dell'arbitrato rituale, e nell'ammettere dall'altro all'efficacia come sentenza arbitrale straniera il lodo che ne risulta³².

Da tale posizione potrebbe infine derivare un aggiramento pratico della norma sull'inderogabilità convenzionale della giurisdizione italiana, della quale in altre occasioni la giurisprudenza si è mostrata così rigida tutrice. Poiché, infatti, si è giustamente ritenuto che il divieto contenuto in tale norma non valga per l'arbitrato irrituale³³, e che d'altro lato il lodo emesso in un procedimento arbitrale anche di natura irrituale possa essere, come si è detto, dichiarato efficace in Italia, qualsiasi azione avanti al giudice italiano potrebbe essere paralizzata da una eccezione di improcedibilità o improponibilità³⁴, senza che le due parti avessero nel procedimento arbitrale quelle garanzie che, in definitiva, la Corte vuole siano assicurate perché possa parlarsi di arbitrato rituale³⁵. Considerando irrituali tutti gli arbitrati svolti all'estero secondo le regole di associazioni professionali, ma ammettendo nel contempo la dichiarazione di efficacia dei relativi lodi, si verrebbe, in sostanza, a concedere un più ampio riconoscimento proprio a quelle forme di arbitrato che la Corte guarda con una certa diffidenza per la loro difformità da quella prevista e disciplinata dalla legge italiana.

In conclusione, non si può che sottolineare come il fatto che le parti di una controversia sia siano affidate a regole arbitrali di una associazione, che siano in-

³¹ È da notare che la Corte ha applicato le norme della Convenzione di Ginevra del 1927, in base alle quali è forse lecita una conclusione diversa da quella basata sull'art. 800 cod. proc. civ. (v. nota 26): i giudici non hanno comunque dedicato alcuna attenzione al punto.

³² Anche qui era comunque assai dubbio che, anche ammessa in astratto la possibilità di applicare la distinzione tra arbitrato rituale ed irrituale ad un arbitrato svoltosi nell'ambito di un ordinamento straniero, l'esame della volontà delle parti in relazione alle regole dell'Associazione britannica cui l'arbitrato era deferito facesse concludere per la natura irrituale dell'arbitrato stesso. In altra occasione la giurisprudenza, postasi il problema a proposito di un arbitrato della *London Corn Trade Association*, lo risolse nel senso che si trattasse di arbitrato rituale; cfr. App. Napoli, 27 maggio 1936, *Maffia c. Ditta Bunge*, in *Mon. trib.*, 1936, p. 685.

³³ Cfr. Cass. (Sez. un.), 3 ottobre 1964, n. 2494, *Ditta Soravia c. Ditta de Nardo*, in *Giust. civ.*, 1964, I, 2164; *Dir. intern.*, 1966, II, 92.

³⁴ Tale viene infatti ritenuta la natura dell'eccezione derivante dall'esistenza di un patto compromissorio per arbitrato irrituale. Oltre alla sentenza citata alla nota precedente, cfr. Cass., 17 ottobre 1964, n. 2608, *Ditta Gasparini c. Contimar*, in *Giust. civ.*, 1965, I, 1032. V. altresì SCHIZZEROTTO, *Arbitrato irrituale e arbitraggio*, Milano, 1963, pp. 196-204.

³⁵ Il procedimento straniero verrebbe infatti assoggettato a controllo soltanto per quanto riguarda le garanzie fondamentali richieste al fine della delibazione, ed al momento di questa.

compatibili con quelle che disciplinano l'arbitrato rituale italiano, non consente di affermare senz'altro che l'arbitro non poteva decidere la controversia mediante una pronuncia di carattere giurisdizionale. Sarà soltanto possibile dire che ciò esclude che l'arbitro possa decidere mediante una pronuncia suscettibile di acquistare efficacia di sentenza mediante l'*exequatur* del Pretore, essendo rimessa alla volontà delle parti ed al modo di essere dei vari ordinamenti stranieri interessati la possibilità che tale efficacia venga acquisita o meno mediante i diversi procedimenti da questi ultimi previsti.

Mette conto di osservare, per concludere, come soltanto il procedimento logico esposto consente di tener conto delle differenze tra le diverse forme di arbitrato eventualmente esistenti nell'ambito di ordinamenti stranieri. Ove infatti sia prevista anche una forma di arbitrato equivalente a quello irrituale italiano, come ad esempio nei Paesi Bassi³⁶, non si potrebbe accomunarla, nella valutazione effettuata dal punto di vista del nostro ordinamento, a quella che spieghi effetti più vicini a quelli propri dell'arbitrato rituale italiano, senza smarrire la possibilità di utilizzare criteri idonei a valutare le realtà giuridiche straniere per ciò che esse veramente sono.

5. Il fatto che un determinato procedimento arbitrale si debba svolgere secondo le norme di un dato organismo permanente straniero non sembra dunque esercitare alcuna influenza sui problemi che debbono essere risolti in relazione all'esistenza di qualsiasi arbitrato non italiano. Ciò tanto in relazione ai problemi conseguenti all'esistenza di un patto compromissorio che deferisca ad un arbitrato del tipo menzionato la cognizione di determinate controversie, quanto in relazione a quelli attinenti al riconoscimento delle sentenze arbitrali che ne derivano. È in particolare necessario evitare di qualificare tali sentenze, in rapporto alle caratteristiche degli organismi che le hanno pronunciate, come sentenze di giudici speciali o come semplici lodi irrituali, esaminandone invece la portata e la natura alla luce dell'ordinamento straniero con il quale esse appaiono collegate in base a tutte le circostanze dei singoli casi.

³⁶ Cfr. su ciò SANDERS, in U. I. A., *Arbitrage international commercial*, I, Paris, s. d., p. 406; SCHIZZEROTTO, *Arbitrato irrituale*, cit., p. 5.

Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la convenzione di New York del 1958 *

SOMMARIO: I. – 1. Premessa. – 2. Il movimento convenzionale per la disciplina dell'arbitrato: il Protocollo e la convenzione di Ginevra del 1923 e del 1927. – 3. La convenzione di New York del 10 giugno 1958. – 4. Caratteristiche principali del sistema della convenzione di New York. – 5. La sfera di applicazione della convenzione secondo l'art. I. – 6. Le riserve previste dall'art. I, n. 3. – 7. Il riconoscimento dei compromessi e delle clausole compromissorie. – 8. Le condizioni necessarie per il riconoscimento delle sentenze arbitrali contemplate dalla convenzione. – 9. Le clausole finali. – II. – 10. La convenzione di New York e l'ordinamento italiano: gli articoli 2 e 800 cod. proc. civ. – 11. La polemica sull'opportunità dell'adesione italiana alla convenzione di New York ed il relativo progetto di legge. – 12. Conclusioni.

I.

1. *Premessa*

Perché la disciplina positiva dell'arbitrato, inteso quale mezzo di risoluzione delle controversie nell'ambito dei rapporti commerciali internazionali, si adegui all'importanza economica e sociale sempre crescente che il fenomeno ha assunto in tale ambito negli ultimi decenni, è evidentemente necessaria una certa uniformità di atteggiamenti dei vari ordinamenti giuridici statali. Mancando questa, infatti, il divario tra la realtà economico-sociale del fenomeno e il suo trattamento giuridico non può che accrescersi, e con esso la distanza tra lo spontaneo svolgersi dei rapporti giuridici in materia di commercio internazionale e le reali possibilità di attuazione coercitiva del diritto in caso di inosservanza. Allo stato attuale della struttura della comunità internazionale, peraltro, la possibilità di attuare in misura soddisfacente l'uniformità cui si è fatto cenno rimane interamente affidata all'elaborazione di apposite convenzioni internazionali che incidano sulle notevoli disparità che le legislazioni interne presentano in materia.

* Pubblicato in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1968, pp. 24-62.

2. *Il movimento convenzionale per la disciplina dell'arbitrato: il Protocollo e la convenzione di Ginevra del 1923 e del 1927*

La storia dei tentativi e delle realizzazioni nell'ambito delle convenzioni internazionali collettive in materia di arbitrato inizia poco meno di mezzo secolo addietro, quando all'argomento ebbe a rivolgere la propria attenzione la neonata Società delle Nazioni. Dall'interessamento di tale Organizzazione ebbero origine, com'è noto, il Protocollo di Ginevra del 24 settembre 1923 sulle clausole di arbitrato in materia commerciale, e la convenzione di Ginevra del 26 settembre 1927 sull'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere. Tali convenzioni costituirono un notevole ed indiscutibile passo innanzi rispetto allo stato delle legislazioni interne nella materia¹. I decenni successivi, tuttavia, dovevano mostrare chiaramente come la disciplina in esse contenuta non fosse ancora tale da soddisfare compiutamente le esigenze che la pratica andava manifestando.

La convenzione del 1927 aveva ovviato, è vero, alla più appariscente lacuna che il Protocollo presentava, e che era quella di non porre a carico di ciascuno Stato contraente alcun obbligo circa l'esecuzione di sentenze arbitrali emanate negli altri Stati che ne fossero egualmente parti, limitandosi ad obbligarlo all'esecuzione delle decisioni emesse sul proprio territorio². Ma altri gravi inconvenienti continuavano a sussistere. Così, anzitutto, non si era assicurata la coordinazione tra il sistema del Protocollo e quello della convenzione. L'obbligo per gli Stati membri di riconoscere le clausole arbitrali valeva infatti entro limiti più vasti di quanto era stabilito per il riconoscimento delle relative sentenze, sicché vi era tutta una categoria di arbitrati (quelli destinati a svolgersi nel territorio di Stati non contraenti) fondati su clausole che permettevano di escludere la giurisdizione degli Stati aderenti al Protocollo, ma destinati a concludersi con decisioni rispetto alle quali non sussisteva nessuna garanzia che il riconoscimento avesse luogo nell'ambito degli Stati, pure aderenti alla convenzione del 1927, diversi da quello nel cui territorio erano state emanate. Il fatto, insomma, che una clausola arbitrale rientrasse fra quelle contemplate dal Protocollo era condizione necessaria, ma non

¹Basti pensare che la norma contenuta nell'art. 3 del Protocollo sentiva il bisogno di obbligare gli Stati, nel cui territorio la sentenza arbitrale fosse stata emanata, ad assicurarne l'esecuzione, in tal modo evidentemente presupponendo l'esistenza di Stati nei quali tale esecuzione non fosse garantita. Cfr. sul punto il *Rapport du Comité d'experts juristes* nominato dalla Società delle Nazioni, in *Journal Officiel de la Société des Nations*, 1927, p. 891, e IACCARINO, *La convenzione di Ginevra del 26 settembre 1927 sul riconoscimento delle sentenze arbitrali straniere*, in *Diritto internazionale*, 1959, p. 326. Sullo stato delle legislazioni interne dell'epoca, cfr. anche LORENZEN, *Commercial Arbitration – Enforcement of Foreign Awards*, in *Yale Law Journal*, 1935, p. 35 ss. Anche in Italia, del resto, fu la legge di esecuzione del Protocollo che introdusse per la prima volta norme esplicite in materia: cfr. sul punto MIGLIAZZA, *La rilevanza dell'accordo privato sul richiamo a norme e a procedimenti estranei*, Milano, 1962, pp. 108-109.

²Cfr. il *Rapport du Comité d'experts juristes*, cit., pp. 890-896.

sufficiente, secondo il disposto dell'art. I della convenzione, per il riconoscimento della sentenza³.

Gravi incertezze sussistevano, poi, circa i requisiti di validità dei compromessi e delle clausole compromissorie, avendo i compilatori della convenzione del 1927 deliberatamente ommesso di occuparsi del problema⁴, circa la soluzione del quale sono state e continuano ad essere sostenute, specie in Italia, le opinioni più svariate⁵. Ulteriore disagio la pratica provava di fronte ai limiti, anche qui non molto ben definiti, imposti dai due atti internazionali alla volontà delle parti in materia di disciplina della procedura arbitrale, di fronte alla forte tendenza a disancorare le regole di procedura dalla rigida osservanza delle norme di una determinata legislazione statale⁶. Non facile, infine, era ottenere la prova dell'esistenza delle condizioni che l'art. I della convenzione considerava necessarie perché il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza potessero aver luogo. In particolare, la prova del carattere di «definitività» che la sentenza doveva possedere secondo l'ordinamento di origine (dello Stato, cioè, nel cui territorio era stata emanata), si rivelava spesso impossibile ove la sentenza stessa non fosse stata resa esecutiva o comunque omologata da un organo pubblico: e ciò anche in quegli Stati in cui tale controllo statale non era affatto necessario perché la sentenza fosse considerata definitiva e producesse gli effetti di accertamento del rapporto litigioso (*res judicata*) che le sono propri, ma soltanto per poter iniziare la procedura esecutiva. Sicché, in definitiva, si manifestava sovente la necessità pratica di mettere in moto due procedimenti di esecuzione, anche in casi in cui l'esecuzione nello Stato di origine non presentasse il minimo interesse pratico, al solo scopo di essere in grado di dimostrare l'esistenza di una sentenza «definitiva»⁷.

3. La convenzione di New York del 10 giugno 1958

Nonostante gli inconvenienti ora sommariamente indicati, i due testi ginevrini hanno continuato a disciplinare sino ad oggi la materia fra un gran numero di Sta-

³ Su tali aspetti della convenzione cfr. BALLADORE PALLIERI, *L'arbitrage privé dans les rapports internationaux*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit internationale de La Haye*, 1935, I, pp. 391-394; BRACHET, *De l'exécution internationale des sentences arbitrales*, Paris, 1938, p. 181.

⁴ Cfr. infatti quanto osserva il Rapporto Leitmaier all'Assemblea della S.d.N., in *Journal Officiel de la Société des Nations, Suppl. Spécial*, 1927, p. 459.

⁵ Per un panorama delle varie tesi sostenute in proposito cfr. MIGLIAZZA, *La rilevanza dell'accordo privato*, cit., pp. 147-157.

⁶ L'art. 2 del Protocollo stabiliva, infatti, che la procedura arbitrale era regolata dalla volontà delle parti («») dalla legge del luogo ove l'arbitrato si svolgeva. Su tale norma cfr. BALLADORE PALLIERI, *L'arbitrage privé*, cit., p. 388 ss.; KLEIN, *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé*, Bâle, 1955, pp. 290 ss.; GREMINGER, *Die Genfer Abkommen von 1923 und 1927 über die internationale private Schiedsgerichtsbarkeit*, Winterthur, 1957, p. 33 s.

⁷ Sul punto si veda, per tutti, BERTHEAU, *Das New Yorker Abkommen vom 10 Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche*, Zürich, 1965 pp. 90-93.

ti, tra cui l'Italia. Ma non sono mancati i tentativi di riforma, né le realizzazioni. A prescindere da alcuni progetti, ufficiali od opera di associazioni puramente private, cui arrise minor fortuna, è necessario ricordare le iniziative assunte in materia dalla Camera di commercio internazionale di Parigi, che culminarono, nel 1953, nella predisposizione di un Rapporto e di un Progetto preliminare di convenzione, adottati dal Comitato per l'arbitrato internazionale della stessa Camera⁸. Tali atti furono poi trasmessi al Segretario delle Nazioni Unite e di qui al Comitato economico e sociale, che incaricò un Comitato *ad hoc* di studiare la questione e predisporre a sua volta un rapporto. Questo venne pubblicato nel 1955 e inviato per un esame agli Stati. Sulla base delle risposte da questi fornite, il Consiglio economico e sociale deliberò la convocazione di un'apposita Conferenza internazionale, che fu tenuta a New York dal 20 maggio al 10 giugno 1958. In tale data venne finalmente adottata, dopo serrati dibattiti, la convenzione di New York per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, che forma l'oggetto principale del presente studio. La convenzione è entrata in vigore il 7 giugno 1959, novanta giorni cioè dopo il deposito del terzo strumento di ratifica o di adesione (art. XII)⁹⁻¹⁰.

⁸ Cfr. *L'exécution des sentences arbitrales internationales. Rapport et avant-projet de convention adoptés par le Comité de l'arbitrage international à la session du 13 Mars 1953*, Brochure n. 174 de la C.C.I.

⁹ Sulle vicende che portarono alla redazione della convenzione cfr., diffusamente, GIANNINI (A.), *La convenzione di New York 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione di sentenze arbitrali*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, pp. 370-379; DOMKE, *The United Nations Conference on International Commercial Arbitration*, in *American Journal of International Law*, 1959, pp. 414-420; CONTINI, *International Commercial Arbitration: The United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1939, pp. 283-309; BERTHEAU, *Das New Yorker Abkommen*, cit., pp. 15-24.

¹⁰ Sulla convenzione di New York esistono numerosi commenti, spesso però di carattere puramente descrittivo. Nella dottrina italiana si vedano: GIANNINI (A.), *La convenzione di New York*, cit., pp. 370-379; MINOLI, *La nuova convenzione per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pp. 954-962; ID., *L'Italia e la convenzione di New York per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, pp. 1026-1045, e in *Scritti in ricordo di F. Salvi*, Bologna, 1960, pp. 295-317; ID., *Adesione dell'Italia alla convenzione di New York*, in *Rassegna dell'arbitrato*, 1966, pp. 81-94; MARMO, *La convenzione di New York sul riconoscimento delle sentenze arbitrali*, in *Riv. dir. int.*, 1959, pp. 31-40. Nella dottrina straniera si vedano: ROBERT, *La Convention de New York 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, in *Recueil Dalloz*, 1958, *Chron.*, pp. 223228, e in *Revue de l'arbitrage*, 1938, pp. 70-78; POINTET, *La Convention de New York sur la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères*, in *Journal des associations patronales*, 1938, pp. 589-593; NARAYAN, *The United Nations Convention on International Commercial Arbitration*, in *Indian Journal of International Law*, 1958, pp. 33-37; SANDERS, *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, in *Nederlandsche Schrift voor Internationaal Recht*, 1959, p. 45 ss., e in *Arbitrage International Commercial*, II, La Haye, 1960, pp. 292-326; CONTINI, *International Commercial*, cit.; PISAR, *United Nations Convention on Foreign Arbitral Awards*, in *Southern California Law Review*, 1959, p. 14 ss., e in *Journal of Business Law*, 1939, p. 234 ss.; BÜLOW, *Das UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche*, in *Konkurs, Treuhand und Schiedsgerichtswesen*,

L'adozione della convenzione di New York non ha tuttavia esaurito il movimento convenzionale in materia di arbitrato. Già la Conferenza internazionale dalla quale la convenzione era uscita adottava, nella sua seduta conclusiva, una risoluzione con la quale invitava gli organi competenti delle Nazioni Unite a studiare le misure possibili per sviluppare l'efficacia dell'arbitrato internazionale come mezzo di soluzione delle controversie in materia di commercio internazionale¹¹. Tale invito venne raccolto dalla Commissione economica delle Nazioni Unite per l'Europa, nell'ambito della quale fu elaborata una convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale, adottata in data 21 aprile 1961 ed entrata in vigore il 7 gennaio 1964¹². Tale accordo ha un oggetto nettamente diverso da quello della convenzione di New York, che esso presuppone, riguardando soprattutto l'organizzazione concreta dell'arbitrato¹³, e incidendo in un solo punto sulla di-

1959, pp. 1-17; BREDIN, *La convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, in *Journal du droit international*, 1960, pp. 1002-1029; KLEIN, *La Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, in *Schweizerische Juristenzeitung*, 1961, pp. 229-235 e 247-250; ID., *Autonomie de la volonté et arbitrage*, in *Revue critique de droit international privé*, 1958, pp. 487-494; FRAGI-STAS, *Les principes de la convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, in *Recueil Hidebumi Egawa*, Tokyo, 1961, p. 57 ss.; BERTHEAU, *Das New Yorker Abkommen*, cit.; MAIER, *Europäisches Übereinkommen und UN-Übereinkommen über die internationale private Schiedsgerichtsbarkeit*, Köln, 1966, pp. 29-42.

Alla data del 5 gennaio 1967, la convenzione era in vigore fra trentuno Stati: cfr. i dati relativi in questa *Rivista*, 1967, pp. 204-207.

¹¹ La risoluzione si può leggere in U.I.A., *Arbitrage international commercial*, II, cit., pp. 288-291; ivi anche DOMKE, *Mesures possibles pour développer l'efficacité de l'arbitrage commercial international*, pp. 328-347.

¹² Su tale convenzione si vedano: ROBERT, *La convention européenne sur l'arbitrage commercial international signée à Geneve le 21 avril 1961*, in *Recueil Dalloz*, 1961, Chron., pp. 173-182; KOPELMANAS, *La place de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961 dans l'évolution du droit international de l'arbitrage*, in *Annuaire français de droit international*, 1961, pp. 331-345; BENJAMIN, *The European Convention on International Commercial Arbitration*, in *The British Year-book of Int. Law*, 1961, pp. 478-496; KLEIN, *La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international*, in *Revue critique*, 1962, pp. 621-640; BULOW, *Europäisches Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, in *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 1961; pp. 144-145; POINTET, *La convention de Genève sur l'arbitrage commercial international*, in U.I.A., *Arbitrage international commercial*, cit., III, La Haye, 1965, pp. 263-301; MEZGER, *Das Europäische Übereinkommen über die Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, in *Rabels Zeitschrift*, 1965, pp. 231-300; GLOSSNER, *Die internationale zivile Schiedsgerichtsbarkeit in internationalen Abmachungen*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1966, pp. 1593-1597; MAIER, *Europäisches Übereinkommen*, cit., pp. 7-26; KAISER, *Das Europäische Übereinkommen über die Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21 April 1961*, Zurich, 1967.

¹³ La particolarità essenziale della Convenzione sta nella creazione di un Comitato speciale, che è costituito in parti uguali da individui eletti dagli organismi arbitrali, designati dagli Stati firmatari, degli Stati in cui vi è un Comitato nazionale della Camera di commercio internazionale, e da individui eletti dagli organismi designati dagli Stati nei quali tale comitato nazionale non esiste. Ogni gruppo di Stati elegge un membro ed un supplente, nonché un Presidente; la presidenza passa dall'uno all'altro gruppo ogni biennio. Il Comitato è dunque composto di due membri e del Presidente, ed ha poteri assai vasti inerenti all'organizzazione concreta dell'arbitrato nei casi in cui la manife-

sciplina stabilita a New York¹⁴. Successivamente, è stato aperto alla firma il 20 gennaio 1966, nell'ambito del Consiglio d'Europa, un progetto di convenzione recante una legge uniforme in materia di arbitrato, che non è entrato sino ad ora in vigore. Esso non si occupa comunque del tema del riconoscimento delle sentenze arbitrali straniere, ma mira ad incidere direttamente sul modo di essere delle stesse legislazioni interne dei vari Stati in materia di arbitrato¹⁵. La Convenzione di New York rimane dunque, in materia, il complesso normativo più importante che il pluridecennale movimento convenzionale successivo agli accordi di Ginevra abbia prodotto.

4. Caratteristiche principali del sistema della convenzione di New York

Avendo così sommariamente descritto il processo formativo della Convenzione di New York, converrà ora tratteggiarne brevemente le caratteristiche. Al fine di essere in grado di valutarne esattamente la portata complessiva, nonché certe caratteristiche soluzioni, è necessario tener presente che essa trae origine da un progetto preliminare redatto, come si è detto, nell'ambito della Camera di commercio internazionale, e cioè nell'ambito degli stessi ceti economici interessati. Si tratta di una caratteristica singolare ed importante della convenzione, che la differenzia da quelle tradizionali redatte ed elaborate dai soli esperti o delegati governativi. In armonia con la prospettiva in cui i redattori si ponevano, il progetto preliminare parlava, non di esecuzione di sentenze arbitrali straniere, ma di esecuzione di sentenze arbitrali *internazionali*, intendendosi sostanzialmente per tali quelle decisioni, risolutive di controversie relative al commercio internazionale, che i compilatori consideravano come avulse da qualsiasi ordinamento giuridico statale, ma dotate ciononostante di una propria giuridica ef-

stazione di volontà delle parti debba essere integrata. Su tale sistema cfr. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris 1965, pp. 275-290. Va notato, tuttavia, che il funzionamento di tale meccanismo, in forza di una riserva contenuta nell'alt. X, n. 7, della convenzione, non potrà aver luogo tra gli Stati aderenti all'accordo relativo all'applicazione della convenzione europea, firmato a Parigi il 17 dicembre 1962 (cfr. *European Treaty Series*, n. 42). Su di esso cfr. GOLSONG, *L'arrangement relatif à l'application de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international*, in *Annuaire français de droit int.*, 1962, pp. 741-743.

¹⁴ Si tratta dell'incidenza che sul riconoscimento della sentenza arbitrale può avere l'annullamento della stessa nel paese d'origine: v. *infra*, par. 8.

¹⁵ Si veda il testo di tale progetto in *European Treaty Series*, n. 56, May 1967. Su di esso JENARD, *Projet de Convention européenne portant loi uniforme en matière d'arbitrage*, in U.I.A., *Arbitrage international commercial*, cit., III, pp. 370-399, ove anche il testo del progetto, e in *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1964, pp. 39-66. La convenzione dovrebbe essere accompagnata da un Protocollo equiparante ai fini dell'esecuzione le sentenze arbitrali straniere emanate in base alla legge uniforme a quelle emanate in base alla legge interna. Sul progetto, e in genere su tutto il movimento convenzionale, cfr. HERMENT, *L'arbitrage international en droit privé*, in *Revue belge de droit international*, 1966, pp. 370-385.

ficacia in quanto fondate esclusivamente sulla volontà delle parti contraenti.

Tale prospettiva corrisponde probabilmente alla situazione psicologica propria degli operatori economici che ricorrono alla C.C.I. per la risoluzione arbitrale delle controversie tra di loro insorte, ed è anzi l'elemento che giustifica il favore di cui tale ente gode negli ambienti commerciali. Proprio il fatto di sentirsi «al di sopra», o comunque «al di fuori», degli organismi appartenenti ai singoli ordinamenti statali può spingere infatti i privati a ricorrere all'arbitrato della C.C.I., superando le diffidenze che inevitabilmente ispira il ricorso agli organi giurisdizionali od anche arbitrali strettamente collegati con un solo Stato¹⁶. Ma una prospettiva siffatta non può, peraltro, avere riscontro alcuno sul piano del diritto positivo. Sino a che, infatti, una decisione arbitrale non possa acquistare forza esecutiva se non in quanto posta a contatto con l'ordinamento giuridico di uno Stato, al quale giuridicamente «appartiene», qualsiasi tentativo di definire una nozione di sentenza arbitrale internazionale, fondata esclusivamente sul valore ad essa attribuito dalle parti contraenti, è destinato a cadere¹⁷⁻¹⁸. Si comprende allora come il fenomeno materiale che a tale nozione corrisponde, cioè la sentenza avulsa da ogni

¹⁶ Sull'arbitrato della C.C.I. cfr. EISEMANN, *L'arbitrage de la Chambre de commerce internationale*, in *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1964, pp. 103-110. Per un'ampia panoramica delle soluzioni adottate dalla pratica commerciale per venire incontro a tale esigenza, e dei vari organismi arbitrali esistenti, cfr. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial*, cit., pp. 159-294.

¹⁷ Recentemente, però, com'è noto, la nozione di un arbitrato internazionale di diritto privato, interamente avulso da qualsiasi ordinamento giuridico statale, ha trovato alcuni difensori: cfr. in particolare, BRUNS et MOTULSKY, *Tendances et perspectives de l'arbitrage international (à propos de la Convention de Genève)*, in *Revue int. de droit comparé*, 1957, pp. 717-727; FRAGISTAS, *Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé*, in *Revue critique*, 1960, pp. 1-20; MOTULSKY, *L'exécution des sentences arbitrales étrangères*, in *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1964, pp. 141-173. Assai più cauto sulla questione il KLEIN, *Zum Begriff des internationalen Schiedsverfahren*, in *Festgabe zum schweizerischen Juristentag*, Basel 1963, pp. 145-161, e *L'arbitrage international de droit privé. Réalités et perspectives*, in *Annuaire suisse de droit international*, 1963, pp. 41-62. Cfr. anche HABSCHIED, *Nationale oder supranationale Schiedssprüche? Zur Reform des Genfer Abkommens über die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche von 26.9.1927*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1957, p. 25 ss.; ID., *Drei aktuelle Fragen des internationalen privaten Schiedsrechts*, in *Konkurs, Treuhand und Schiedsgerichtswesen*, 1964, pp. 146-166.

¹⁸ L'affermazione del testo non significa, naturalmente, disconoscimento del ruolo che è proprio in materia alla autonomia delle parti. Come è stato più volte messo in luce, la designazione della legge applicabile ad opera dei contraenti non importa che questi si muovano in un'orbita sottratta a qualsiasi legge statale, né che un accordo possa essere vincolante indipendentemente dal collegamento con un ordinamento giuridico statale. Si veda sul punto la nota sentenza della Cassazione francese del 21 giugno 1950 (caso *Messageries Maritimes*), in *Revue critique*, 1950, 609, nota BATTIFFOL; e, di questo autore, *Sur la signification de la loi désignée par les contractants*, in *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, I, Milano 1957, pp. 183195; inoltre, MIGLIAZZA, *La rilevanza dell'accordo privato*, cit., pp. 22-46. Sul problema, anche con riferimento alla tematica suggerita dai contratti tra Stati ed enti pubblici, e privati stranieri, cfr. da ultimo LEVEL, *Le contrat dit sans loi*, in *Travaux du Comité français de droit int. privé*, 1964-66, pp. 209-231. La tendenza a porre direttamente le regole applicabili al procedimento si spiega invece nell'ambito dell'autonomia lasciata dal diritto applicabile, o imposta da una convenzione: v. *infra*, par. 8.

ordinamento¹⁹, possa essere considerato rilevante sul piano sociologico, ma non su quello giuridico. E si comprende altresì come, di fronte alle obiezioni di numerosi Stati al progetto preliminare della C.C.I., il Comitato speciale del Consiglio economico e sociale abbia ritenuto di tornare sulle posizioni più tradizionali sostanzialmente già accolte dalla convenzione di Ginevra del 1927.

Secondo l'orientamento prevalso momentaneamente in seno a quel Comitato, infatti, una convenzione sul riconoscimento delle sentenze arbitrali straniere doveva partire da un presupposto non dissimile da quello proprio delle convenzioni relative al riconoscimento delle sentenze emanate dai giudici statali. Ogni arbitrato avrebbe dovuto infatti essere strettamente collegato con un ordinamento giuridico statale, ed ogni sentenza che ne risulta formare così l'oggetto di una concessione che ogni Stato contraente avrebbe fatto, a condizione di reciprocità, a tutti gli altri. Si tratta, come è facile notare, di un orientamento determinato in sostanza dall'accoglimento di una tesi giurisdizionalistica circa la natura dell'arbitrato, in contrapposto alla tesi detta contrattualistica²⁰.

Nella conferenza finale, peraltro, tale orientamento non riuscì a prevalere. Il testo finale della convenzione si presenta piuttosto ispirato ad una soluzione intermedia di compromesso tra le due opposte tesi, che risulta particolarmente evidente nella soluzione data ad alcune questioni particolari. In sintesi, il sistema della convenzione, da un lato riafferma la necessità che ciascun arbitrato, e la sentenza che ne risulta, siano collegati con un ordinamento giuridico statale, e soltanto da questo collegamento traggano la propria efficacia; ma dall'altro esclude ogni interpretazione «territorialistica» del collegamento stesso, e si differenzia così nettamente dai sistemi tipici delle convenzioni tradizionali in tema di riconoscimento di sentenze straniere. Gli obblighi che sono posti a carico di ogni Stato contraente hanno infatti riguardo, non soltanto al riconoscimento dei procedimenti arbitrali che possano venir considerati come appartenenti agli altri Stati parti della convenzione, per essere in qualche modo entrati in collegamento con l'organizzazione giudiziaria di questi, ma al riconoscimento di qualsiasi procedimento che rientri nella nozione tipica che il sistema convenzionale ne fornisce. Ogni Stato contraente risulta obbligato, in altri termini, a considerare come mezzo rilevante di composizione delle controversie tutti gli arbitrati che presentino le caratteristiche indicate dalla convenzione (non direttamente, per lo più, ma tramite rinvio, secondo la tecnica propria delle norme di diritto internazionale privato). Tali arbitrati, peraltro, non vengono considerati come emanazione della sovranità dei singoli Stati, il cui riconoscimento debba essere necessariamente oggetto di concessione da parte di ognuno, naturalmente a condizione di reciprocità²¹.

¹⁹ *Flottante* secondo l'espressione del CARABIBER, *L'exécution des sentences arbitrales internationales*, in *Revue de l'arbitrage*, 1964, pp. 3-9.

²⁰ Sulle vicende ricordate nel testo cfr. BERTHEAU, *Das New Yorker Abkommen*, cit., pp. 41-50.

²¹ Per l'incidenza della riserva di cui all'art. I, n. 3, della convenzione, basata invece sul principio di reciprocità, cfr. *infra*, par. 6.

Conseguentemente, la convenzione mira ad introdurre negli ordinamenti interni dei singoli Stati contraenti delle norme uniformi in tema di riconoscimento di clausole e sentenze arbitrali, che dovrebbero, non *affiancarsi* a quelle interne vigenti applicandosi ad alcuni casi particolari, ma *sostituirle*, costituendo la disciplina generale della materia (salvo il caso, del tutto marginale, che il diritto interno sia più favorevole: art. VII della convenzione). La convenzione dovrebbe valere in tal modo come legge uniforme. In qual modo ciò vada inteso per quanto riguarda il caso particolare dell'ordinamento italiano, si vedrà oltre²². Qui interessa notare che tale caratteristica del sistema convenzionale viene meno ove gli Stati si avvalgano, come hanno sinora largamente fatto, della riserva prevista dall'art. I, n. 3, prima parte, di cui oltre si dirà.

5. La sfera di applicazione della convenzione secondo l'art. I

La precisazione ora compiuta delle caratteristiche principali della convenzione consente di passare ad un rapido esame analitico delle sue più importanti disposizioni.

Per quanto riguarda, anzitutto, la sfera di applicazione della convenzione, va notato che essa è precisata dall'art. I con esclusivo riguardo alle sentenze rispetto alle quali sussiste l'obbligo di riconoscimento. Manca invece la coordinazione con quanto stabilito dall'art. II in materia di riconoscimento di clausole arbitrali. La spiegazione di ciò si ritrova nell'esame del processo formativo della convenzione. Essa, come dice del resto la denominazione ufficiale, era stata originariamente concepita come limitata al solo tema del riconoscimento ed esecuzione delle sentenze arbitrali. Il problema del riconoscimento dei compromessi e delle clausole compromissorie fu preso in considerazione dalla Conferenza soltanto all'ultimo momento, su proposta di alcuni delegati che fecero rilevare l'opportunità di comprendere nel nuovo testo anche la materia che formava oggetto del Protocollo di Ginevra del 1923²³. Di tale Protocollo l'art. II ha in sostanza ripreso il contenuto essenziale, senza peraltro coordinarlo sistematicamente con le altre disposizioni.

La sfera di applicazione della convenzione può essere considerata sotto tre diversi aspetti: *a)* avendo riguardo all'elemento *spaziale*, *b)* avendo riguardo all'elemento *personale*, *c)* avendo riguardo, infine, alla *definizione* dello stesso concetto di «sentenza arbitrale».

a) Sotto il primo profilo, l'art. I, n. 1, precisa la portata della convenzione nei termini più ampi, stabilendo che essa deve essere applicata al riconoscimento ed all'esecuzione di tutte le sentenze arbitrali emanate nel territorio di uno Stato di-

²² *Infra*, par. 10.

²³ Cfr. MINOLI, *La nuova convenzione*, cit., p. 955; BERTHEAU, *Das New Yorker Abkommen*, cit., pp. 24-26.

verso da quello nel quale il riconoscimento o l'esecuzione sono richiesti, nonché di quelle che, pur essendo state pronunciate in quest'ultimo, non sono però considerate come decisioni «nazionali» secondo il diritto di tale Stato. Nessuna limitazione, dunque, in base a tale norma, in relazione all'appartenenza alla convenzione dello Stato in cui la sentenza è stata emanata, così come accadeva nel sistema della convenzione di Ginevra del 1927. Anzi, vi si prevede l'applicabilità della convenzione anche alle decisioni emanate nel territorio dello Stato in cui si chiedono il riconoscimento e l'esecuzione, nel caso che il diritto locale non consideri circostanza in ogni caso sufficiente per l'applicazione delle proprie norme (ossia per l'attribuzione della propria «nazionalità» all'arbitrato ed alla sentenza arbitrale) il fatto che la decisione sia stata emanata nel territorio dello Stato²⁴. Anche in questo caso, la norma non condiziona l'obbligo di riconoscimento al fatto che lo Stato, il cui diritto viene considerato applicabile alla sentenza in base alla legge del luogo di pronuncia, aderisca alla convenzione.

Nulla è stabilito, d'altro canto, per il caso inverso in cui una sentenza arbitrale emanata all'estero sia considerata sottoposta al proprio diritto dallo Stato nel quale il riconoscimento e l'esecuzione vengono richiesti. Ora, sembrerebbe a prima vista di poter sostenere, superando l'argomento puramente letterale desumibile dal testo della convenzione, che nel caso di non coincidenza tra diritto del luogo di emissione e legge regolatrice la prevalenza spetti a quest'ultima, e sia pertanto esclusa l'applicabilità delle norme convenzionali. Ma un esame più accurato dei lavori preparatori induce a ritenere che nulla giustifichi l'esclusione dell'applicabilità della disciplina convenzionale anche in questo caso²⁵.

²⁴ La coincidenza necessaria tra nazionalità e luogo di pronuncia della sentenza non si ha, in genere, nell'ambito di quegli ordinamenti che considerano la disciplina dell'arbitrato oggetto di una norma di diritto internazionale privato che utilizza come criterio di collegamento la volontà delle parti. V. sul punto FOUCHARD, *L'arbitrage commercial*, cit., pp. 324-325. Per tali ordinamenti (ad es., quello francese), può aversi tanto arbitrato straniero con sentenza emessa nello Stato, quanto arbitrato nazionale con sentenza emessa all'estero: per la prima ipotesi cfr., in Francia, App. Paris, 5 luglio 1955, *Monier c. Soc. Scali frères*, in *Revue critique*, 1956, 79, nota MEZGER. Analoga possibilità è ammessa, in base però ad altri presupposti, in Germania: cfr. BAUMBACH-SCHWAB, *Schiedsgerichtsbarkeit*², München-Berlin 1960, p. 264. Invece, nell'ambito di ordinamenti, come quello italiano, che sono ispirati ad una concezione processualistica dell'arbitrato, ed impongono la pronuncia della sentenza nazionale nello Stato, è prospettabile soltanto l'ipotesi di sentenza straniera emessa nel territorio nazionale, subordinatamente alla circostanza che essa sia riconosciuta come propria da un ordinamento straniero. Sulla questione, con riferimento all'ordinamento italiano, cfr. il mio studio *Questioni sulla rilevanza dell'arbitrato estero*, in *Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano*, XI (1963), pp. 315-328.

²⁵ I lavori preparatori mostrano come la Conferenza abbia inteso respingere ogni restrizione della sfera di applicabilità della convenzione in dipendenza delle circostanze menzionate nel testo, ed abbia anche respinto una proposta italiana in quel senso: cfr. sul punto CONTINI, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 295; BERTHEAU, *Das New Yorker Abkommen*, cit., pp. 46-48; MINOLI, *Adesione dell'Italia*, cit., pp. 86-88. Che la convenzione non si riferisca, invece, alla categoria di sentenze in questione, ritiene il KLEIN, *La convention de New York*, cit., p. 233; ID., *L'arbitrage international*, cit., pp. 46-47.

Le maggiori preoccupazioni sono state causate, su questo punto, dal timore che venga sottratta alla legge locale la disciplina delle impugnazioni. Ma appare al contrario giustificato ritenere che la convenzione non limiti affatto la libertà degli Stati contraenti di applicare le proprie norme relative alle impugnazioni alle sentenze arbitrali rese all'estero ma considerate nazionali, limitandosi a stabilire gli obblighi relativi al riconoscimento ed all'esecuzione delle sentenze stesse²⁶. In sintesi, le norme convenzionali hanno, in questo particolare caso, la portata ed il significato di impedire che uno Stato contraente possa riservare alle decisioni di cui si tratta un trattamento meno favorevole di quello previsto dalla convenzione, per il motivo che esse sono considerate nazionali dal diritto interno (salva sempre la facoltà di accordar loro il trattamento stabilito dal diritto interno per le sentenze nazionali, ove esso sia più favorevole).

b) La convenzione non contiene, poi, nessuna limitazione per quanto riguarda la nazionalità delle parti, a differenza della convenzione di Ginevra del 1927 il cui art. 1 richiedeva, come è noto, che la sentenza fosse pronunciata tra parti «*soumises à la juridiction*» di Stati diversi, entrambi aderenti alla convenzione stessa²⁷. Abbandonando tale discusso requisito, il sistema di New York parifica completamente i casi di sentenza arbitrale resa tra soggetti appartenenti allo stesso Stato, o a Stati diversi, senza riguardo alla circostanza che si tratti o meno di Stati parti della convenzione.

c) Più delicata si presenta l'indagine circa la determinazione dello stesso concetto di «sentenza arbitrale» utilizzato dalla convenzione. Senza volere esaminare qui, neppure marginalmente, il discusso problema della qualificazione nell'ipotesi di espressioni tecnico-giuridiche contenute nei trattati internazionali²⁸, ci si limi-

²⁶ Su tale materia, infatti, non sembra che la disciplina convenzionale possa incidere, nonostante la contraria opinione del ROBERT, *La Convention de New York*, cit., p. 227: cfr. le considerazioni del FOUCHARD, *L'arbitrage commercial*, cit., pp. 535-538, anche in relazione all'attenzione dedicata al tema dai redattori della convenzione di Ginevra del 1961. In questo senso, del resto, è la prassi della giurisprudenza francese, che ammette il ricorso di cui all'art. 1028 cod. proc. civ. contro la sentenza arbitrale straniera (cfr. ROBERT, *Le recours en France contre la sentence étrangère*, in *Revue de l'arbitrage*, 1957, p. 122 ss., 1958, p. 11 ss.; BREDIN, *Remarques sur les voies de recours contre les sentences arbitrales étrangères*, in *Revue de l'arbitrage*, 1958, p. 135 ss.; ID., *La paralysie des sentences arbitrales étrangères par l'abus des voies de recours*, in *Journal du droit international*, 1962, pp. 638-664). In Germania la legge di esecuzione della convenzione del 15 marzo 1961 (BGB1., 1961, II, 121) contiene alcune norme (art. 2) che assoggettano le sentenze emanate all'estero secondo la legge tedesca alle impugnazioni previste dalla *Zivilprozessordnung*, e prevede che, in caso di rigetto della domanda di esecuzione della sentenza arbitrale, per difetto dei requisiti richiesti dall'art. V della convenzione, si debba contemporaneamente annullare la sentenza ove ricorra una delle ipotesi previste nel par. 1041 ZPO. In questo caso, può infatti trovare applicazione il disposto dell'art. VII della convenzione (su cui *infra*, par. 9).

²⁷ Sull'interpretazione di tale espressione cfr., per tutti, BALLADORE PALLIERI, *L'arbitrage privé*, cit., pp. 384-386; MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*², Padova 1954, pp. 226-227.

²⁸ In materia cfr., per tutti: NIBOYET, *Le problème des qualifications sur le terrain des traités diplomatiques*, in *Revue critique*, 1935, pp. 1-34; PLAISANT, *Les règles des conflits des lois dans les traités*, Paris 1946, p. 67 ss.; MANN, *The Interpretation of Uniform Statutes*, in *Law Quarterly Re-*

terà ad indicare i criteri che sembrano da seguire in alcuni casi che possono verificarsi in pratica. A prescindere dalla precisazione, non del tutto superflua, contenuta nel numero 2 dell'art. 1, per cui sono da considerarsi sentenze arbitrali anche quelle emanate da organismi arbitrali permanenti cui le parti si siano sottomesse²⁹, è opportuno soffermarsi brevemente su due ipotesi: quella di arbitrato cosiddetto irrituale o libero, e quella di sentenze arbitrali emanate in controversie tra Stati (od enti pubblici) ed enti stranieri.

Circa la prima ipotesi, è noto che la figura dell'arbitrato libero o irrituale è stata elaborata, sulla scorta dei dati largamente forniti dalla pratica commerciale, soprattutto dalla giurisprudenza e dalla dottrina italiana, e sta ad indicare quella forma di arbitrato, svincolata dall'osservanza delle forme proprie del codice di procedura civile, che non è destinata a concludersi con una decisione da rendersi esecutoria con decreto del Pretore, in base all'art. 825 cod. civ.³⁰. Criterio distintivo essenziale rispetto all'arbitrato rituale è dunque, secondo dottrina e giurisprudenza, la volontà delle parti espressa nel compromesso o nella clausola compromissoria³¹. Si ammette concordemente che la nota essenziale della decisione «irrituale» è il suo permanere nella sfera puramente obbligatoria, al di fuori della possibilità di sortire quegli effetti di accertamento ed esecutivi che possono conseguire soltanto al lodo rituale, in quanto sia reso esecutivo dal decreto pretorile. Ma sull'inquadramento dogmatico dell'istituto, come è noto, le opinioni sono lungi dall'essere concordi, ritenendo alcuni che l'arbitrato irrituale concreti un'ipotesi di «arbitraggio in una transazione», e che sia ammissibile quindi soltanto là ove sia presente un intento transattivo delle parti, sostenendo, invece, altri che il fenomeno debba essere ricondotto alla figura del negozio di accertamento, e non sia pertanto incompatibile con la decisione secondo diritto; od altre tesi ancora.

A parte tale divergenza di opinioni, che è soprattutto rilevante in sede di interpretazione del diritto positivo italiano, interessa qui notare che figure analoghe sono note anche ad altri ordinamenti giuridici, come quello dei Paesi Bassi e quello spagnolo³². Stabilire se la convenzione di New York contempra anche forme di arbitrato siffatte è pertanto problema che può avere rilevanza, non soltanto per quanto concerne il trattamento all'estero di lodi disciplinati dal diritto italiano, ma

view, 1946, p. 279 ss.; BASDEVANT, *Le rôle du juge national dans l'interprétation des traités diplomatiques*, in *Revue critique*, 1949, pp. 413-433; BAYER, *Auslegung und Ergänzung international-vereinheitliche Normen durch staatliche Gerichte*, in *Rabels Zeitschrift*, 1955, pp. 603-642.

²⁹ Per alcune particolarità proprie di tali casi, nonché per l'atteggiamento di talune giurisprudenze nazionali, cfr. la panoramica del FOUCHARD, *L'arbitrage commercial*, cit., pp. 171-233.

³⁰ Si veda, anche per completi riferimenti di dottrina e di giurisprudenza, il lavoro dello SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio e arbitraggio*², Milano, 1963.

³¹ Così Cass., 13 dicembre 1966, n. 2919, *Sesia c. Mosca*, in *Mass. Foro it.*, 1966, 1001.

³² Per il primo, cfr. SANDERS, in U.I.A., *Arbitrage international commercial*, cit., I, p. 406; per il secondo, l'art. 3 della *Ley sobre el arbitraje* e DE LEYVA Y ANDIA, *ivi*, p. 192. In tali Paesi, tuttavia, l'importanza pratica di tali istituti è di gran lunga inferiore a quella che è loro propria in Italia.

anche il trattamento in Italia di certe decisioni rese all'estero³³ o comunque straniere. Ora, sebbene sia stata vigorosamente sostenuta sul punto un'opinione negativa³⁴, sembra si debba giungere alla conclusione che la nozione di sentenza arbitrale, utilizzata dalla convenzione, è tale da ricomprendere anche le decisioni risultanti da procedimenti di tipo irrituale.

È da escludere, infatti, che la convenzione consideri come sentenze arbitrali soltanto quelle decisioni che spieghino, secondo la legge che le regola, effetti identici od analoghi a quelli propri delle sentenze dell'autorità giudiziaria. Tale condizione – che è richiesta, come è noto, dalla norma dell'art. 800 cod. proc. civ. italiano – è estranea al diritto della maggior parte degli Stati, ed i lavori preparatori della convenzione di New York mostrano chiaramente come i compilatori intessero respingere qualsiasi proposta che potesse portare ad un testo suscettibile di essere interpretato in quel senso³⁵. Una condizione siffatta, del resto, non era richiesta neppure in base alla convenzione di Ginevra del 1927, come prova, tra l'altro, l'adesione alla stessa della Danimarca, il cui diritto non riconosce alle decisioni arbitrali effetti che non siano puramente obbligatori³⁶. L'intento dei compilatori di escludere l'esigenza del requisito dell'esecutorietà della decisione, limitandosi a quello dell'*obbligatorietà* della stessa³⁷, è reso evidente dal desiderio di evitare uno dei maggiori inconvenienti del sistema della convenzione di Ginevra del 1927, che già si è ricordato, quello della frequente necessità pratica del duplice *exequatur*. Ma tale intento mostra chiaramente come il sistema della convenzione di New York consideri le decisioni arbitrali emesse nei vari Paesi suscettibili di essere dichiarate efficaci in ogni altro anche qualora non siano entrate in contatto con gli organi di uno Stato a qualsiasi titolo (deposito, omologazione ecc.), essendo qualche forma di intervento di tali organi indispensabile, secondo la grande maggioranza degli ordinamenti, perché alla decisione sia attribuita l'efficacia esecutiva³⁸.

³³ In certi casi, anche qualora il diritto italiano qualifichi tali decisioni come nazionali, ossia regolate dalla legge italiana: cfr. *infra*, par. 12.

³⁴ Cfr. CUTRERA, *Gli arbitrati irrituali e la convenzione di New York 1958*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, pp. 1105-1122. Tale autore fonda la sua opinione sulla premessa che la convenzione non può riferirsi altro che alle sentenze aventi valore ed efficacia di sentenze emanate dall'autorità giudiziaria: premessa che peraltro non può essere condivisa, secondo quanto si dirà oltre nel testo. Cfr. KLEIN, *Considérations sur l'arbitrage*, cit., pp. 283-284.

³⁵ Cfr. BERTHEAU, *Das New Yorker Abkommen*, cit., pp. 90-98; MINOLI, *Adesione dell'Italia*, cit., pp. 89-90.

³⁶ Si veda HJEILE, in U.I.A., *Arbitrage international*, cit., I, Paris, s.d., p. 154 ss. Una dichiarazione di tale particolarità del diritto danese ha accompagnato la ratifica della convenzione di Ginevra del 1927 da parte della Danimarca (cfr. in questa *Rivista*, 1967, p. 202). Del resto, le decisioni arbitrali danesi sono state anche riconosciute all'estero in base alle norme della convenzione di Ginevra: si veda, in Inghilterra, il caso *Union nationale des Coopératives agricoles des céréales v. Robert Catterall & Co.*, in [1959] All E.R. 721, e in *Int. Comp. Law Quarterly*, 1959, 743, nota Jones.

³⁷ *Infra*, par. 8.

³⁸ Fanno parzialmente eccezione, ad es., i Paesi il cui diritto deriva da quello dell'impero austro-

Non potendo, dunque, dedursi dal testo della convenzione alcun elemento che restringa la portata della nozione di «sentenza arbitrale», la determinazione di questa rimane affidata ad un processo induttivo di astrazione basato sulle note comuni ai diversi procedimenti arbitrali previsti e disciplinati dalle norme appartenenti ai sistemi giuridici degli Stati che hanno partecipato all'elaborazione del testo convenzionale³⁹. La nozione, che in base a tale procedimento si può costruire, è quella di un atto, proveniente da un terzo (individuo o collegio) estraneo rispetto alle parti, il cui potere di giudicare è fondato sulla volontà delle parti stesse, risolutivo di una controversia insorta tra queste riguardo ad un rapporto preesistente, facendo applicazione del diritto o dell'equità o facendo uso del potere discrezionale attribuito eventualmente dalle parti all'arbitro in vista di un regolamento transattivo⁴⁰, e con efficacia *preclusiva* di qualsiasi nuova e diversa valutazione dello stesso rapporto⁴¹. Non sembra invece essenziale alla nozione l'efficacia esecutiva, che può essere ricollegata all'atto nei modi più diversi o mancare del tutto.

Un ulteriore problema riguarda la possibilità di applicare le norme della convenzione di New York a quelle particolari decisioni arbitrali emesse in controversie tra Stati (od enti pubblici) ed enti privati stranieri, generalmente facendo applicazione, non di un diritto statale determinato, ma dei «principi generali di diritto» più o meno genericamente indicati dalle parti stesse⁴². Proprio per tale caratteristica si è discusso molto circa la natura giuridica degli atti nei quali la clausola che a tali decisioni ha dato origine è inserita, ritenendosi da molti che essi sfuggano all'inquadramento in un ordinamento statale determinato⁴³. Ma in linea di

ungarico (Austria, Jugoslavia, ecc.), nei quali la sentenza arbitrale è senz'altro dotata di efficacia esecutiva, non appena pronunciata. L'intervento del giudice è peraltro necessario per iniziare la procedura esecutiva, non essendo il precetto atto di parte: cfr. sul punto, POLLAK, *System des österreichischen Zivilprozessrechtes*², Wien 1932, p. 788 ss.

³⁹ Sul punto, cfr. le considerazioni del DAVID, *Le concept d'arbitrage privé et les conventions internationales*, in *Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Paris 1964, pp. 144-167, il quale finisce per far ricorso alla «natura delle cose». Dello stesso a. cfr. pure *Arbitrage et droit comparé*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1939, pp. 5-18. Si veda anche KLEIN, *Considérations sur l'arbitrage*, cit., pp. 96-100.

⁴⁰ Su tali componenti della nozione di sentenza arbitrale, cfr. i miei saggi *Sull'efficacia in Italia di un provvedimento del tribunale arbitrale presso la Borsa merci di Vienna*, in questa *Rivista*, 1965, pp. 98-100, e *Arbitrati di organismi stranieri permanenti e ordinamento italiano*, in *Rassegna dell'arbitrato*, 1967, pp. 46-48, anche per alcuni rilievi circa le ipotesi al confine tra arbitrato e giurisdizione.

⁴¹ Su tale caratteristica essenziale dell'accertamento, tanto nel caso di rapporto obbligatorio, quanto nel caso di *res indicata*, cfr. FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano 1958, pp. 209-218.

⁴² Cfr., anche per riferimenti essenziali alla questione, KLEIN, *L'arbitrage international*, cit., pp. 92-62, e SCHLESINGER-GÜNDISCH, *Allgemeine Rechtsgrundsätze als Sachnormen im Schiedsgerichtsverfahren*, in *Rebels Zeitschrift*, 1964, pp. 5-46.

⁴³ Si veda, anche per un'ampia informazione sulle diverse opinioni sostenute in proposito, BORCHERS, *Verträge von Staaten mit ausländischen Privatpersonen*, Göttingen 1966, spec. pp. 139-200.

principio la possibilità sembra da ammettersi, sotto il profilo della qualificazione, non rilevando la fonte o la natura delle norme o canoni applicati dall'arbitro: a condizione, però, che tali sentenze siano ricollegabili ad un ordinamento determinato, sia perché – come a volte accade⁴⁴ – è stata prescelta e seguita una procedura prevista da un ordinamento giuridico dato, secondo il quale la decisione può essere stata, in caso di necessità, depositata o comunque omologata, sia perché tale collegamento sussiste, secondo i principi di diritto internazionale privato del foro, nei confronti di ordinamenti che ammettono la possibilità di un arbitrato del tipo irrituale o libero⁴⁵.

6. *Le riserve previste dall'art. I, n. 3*

L'art. I, n. 3, prevede la possibilità che gli Stati si avvalgano di alcune riserve intese a restringere l'ambito di applicazione della convenzione. A parte la riserva riguardante la limitazione dell'applicabilità della convenzione ai soli rapporti considerati come commerciali dalla legge interna, ogni Stato può dichiarare, sulla base della reciprocità, che applicherà la convenzione al riconoscimento ed all'esecuzione delle sole sentenze arbitrali emesse nel territorio di un altro Stato contraente.

Al fine di apprezzare esattamente la portata di una riserva siffatta, va osservato che le norme contenute nell'art. I, n. 1, avrebbero avuto come conseguenza l'applicazione della convenzione sostanzialmente come legge uniforme: l'obbligo internazionale avrebbe avuto riferimento al riconoscimento ed all'esecuzione di tutte le sentenze, in qualsiasi Stato fossero emesse. Esprimendo la riserva, si ritorna invece sul terreno classico dei trattati fondati sulla reciprocità. Di qui la ragione della norma contenuta nell'art. XIV, per cui ogni Stato non può invocare l'applicazione delle norme convenzionali se non nella misura in cui è esso stesso vincolato alla loro osservanza.

Ma qual è l'effetto della riserva nei confronti dell'ipotesi di sentenze arbitrali rese nel territorio dello Stato nel quale si chiede l'esecuzione, ma non considerate nazionali dal diritto interno? Presa letteralmente, la norma dell'art. I, n. 3, sembrerebbe escludere l'esistenza di obblighi, da parte dello Stato che abbia espresso la riserva, in relazione a tale categoria di sentenze, che non sono «rese nel territorio di un altro Stato contraente»⁴⁶. Tuttavia, va tenuto conto del fatto che la norma

⁴⁴ L'ipotesi si è verificata, ad esempio, nel caso *Sapphire International Petroleum Ltd. v. NIOC*, deciso dal Giudice federale svizzero CAVIN come arbitro unico il 15 marzo 1963, in cui l'arbitro applicò le norme processuali del Cantone di Vaud in base al potere conferitogli dal contratto intercorso tra le parti: si veda la sentenza in *International Law Reports*, vol. 33, London 1967, pp. 136-192, spec. pp. 168-170, e su di essa i commenti del LALIVE, in *Annuaire suisse de droit international*, 1962, p. 273 ss., e del SURATGAR, *The Sapphire Arbitral Award, the Procedural Aspect: A Report and a Critique*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1964, pp. 15 2-203.

⁴⁵ Sul punto cfr. KLEIN, *L'arbitrage international*, cit., pp. 61-62.

⁴⁶ In questo senso v. infatti MINOLI, *La nuova convenzione*, cit., p. 956.

era stata posta con riferimento alla sola ipotesi della prima parte del n. 1, essendo stata successivamente introdotta, come si è detto, l'ipotesi di sentenze non nazionali, benché rese nel territorio⁴⁷; che la riserva è basata sulla reciprocità, come è chiaramente detto, e mira ad escludere che si possa considerare la convenzione come contenente una legge uniforme; e che, infine, la disposizione relativa alle sentenze non nazionali, di cui alla seconda parte del n. 1, è dovuta all'accettazione di una tesi non territorialistica dell'arbitrato, per la quale cioè un arbitrato non è necessariamente vincolato alla legge del luogo in cui si svolge, o la sentenza è emessa. Per tali ragioni, appare sostenibile l'interpretazione avanzata da alcuni commentatori⁴⁸, per la quale la riserva si riferisce esplicitamente alla sola ipotesi di sentenza collegata con il diritto del luogo di emissione, mentre negli altri casi essa esclude l'obbligo di riconoscimento delle sole sentenze che, emanate nello Stato in cui l'esecuzione è richiesta, siano collegate con il diritto di uno Stato non contraente: fermo restando, dunque, tale obbligo ove lo Stato, con il diritto del quale la sentenza è collegata, sia parte della convenzione.

In linea di fatto va osservato che di tale riserva, prevista (contro il parere di alcuni Stati che tendevano ad escludere l'ammissibilità di qualsiasi riserva alla convenzione) allo scopo di assicurare alla convenzione la partecipazione di un maggior numero di paesi, gli Stati si sono avvalsi largamente⁴⁹, in modo che nel diritto interno della maggioranza dei membri il testo convenzionale vige non già come legge uniforme, ma come complesso di norme di origine pattizia fondato sulla reciprocità.

7. *Il riconoscimento dei compromessi e delle clausole compromissorie*

L'art. II riguarda, come si è accennato, la materia che formava oggetto del Protocollo di Ginevra del 1923, ma apporta notevoli modifiche alla disciplina in esso contenuta. Secondo il n. 1, ogni Stato è obbligato a riconoscere l'accordo scritto con cui le parti si obbligano a deferire ad arbitrato in tutto o in parte le controversie già sorte o che potranno sorgere a proposito di un rapporto giuridico determinato, contrattuale o no, e relative a questioni che possano essere risolte per mezzo di arbitrato. Per «accordo scritto», secondo il n. 2, si intende una clausola compromissoria inserita in un contratto, oppure un compromesso, firmati dalle parti o risultanti da uno scambio di lettere o di telegrammi.

L'obbligo di riconoscere efficacia alle clausole arbitrali è dunque stabilito nei

⁴⁷ Si veda BERTHEAU, *Das New Yorker Abkommen*, cit., pp. 44-45.

⁴⁸ BREDIN, *La convention de New York*, cit., p. 1012 ss.; KLEIN, *L'arbitrage international*, cit., pp. 48-49; BERTHEAU, *Das New Yorker Abkommen*, cit., p. 52.

⁴⁹ Su trentuno Stati aderenti alla convenzione alla data del 5 gennaio 1967, infatti, soltanto otto risultano non aver fatto uso della facoltà di riserva di cui trattasi: cfr. in questa *Rivista*, 1967, pp. 204-208.

termini più ampi. A differenza di quanto previsto dall'art. 1 del Protocollo di Ginevra, infatti, non è richiesto alcun requisito di estraneità soggettiva delle parti, per quanto riguarda nazionalità, residenza, domicilio o dimora. L'efficacia della clausola va pertanto riconosciuta, quale che sia lo Stato a cui le parti appartengano, o in cui siano residenti, domiciliate o dimoranti. Non rileva che tali elementi sussistano nei confronti di Stati diversi o dello stesso Stato, né che tali Stati siano parti della Convenzione. Nessuna restrizione è inoltre prevista per quanto concerne il luogo di svolgimento dell'arbitrato o di emanazione della sentenza, come del resto già per il Protocollo di Ginevra⁵⁰, purché esso sia in uno Stato diverso da quello del giudice adito (salvo il caso di arbitrato regolato da legge straniera, di cui alla seconda parte dell'art. I, n. 1). Nonostante il tenore letterale della norma, infatti, un'interpretazione logica e sistematica dell'insieme delle norme convenzionali consente di ritenere che l'art. II non intenda incidere sul modo di essere delle norme interne dei singoli Stati, nel caso di arbitrati privi di qualsiasi elemento di estraneità, in specie per quanto concerne la pronuncia della sentenza⁵¹. La norma è comunque destinata a valere, entro questi limiti, come norma uniforme negli ordinamenti interni degli Stati contraenti. Unici requisiti richiesti sono la forma scritta dell'accordo, stabilita direttamente con norma uniforme dalla convenzione, il riferimento dell'accordo stesso ad un rapporto determinato (non rientrerebbe, ad esempio, nella previsione dell'art. II la clausola che deferisse ad arbitrato tutte le controversie che potessero sorgere tra le parti), e l'arbitrabilità della controversia (per la cui determinazione occorre, ovviamente, riferirsi alla legge del foro).

L'obbligo di riconoscimento stabilito dall'art. II riguarda, anzitutto, l'efficacia «positiva» del compromesso o della clausola, che si concreta nella sua idoneità a dar luogo – ove sussistano, naturalmente, i relativi requisiti di validità – al deferimento della controversia ad arbitrato, alla costituzione del tribunale arbitrale ed allo svolgimento del procedimento. Esso riguarda, poi, l'efficacia «negativa» degli atti stessi, che si concreta nell'esclusione della giurisdizione dei giudici ordinari degli Stati contraenti. Alla determinazione più precisa di tali effetti è dedicata la norma del n. 3 dell'art. II. Riprendendo, in sostanza, quanto era già stabilito dalla norma contenuta nell'art. 4 del Protocollo di Ginevra del 1923, viene precisato che i giudici degli Stati contraenti, avanti ai quali venga portata una contro-

⁵⁰ Che tale fosse la soluzione da accogliersi per il Protocollo, era ed è opinione assolutamente dominante: cfr. MORELLI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 227; IACCARINO, *La convenzione di Ginevra*, cit., pp. 330-333; GIULIANO, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*, Milano, 1961, pp. 150-155.

⁵¹ In questo senso BERTHEAU, *Das New Yorker Abkommen*, cit., pp. 25-26. Si è dedotto da ciò che la disciplina della convenzione non incide sull'applicabilità di disposizioni interne più favorevoli alla validità formale dell'atto, non solo nei rapporti puramente interni, ma anche in quelli interessanti Stati non aderenti: cfr. MEZGER, *Nota*, in *Revue critique*, 1962, pp. 137-141. Sulla specificazione delle note di «internazionalità» del rapporto, operata dalla convenzione di Ginevra del 1961, si veda MEZGER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., pp. 238-242.

versia relativa ad un rapporto in relazione al quale le parti abbiano concluso un accordo d'arbitrato, devono «rinviare le parti all'arbitrato», a domanda di una di esse, salvo il caso che il compromesso o la clausola compromissoria siano «caduchi, inoperanti o non suscettibili di essere applicati»⁵². Nell'ambito di tale obbligo, viene peraltro lasciata al diritto processuale interno dei singoli Stati la determinazione della natura dell'eccezione di compromesso⁵³, del momento e delle forme in cui essa può essere sollevata.

La norma prevede, come si è visto, che l'obbligo di riconoscere le clausole arbitrali rinviando le parti all'arbitrato cessi ove il giudice adito ne constati l'inedoneità al fine cui esse sono preordinate, ossia a quello di dar luogo all'arbitrato. Le ipotesi previste, indicate con termini tecnicamente non troppo precisi – caducità, inoperatività, insuscettibilità di applicazione – alludono, anzitutto, a tutte le possibili ipotesi nelle quali la valida costituzione del tribunale arbitrale non possa aver luogo, in quanto l'accordo non è idoneo a fornire l'indispensabile base consensuale del procedimento, o per altre ragioni. Vi rientreranno, così, i casi di invalidità formale o sostanziale o di inefficacia dell'accordo (ad es., per non arbitrabilità della controversia, per decorso del tempo, per difetto dei requisiti essenziali, e via dicendo), nonché le ipotesi in cui l'impossibilità di costituire il tribunale arbitrale deriva da altre ragioni, estranee rispetto alla struttura dell'accordo stesso (ad es., morte o incapacità degli arbitri designati, ecc.), e tutte le ipotesi di declinatoria di competenza da parte degli arbitri⁵⁴. In generale, lo spirito della norma appare poi nel senso di far cessare la preclusione della normale cognizione della controversia da parte del giudice interno tutte le volte che risulti impossibile che, nell'ordinamento dello Stato cui il giudice adito appartiene, possa aver efficacia la decisione proveniente dal tribunale arbitrale che abbia potuto comunque costituirsi⁵⁵.

Oltre le condizioni ora indicate, che riguardano soprattutto l'efficacia negativa del compromesso e della clausola compromissoria, la norma non contiene altre indicazioni circa i criteri che debbono presiedere alla valutazione dell' idoneità di tali accordi a spiegare i loro effetti tipici. Si è pertanto ritenuto, in via del tutto generale, che l'obbligo di riconoscimento degli accordi in questione sia subordinato alla loro validità sostanziale e formale, da valutarsi in base alle relative leggi regolatrici. Per quanto riguarda, in particolare, la validità sostanziale, tale legge sarebbe poi da individuare in quella che le parti avessero designato, argomentando in base al disposto dell'art. V, n. 1, lett. a) della convenzione⁵⁶. La soluzione è

⁵² Cfr. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial*, cit., pp. 130-134.

⁵³ Ciò anche secondo il regime della convenzione di Ginevra del 1961: art. VI, n. r. È infatti possibile che il requisito della forma scritta non sia sufficiente, ove l'arbitrato sia regolato dal diritto di uno Stato non aderente alla convenzione: in tal caso, del vizio formale mi sembra che si debba tener conto.

⁵⁴ Cfr. KLEIN, *DU caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d'arbitrage international*, in *Revue critique*, 1961, pp. 499-522, a p. 519.

⁵⁵ Per l'applicazione interna del principio stabilito da questa norma, si veda *infra*, par. 10.

⁵⁶ In questo senso, ad es., KLEIN, *Autonomie de la volonté*, cit., p. 487 ss.; MIGLIAZZA, *La rile-*

certamente esatta per quanto riguarda l'efficacia positiva del compromesso e della clausola, ma non sembra fondata in relazione al diverso problema dell'efficacia negativa di tali atti, i cui presupposti risultano chiaramente ed esaurientemente fissati dalla norma del n. 3 dell'art. II. Ora, tale norma sottopone la valutazione sostanziale e formale (salvo il requisito della scrittura, direttamente fissato) dell'accordo alle norme della legge nell'ambito della quale l'arbitro si muove, e cioè di quella che regola l'arbitrato (coincidente o meno, poi, con quella del luogo in cui questo si svolge). A parte, dunque, i requisiti direttamente regolati dalla convenzione, e a parte i requisiti di capacità delle parti⁵⁷, saranno le norme di questa legge che il giudice adito dovrà applicare per giudicare dell'efficacia preclusiva dell'accordo. In tal senso era, del resto, secondo l'interpretazione che sembra preferibile, anche il sistema dell'art. 4 del Protocollo di Ginevra⁵⁸. S'intende, poi, che assai spesso si giungerà ugualmente in pratica all'applicazione della legge designata dalla volontà delle parti (o, in mancanza di designazione, della legge del luogo dove la sentenza deve essere emessa)⁵⁹, il che accadrà necessariamente tutte le volte che l'arbitrato sia sottoposto alla legge di uno Stato che aderisca alla convenzione. Una divergenza rimane invece possibile nel caso che l'arbitrato debba svolgersi in uno Stato non aderente alla convenzione, nel quale potrebbero valere principi diversi in ordine alla disciplina del compromesso o della clausola. E con riguardo a tale ipotesi è opportuno escludere che la preclusione dell'esercizio della giurisdizione di ogni Stato contraente risulti subordinata ad una duplice valutazione dell'identico accordo delle parti.

Si è detto in precedenza che la convenzione non subordina l'obbligo di riconoscimento del compromesso o della clausola alla circostanza che l'arbitrato debba aver luogo nel territorio di uno Stato contraente o che la sentenza vi debba essere pronunciata. Rimane tuttavia da esaminare l'incidenza che può avere sul punto la riserva di cui alla prima parte dell'art. I, n. 3. È stato infatti sostenuto che essa importerebbe eguale limitazione anche rispetto agli accordi arbitrali, nel senso che ne escluderebbe l'obbligo di riconoscimento ove la sentenza dovesse essere emanata nel territorio di uno Stato non contraente⁶⁰. Non sembra però che tale soluzione possa essere accolta. Sebbene dal silenzio mantenuto in proposito dall'art. II non possa desumersi alcun argomento del tutto sicuro, data la mancanza di coor-

vanza dell'accordo privato, cit., pp. 157-164; BERTHEAU, *Das New Yorker Abkommen*, cit., pp. 32-39.

⁵⁷ Che rimangono sottoposti alla legge designata dalle norme di diritto internazionale privato del foro.

⁵⁸ Per tale interpretazione, cfr. GIULIANO, *La giurisdizione civile*, cit., pp. 156-160; MIGLIAZZA, *La rilevanza dell'accordo privato*, cit., pp. 147-154.

⁵⁹ Si pensa, naturalmente, a situazioni nelle quali l'eccezione di preclusione della giurisdizione sia sollevata prima che l'arbitrato sia concluso: in caso diverso si parlerà di legge del luogo ove la sentenza è stata emessa, secondo la dizione dell'art. V, n. 1, lett. a della convenzione.

⁶⁰ In questo senso, ad es., MEZGER, *Nota*, in *Revue critique*, 1962, pp. 137-141. Il problema, peraltro, appare generalmente trascurato dagli scrittori che si sono occupati dell'argomento.

dinazione tra le norme contenute nei primi due articoli della convenzione, appare senz'altro improbabile che i compilatori abbiano inteso introdurre una limitazione rispetto al sistema adottato dal Protocollo di Ginevra, anche soltanto nel caso che uno Stato abbia formulato la riserva in questione. Va tenuto poi presente che può darsi in pratica l'ipotesi che la clausola compromissoria non contenga indicazione alcuna circa il luogo in cui la sentenza deve essere emanata, sì che, nel caso che il giudice fosse adito prima dell'inizio del procedimento arbitrale (o prima dell'emanazione della sentenza, ove ciò possa avvenire in luogo diverso), mancherebbe la possibilità di giudicare circa un essenziale presupposto dell'obbligo di riconoscimento. In ogni caso, poi, l'impossibilità di riconoscere la sentenza in base alle norme della convenzione non può recare alcun inconveniente, posto che, ove essa non possa venire riconosciuta neppure secondo le norme comuni interne dello Stato il cui giudice abbia declinato la propria giurisdizione, si verificherà l'ipotesi del n. 3 dell'art. II, e il giudice stesso potrà nuovamente esplicitare il proprio potere giurisdizionale sulla lite.

Sembra invece indubbio che, ove uno Stato formuli l'altra riserva prevista dall'art. I, n. 3, della convenzione, essa limiti alle controversie relative ai rapporti considerati commerciali dal diritto interno l'obbligo di riconoscimento dei compromessi e delle clausole compromissorie in base all'art. II della convenzione stessa.

8. *Le condizioni necessarie per il riconoscimento delle sentenze arbitrali contemplate dalla convenzione*

Gli articoli da III a VI della convenzione riguardano direttamente la determinazione della procedura da seguire e dei requisiti per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali definite dalle norme che sono state in precedenza commentate. Fissato il principio fondamentale dell'obbligo di riconoscimento, la norma dell'art. III precisa che le regole di procedura per il riconoscimento e l'esecuzione sono quelle determinate dalle norme interne dello Stato in cui la sentenza è invocata⁶¹, aggiungendo tuttavia il divieto per tali Stati di imporre condizioni sensibilmente più rigorose o spese sensibilmente più elevate di quelle necessarie per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali nazionali. Si tratta di una norma che obbliga probabilmente alcuni Stati contraenti, specie tra quelli nei quali l'esecuzione delle sentenze arbitrali ha luogo attraverso procedure radicalmente diverse a seconda che si tratti di sentenze nazionali o straniere, a modificare talune norme interne: essa non è tuttavia idonea di per sé a produrre tali modifiche, limitandosi a fissare alcuni criteri di massima non immediatamente traducibili in norme interne.

⁶¹ Per lo speciale problema che può sorgere, nell'ambito dell'ordinamento italiano, nel caso di decisione irrituale da considerarsi straniera, v. *infra*, nota 113.

Le condizioni necessarie per il riconoscimento e l'esecuzione sono distinte in tre gruppi, con notevole innovazione rispetto al sistema della convenzione di Ginevra del 1927, a seconda che siano *a)* oggetto di onere probatorio incombente a chi richiede il riconoscimento e l'esecuzione, *b)* oggetto di onere a carico del convenuto, oppure *c)* accertabili d'ufficio da parte del giudice cui la domanda di *exequatur* è rivolta.

a) L'attore ha l'onere di allegare alla domanda (art. IV) l'originale debitamente autenticato della sentenza oppure copia autentica della stessa, e l'originale, o copia autentica, del compromesso o della clausola compromissoria; l'uno e l'altro, in caso di redazione in una lingua diversa da quella (o da una di quelle) ufficiale del paese di esecuzione, corredati dalla relativa traduzione, certificata conforme da un traduttore ufficiale o giurato, o da un agente diplomatico o consolare.

b) L'originalità del sistema della convenzione deriva dal fatto che la sola presentazione dei documenti ora indicati da parte dell'attore dà luogo ad una sorta di presunzione di riconoscibilità della sentenza che può essere vinta – a parte la sussistenza dei requisiti rilevabili d'ufficio – soltanto se il convenuto fornisce la prova dell'esistenza di determinate circostanze impeditive, elencate dall'art. V, n. 1, lett. *a-e*⁶². Tali circostanze sono le seguenti:

1) incapacità delle parti del compromesso o della clausola compromissoria, in base alla «legge loro applicabile» (evidentemente, secondo le norme di diritto internazionale privato dello Stato di esecuzione), oppure invalidità del compromesso o della clausola in base alla legge designata dalle parti o, in mancanza di designazione, in base alla legge dello Stato nel quale la sentenza è stata emanata;

2) violazione del principio del contraddittorio o dei diritti della difesa, che può derivare dalla mancanza di conoscenza della designazione dell'arbitro o dell'inizio della procedura arbitrale, o dall'impossibilità di far valere per altri motivi le proprie ragioni;

3) il fatto che la sentenza abbia pronunciato su di una questione non compresa nel compromesso o nella clausola, o contenga delle statuizioni al di là dei termini di questi. È ammessa tuttavia la possibilità di un *exequatur* parziale, relativo alle questioni rientranti nel compromesso o nella clausola, che siano dissociabili dalle altre;

4) il fatto che la costituzione del Tribunale arbitrale e la procedura non siano state conformi all'accordo delle parti, o, in mancanza di accordo, alla legge del paese in cui l'arbitrato si è svolto. Malgrado la redazione letterale della norma, sembra evidente che è facoltà delle parti, oltre che stabilire direttamente le regole procedurali applicabili, limitarsi a designare la legge statale dalla quale tali norme debbono essere tratte;

5) il fatto infine che la sentenza non sia ancora divenuta obbligatoria per le parti, oppure sia stata annullata o sospesa da un'autorità competente del paese in

⁶² Sull'insieme di tale disciplina, cfr. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial*, cit., pp. 512 ss., 532 ss.; BERTHEAU, *Das New Yorker Abkommen*, cit., pp. 41-97.

cui, o secondo la legge del quale, è stata emanata (a seconda delle due diverse ipotesi specificate dal n. 1 dell'art. I).

La portata di tali disposizioni è complessivamente chiara. Vale la pena di soffermarsi brevemente sui principi che la convenzione accoglie in tema di procedura arbitrale e di obbligatorietà della sentenza, ossia sui punti in cui essa più profondamente innova rispetto ai principi accolti dal Protocollo e dalla convenzione di Ginevra⁶³. In tema di procedura, il sistema accolto viene incontro alle esigenze più sentite dalla pratica, che tende a modellare il procedimento arbitrale secondo regole proprie, adeguate alle particolarità dei singoli casi concreti (ad esempio, per quanto riguarda il luogo ove l'arbitrato si svolge), e comunque sempre lontane dal formalismo processuale imposto dalle leggi di vari paesi, oppure ad adottare senz'altro le norme dei regolamenti propri degli organismi permanenti cui la controversia venga sottoposta. Notevole anche la tendenza a predisporre in sede internazionale regole uniformi, la cui adozione è spesso implicita in base ad un richiamo contenuto nel compromesso o nella clausola compromissoria⁶⁴. Tali esigenze non possono evidentemente venire soddisfatte, ove non sia consentito alle parti di designare esse stesse la legge applicabile alla procedura arbitrale, o addirittura di predisporre le relative norme (sia pure *per relationem*, richiamando le regole di origine non statale sopra ricordate)⁶⁵. Il sistema accolto in materia dagli accordi di Ginevra del 1923 e 1927 era di dubbia interpretazione. Non era infatti chiaro se l'art. 2 del Protocollo, e l'art. 1, lett. *c*, della convenzione, riconoscesse alla volontà delle parti il potere di derogare in tutto alla legge del luogo ove l'arbitrato doveva svolgersi oppure soltanto di sostituirsi alle norme non imperative di questa⁶⁶. In base all'art. V, n. 1, lett. *d*, della convenzione di New York, non

⁶³ In tema di procedura, infatti, tanto il Protocollo quanto la convenzione si richiamavano alla volontà delle parti «e» alla legge locale (cfr. *supra*, nota 6): mentre in tema di requisiti della sentenza la convenzione del 1927 richiedeva che essa fosse «definitiva» secondo la legge del luogo di pronuncia (sul che cfr. IACCARINO, *La convenzione di Ginevra*, cit., pp. 341-343).

⁶⁴ Sono infatti note le c.d. regole di Copenhagen del 1950, approvate dall'*International Law Association* nella sua 44ª conferenza (I.L.A., *Reports of the fortyfourth conference*, Aberystwyth, 1972, p. 265 ss.), su cui cfr. GIANNINI (A.), *Le regole di Copenhagen 1950 sull'arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, p. 370 ss. Più recentemente, nel gennaio 1966, la Commissione economica per l'Europa delle Nazioni Unite ha adottato altre regole uniformi, che constano di 43 articoli: cfr. BENJAMIN, *Nouveau Règlement d'arbitrage pour le commerce international*, in U.I.A., *Arbitrage international*, cit., III, pp. 323-359, ove ne è riportato anche il testo; COHN, *The Rules of Arbitration of the U.N. Economic Commission for Europe*, in *Int. Comp. Law Quarterly*, 1966-, pp. 946-981; ARNOLD, *Die Schiedsgerichtsordnung der Wirtschaftskommission für Europa der Vereinten Nationen*, in *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 1967, pp. 179-182. Tali regole sono, ovviamente, obbligatorie per le parti e per gli arbitri solo in quanto abbiano formato oggetto di recezione ad opera della volontà dei contraenti, espressi nel compromesso o nella clausola.

⁶⁵ Cfr., sul punto, FOUCHARD, *L'arbitrage commercial*, cit., pp. 303-329. In Italia, dove il carattere processuale delle norme relative al procedimento arbitrale ne importa in larga misura l'inderogabilità, l'esigenza in parola è stata soddisfatta dalla pratica mediante il ricorso all'arbitrato libero o irrituale: cfr. KLEIN, *Zum Begriff des internationalen Schiedsverfahrens*, cit., p. 158.

⁶⁶ Cfr. *supra*, nota 6, e FOUCHARD, *L'arbitrage commercial*, cit., p. 331.

vi è invece dubbio che all'autonomia delle parti sia riconosciuta la più ampia libertà di esplicazione, riservando alla legge locale un ruolo esclusivamente suppletivo⁶⁷. Si può ricordare, poi, che ulteriori passi avanti in questa direzione sono stati compiuti dalla convenzione europea di Ginevra del 1961, che contiene una particolareggiata disciplina dell'organizzazione dell'arbitrato e della nomina degli arbitri, con speciale riguardo ai problemi insorgenti dalle particolari condizioni nelle quali si deve svolgere il commercio tra paesi dell'Europa occidentale ed orientale⁶⁸.

Altro delicato punto sul quale i compilatori della convenzione dovevano prendere posizione era quello relativo alla determinazione del momento a partire dal quale la sentenza doveva considerarsi dotata della stabilità necessaria per poter essere oggetto di riconoscimento ed esecuzione in uno Stato diverso da quello d'origine. La convenzione di Ginevra del 1927 aveva stabilito che la sentenza doveva essere «definitiva» nel paese d'origine, specificando che tale non doveva essere considerata la sentenza arbitrale rispetto alla quale potessero ancora proporsi opposizione, appello o ricorso per cassazione, o fosse in corso un procedimento tendente ad impugnarne la validità. Tale norma aveva fatto peraltro sorgere notevoli difficoltà, date anche le divergenze esistenti in materia tra i vari ordinamenti statali⁶⁹, ed in molti casi finiva in pratica per imporre agli interessati, come si è già ricordato, di ottenere un *exequatur* anche nel paese di origine della sentenza⁷⁰.

Per ovviare a tali difficoltà, i compilatori della convenzione di New York hanno fatto ricorso alla nozione di «obbligatorietà» della sentenza, che non risulta del tutto chiarita nei lavori preparatori, ma che in sostanza sembra indicare l'efficacia che la sentenza è idonea a spiegare nel momento in cui siano stati respinti, o non siano comunque più ammissibili, i mezzi ordinari di ricorso, ove questi esistano⁷¹. Nei paesi in cui la sentenza arbitrale sia sottoposta ad un regime di tipo «processuale», la nozione si identificherà con quella di efficacia di cosa giudicata. Naturalmente, poi, ove il diritto interno dello Stato di origine preveda un procedimento di *exequatur*, non occorrerà, come si è già detto, che questo sia stato esperito, ma soltanto che lo possa essere: occorrerà, insomma, l'astratta idoneità della sentenza a spiegare effetti esecutivi⁷². Comunque, il mezzo per superare le difficoltà proprie del sistema di Ginevra è stato trovato dai compilatori, non tanto nel ricorso al

⁶⁷ Sul punto si vedano, per tutti, KLEIN, *Autonomie de la volonté*, cit., pp. 479-494; BERTHEAU, *Das New Yorker Abkommen*, cit., pp. 76-89, e FOUCHARD, *L'arbitrage commercial*, cit., pp. 331-350.

⁶⁸ Cfr. gli artt. IV, V, VII e VIII della convenzione europea, e *supra*, par. 3 e nota 13.

⁶⁹ Si vedano le considerazioni del MINOLI, *L'Italia e la convenzione di New York*, cit., p. 1026 ss., e *Adesione dell'Italia*, cit., pp. 89-90.

⁷⁰ Cfr. BERTHEAU, *Das New Yorker Abkommen*, cit., pp. 90-93; FOUCHARD, *L'arbitrage commercial*, cit., pp. 532-535.

⁷¹ *Opp. locc. citt.*, alla nota precedente.

⁷² In questo senso KLEIN, *La convention de New York*, cit., p. 248.

concetto di obbligatorietà nella sentenza, quanto nell'imposizione al convenuto dell'onere di provare il difetto di tale requisito.

Circa l'influenza di un procedimento di annullamento o di sospensione che sia in corso nello Stato di origine della sentenza, poi, la norma dell'art. VI precisa che il giudice del riconoscimento e dell'esecuzione può discrezionalmente sospendere il giudizio, come altresì imporre al convenuto, su domanda dell'attore, di fornire idonee garanzie. La pendenza del procedimento non costituisce dunque un ostacolo assoluto al riconoscimento della sentenza in un altro Stato.

Non sembra, d'altro lato, potersi accogliere l'opinione secondo la quale la convenzione vieterebbe a giudici diversi da quelli dello Stato di origine della sentenza di pronunciare l'annullamento di quest'ultima, ove ciò sia permesso dal diritto interno⁷³. La materia è stata ripresa in esame dalla convenzione europea di Ginevra del 1961, il cui art. IX, incidendo sulla disciplina dell'art. V, n. 1, lett. e di quella di New York, stabilisce che non tutte le decisioni di annullamento della sentenza arbitrale emesse nello Stato di origine impediscono il riconoscimento e l'esecuzione negli altri Stati, ma soltanto quelle che abbiano annullato la sentenza per uno dei quattro motivi previsti dallo stesso articolo (e che riproducono i motivi di rifiuto di riconoscimento previsti dall'art. V, n. 1, lett. a-d della convenzione di New York)⁷⁴.

c) I requisiti che il giudice del riconoscimento e dell'esecuzione può controllare d'ufficio, secondo il dettato dell'art. V, n. 2, sono infine l'arbitrabilità della controversia secondo la legge dello Stato cui il giudice stesso appartiene, e la non contrarietà all'ordine pubblico dello Stato.

9. Le clausole finali

I rimanenti articoli della convenzione (da VII a XVI) riguardano i rapporti della stessa con gli altri accordi conclusi nella stessa materia dagli Stati contraenti, e la legge interna di questi; la firma, la ratifica, l'adesione e l'entrata in vigore della convenzione; l'estensione della stessa ad altri territori; la denuncia; la reciprocità; i compiti del Segretario delle Nazioni Unite rispetto alla convenzione⁷⁵.

L'art. VII fa salvi gli accordi bilaterali^{75 bis} e multilaterali conclusi dagli Stati

⁷³ L'opinione in parola è stata espressa dal ROBERT, *La convention de New York*, cit., p. 227. Su ciò cfr. anche *supra*, nota 26.

⁷⁴ Sul punto si veda MEZGER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., pp. 284-289.

⁷⁵ Sulle clausole finali della convenzione si veda diffusamente BERTHEAU, *Das New Yorker Abkommen*, cit. pp. 98-108.

^{75 bis} In materia, l'Italia è vincolata da accordi bilaterali con i seguenti Stati: Bolivia (artt. 25-27 del Trattato di amicizia ed estradizione del 18 ottobre 1890); Cecoslovacchia (art. 5 della Convenzione per l'esecutorietà di sentenze in affari civili e commerciali del 6 aprile 1922); Francia (art. 5 della Convenzione per l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale del 3 giugno 1930); Germania (art. 8 della Convenzione per il riconoscimento e l'esecutorietà delle decisioni

contraenti nelle materie contemplate dalla convenzione, nonché il diritto degli interessati di valersi di una data sentenza arbitrale secondo quanto ammesso dai trattati o dal diritto interno dello Stato nel quale essa è invocata⁷⁶. Nei rapporti tra gli Stati contraenti, è previsto che il Protocollo e la convenzione di Ginevra del 1923 e del 1927 cessino di aver vigore dal momento e nella misura in cui gli Stati stessi assumano gli obblighi stabiliti dalla convenzione di New York (art. VII).

II.

10. *La convenzione di New York e l'ordinamento italiano: gli articoli 2 e 800 cod. proc. civ.*

È noto che l'Italia, pur avendo partecipato alla Conferenza di New York da cui la convenzione ebbe origine, non la firmò. Soltanto il 12 gennaio 1968, dopo un iter assai laborioso, le cui vicende saranno ricordate nel successivo paragrafo, è stata approvata definitivamente la legge di autorizzazione all'adesione, e di esecuzione della convenzione stessa^{76 bis}. Quest'ultima entrerà in vigore per l'Italia il novantesimo giorno successivo al deposito presso il Segretariato delle Nazioni

giudiziarie in materia civile e commerciale del 9 marzo 1936); Jugoslavia (art. 4 della Convenzione di commercio e navigazione del 31 marzo 1955); Paesi Bassi (art. 7 della Convenzione sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie in materia civile e commerciale del 17 aprile 1959); San Marino (art. 8 della Convenzione di amicizia e di buon vicinato del 31 marzo 1939); Stati Uniti d'America (art. VI dell'Accordo integrativo del trattato di commercio, amicizia e navigazione, del 26 settembre 1951); Svizzera (art. 7 della Convenzione relativa al riconoscimento ed alla esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale del 3 gennaio 1933); Turchia (art. 22 della Convenzione riguardante la protezione giudiziaria, l'assistenza reciproca delle autorità giudiziarie in materia civile e penale e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie del 10 agosto 1926); Unione Sovietica (art. 21 del Trattato di commercio e navigazione dell'11 dicembre 1948).

Per i dati relativi alle ratifiche ed all'esecuzione di tali accordi (ad eccezione di quelli con Jugoslavia, Stati Uniti d'America e Unione Sovietica) si veda KOJANEC, *Convenzioni tra l'Italia e altri Stati in materia di assistenza giudiziaria e di riconoscimento di sentenze straniere*, Milano, 1967. Il trattato italo-sovietico è stato reso esecutivo con l. 24 luglio 1951, n. 1637; l'accordo integrativo italo-statunitense con l. 1° agosto 1960, n. 910; la convenzione italo-jugoslava con l. 11 giugno 1960, n. 767.

⁷⁶ Tale disposizione non è, peraltro, da intendersi nel senso che l'applicazione delle norme più favorevoli sia obbligatoria internazionalmente soltanto ove la parte interessata ne faccia domanda, ma nel senso che tale applicazione è imposta a prescindere dalla domanda dell'interessato. In tal senso, già a proposito dell'art. 5 della convenzione di Ginevra del 1927, peraltro più equivoco nella sua formulazione, MORELLI, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 376-377. Per la tesi opposta, sempre a proposito della convenzione di Ginevra, cfr. PERASSI, *Nota*, in *Riv. dir. int.*, 1931, p. 588, e IACCARINO, *La convenzione di Ginevra*, cit., p. 325.

^{76 bis} Cfr. l. 19 gennaio 1968, n. 62, in *G.U.* 21 febbraio 1968, n. 46.

Unite dello strumento italiano di adesione, secondo gli articoli IX e XII. Da tale momento verranno, così, ad esistenza nel nostro ordinamento le norme interne di adattamento alla convenzione, che dovranno venire applicate, ricorrendone i presupposti, in tutti i procedimenti tendenti al riconoscimento di clausole arbitrali, o di sentenze arbitrali straniere, in corso a quel momento. È dunque opportuno valutare esattamente l'incidenza che tali norme avranno sul modo di essere delle norme generali contenute in materia nell'ordinamento italiano.

In tale ordinamento, come è noto, il procedimento arbitrale è disciplinato da norme processuali, soggette come tali al principio della territorialità della legge processuale in base alla norma contenuta nell'art. 27 disp. prel. cod. civ., ed inderogabili in misura preponderante da parte dei privati. Ciò comporta, tra l'altro, la conseguenza che la tendenza della prassi a fare uso in materia di una larga autonomia – tendenza di cui già si è fatto parola – non può esplicarsi, come in altri ordinamenti giuridici, nella designazione della legge applicabile all'arbitrato (e neppure, in larga misura, nella predisposizione diretta delle regole di procedura). Essa può trovare esplicazione soltanto nella libertà di ricorrere all'arbitrato irrituale⁷⁷, o nella possibilità di ricorrere ad un procedimento arbitrale già disciplinato (non in base ad un principio posto dall'ordinamento italiano) dalle norme di un altro sistema giuridico: nell'ambito di questo, eventualmente, anche in base ad un ricorso all'autonomia concessa dalle relative norme⁷⁸. Date queste caratteristiche, il sistema della convenzione di New York non ha dunque la portata di incidere sul collegamento dell'arbitrato all'uno od all'altro ordinamento, che è problema sconosciuto al sistema italiano, se si eccettua il caso dell'arbitrato irrituale (ove peraltro l'applicabilità dei principi relativi alla disciplina delle obbligazioni contrattuali fa sì che vi sia una larga concordanza tra i due sistemi⁷⁹). Il sistema convenzionale inciderà invece, *a*) sulle norme interne relative all'efficacia preclusiva dell'esercizio della giurisdizione italiana, e *b*) su quelle riguardanti il riconoscimento delle sentenze arbitrali straniere (eccettuate le norme di carattere esclusivamente procedurale, la cui applicabilità è fatta salva dall'art. III della convenzione).

a) Sul primo punto, va ricordato che il sistema italiano equipara il procedimento arbitrale destinato a concludersi con una sentenza arbitrale non italiana⁸⁰ al procedimento giurisdizionale straniero, e considera pertanto l'efficacia preclusiva astrattamente ricollegabile al compromesso in arbitrato non italiano come concretantesi in una vera e propria deroga della giurisdizione italiana. Tale deroga, d'altro lato, consiste nella neutralizzazione dei criteri di competenza giurisdizionale

⁷⁷ Cfr. *supra*, nota 65.

⁷⁸ Su tali caratteristiche, proprie del sistema italiano, mi permetto di rinviare al mio studio, *Questioni sulla rilevanza*, cit., p. 293 ss.

⁷⁹ Per l'applicabilità dei principi di diritto int. privato relativi alle obbligazioni contrattuali, alla disciplina dell'arbitrato irrituale, cfr., per tutti, MORELLI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 46; GIULIANO, *La giurisdizione civile*, cit., pp. 104-106.

⁸⁰ Sembra preferibile parlare di arbitrato non italiano, invece che di arbitrato estero, per evitare gli equivoci indicati nell'op. cit. alla nota precedente.

del giudice italiano sussistenti riguardo alla controversia, e nella collocazione di quest'ultima al di fuori dei limiti della giurisdizione⁸¹. L'effetto ora descritto non è peraltro ricollegato alla manifestazione di volontà privata che entro limiti assai ristretti, segnati dalla norma contenuta nell'art. 2 cod. proc. civ., e che riguardano sia l'oggetto della lite (limitato alla materia, obbligatoria), sia la qualifica soggettiva delle parti (perché la deroga sia ammessa occorre che il rapporto intercorra tra cittadini stranieri, oppure tra uno straniero ed un italiano, non residente né domiciliato in Italia). Va comunque sottolineato che, entro tali limiti, l'esclusione della competenza giurisdizionale del giudice italiano ha luogo indipendentemente dal fatto che venga validamente attribuita competenza ad un giudice o ad un arbitro straniero. È presumibile che in pratica tale attribuzione vi sia. Ma essa non assume, nella struttura della norma, carattere di condizione necessaria per l'ammissibilità dell'effetto derogativo⁸². Il procedimento arbitrale o giurisdizionale straniero rimane infatti del tutto estraneo, e non acquista rilevanza, neppure potenziale, nell'ambito del nostro ordinamento giuridico.

La prospettiva deve naturalmente essere diversa nell'ambito di un sistema convenzionale che si proponga di operare una certa integrazione tra i sistemi processuali ed arbitrali degli Stati contraenti. Esso non potrebbe, infatti, disinteressarsi della sorte e degli effetti di una manifestazione privata di volontà di compromettere la lite in arbitri operanti nell'ambito di un sistema giuridico straniero senza creare con ciò una frattura tra quegli ordinamenti che gli sforzi dei promotori dell'accordo tendono invece ad avvicinare e ad integrare. Così, già nel Protocollo di Ginevra del 1923 tale esigenza, che è connaturale alla stessa logica ragion d'essere di questo tipo di accordi, risulta tradotta in precise norme positive: infatti l'art. 4, parlando di compromesso o di clausola suscettibili di *être mis en exécution* e facendo salva la competenza dei giudici interni nel caso che gli accordi stessi siano divenuti *caducs ou inopérants*, indica chiaramente la necessità che l'effetto negativo o preclusivo della giurisdizione sia subordinato all'accertamento della possibilità che si espliciti l'effetto positivo di quegli atti, consistente nello svolgimento del giudizio arbitrale⁸³. Attraverso un'interpretazione estensiva di tale sistema, che appare peraltro pienamente giustificata in base ai motivi ispiratori del sistema convenzionale, di cui si è fatto cenno, è stato ritenuto dalla Corte di cassazione italiana che l'effetto preclusivo della giurisdizione italiana, in base al Protocollo di Ginevra, sia destinato a cessare ove la decisione scaturita dal giudizio arbitrale non possa spiegare effetti in Italia⁸⁴. L'impossibilità che l'accordo

⁸¹ Sul tema della deroga della giurisdizione italiana cfr. MORELLI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 171 ss.; GIULIANO, *La giurisdizione civile*, cit., p. 88 ss.; LUZZATTO, *In tema di inderogabilità ed esclusività della giurisdizione italiana*, in *Riv. dir. int.*, 1962, pp. 527 ss.; STARACE, *Limiti della giurisdizione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII, pp. 21-23 estratto.

⁸² Cfr. GIULIANO, *La giurisdizione civile*, cit., pp. 90-91. Per la tesi contraria, si veda MIGLIAZZA, *La rilevanza dell'accordo privato*, cit., pp. 125-135.

⁸³ Per l'interpretazione di tale sistema che appare preferibile, cfr. *supra*, nota 58.

⁸⁴ Cfr. Cass., 26 marzo 1958, n. 1048, *Caisse autonome c. Soc. Transoceanica*, in *Giust. civ.*,

compromissorio produca i suoi effetti, secondo tale interpretazione, si identifica con l'impossibilità di ottenere, in base all'accordo stesso, una soluzione arbitrale della controversia efficace in Italia.

Le norme di adattamento al Protocollo di Ginevra del 1923 consentono, come è noto, di impedire con una manifestazione di volontà privata giuridicamente efficace l'esercizio della giurisdizione italiana anche al di fuori delle ipotesi in cui l'art. 2 del cod. proc. civ. ricollega a tale manifestazione l'effetto derogativo della giurisdizione stessa. È sufficiente, infatti, che le parti appartengano a Stati diversi⁸⁵, entrambi aderenti al Protocollo, sicché l'effetto si produce anche ove una parte abbia la cittadinanza italiana, e risieda o sia domiciliata in Italia. Non rileva, inoltre, l'inerenza della lite ad un rapporto obbligatorio, purché si tratti di rapporto derivante da contratto⁸⁶. Per indicare il modo di operare nell'ambito dell'ordinamento interno, che è proprio delle norme di adattamento al Protocollo, viene comunemente affermato che queste prevalgono, in qualità di norme speciali, sulla norma contenuta nell'art. 2 cod. proc. civ.⁸⁷. In base a quanto si è osservato sopra, però, tale spiegazione non appare soddisfacente. Poiché infatti la norma del Protocollo impone agli Stati contraenti di riconoscere l'effetto preclusivo dell'accordo compromissorio soltanto sul presupposto dell'idoneità dello stesso a dar luogo all'effetto positivo, non si può dedurre che la norma interna di adattamento raggiunga tale risultato con lo stesso mezzo tecnico utilizzato dall'art. 2 cod. proc. civ., consentendo cioè di derogare alla giurisdizione italiana nel senso sopra chiarito. Sembra piuttosto giustificato qualificare l'eccezione che le norme interne di adattamento al Protocollo fanno derivare dall'esistenza di un compromesso o di una clausola compromissoria da esso contemplate, e fuori dai limiti stabiliti dall'art. 2, come eccezione di improponibilità della domanda, che può essere temporanea, o permanente, a seconda dell'ulteriore corso del giudizio arbitrale, e della sorte della sentenza⁸⁸.

Conclusioni del tutto analoghe a quelle ora indicate valgono anche per quanto riguarda l'incidenza della disciplina attuata nella materia dalla convenzione di New York. Le norme interne di adattamento, che verranno in essere nell'ordina-

1958, I, 926. La Corte ritenne che, essendo stata la decisione straniera ritenuta irregolare dal giudice britannico, la clausola compromissoria non avesse più effetto, in quanto aveva già conseguito il suo scopo, e l'arbitrato non avrebbe più potuto aver luogo per il principio del «ne bis in idem». Cfr. anche GIULIANO, *La giurisdizione civile*, cit., pp. 156-157.

⁸⁵ Per l'identificazione di tale appartenenza con il vincolo della cittadinanza cfr. autori ed opere citati *supra*, nota 27.

⁸⁶ Per tale osservazione, cfr. MORELLI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 230.

⁸⁷ L'affermazione della specialità delle norme di adattamento al Protocollo è costantemente utilizzata, nella giurisprudenza italiana, per giustificare la prevalenza rispetto alle norme contenute nel codice di procedura civile del 1942: ma essa, ove si utilizzi un concetto rigoroso di specialità, non appare idonea allo scopo. Cfr., anche per citazioni di giurisprudenza italiana, il mio lavoro *Questioni sulla rilevanza*, cit., p. 342, nota 86. Sul ricorso alla nozione di «specialità» da parte della giurisprudenza, cfr. anche MINOLI, *Adesione dell'Italia*, cit., pp. 84 e 91.

⁸⁸ Cfr. *op. ult. cit.*, p. 337 ss.

mento italiano quando la convenzione entrerà in vigore per il nostro Stato, porteranno ad un ampliamento notevolissimo dei casi nei quali ad un compromesso e ad una clausola compromissoria per arbitrato non italiano può conseguire un'efficacia preclusiva dell'esercizio della giurisdizione del giudice italiano. Tale efficacia dovrà infatti essere sempre riconosciuta ad un accordo compromissorio per arbitrato destinato a svolgersi all'estero, ed in Italia in base ad una legge straniera⁸⁹, a prescindere dalla cittadinanza delle parti, ed anche, quindi, ove entrambe avessero la cittadinanza italiana. La preclusione dell'esercizio della giurisdizione italiana sussisterà dunque anche nel caso limite di arbitrato fra italiani, avente luogo in Italia, ma in base alle norme di un ordinamento straniero: ciò, per lo meno, ove si ritenga fondata l'interpretazione che mi è sembrato di dover accogliere circa la portata della riserva dell'art. I, n. 3, prima parte, della convenzione, e circa la sua incidenza sulla materia oggetto del successivo art. II⁹⁰.

Ma la preclusione di cui si parla in tanto può verificarsi, in base al tenore della norma dell'art. II n. 3, in quanto il compromesso o la clausola compromissoria possano dar luogo ad un valido procedimento arbitrale secondo le norme dell'ordinamento che lo disciplina, e in quanto, inoltre, la relativa sentenza acquisti efficacia in Italia. Ove ciò non possa accadere, la possibilità da parte del giudice italiano di conoscere della controversia non incontrerà più alcun limite, come già si è detto riguardo all'analogo sistema accolto dal Protocollo di Ginevra. Né, per concludere, può ritenersi che tale conclusione rappresenti un'indebita limitazione degli obblighi imposti dalla convenzione agli Stati contraenti. Tali obblighi consistono infatti, essenzialmente, nel far sì che l'arbitrato possa aver luogo, rimanendo preclusa la cognizione della controversia da parte del giudice ordinario. Una volta che ciò sia avvenuto, l'obbligo è adempiuto, e possono semmai venire in considerazione gli impegni internazionali relativi al riconoscimento ed all'esecuzione delle sentenze. Ma ove le norme della convenzione non impongano di riconoscere efficacia ad una sentenza determinata, nulla si può più opporre alla libertà degli Stati contraenti di esercitare sulla controversia la propria giurisdizione.

b) Notevole anche l'incidenza che, sulla disciplina sancita dall'art. 800 cod. proc. civ., avranno le norme interne di adattamento alla convenzione di New York. Esse ammetteranno infatti all'efficacia decisioni arbitrali non parificate, quanto agli effetti, alle sentenze dell'autorità giudiziaria secondo la legge del luogo di pronuncia (o comunque secondo la legge che le regola), e quindi anche decisioni non suscettibili di spiegare efficacia esecutiva, o prive in concreto di essa⁹¹. Esse prescindiranno, inoltre, dai requisiti di estraneità soggettiva previsti dalla norma

⁸⁹ A condizione che si concluda con una sentenza non considerata nazionale (art. I, n. 1, della convenzione), in quanto un ordinamento straniero la consideri come propria e ne assuma a tale titolo la disciplina.

⁹⁰ Cfr. *supra*, paragrafi 6 o 7.

⁹¹ *Supra*, par. 8, lett. b. Invece, secondo l'art. 800 cod. proc. civ., occorre, non soltanto che la sentenza arbitrale sia dotata dell'efficacia di sentenza dell'autorità giudiziaria, ma anche che tale efficacia sussista in concreto: si veda, per tutti, MORELLI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 349 e nota 2.

dell'art. 800 (che richiede che la sentenza sia emessa tra stranieri o tra un italiano e uno straniero), consentendo il riconoscimento di sentenze arbitrali straniere emesse in controversie tra cittadini italiani. Sarà poi possibile, almeno in certe condizioni⁹², il riconoscimento come sentenza arbitrale straniera della decisione resa in Italia, in applicazione di una legge straniera. Per quanto meno rilevante, una certa incidenza tali norme potranno avere anche riguardo alle norme di adattamento alla convenzione di Ginevra del 1927, le quali fanno salva l'esigenza della cittadinanza straniera di almeno una delle parti, e richiedono che la sentenza sia stata emessa nel territorio di uno Stato contraente.

In merito poi alle condizioni richieste per il riconoscimento e l'esecuzione, oltre alle modifiche inerenti alla diversa ripartizione dell'onere della prova, di cui si è già parlato⁹³, e alla limitazione dei requisiti controllabili d'ufficio, va rilevato che, per alcuni, le norme di adattamento alla convenzione risultano più rigorose di quelle contenute nel codice di procedura civile (art. 800 in rapporto all'art. 797 cod. proc. civ.). Ciò in particolare in materia di procedimento arbitrale e di costituzione del tribunale arbitrale, che secondo la convenzione devono essere conformi all'accordo delle parti o alla legge locale, e di corrispondenza della sentenza al compromesso o alla clausola, che può essere oggetto di controllo sia pure ad istanza del convenuto, mentre le norme generali del codice si accontentano di controllare che siano state rispettate alcune fondamentali esigenze di giustizia⁹⁴. Ma tale apparente anomalia si spiega facilmente ove si consideri che, mentre il problema risolto dalle norme generali del codice di procedura civile è quello di ammettere all'efficacia un atto straniero, per sé stesso considerato, le norme convenzionali mirano a rendere rilevante negli ordinamenti interni degli Stati contraenti l'intero procedimento arbitrale, la cui corrispondenza alla disciplina che gli è applicabile deve essere dunque più esattamente controllata⁹⁵.

Va notato infine che, come già la convenzione di Ginevra del 1927, la convenzione di New York non richiede alcun controllo dell'esistenza della c.d. competenza internazionale dell'arbitro, richiesto, secondo alcuni, dall'art. 800 cod. proc. civ.⁹⁶.

Rimane, ora, da sottolineare che una più esatta valutazione della profondità dell'incidenza delle norme di adattamento alla convenzione sulla disciplina interna generale – incidenza che potrebbe giungere sino alla pratica sostituzione delle prime alla seconda – non è possibile sino al momento dell'adesione da parte del-

⁹² Sarebbe, in particolare, necessario che l'arbitrato da cui la sentenza risulta fosse regolato dalla legge di uno Stato contraente, qualora l'Italia formulasse la riserva di cui all'art. I, n. 3, e ciò sempre che si accolga l'interpretazione qui preferita. Occorrerebbe, inoltre – e ciò in via generale – che il vincolo della decisione con una legge straniera non fosse soltanto apparente, ma risultasse in base alle stesse norme di quest'ultima: v. *infra*, par. 12.

⁹³ *Supra*, par. 8.

⁹⁴ Insiste particolarmente su questo punto il MARMO, *La convenzione di New York*, cit., pp. 37-38.

⁹⁵ Su tali caratteristiche dei sistemi convenzionali cfr. il mio studio *Questioni sulla rilevanza*, cit., p. 337 ss.

⁹⁶ Cfr. MORELLI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 349.

l'Italia in quanto tale atto potrebbe essere accompagnato dalla riserva prevista dalla prima parte dell'art. I, n. 3, della convenzione.

11. *La polemica sull'opportunità dell'adesione italiana alla convenzione di New York ed il relativo progetto di legge*

La valutazione delle modifiche, indubbiamente notevoli, che l'adattamento alla convenzione di New York avrebbe introdotto nell'ordinamento italiano ha dato vita ad una vivace polemica dottrinale, sostenendosi da una parte che tali modifiche avrebbero costituito una lesione intollerabile di alcuni principi fondamentali dell'ordinamento processuale italiano⁹⁷, e dall'altra che esse avrebbero avuto in realtà un rilievo assai minore e sarebbero state comunque necessarie per rendere il sistema italiano più rispondente alle esigenze manifestate dallo svolgersi dei rapporti commerciali internazionali, che l'istituto arbitrale cerca di soddisfare⁹⁸. Il primo punto di vista ha inizialmente prevalso in sede ufficiale, dando luogo ad un progetto di legge che pur dando piena ed intera esecuzione alla convenzione di New York faceva salva nel contempo l'applicazione degli artt. 2 e 800 cod. proc. civ. Tale progetto, già approvato dal Senato⁹⁹, è stato successivamente emendato dalla Camera, e definitivamente approvato con la cancellazione di qualsiasi riferimento alle citate norme del codice di procedura civile^{99 bis}.

È senz'altro evidente che, ove il progetto di legge di esecuzione della convenzione fosse stato approvato nella sua forma primitiva, si sarebbe resa impossibile sul piano dell'ordinamento interno proprio quella «piena ed intera esecuzione» che il progetto dichiarava di voler assicurare. Non avrebbero potuto infatti venire poste in essere le norme interne di adattamento necessarie per l'esatto adempimento degli obblighi derivanti dalla convenzione¹⁰⁰, dato che l'affermata esigenza del rispetto degli artt. 2 e 800 cod. proc. civ. avrebbe impedito che tale posizione di norme si verificasse. È vero che, per quanto riguarda l'art. 2, si è cercato di porre in luce come l'effetto che le norme convenzionali impongono di ricollegare ai compromessi ed alle clausole da esse contemplati non è coincidente con quello che agli stessi atti fa conseguire, entro limiti molto più ristretti, la norma interna menzionata. Ma il tenore del progetto di legge e la sua origine dimostravano inequivocabilmente come l'intenzione dei redattori fosse nel senso di esclu-

⁹⁷ MARMO, *La convenzione di New York*, cit., p. 32 ss.

⁹⁸ MINOLI, *L'Italia e la convenzione di New York*, cit., p. 1026 ss.; ID., *Adesione dell'Italia*, cit., p. 81 ss.

⁹⁹ Si veda il disegno di legge riprodotto, insieme al resoconto della discussione al Senato, in questa *Rivista*, 1966, pp. 901-906.

^{99 bis} Le discussioni svoltesi alla Camera, ed in particolare l'intervento dell'on. Vedovato, si possono leggere in questo fascicolo della *Rivista*, pp. 217-224.

¹⁰⁰ Sugli effetti che dovrebbero essere propri all'ordine di esecuzione di un trattato, cfr. per tutti MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*⁶, Padova, 1963, pp. 88-93.

dere qualsiasi effetto preclusivo dell'esercizio della giurisdizione italiana al di fuori dei casi previsti dall'art. 2, fossero tali effetti da identificarsi o meno con quello «derogativo» previsto dalla norma ora citata. Sarebbe bastata, comunque, la necessità dell'applicazione dell'art. 800 per impedire nella grandissima maggioranza dei casi che venissero in essere le necessarie norme di adattamento e l'Italia potesse quindi adempiere gli obblighi derivanti dalla convenzione. Le ricordate differenze in ordine alle qualifiche soggettive delle parti, all'efficacia spiegata dalla sentenza nell'ordinamento di origine, l'impossibilità di riconoscere come sentenza straniera in base all'art. 800 quella resa in Italia secondo una legge straniera, la possibilità di effettuare in determinate ipotesi un riesame del merito, la possibilità da parte del giudice di controllare d'ufficio l'esistenza dei requisiti richiesti, sono altrettanti elementi (ed altri ancora potrebbero indicarsene) che avrebbero condotto inevitabilmente a tale risultato¹⁰¹. Senza contare che, dato quanto dispone l'art. VII della convenzione, gli interessati avrebbero potuto vedersi addirittura privati della possibilità di ottenere il riconoscimento della sentenza in base alle norme di adattamento alla convenzione di Ginevra del 1927, più favorevoli di quelle del codice di procedura civile¹⁰²: norme che incidono notevolmente sulla disciplina stabilita dall'art. 800, cui il progetto avrebbe voluto ritornare.

Per quanto riguarda, poi, le conseguenze che l'emanazione di una legge siffatta avrebbe avuto sul piano internazionale, occorre distinguere due diverse ipotesi. Qualora, infatti, la gravissima limitazione introdotta nella legge di esecuzione avesse costituito una riserva in senso tecnico, venendo portata come tale a conoscenza degli altri Stati contraenti, sembra indubbio che ne sarebbe derivata l'invalidità dello stesso atto di adesione, non rientrando una riserva del genere tra quelle espressamente previste ed ammesse dalla convenzione¹⁰³. Del resto, anche volendo trascurare l'aspetto ora indicato, ed ammettere in via di mera ipotesi l'astratta possibilità per uno Stato di formulare altre riserve oltre quelle esplicitamente ammesse, è chiaro che si sarebbe trattato sempre di riserva del tutto incompatibile con l'oggetto e gli scopi fondamentali del trattato¹⁰⁴, e che nessuno Stato contraente avrebbe potuto accettare¹⁰⁵.

¹⁰¹ ... data l'incompatibilità di tali norme con gli obblighi stabiliti dalla convenzione a carico degli Stati contraenti.

¹⁰² *Supra*, par. 9.

¹⁰³ Cfr. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*⁴, Palermo, 1963, pp. 123-124; MORELLI, *Nozioni*, cit., p. 317. In generale, sulle riserve, si veda BISHOP, *Reservation to Treaties*, in *Recueil des Cours*, 1961-II, p. 245 ss. Cfr. anche gli artt. 16-20 del Progetto di articoli sul diritto dei trattati redatto dalla *International Law Commission* nella sua XVIII sessione, del 1966 (in *Riv. dir. int.*, 1966, p. 543 ss.), sui quali TOMUSCHAT, *Admissibility and Legal Effects of Reservation to Multilateral Treaties*, in *Zeitschrift für ausl. öff. Recht und Völkerrecht*, 1967, pp. 463-482.

¹⁰⁴ E pertanto non ammissibile, in base ai criteri stabiliti dalla Corte internazionale di Giustizia nel parere consultivo del 28 maggio 1951 sulle *Riserve alla convenzione sul genocidio*, in I.C.J., *Reports 1951*, p. 15 ss.

¹⁰⁵ Producendo così nuovamente la nullità dell'atto di adesione.

Qualora, invece, la limitazione di cui si tratta fosse rimasta confinata nell'ambito della legge interna¹⁰⁶, senza venire formalmente portata a conoscenza delle altre parti contraenti, non vi è dubbio che essa, rendendo in moltissimi casi impossibile, come si è mostrato, un esatto adempimento da parte dell'Italia degli obblighi internazionali imposti dalla convenzione, avrebbe reso lo Stato italiano internazionalmente responsabile nei confronti degli altri Stati contraenti interessati non appena ad un accordo compromissorio o ad una sentenza arbitrale fossero stati negati nell'ordinamento italiano gli effetti previsti dalla convenzione, in violazione delle norme di quest'ultima.

12. Conclusioni

Brevi considerazioni sono ormai sufficienti in merito alle ragioni che avevano indotto ad assumere di fronte alla convenzione di New York l'atteggiamento ufficiale che si è descritto. I principali motivi di preoccupazione che l'hanno ispirato si riferiscono alla possibilità che l'adattamento dell'ordinamento giuridico italiano alla convenzione consenta di riconoscere sentenze arbitrali rese all'estero tra cittadini italiani (ed i relativi compromessi o clausole compromissorie) anche nel caso che la lite sia priva di qualsiasi elemento obbiettivo di «internazionalità», ossia di estraneità rispetto all'ordinamento italiano¹⁰⁷; e, d'altro lato, alla possibilità che siano soggette all'obbligo di riconoscimento stabilito dalla convenzione anche le sentenze arbitrali rese in Italia (anche in questo caso, magari, in controversie esclusivamente collegate con l'ordinamento interno)¹⁰⁸, senza che la convenzione fornisca un criterio sicuro per distinguere tra sentenze arbitrali nazionali e straniere¹⁰⁹.

Ora, per quanto riguarda il primo punto, sembra sufficiente notare che la sot-

¹⁰⁶ Il caso in questione non potrebbe venire assolutamente avvicinato alle ipotesi in cui, in sede di esecuzione interna di un trattato, si formulino alcuni chiarimenti di certe clausole al fine della loro applicazione interna, come ad es. gli *understandings* formulati dagli Stati Uniti d'America in sede di ratifica della convenzione di Bruxelles del 1924 sulla polizza di carico, che prescrivevano la prevalenza della legge interna (COGSA). L'ammissibilità di simili *understandings* risultava chiaramente dalla convenzione (cfr. BISHOP, *Reservations*, cit., pp. 303-322, e la sentenza della Cassazione italiana 22 giugno 1961, n. 1505. *American Export Lines c. FIAT*, in *Riv. dir. int.*, 1961, 684), mentre nel caso in discussione si sarebbe trattato di legge interna del tutto contrastante con i fini e le disposizioni fondamentali della convenzione.

¹⁰⁷ Per tale preoccupazione cfr. MARMO, *La convenzione di New York*, cit., pp. 33-35. Il riconoscimento sarebbe possibile anche nelle condizioni indicate, non risultando dalla convenzione alcun limite in relazione alla natura della lite: anzi, la conferenza di New York respinse esplicitamente una proposta italiana tendente ad ammettere la possibilità di riserve sul punto. Cfr. MINOLI, *Adesione dell'Italia*, cit., pp. 86-89.

¹⁰⁸ Si intende naturalmente parlare di collegamento sostanziale delle parti o della materia del contendere, e non invece di quel collegamento con una legge straniera indispensabile ai fini dell'applicabilità della norma dell'art. I, n. 1, nel caso in esame.

¹⁰⁹ MARMO, *La convenzione di New York*, cit., pp. 33-34.

trazione della lite, deferita all'arbitrato, alla giurisdizione del giudice italiano non è, in base alla convenzione, né incondizionata né permanente. Essa in tanto ha luogo, in quanto la disciplina del procedimento arbitrale sia assunta da un ordinamento straniero, rispetto all'idoneità del quale a tutelare adeguatamente i diritti delle parti non vi è ragione di dubitare aprioristicamente¹¹⁰. La preclusione in tanto persiste, poi, in quanto la sentenza possa essere resa efficace in Italia passando attraverso il vaglio che la convenzione prevede e che è tale da salvaguardare perfettamente le esigenze fondamentali di un equo procedimento arbitrale¹¹¹. Vale la pena di ricordare, del resto, che analogo effetto preclusivo della giurisdizione del giudice ordinario è riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza costante al compromesso ed alla clausola compromissoria per arbitrato irrituale, che può aver luogo anche all'estero senza incontrare l'ostacolo della norma dell'art. 2 cod. proc. civ.¹¹².

Anche in merito alla seconda questione, poi, si deve notare che la possibilità di considerare una sentenza arbitrale emanata in Italia come sentenza arbitrale straniera è subordinata all'esistenza di un collegamento tra essa – e il relativo procedimento – ed un ordinamento straniero, in forza del quale quest'ultimo ne assuma la disciplina¹¹³. In qualche caso, evidentemente, potrà dar luogo a difficoltà stabilire in concreto di quale ordinamento si tratti, data la tendenza della prassi a regolare gli arbitrati in modo autonomo¹¹⁴. Ma si tratta di un problema interpretativo che può porsi anche nell'ambito del diritto comune interno, o delle norme di adat-

¹¹⁰ Si vedano sul punto le considerazioni del MINOLI, *L'Italia e la convenzione di New York*, cit., pp. 302-303. Tale A. ha prospettato anche la possibilità di far ricorso alla nozione di ordine pubblico per impedire il riconoscimento in assenza di qual siasi elemento di estraneità: cfr. *Adesione dell'Italia*, cit., pp. 93-94. Tale soluzione non sembra, però, del tutto compatibile con la nozione di ordine pubblico utilizzata dalla convenzione, che allude agli *effetti* del riconoscimento della sentenza arbitrale in ogni Stato contraente, e cioè al *contenuto* della decisione.

¹¹¹ Tanto che le si è perfino mossa l'accusa di essere troppo rigorosa rispetto alle norme interne: v. *supra*, nota 94.

¹¹² In tal senso cfr. Cass. (Sez. un.), 3 ottobre 1964, n. 2494, *Ditta Soravia c. Ditta De Nardo*, in *Giust. civ.*, 1964, I, 2194; *Dir. internaz.*, 1966, II, 92. Sulla natura dell'eccezione di compromesso per arbitrato irrituale, che viene qualificata come eccezione di improponibilità od improcedibilità, cfr., oltre la decisione ora citata, Cass., 17 ottobre 1964, n. 2608, *Gasparini c. Contimar*, in *Giust. civ.*, 1965, I, 1032. È vero che la decisione irrituale non può, per il diritto interno, acquistare valore di titolo esecutivo attraverso il giudizio di delibazione: ma è anche vero che i mezzi con i quali tale valore viene ad essa attribuito prevedono un controllo assai meno penetrante di quello che viene esercitato attraverso il giudizio di delibazione.

¹¹³ Per quanto riguarda il procedimento da seguire per il riconoscimento e l'esecuzione di lodi irrivali (tanto nel caso di decisione straniera resa all'estero o in Italia, quanto in quello di decisione resa all'estero, ma considerata nazionale: *supra*, par. 5), sembra da condividere l'opinione del MINOLI, *L'Italia e la convenzione di New York*, cit., p. 313, secondo la quale tali decisioni potrebbero essere rese esecutive secondo il procedimento abitualmente seguito in Italia, ossia con il ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria con procedimento di cognizione ordinaria oppure monitorio, a seconda dei casi. Essendo infatti come si è detto, assai meno penetrante il controllo esercitato in tal modo sul processo formativo della decisione, potrebbe trovare applicazione il disposto dell'art. VII della convenzione.

¹¹⁴ *Supra*, par. 8 e nota 64.

tamento alla convenzione di Ginevra del 1927, e non costituisce una particolarità del sistema della convenzione di New York.

Le preoccupazioni circa gli effetti dell'adattamento dell'ordinamento italiano alla convenzione non appaiono dunque fondate, e non giustificavano le limitazioni che si era voluto introdurre nel progetto di legge sopra citato. Al di là di siffatte considerazioni, comunque, il problema di fondo riguarda il maggiore o minor favore che si ritenga di riservare all'arbitrato, inteso come mezzo di risoluzione delle controversie nell'ambito del commercio internazionale. Se, come mi sembra, non si può non adeguare la disciplina positiva dell'istituto alla posizione che esso è venuto assumendo nella realtà commerciale, importerà che il giudice italiano abbia la possibilità di controllare, ove occorra, la rispondenza delle sentenze arbitrali straniere alle esigenze fondamentali di un equo svolgersi del procedimento, e non che esso possa comunque attrarre a sé la maggior quantità possibile di controversie. Il che poi, senza poter eliminare la tendenza al ricorso all'istituto arbitrale, porterebbe spesso ad un indebolimento della posizione dei contraenti italiani nei rapporti commerciali internazionali¹¹⁵.

¹¹⁵ Per alcuni inconvenienti del genere che si verificano nei rapporti commerciali con i Paesi dell'Europa orientale, cfr. MINOLI, *L'arbitrato nei rapporti economici Est-Ovest*, in *Il diritto negli scambi internazionali*, 1967, pp. 1-12.

Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961^{*}

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I problemi dell'arbitrato commerciale internazionale e la convenzione di New York del 1958. – 3. Le origini della convenzione di Ginevra. – 4. Caratteristiche del sistema convenzionale. – 5. L'ambito di applicazione della convenzione. – 6. La disciplina del compromesso e della clausola compromissoria. – 7. Problemi di «capacità» di enti pubblici e di stranieri. – 8. La disciplina del procedimento arbitrale e la volontà delle parti. – 9. L'intervento di altri organi e il Comitato speciale. – 10. Le eccezioni di incompetenza. – 11. La determinazione del diritto applicabile al merito. – 12. La motivazione della sentenza arbitrale. – 13. L'efficacia in altri Stati delle decisioni di annullamento della sentenza arbitrale. – 14. Convenzione di Ginevra ed ordinamento italiano.

1. Premessa

Di recente è entrata in vigore anche per l'Italia la Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale, conclusa a Ginevra il 21 aprile 1961¹. Ta-

^{*} Pubblicato in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1971, pp. 47-82.

¹ La legge di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione del 10 maggio 1970 si trova in *Gazz. Uff.*, 6 luglio 1970, n. 167, insieme al testo francese della Convenzione, dell'Annesso e dell'Atto finale della conferenza dei plenipotenziari, e ad una traduzione italiana non ufficiale dei testi suddetti (traduzione, peraltro, che contiene qualche inesattezza). L'atto di ratifica è stato depositato il 3 agosto 1970 (O.N.U., *Chronique mensuelle*, 1970, n. 8, p. 91) e l'entrata in vigore per l'Italia ha avuto luogo in data 1° novembre 1970. Il testo francese della Convenzione è riprodotto anche in questa *Rivista*, 1970, p. 942 ss.

Sulla convenzione in generale si vedano: ROBERT, *La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international signée à Genève le 21 avril 1961*, in *Recueil Dalloz*, 1961, *Chron.*, pp. 173-182; KOPELMANAS, *La place de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961 dans l'évolution du droit international de l'arbitrage*, in *Annuaire français de droit international*, 1961, pp. 331-345; BENJAMIN, *The European Convention on International Commercial Arbitration*, in *The British Yearbook of Int. Law*, 1961, pp. 478-496; KLEIN, *La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international*, in *Revue critique*, 1962, pp. 621-640; BÜLOW, *Europäisches Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, in *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 1961, pp. 144-145; POINTET, *La Convention de Genève sur l'arbitrage commercial international*, in U.I.A., *Arbitrage international commercial*, III, La Haye, 1965, pp. 263-301; MEZGER, *Das europäische Übereinkommen über die Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, in *Rabels Zeitschrift*, 1965, pp. 231-300; GLOSSNER, *Die internationale zivile Schiedsgerichtsbarkeit in internationalen Abmachungen*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1966,

le convenzione si presenta come un proseguimento ed un complemento su di un piano regionale dell'opera di unificazione internazionale del diritto dell'arbitrato compiuta sotto gli auspici delle Nazioni Unite e culminata nella conclusione della convenzione di New York del 10 giugno 1958². Di quest'ultimo testo internazionale, infatti, la convenzione ora in esame dichiara esplicitamente nel preambolo di voler fare il proprio punto di partenza³ ed in effetti essa incide solo parzialmente sulla materia già da quello regolata⁴, ponendo invece delle regole destinate alla soluzione di problemi di ordine diverso. Si tratta di soluzioni notevolmente innovative, destinate ad operare una modificazione anche assai profonda nel modo di essere attuale di alcuni degli ordinamenti degli Stati che sono o diverranno parti della convenzione, e tra questi in primo luogo nell'ordinamento giuridico italiano⁵. Per apprezzare pienamente lo spirito e la portata della disciplina convenzionale, che possono non apparire immediatamente evidenti dal semplice commento delle singole disposizioni, è essenziale soffermarsi brevemente sull'origine e sullo svolgimento dei lavori che vi hanno dato vita, ed in particolare sulle ragioni profonde che ne sono state alla base.

2. *I problemi dell'arbitrato commerciale internazionale e la convenzione di New York del 1958*

Il complesso normativo costituito dalle disposizioni della convenzione di New York riguarda essenzialmente due ordini di problemi: da un lato la disciplina dell'efficacia (positiva e negativa)⁶ degli accordi arbitrati – intendendosi per tali, ov-

pp. 1593-1597; MAIER, *Europäisches Übereinkommen und UN-Übereinkommen über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, Köln 1966, pp. 7-26; KAISER, *Das europäische Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961*, Zürich 1967; GENTINETTA, *Befreiung der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit von der «nationalen Umklammerung»? Das europäische Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21 April 1961*, in *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 1969, pp. 46-54. Cfr., inoltre, FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris 1965, a proposito delle soluzioni convenzionali dei singoli problemi inerenti all'arbitrato.

² Su tale convenzione si veda il mio studio *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la convenzione di New York del 1958*, in questa *Rivista*, 1968, pp. 24-62, ove anche ulteriori riferimenti; adde MINOLI, *L'entrata in vigore della Convenzione di New York sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, pp. 539-572.

³ Si veda, infatti, il preambolo della convenzione, e KAISER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., p. 25.

⁴ Cfr. l'art. IX della convenzione di Ginevra in rapporto all'art. V, 1, e, di quella di New York, nonché *infra*, par. 13.

⁵ *Infra*, par. 14, per una valutazione d'insieme di tale incidenza.

⁶ Si tratta, com'è noto, della materia già disciplinata dal Protocollo di Ginevra del 1923: cfr., in generale, il mio studio *Accordi internazionali*, cit., p. 41 ss. In generale sulla distinzione tra i due diversi ordini di effetti, cfr. GIULIANO, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*², Milano 1970, p. 32.

viamente, i compromessi e le clausole compromissorie –, e dall'altro il riconoscimento dell'atto conclusivo del procedimento arbitrale nell'ambito di ordinamenti diversi da quello nell'ambito del quale esso sia stato emanato. Trovano in questo modo una soluzione adeguata i problemi più urgenti che si pongono in ordine alla funzione pratica dell'arbitrato come mezzo di soluzione delle controversie insorgenti nel campo del commercio internazionale. Si tratta infatti dei settori nei quali più spesso i singoli ordinamenti giuridici statali incidono con norme anche notevolmente restrittive, per tutelare propri interessi ritenuti (a ragione o a torto, non interessa qui stabilire) essenziali per i riflessi che ne derivano quanto all'ambito di esercizio della funzione giurisdizionale dello Stato⁷. A parte, dunque, i possibili difetti che la disciplina della convenzione di New York possa presentare, e che sono evidentemente insiti nella stessa delicatezza e difficoltà dell'opera di elaborazione di una disciplina internazionale della materia, si deve riconoscere che essa si pone come una tappa di fondamentale importanza nella regolamentazione della materia stessa a livello internazionale⁸.

Tuttavia, al fine di rendere la disciplina giuridica dell'istituto arbitrale sempre più aderente alla funzione che esso ha assunto nella realtà odierna del commercio internazionale, non era sufficiente porre norme internazionali destinate ad incidere esclusivamente sulla soluzione dei due ordini di problemi sopra ricordati. Rimanevano infatti in tal modo soggetti all'esclusiva disciplina delle singole leggi statali tutti i problemi inerenti ai vari atti che nel loro insieme costituiscono il procedimento arbitrale, il che poteva essere tanto più causa di difficoltà e di conflitti di disciplina tra l'uno e l'altro ordinamento, quanto più questi considerino la materia sottoposta a norme di natura processuale, e quindi spesso non derogabili da parte dei privati, oltre che soggette al classico principio della territorialità. Nella Convenzione di New York, infatti, le questioni del tipo ora ricordato vengono considerate in modo espresso esclusivamente dal punto di vista dell'ordinamento nell'ambito del quale una sentenza arbitrale deve venire riconosciuta ed eseguita in quanto sentenza arbitrale straniera, e quindi soltanto *al momento ed in funzione* del riconoscimento stesso (art. V della Convenzione)⁹. Così, ad esempio, il prin-

⁷ Il codice di procedura civile italiano del 1942 fornisce un esempio tipico di tale orientamento con le norme contenute nell'art. 2. Per i motivi che ne stanno alla base, si vedano le critiche del MARMO, *La convenzione di New York sul riconoscimento delle sentenze arbitrali*, in *Riv. dir. int.*, 1939, pp. 31-40, alla disciplina contenuta in tale convenzione, e, per uno sguardo comparativo, GIULIANO, *La giurisdizione civile*, cit., p. 31 ss. Cfr. altresì BROGGINI, *Convenzioni attributive di giurisdizione nel commercio italo-tedesco*, in questa *Rivista*, 1970, p. 5 ss.

⁸ Tanto è vero che la Commissione delle Nazioni Unite sul diritto commerciale internazionale (UNCITRAL), che alla sua prima sessione (1968) decise di inserire tra le questioni prioritarie l'arbitrato commerciale internazionale, si è preoccupata anzitutto di invitare gli Stati membri delle N.U. a considerare la possibilità di aderire alla Convenzione di New York. Per le reazioni dei vari Stati si veda U.N. Doc. A/CN/9/22 del 7 febbraio 1969, p. 2 ss.

⁹ Ancorché la convenzione non lo dichiara espressamente, è certo che in qualche misura quelle disposizioni devono essere tenute presenti anche dal giudice avanti al quale venga sollevata l'eccezione di compromesso, in quanto si tratti di stabilire se l'accordo di arbitrato sia caduco, inoperante

cipio dell'esclusiva sottoposizione del procedimento arbitrale, ivi compresa la costituzione del tribunale arbitrale, alla volontà delle parti – che pure è stato giustamente considerato come uno dei principi più importanti stabiliti dalla Convenzione¹⁰ – importa soltanto la conseguenza che non potrà non essere riconosciuta in uno Stato contraente una sentenza arbitrale in quanto risultante da un procedimento regolato dalle parti in modo non conforme alle norme imperative del luogo in cui l'arbitrato si sia svolto, ma non esclude affatto che tale sentenza – entrata o meno che sia «in contatto» attraverso il deposito o l'omologazione con l'ordinamento del luogo di pronuncia – venga qui annullata per violazione delle relative norme. Con la conseguenza, poi, che tale annullamento potrebbe impedire il riconoscimento della sentenza in altro Stato, a norma dell'art. V, 1, e della Convenzione¹¹.

Se tali lacune possono facilmente spiegarsi, da un punto di vista storico, ricordando l'oggetto assegnato, dai compilatori alla Convenzione di New York, nonché le contrastanti tendenze emerse in sede di redazione della stessa¹², è certo però che la pratica non poteva non avvertire gli inconvenienti che ne derivavano. Ma la via per superare tali inconvenienti non poteva essere ormai quella della revisione di questa o di quella norma della Convenzione del 1958: si doveva necessariamente porre delle norme che incidessero sulla disciplina delle singole leggi nazionali relative all'arbitrato in genere, e non soltanto alla rilevanza degli arbitrati collegati con ordinamenti stranieri.

3. *Le origini della convenzione di Ginevra*

Lo Convenzione di Ginevra del 1961 trae le sue origini dai lavori della Commissione economica per l'Europa delle Nazioni Unite. Nell'ambito di tale organismo, infatti, il *Comité pour le développement du commerce*, che si prefiggeva tra l'altro il compito di esaminare i problemi relativi al commercio tra Stati dell'Europa occidentale e Stati dell'Europa orientale, resosi conto dell'importanza che a tal fine rivestiva lo strumento arbitrale¹³, decise di istituire un gruppo di esperti,

o non suscettibile di essere applicato: cfr. MINOLI, *L'entrata in vigore*, cit., pp. 549-555. Ma, a parte i dubbi che possono insorgere sull'estensione di tale controllo e sulle norme applicabili, è certo che la convenzione non incide affatto sulla disciplina delle leggi statali per quanto riguarda lo svolgimento dell'arbitrato.

¹⁰ FOUCHARD, *L'arbitrage commercial*, cit., pp. 64 ss., 303 ss.; BREDIN, *La Convention de New York du 10 juin 1909 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, in *Journal du droit international*, 1959, p. 1028; KLEIN, *Autonomie de la volonté et arbitrage*, in *Revue critique*, 1958, p. 492.

¹¹ Secondo tale disposizione, infatti, il solo fatto che la sentenza sia stata annullata nel paese di origine è motivo di rifiuto *dell'exequatur*, senza che rilevi il motivo dell'annullamento: ma si veda l'art. IX della convenzione di Ginevra, su cui *infra*, par. 13.

¹² Cfr. i cenni contenuti nel mio studio più volte citato, *Accordi internazionali*, cit., pp. 30-33.

¹³ V. Doc. E/ECE/Trade/7 del 18 agosto 1954. Cfr. anche *Aspects juridiques du commerce avec les pays d'économie planifiée*, Paris 1961, spec. p. 215 ss.

incaricandolo dell'esame dei problemi relativi al procedimento arbitrale nonché all'esecuzione delle relative sentenze. I lavori di tale Gruppo si protrassero dal 1954 sino al 1963, portando – oltre che ad utili risultati nel campo della documentazione – alla conclusione della convenzione di Ginevra del 1961, di cui si tratta, nonché all'adozione delle regole uniformi di arbitrato, che, predisposte sin dal 1963, vennero poi ufficialmente pubblicate nel 1966¹⁴.

L'impulso verso la redazione della Convenzione è dunque inizialmente estraneo alle iniziative che culminarono nella conclusione della Convenzione di New York, tanto che il programma originario del gruppo di lavoro di Ginevra comprendeva, come si è detto, anche la materia dell'esecuzione delle sentenze arbitrali, già considerata a New York. È del tutto comprensibile, tuttavia, che, una volta conclusa quella convenzione, gli esperti di Ginevra la utilizzassero come base per il loro lavoro, e che inoltre, data la situazione brevemente descritta nel paragrafo precedente, si orientassero senz'altro verso un testo che presentasse delle caratteristiche nettamente differenziate. Non si tratta, come vedremo, di un testo contenente una vera e propria legge uniforme, che pure costituirebbe la soluzione più radicale ed avanzata per l'eliminazione degli inconvenienti lamentati dalla pratica. Nonostante i suggerimenti avanzati in questo senso dall'una o dall'altra delegazione, che emergono qua e là dai lavori preparatori, il testo adottato nel 1961 è ben lungi dall'offrire una disciplina uniforme dei vari problemi che lo svolgimento di un processo arbitrale presenta. Il che del resto si spiega e si comprende facilmente, se si pensa alle resistenze che i singoli Stati ancora oppongono alla realizzazione di progetti aventi una così profonda incidenza sul modo di essere delle proprie leggi interne in materia processuale. Indizio eloquente di tale atteggiamento è lo scarso favore che a tutt'oggi è stato riservato al progetto elaborato nell'ambito del Consiglio d'Europa, che contiene – esso sì – un vero e proprio progetto di legge uniforme: aperto alla firma sin dal 20 gennaio 1966¹⁵, non consta che siano stati ancora compiuti passi significativi verso la sua effettiva traduzione in strumento internazionalmente vincolante.

Tuttavia, particolarità essenziale della Convenzione di Ginevra è quella di contenere una disciplina uniforme di alcuni problemi per la disciplina dei quali le va-

¹⁴ Sui lavori del gruppo di esperti, cfr. KAISER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., pp. 26-32; e, sulle regole di arbitrato della Commissione delle N.U., in particolare, MINOLI, in *Rassegna dell'arbitrato*, 1963, p. 49 ss.; BENJAMIN, *Nouveau Règlement d'arbitrage pour le commerce international*, in U.I.A., *Arbitrage international*, cit., III, pp. 323-359; COHN, *The Rides of Arbitration of the U.N. Economic Commission for Europe*, in *International and Comp. Law Quarterly*, 1967, pp. 946-981; ARNOLD, *Die Schiedsgerichtsordnung der Wirtschaftskommission für Europa der Vereinten Nationen*, in *Anssenwirtschaftsdiensl des Betriebs-Beraters*, 1967, pp. 179-182. Quanto ai lavori dell'UNCITRAL (*supra*, nota 8), cfr. il rapporto del Segretariato generale delle N.U., compilato con la consulenza del DOMKE. UN. Doc. A/CN/9/21 del 26 febbraio 1969.

¹⁵ Il testo si può vedere in *European Treaty Series*, n. 56, May 1967, e su di esso JENARD, *Projet de Convention européenne portant loi unifonne en matière d'arbitrage*, in U.I.A., *Arbitrage International*, cit., Ili, pp. 370-399.

rie leggi interne, ed in particolare quella italiana, contengono disposizioni contrastanti e spesso eccessivamente formalistiche, sì da causare comunque incertezze e disorientamenti sulla disciplina effettivamente vigente, e spesso vivo contrasto con le esigenze di snellezza, che stanno alla base del ricorso all'istituto arbitrale.

Firmata il 21 aprile 1961 a Ginevra da sedici Stati, essa è entrata in vigore il 7 gennaio 1964, in applicazione di quanto disposto dall'art. X, n. 8¹⁶. Alla data del 31 dicembre 1968 essa era in vigore tra 14 Stati¹⁷, cui si è ora aggiunta, come si è già detto, anche l'Italia.

4. *Caratteristiche del sistema convenzionale*

La Convenzione è stata denominata «Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale». Non si tratta peraltro di espressioni idonee a tradursi tutte in precisi limiti giuridici alla sfera soggettiva ed oggettiva di vigore dell'accordo internazionale considerato. In primo luogo, infatti, nonostante la qualifica di «europea» che la Convenzione contiene nella propria denominazione, non è affatto escluso che ne divengano parti Stati che non sono geograficamente tali. L'art. X, 1, prevede la possibilità di firma e di adesione da parte di qualsiasi Stato che sia membro della Commissione economica delle Nazioni Unite per l'Europa, o vi sia ammesso a titolo consultivo, o sia comunque ammesso a partecipare a certi lavori della Commissione stessa¹⁸. E di tale possibilità alcuni Stati si sono del resto già avvalsi¹⁹.

Neppure può dirsi che la funzione assegnata primariamente alla Convenzione dai suoi artefici – quella cioè di contribuire alla soluzione delle difficoltà inerenti al commercio tra Stati ad economia di mercato e Stati socialisti – condizioni di per se stessa l'applicazione delle norme in essa contenute. Essa è infatti destinata ad applicarsi, ove ne ricorrano i presupposti, nei rapporti tra tutti gli Stati contraenti, a prescindere dalla circostanza che nei singoli casi concreti siano interes-

¹⁶ E cioè il novantesimo giorno dopo il deposito del quinto strumento di ratifica o di adesione. Identico termine è stabilito per l'entrata in vigore nei confronti degli Stati che ratifichino successivamente la convenzione o vi aderiscano. Invece le disposizioni di cui all'art. IV, nn. 3-7, sono entrate in vigore solo il 18 ottobre 1965, secondo il par. 4 dell'Annesso alla Convenzione.

¹⁷ Si tratta dei seguenti Stati: Alto Volta, Austria, Bulgaria, Cecoslovacchia, Cuba, Francia, Germania federale, Jugoslavia, Polonia, Russia bianca, Repubblica ucraina, Romania, Ungheria, Unione sovietica.

¹⁸ Ciò in base ai paragrafi 7 e ss. dei «terms of reference» della Commissione, adottati dal Consiglio economico e sociale delle N.U. (cfr. *Yearbook of the United Nations*, 1946-47, p. 483 s.).

¹⁹ E precisamente l'Alto Volta e Cuba. Non risulta che all'adesione da parte di tali Stati siano state mosse obiezioni. Da notare che nell'atto finale della riunione dei plenipotenziari figura una clausola per cui (n. 12) il governo sovietico considera che la convenzione è aperta alla firma o all'adesione di tutti gli Stati europei: ma la portata di tale dichiarazione è positiva, e non negativa, e consiste nel riaffermare il punto di vista dell'Unione Sovietica circa la possibilità che alla Convenzione aderisca in avvenire la Germania orientale.

sati Stati appartenenti all'uno ed all'altro gruppo economico-politico. È tuttavia possibile che alcune disposizioni convenzionali non si debbano applicare ove tale ipotesi non ricorra: oltre che da un paragrafo dell'Atto finale della Conferenza dei plenipotenziari²⁰, ciò risulta dalla conclusione di un apposito accordo cui alcuni Stati sono addivenuti nell'ambito del Consiglio d'Europa²¹, nonché dalla prassi seguita tra i Paesi membri del Comecon²².

In sé considerati, comunque, soltanto alcuni dei problemi che la Convenzione mira a risolvere sono collegati alle difficoltà particolari del commercio tra Paesi dell'Europa occidentale ed orientale, essendo per il resto suscettibili di porsi egualmente in relazione a qualsiasi procedimento arbitrale.

Costituisce una novità rispetto ai precedenti accordi internazionali in materia l'aver introdotto nella Convenzione la nozione di «arbitrato commerciale internazionale» per indicare la materia che ne forma oggetto. Si tratta di un'espressione già largamente utilizzata dalla dottrina e dalla pratica, che indubbiamente si presta assai bene dal punto di vista pratico all'indicazione della realtà empirica cui si vuol riferire. A tale immediato riferimento ad un fenomeno reale – quello del commercio internazionale – non corrisponde, però, un'adeguata nettezza di contorni sul piano dei concetti giuridici. In verità, l'espressione si spiega con la suggestione esercitata su molti esperti della materia da quelle dottrine che, tentando di tradurre su di un piano giuridico ciò che costituisce un fenomeno reale sul piano psicologico, mirano ad elaborare la figura dell'arbitrato commerciale internazionale intesa come separata e distinta da ogni ordinamento statale, e costituente il mezzo di soluzioni delle controversie proprio e tipico di un particolare «ambiente» sociale, quello della c.d. comunità internazionale dei commercianti²³. Quale che sia la fondatezza di tali dottrine su di un piano generale – e, pur non essendo questa la sede per occuparsene, basterà osservare che il più grave motivo di dubbio è costituito precisamente dall'asserita configurabilità di tale «ambiente» come società a sé stante –, interessa ora soltanto precisare la portata dell'espressione sul piano positivo. L'espressione può essere anzitutto criticabile da un punto divista

²⁰ Si tratta dei par. 13, per cui i Governi del Belgio, Olanda e Lussemburgo dichiarano che la convenzione li lascia liberi di non applicarla in tutto o in parte nelle loro relazioni reciproche.

²¹ Si veda *infra*, par. 9 e nota 71.

²² Poiché, inoltre, l'art. X, 7, della Convenzione fa salva l'applicabilità degli accordi bilaterali o multilaterali conclusi tra Stati contraenti, può probabilmente ricondursi a questa norma il fondamento dell'esclusione dell'applicabilità delle norme convenzionali nell'ambito dei rapporti tra i Paesi socialisti membri del Consiglio per la cooperazione economica, i quali si attengono alle procedure arbitrali previste in materia di rapporti attinenti alla vendita internazionale di merci dalle Condizioni generali (art. 65) utilizzate in tale ambito. Sul tema cfr., anche per indicazioni bibliografiche, CONNETTI, *L'arbitrato commerciale internazionale nei rapporti con i Paesi socialisti dell'Europa orientale* (estr. da *L'arbitrato nel commercio internazionale con l'Est europeo*), Trieste 1969, p. 20 ss.

²³ Su questi problemi, cfr. le considerazioni ed i riferimenti contenuti nel mio studio *Accordi internazionali*, cit., pp. 30 ss.; e sulle tendenze della pratica, ampiamente, FOUCHARD, *L'arbitrage commercial*, cit., pp. 4-48 e *passim*. Cfr. anche ROBERT, *De la place de la loi dans l'arbitrage*, in *International Arbitration. Liber amicorum for Martin Domke*, The Hague 1967, pp. 226-239.

tecnico, per l'accostamento ad un termine indicante un ben definito istituto giuridico (arbitrato) di due qualificazioni che a rigore riguardano invece la materia cui l'arbitrato si riferisce²⁴. Al proposito, è da notare che, per quanto riguarda la definizione della materia commerciale, l'assenza di ogni ulteriore specificazione costituisce un notevole inconveniente, posto che la nozione non può essere identificata con quelle proprie dei singoli ordinamenti statali nei quali se ne dia una definizione particolare, come è provato, da un lato dall'iniziale formulazione del progetto²⁵, e dall'altro dalla mancanza nel testo finale di qualsiasi norma di rinvio del tipo di quelle contenute nell'art. I del Protocollo di Ginevra del 1923 o nell'art. I, 3, della Convenzione di New York²⁶. Ma proprio in considerazione di ciò una maggiore specificazione sarebbe stata desiderabile, al fine di evitare il puro e semplice ricorso da parte del giudice alle nozioni proprie della legge del foro²⁷.

L'altra qualificazione introdotta dalla Convenzione, quella della «internazionalità», si spiega facilmente alla luce delle sommarie considerazioni sopra esposte. Utilizzata frequentemente in materia di arbitrato (di diritto privato, beninteso), essa può assumere un significato alquanto equivoco, essendo di per sé idonea ad indicare, di volta in volta, o semplicemente un preteso connotato teorico dell'arbitrato nel senso sopra detto²⁸, o qualsiasi arbitrato rispetto al quale si ponga un problema di conflitto di leggi²⁹, oppure infine l'arbitrato che riguardi una controversia attinente ad un rapporto avente natura «internazionale»³⁰. Non pare possibile dubitare che sia quest'ultimo il significato dell'espressione nell'ambito della Convenzione. Tanto dai lavori preparatori quanto dal tenore dell'art. I (sul quale si tornerà comunque più oltre), risulta infatti chiaro che si è voluta indicare in tal

²⁴ È ovvio, infatti, che l'attributo «internazionale», se riferito all'istituto arbitrale in sé, indicherebbe piuttosto l'arbitrato risolutivo di controversie fra Stati in quanto soggetti dell'ordinamento giuridico internazionale, mentre nel contesto della Convenzione si pensa naturalmente all'internazionalità della materia, ossia dei rapporti materiali, come è detto oltre nel testo.

²⁵ Nella quale si cercava di dare una definizione completa e precisa dei rapporti cui la Convenzione doveva venire applicata. Cfr., anche per i riferimenti, KAISER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., pp. 55-57.

²⁶ A norma del Protocollo, infatti, ogni Stato poteva restringerne l'applicazione ai rapporti considerati commerciali dalle proprie leggi interne (articoli I e II). Analoga riserva è consentita anche alle Parti contraenti della Convenzione di New York, secondo l'art. I, 3.

²⁷ Tale considerazione non va comunque riferita al diritto italiano, nell'ambito del quale, com'è noto, la distinzione tra materia commerciale e non, è ormai sconosciuta.

²⁸ Nel senso, cioè, di forma organizzativa di una pretesa società internazionale dei commercianti: cfr. KAISER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., pp. 21-25.

²⁹ In tal senso si parla, ad es., di vendita «internazionale» nella Convenzione dell'Aja del 15 giugno 1955: cfr. GIARDINA, *Il mutamento della disciplina internazionalprivatistica della vendita. Problemi intertemporali*, in *Annuario di diritto internazionale*, 1966, p. 299 ss., a pp. 233-234.

³⁰ Operando così una distinzione tra i possibili arbitrati sottoposti alla legge interna, a seconda che la materia cui la controversia si riferisce abbia carattere «internazionale» oppure no. In un significato in qualche modo analogo si parla di «contratto internazionale» nell'ambito del sistema francese: cfr. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *A propos du contrat international*, in *Journal du droit int.*, 1931, p. 4 ss.

modo una connotazione del rapporto concreto al quale si riferisce la controversia sottoposta o da sottoporre ad arbitrato: ossia un presupposto, una condizione insita nel rapporto materiale, dalla cui ricorrenza viene fatta dipendere l'applicabilità della disciplina convenzionale. Si è voluto, insomma, distinguere gli arbitrati internazionali da quelli che tali non sono. Poiché, peraltro, la Convenzione non specifica quali sono i criteri che permettono di attribuire ad un arbitrato quella qualifica, sussiste l'inconveniente – non certo indifferente – di lasciare l'interprete privo di una guida sicura di fronte alle particolarità dei casi concreti. Si tratta tuttavia di inconveniente non facilmente eliminabile, posto che non si voglia rinunciare al ricorso ad una nozione vaga e malcerta come quella in questione. La Convenzione di New York, com'è noto, non richiede né l'internazionalità del rapporto né alcun carattere di estraneità soggettiva delle parti. Il testo in esame, invece, richiede entrambi i requisiti. È probabile peraltro che in linea pratica resistenza dell'internazionalità del rapporto risulti il più delle volte evidente dai caratteri di estraneità delle parti (come si vedrà, residenza in Stati diversi), evitandosi così di avvertire l'inconveniente sopra segnalato. Non si può tuttavia dubitare che da un punto di vista concettuale si tratti di un requisito del tutto distinto, per cui potrebbe in alcuni casi assumere un autonomo rilievo³¹.

5. *L'ambito di applicazione della convenzione*

Accanto all'internazionalità del rapporto, la Convenzione reintroduce, come si è detto, il requisito dell'estraneità soggettiva delle parti. L'art. I, 1, a, stabilisce infatti che la Convenzione si applichi soltanto agli accordi arbitrali (compromessi e clausole compromissorie) conclusi tra persone fisiche e giuridiche aventi, al momento della conclusione dell'accordo, la loro residenza abituale o la loro sede in Stati contraenti diversi (nonché alle procedure ed alle sentenze fondate su tali accordi). A differenza, quindi, del Protocollo e della Convenzione di Ginevra del 1923 e 1927, che richiedevano (secondo almeno l'interpretazione prevalente) la diversa cittadinanza o nazionalità delle parti, la convenzione del 1961 ha preferito utilizzare il diverso criterio della residenza abituale e della sede per quanto riguarda le persone giuridiche.

Lo stesso art. I, 2, c., provvede a definire che cosa si debba intendere per sede di una persona giuridica: il luogo in cui è situato l'*établissement* che ha concluso l'accordo di arbitrato. E la cosa è tanto più opportuna, in quanto si è voluto definire il criterio in esame in modo alquanto diverso dall'abituale, conferendo rilievo all'elemento dell'esistenza di un *établissement*. Si è così evitato di far ricorso alla sola nozione della sede, che com'è noto non è univoca, potendo indifferentemente indicare la sede statutaria, o quella reale (espressione questa, poi, suscettibile di

³¹ Escludendo, cioè, l'applicabilità della Convenzione ancorché le parti fossero residenti in Stati diversi: ma si tratta di casi-limite, non facili a verificarsi in pratica.

essere diversamente interpretata)³². Quanto alla precisa definizione di *établissement*, espressione non facilmente traducibile con esattezza³³, si è voluto indicare con essa la necessità di riferirsi, a seconda dei casi, al luogo in cui si svolge l'attività amministrativa e di direzione dell'impresa (sede principale), oppure al luogo in cui si svolge l'attività amministrativa e di direzione dell'impresa (sede principale), oppure al luogo in cui si trova una sede secondaria o qualsiasi filiale, agenzia o succursale³⁴, secondo le varie forme organizzative previste dalle singole leggi nazionali. Si è voluto, in altri termini, rendere rilevante (in senso tanto estensivo quanto restrittivo) anche il contatto reale che una persona giuridica abbia con uno Stato diverso da quello in cui è situata la sua sede principale. Ciò con il solo limite che la filiale o la sede secondaria non sia organizzata in forma di entità autonoma, ossia giuridicamente distinta dall'ente principale, ancorché da questo controllata in tutto od in parte (ad es. mediante partecipazioni azionarie in società straniere).

Per quanto riguarda, invece, il criterio utilizzato per definire l'elemento di estraneità delle persone fisiche, dal quale dipende l'applicabilità della convenzione, si è fatto ricorso alla nozione di «residenza abituale» senza darne alcuna definizione. Probabilmente era opinione dei redattori che una definizione in sede convenzionale non fosse necessaria, trattandosi di nozione uniformemente interpretata nei vari ordinamenti. E certamente, specie in rapporto alla nozione di domicilio, quella residenza abituale presenta un carattere di fatto assai più marcato, tanto da servire a volte essa stessa di base per l'eventuale definizione convenzionale della prima³⁵, alla quale viene preferita per la sua maggiore semplicità. Deve comun-

³² Cfr., in generale, PORZIO, *La sede dell'impresa*, Napoli 1970, p. 51 ss.

³³ Del tutto inesatta ed equivoca, comunque, la traduzione nel termine italiano «ente», che si trova nel testo non ufficiale allegato alla legge di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione (v. *supra*, nota 1). Lo stesso termine è utilizzato nell'art. 5 della Convenzione della CEE concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale del 27 settembre 1968, nonché nell'art. 4 dell'*Avant-projet* di convenzione CEE relativa al fallimento, ai concordati ed alle procedure analoghe: in entrambi i casi, il termine viene reso in lingua italiana come «filiale». Va tuttavia osservato che in tali casi questa viene contrapposta alla sede principale, mentre nella Convenzione di Ginevra l'espressione indica indifferentemente questa oppure qualsiasi «filiale». Nella terminologia francese, in sostanza, il termine indica proprio e soltanto il luogo in cui la persona giuridica si stabilisce, a titolo principale (*établissement principal*) oppure no: ossia, una situazione di fatto. Cfr. RIPERT et ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*⁶, Paris 1968, p. 374 ss.

³⁴ Cfr. le analoghe espressioni contenute nell'art. 5 della Convenzione CEE sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni, cit. alla nota precedente. Su tale norma cfr. SANTA MARIA, *Problemi in tema di applicazione alle società della Contenzione della CEE sulla competenza giurisdizionale e sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale*, in *L'efficacia delle sentenze straniere nelle convenzioni multilaterali dell'Aja e della CEE*, Padova 1969, pp. 250-251.

³⁵ È questo il motivo per cui in alcune convenzioni internazionali recenti il criterio in parola è stato preferito a quello, tradizionale in materia di statuto personale, del domicilio: cfr. le convenzioni dell'Aja del 24 ottobre 1956 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari verso i minori,

que ritenersi che, nel testo convenzionale in esame, si sia voluto indicare la semplice necessità della dimora abituale in un luogo determinato, senza alcun riferimento ad eventuali elementi soggettivi che, in assenza di diversa volontà delle parti contraenti, non appaiono suscettibili di rientrare nella nozione³⁶.

Come già accennato, il requisito della diversa residenza (o sede) delle parti è concettualmente distinto da quello della c.d. internazionalità del rapporto, e non lo ricomprende in sé. È tuttavia evidente che il più delle volte quest'ultimo requisito sarà presente in un rapporto che intercorra tra soggetti residenti nel territorio di Stati diversi. Ma si tratta appunto di una mera coincidenza pratica, non di identità. Così che, come non si può escludere che un rapporto «internazionale» nel senso della Convenzione intercorra tra soggetti residenti nello stesso Stato, così neppure si può escludere che in certi casi, pure in presenza della diversa residenza abituale, faccia difetto l'internazionalità del rapporto, e quindi si debba concludere per l'inapplicabilità della Convenzione.

Deve essere da ultimo rilevato che la residenza abituale dei soggetti (o la sede delle persone giuridiche) deve essere situata, secondo la Convenzione, nel territorio di Stati diversi, ma comunque parti della Convenzione stessa. Il che vale quanto dire che le stipulazioni convenzionali sono condizionate al principio classico della reciprocità, ed escludono totalmente la possibilità di venire applicate all'ordinamento di tutti o di alcuni Stati contraenti come norme uniformi³⁷.

6. La disciplina del compromesso e della clausola compromissoria

I problemi singoli che la Convenzione ha inteso disciplinare, nell'ambito così segnato, sono i seguenti: forma dell'accordo di arbitrato (art. I); capacità di Stati ed enti pubblici ad essere parti di procedimenti arbitrali (art. II); capacità di stranieri di assumere la funzione di arbitri (art. III); «organizzazione» dell'arbitrato,

del 15 aprile 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni nella stessa materia, del 5 ottobre 1961 sulla competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minori, e del 26 aprile 1966 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere in materia civile e commerciale. Cfr., poi, la definizione del domicilio come residenza abituale nella convenzione del 5 giugno 1955 per regolare i conflitti tra legge nazionale e legge del domicilio. In materia cfr. POCAR, *Observations sur le notion de domicile dans les conventions internationales*, in *Annuaire de l'AAA*, vol. 35, 1965, p. 177 ss., a p. 188 ss.

³⁶ Cfr. *op. loc. cit.* alla nota precedente. La convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale ha preferito il criterio del domicilio a quello della residenza in quanto, tra l'altro, quest'ultimo potrebbe dar luogo a controversie sulla nozione di abitualità (cfr. JENARD, *Relazione alla Convenzione*, p. 28). Si veda, però, CAPOTORTI, *Osservazioni su alcuni aspetti delle convenzioni dell'Aja e di Bruxelles relative al riconoscimento delle sentenze straniere*, in *L'efficacia delle sentenze straniere*, cit., p. 87 ss., a p. 101 s.

³⁷ Si veda KAISER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., pp. 58-59. Per l'opposta possibilità offerta dalla Convenzione di New York, cfr. il mio studio *Accordi internazionali*, cit., pp. 40-41.

ed organismi cui ricorrere per la nomina degli arbitri (art. IV); *Kowpetenz-Kompetenz* degli arbitri (art. V); disciplina dell'eccezione di carenza di giurisdizione in presenza di compromesso o di clausola compromissoria fatti valere in un procedimento avanti a giudici statali (art. VI); diritto applicabile ai merito della lite (art. VII); motivazione della sentenza (art. VIII); infine, rilevanza ai fini del riconoscimento ed esecuzione della sentenza arbitrale in uno degli Stati contraenti del suo eventuale annullamento in un altro degli Stati contraenti (art. IX). Si tratta, come si vede, di un complesso di problemi che abbraccia gran parte del campo disciplinato dalle leggi interne relative all'arbitrato³⁸.

Per quanto riguarda i problemi che non vengono considerati, la Convenzione non esercita alcuna influenza, e lascia impregiudicata la disciplina delle singole leggi interne. In pratica può peraltro essere assai arduo stabilire se una data questione rientri o meno tra quelle che le regole convenzionali disciplinano, specie in relazione ai vasti poteri riconosciuti alle parti dell'art. IV, 1, della Convenzione. Sembra, ad es., da ritenere che la libertà di scelta per quanto riguarda gli arbitri sia assoluta, e non subordinata all'esistenza dei requisiti prescritti da talune leggi interne, a norma dell'art. IV, 1; mentre i motivi di riconsuazione degli arbitri, di cui il testo della Convenzione nulla dice, continueranno ad essere sottoposti alle leggi nazionali³⁹.

Non occorre un lungo discorso in merito alla disciplina contenuta negli articoli I, II e III con riguardo ai primi tre problemi sopra indicati. L'intento dei compilatori è, al riguardo, del tutto chiaro. Si voleva anzitutto, sul primo punto, eliminare per quanto possibile ogni ostacolo di natura formale alla validità dell'accordo di arbitrato, andando ancora al di là della disciplina della Convenzione di New York, che pur si limita a richiedere la forma scritta⁴⁰. L'esigenza che si voleva in tal modo soddisfare era soprattutto quella di garantire la validità di un accordo di arbitrato concluso mediante semplice accettazione tacita di condizioni generali di contratto o di vendita, nelle quali fosse previsto l'impegno delle parti di risolvere le proprie eventuali controversie per via arbitrale. Validità, com'è noto, ammessa da alcuni ordinamenti, ma esclusa da altri, che assumono non soltanto a questo riguardo, ma in genere a proposito delle condizioni generali di contratto, un atteggiamento alquanto più rigido⁴¹. Ma la disposizione che i redattori sono riusciti a

³⁸ A differenza di una vera e propria legge uniforme, però, le norme della convenzione disciplinano i problemi suddetti per gruppi, – ad es., stabilendo la libertà assoluta delle parti in materia di procedimento –, senza scendere ad un regolamento particolareggiato dei singoli punti, compito questo che, nello spirito della Convenzione, è lasciato all'iniziativa delle stesse parti, o a regolamenti quale quello delle N.U. citato *supra*, nota 14.

³⁹ Cfr. MEZGER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., p. 290; GENTINETTA, *Befreiung*, p. 49 s.

⁴⁰ Art. II della Convenzione di New York. Cfr. MINOLI, *L'entrata in vigore*, cit., pp. 544-545. Nella Convenzione di Ginevra, peraltro, è scomparsa la condizione che si tratti di accordo relativo a controversia nascente da rapporto giuridico determinato, consentendo così che l'accordo si riferisca ad una serie indeterminata di rapporti e di controversie eventualmente insorgenti tra le parti.

⁴¹ Esempio tipico gli articoli 1341 e 1342 del codice civile italiano. Sull'incidenza di tali

concordare non è certo idonea a raggiungere tale scopo, e non costituisce in sostanza altro che una specificazione del principio-base della forma scritta. Infatti, l'art. I, 2, a, si limita a precisare che il compromesso o la clausola compromissoria possono risultare da atto firmato dalle parti, o da uno scambio di lettere, telegrammi o comunicazioni a mezzo di telescrivente, aggiungendo poi che «nei rapporti tra paesi» le cui leggi non richiedono la forma scritta, l'accordo può risultare in tutte le forme previste da dette leggi. È chiaro che questa disposizione, che pure avrebbe dovuto liberalizzare ulteriormente la disciplina formale dell'accordo di arbitrato, non è idonea ad esercitare alcuna modificazione sulla disciplina già vigente, ed anzi comporta la difficoltà di determinare quali siano le leggi cui si deve aver riguardo, data l'equivocità dell'espressione usata (nei rapporti tra paesi). Si è voluto evidentemente effettuare un rinvio a più leggi: ma quali? Possono in astratto venire in considerazione la legge del luogo dell'arbitrato, quella – eventualmente diversa – che lo regola, quella dello Stato i cui giudici siano chiamati all'uno od all'altro titolo ad occuparsi di questioni attinenti all'arbitrato, quella infine dello Stato di cui le parti siano cittadine o in cui hanno residenza o in cui hanno residenza o domicilio. L'interpretazione preferibile – in assenza di qualsiasi spunto utile nei lavori preparatori, e tenendo presente il modo in cui si è delimitata la sfera di applicazione della convenzione – sembra essere quella che fa riferimento alle leggi degli Stati in cui le parti hanno la residenza abituale (o la sede)⁴². Ma l'inevitabile incertezza non contribuisce certo all'utilità della disposizione.

Per quanto riguarda, comunque, l'ordinamento italiano, è evidentemente esclusa qualsiasi incidenza diretta della disposizione ora menzionata sul dettato degli articoli 807 e 808 cod. proc. civ. Essa potrebbe soltanto incidere nel senso di rendere ammissibile il riconoscimento di una sentenza arbitrale straniera non fondata su accordo scritto, che fosse resa tra soggetti residenti abitualmente in Stati stranieri le cui leggi ammettano tale possibilità, e siano aderenti alla Convenzione. Ed anche tale limitata conseguenza in tanto sarà ammissibile, in quanto si accolga l'interpretazione sopra esposta dell'oscura espressione del testo convenzionale.

La disposizione dell'art. I, 2, a, non è peraltro la sola che nel sistema della Convenzione riguardi la disciplina dei compromessi e delle clausole compromissorie. Alla materia si riferiscono infatti anche le norme degli articoli IV, 1, e VI, 2. La prima rimette alla volontà delle parti l'intera disciplina dell'accordo di arbitrato, ammettendo la libertà delle parti di includervi o meno determinate indicazioni, e riconoscendo la piena validità di una clausola «bianca», ossia contenente

norme sugli accordi per arbitrato all'estero, cfr. GIULIANO, *La giurisdizione civile*, cit., pp. 183-191.

Per un caso in cui fu negata la validità *quoad formam* in base all'art. II, 2, della Convenzione di New York, di una clausola risultante da una lettera di offerta accettata solo implicitamente, cfr. la decisione del Tribunale di Ginevra, 8 giugno 1967, *J. A. Vari Walsum N. V. c. Chevalines S. A.*, in *Revue suisse de jurisprudence*, 1968, p. 56 (*ivi*, p. 49, nota SCHWARZ).

⁴² In questo senso MEZGER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., p. 248; KAISER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., p. 40.

il mero impegno delle parti a deferire una o più controversie ad arbitrato, come si vedrà più oltre⁴³. La seconda è inserita, invece, nell'articolo dedicato alla posizione di norme processuali uniformi che regolano la competenza dei giudici statali, e disciplina la validità intrinseca o sostanziale dell'accordo di arbitrato dal punto di vista di questi ultimi. Questa tecnica redazionale, per discutibile che sia, non deve peraltro far pensare che l'arbitro debba o possa attenersi a diversi principi, quando sia sollevata dinnanzi a lui una questione compresa tra quelle regolate nell'art. VI, 2, dato che in tal modo egli potrebbe valutare un accordo arbitrale in modo del tutto difforme da quello in cui lo valuterebbe un giudice. Anche se tale possibilità non può certo venire esclusa – si pensi, ad es., alla capacità delle parti, la cui legge regolatrice secondo l'art. V, 2, a, non può venire determinata con certezza prima che si sappia davanti a quale giudice la questione verrà sollevata⁴⁴ – è ragionevole pensare che tale eventualità debba venire esclusa per quanto è possibile⁴⁵.

La norma utilizza la tecnica della posizione di norme di rinvio, sottoponendo la capacità delle parti alla legge «che è loro applicabile», ossia alla loro legge personale (nazionale o del domicilio)⁴⁶, e tutte «le altre questioni»⁴⁷ a tre leggi indi-

⁴³ *Infra*, par. 8.

⁴⁴ Con la conseguenza che la «loi qui leur est applicable» può essere diversa secondo i casi: legge della cittadinanza o del domicilio.

⁴⁵ In questo senso FOUCHARD, *L'arbitrage commercial*, cit., p. 76 s.; MEZGER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., p. 274 s.; KAISER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., p. 128 ss.

⁴⁶ Quanto alle persone giuridiche, sarà loro applicabile la legge che le regola secondo i diversi sistemi giuridici interni: legge della sede, del luogo di costituzione o – secondo alcuni – legge nazionale, considerando la nazionalità come criterio di collegamento a sé stante: cfr. CAPOTORTI, *La nazionalità delle società*, Napoli 1953; ID., *Considerazioni sui conflitti di leggi in materia di società*, in questa *Rivista*, 1965, p. 623 ss.; BISCOTTINI, *Diritto amministrativo internazionale*, I, Padova 1964, p. 349 ss. Per quanto riguarda gli enti pubblici, poi, cfr. l'art. II della Convenzione, *infra* nel testo.

⁴⁷ Nonostante la generica ed ampia dizione di questa norma, sembra da escludersi che essa possa riferirsi anche alla disciplina del compromesso e della clausola compromissoria sotto l'aspetto formale. Se così fosse, sarebbe possibile superare l'oscurità della dizione dell'art. I, 2, a e le incertezze che ne derivano, sulle quali v. *supra* nel testo. Ma in realtà sembra indubbio che la disciplina formale dell'accordo di arbitrato sia stata riservata in via esclusiva alle norme dell'art. I, senza possibilità di concorso con altre. Cfr. KAISER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., p. 39 s. Altro problema che non sembra contemplato in alcun modo dalla Convenzione è quello relativo alla c.d. autonomia della clausola compromissoria rispetto al contratto di cui essa fa parte. Secondo il KLEIN, *Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d'arbitrage international*, in *Revue critique*, 1961, p. 499 ss.) l'autonomia della clausola dipenderebbe dal fatto che essa è stata considerata indipendente dal contratto ai fini della disciplina di conflitto: ma l'opinione non sembra convincente, anche di fronte al totale silenzio dei lavori preparatori. Cfr. anche oltre, nota 79. In generale, sul problema, cfr. Cass. francese 7 marzo 1963. *Gosset c. Carapelli*, in *Revue critique*, 1963, p. 615 ss., nota MOTULSKY, e in *Journal du droit int.*, 1968, p. 32, nota BREDIN; Corte suprema degli Stati Uniti d'America, *Prima Paint Corp. v. Flood and Conklin Manuf. Co.* 388 U.S. 395 (su cui v. MEZGER, *Vers la consécration aux Etats-Unis de l'autonomie de la clause compromissoire dans l'Arbitrage international*, in *Revue critique*, 1968, p. 25 ss.).

cate in ordine successivo: quella designata dalle parti, quella del luogo in cui deve essere pronunciata la sentenza e infine – nel caso che non si possa prevedere quale sarà tale luogo – quella designata dalle norme di conflitto del giudice adito. La regolamentazione così posta riprende, in sostanza, quella della Convenzione di New York (art. V, 1, a), con l'aggiunta dell'ultima indicazione – legge designata dalle norme di conflitti del giudice adito – resa necessaria dalla differenza di prospettiva rispetto a quella Convenzione, che considera la questione con esclusivo riferimento al momento del riconoscimento della sentenza. È evidente che una disposizione siffatta reintroduce i dubbi e le incertezze che spesso le leggi statali presentano in materia, pur essendo di per sé opportuno prevedere la eventualità che il luogo di emanazione della sentenza non possa venire determinato con sicurezza nel momento in cui il giudizio sulla validità della clausola deve aver luogo. Come pure è possibile che il luogo in cui la sentenza dovrebbe essere emanata a norma di compromesso sia diverso da quello in cui effettivamente lo sia⁴⁸, con la conseguenza di una possibile differenza di valutazione da parte del giudice la cui giurisdizione si vuole escludere, e di quello al quale il riconoscimento della sentenza venga richiesto (art. V, 1, a, della Convenzione di New York e art. IX, 1, a, della Convenzione di Ginevra).

Riguarda ancora l'accordo di arbitrato, ed in particolare un requisito della sua efficacia processuale, il problema dell'arbitrabilità di una determinata controversia. Anche a tale proposito l'art. VI, 2 contiene un'apposita disposizione, della quale si dirà più oltre⁴⁹.

7. Problemi di «capacità» di enti pubblici e di stranieri

L'art. II prende in considerazione le «personnes morales de droit public», ossia gli enti qualificati come di diritto pubblico in base alla loro legge nazionale⁵⁰, per sancire la capacità di tali enti di concludere validamente un accordo che deferisca ad arbitrato controversie attuali o future di cui possano essere parti. Si tratta di una disposizione destinata a derogare a quelle norme – tradizionali in alcuni sistemi giuridici⁵¹ – che negano una simile capacità allo Stato ed agli altri enti pubblici, ed impediscono in tal modo che accordi di arbitrato vengano conclusi nei rapporti commerciali con stranieri. Limitatamente ai rapporti contemplati dalla

⁴⁸ Cfr., per una previsione testuale di tale possibilità, l'art. IV, 4, c.

⁴⁹ Par. 10.

⁵⁰ Nessun problema sorge evidentemente per la determinazione di tale legge, che non può che essere quella dello Stato che riconosce l'ente di cui si tratta.

⁵¹ In particolare, quelli francese, belga, olandese e greco. Risulta dai lavori preparatori che, prima di inserire nel testo la norma in questione, il gruppo di esperti cercò di indurre gli Stati interessati alla spontanea abrogazione delle norme suddette, ma senza successo: cfr. KAISER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., p. 68.

Convenzione, e lasciando quindi ferma la disciplina interna al di fuori di tale ambito, tale ostacolo viene ora rimosso, accogliendo un voto spesso formulato dalla pratica e dagli studiosi⁵². Tuttavia, l'art. II, 2 prevede la possibilità che uno Stato, al momento della firma, della ratifica o dell'adesione alla Convenzione, dichiari di limitare quella capacità alle condizioni previste nella dichiarazione stessa⁵³. Si possono porre al proposito due quesiti. Anzitutto, se la facoltà in parola possa essere limitata sino alla sua totale esclusione oppure no. Malgrado la dizione letterale della norma, sembra si debba ritenere che si sia voluto lasciare agli Stati la possibilità di formulare una vera e propria riserva all'applicazione del principio stabilito nel n. 1 dell'articolo⁵⁴. Può farsi, inoltre, questione circa il fondamento dell'applicabilità al caso in esame di quelle disposizioni contenute nel diritto pubblico dei vari Stati che prescrivono particolari modalità per la validità del consenso dell'ente pubblico (autorizzazioni, controlli, ecc.). Dovrà ritenersi che di esse si debba comunque tener conto in forza dell'applicabilità della legge nazionale in cui sono contenute, oppure che il principio dell'art. II, 1, incida anche su di esse, permettendone l'applicabilità soltanto ove ne sia stata data comunicazione secondo il disposto dell'art. II, 2? La prima soluzione appare preferibile, ove si pensi che tali disposizioni non concretano un limite alla possibilità di compromettere in arbitri, ma costituiscono il modo normale di formazione della volontà degli enti secondo il diritto che è loro applicabile⁵⁵⁻⁵⁶.

Altra disposizione di portata chiarissima è quella dell'art. III, che stabilisce che gli stranieri possono essere nominati arbitri negli arbitrati sottoposti alla Convenzione (ossia, nei limiti in cui questa è applicabile secondo i criteri già precisati). Entro tali limiti, la norma deroga ai contrari principi contenuti in talune leggi nazionali, come ad es. nell'art. 812 cod. proc. civ. italiano⁵⁷. Sarà dunque possibile

⁵² Si veda, ad es., il rapporto VEDEL al Congresso dell'arbitrato del 1961, *Le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé*, in *Revue de l'arbitrage*, 1961, p. 116 ss.; FOUCHARD, *L'arbitrage commercial*, cit., p. 91 ss.; FETTWEIS et ARETS, *L'arbitrage entre gouvernements et personnes de droit public et personnes de droit privé*, in *Revue de l'arbitrage*, 1961, p. 154 ss.; FLAMME, *L'arbitrage dans les rapports entre personnes de droit public et personnes de droit privé*, in *Revue de l'arbitrage*, 1966, p. 85 ss.

⁵³ La dichiarazione indirizzata al Segretariato delle Nazioni Unite deve essere notificata ai Paesi che potrebbero divenire parti della Convenzione secondo il par. 1 dell'art. X, nonché a quelli che lo siano divenuti in forza del par. 2 (art. X, 11, a). Non consta, peraltro, che tale riserva sia stata sinora formulata da alcuno Stato.

⁵⁴ Cfr. KAISER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., p. 66.

⁵⁵ In senso analogo, FOUCHARD, *L'arbitrage commercial*, cit., p. 103.

⁵⁶ Per quanto riguarda l'efficacia della conclusione di un accordo di arbitrato da parte dello Stato rispetto all'immunità giurisdizionale che potesse essergli riconosciuta da altro Stato (andando eventualmente al di là di quanto richiesto dal diritto internazionale pubblico), cfr. MANN, *State Contracts and Commercial Arbitration*, in *British Yearbook of International Law*, 1967, p. 1 ss., nonché CARABIBER, *L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats, collectivités et établissements publics au regard de l'obligation assurée par une clause compromissoire insérée dans les contrats internationaux de droit privé*, in *International Arbitration. Liber Amicorum*, cit., pp. 23-43.

⁵⁷ Da un punto di vista pratico, peraltro, è da sottolineare che molti organismi arbitrali di paesi

anche in Italia, a titolo di esempio, la valida costituzione di un collegio arbitrale rituale comprendente uno o più stranieri, purché ricorrano naturalmente le altre condizioni stabilite dalla Convenzione⁵⁸.

8. *La disciplina del procedimento arbitrale e la volontà delle parti*

Nell'art. IV, completato da un «Annesso» alla Convenzione, sono contenute le disposizioni forse più caratteristiche dell'intero testo convenzionale.

Vi si stabilisce, anzitutto, l'assoluta libertà delle parti nella redazione delle clausole compromissorie e dei compromessi, e nella disciplina dell'arbitrato. Accettare questo principio, peraltro, significa anche ammettere la validità delle clausole arbitrali «bianche», di quelle clausole, cioè, che si limitano a stabilire il principio della risoluzione della controversia per via arbitrale, ma nulla dicono in ordine alla nomina degli arbitri, alla procedura e via dicendo. Il problema è stato considerato dai compilatori della Convenzione soprattutto in vista delle relazioni commerciali tra Europa occidentale ed orientale, e comunque tra Paesi a struttura economica e sociale diversa⁵⁹, il che spiega la difficoltà, non solo e non tanto giuridica, quanto psicologica, della soluzione del problema stesso, e la complessità del meccanismo posto in essere, riflessa anche nell'insolita lunghezza del testo dell'articolo. In sintesi, può dirsi che si è creato un meccanismo per supplire alle indicazioni mancanti nell'accordo di arbitrato, e rendere in tal modo possibile lo svolgimento del processo arbitrale e la soluzione della lite per tale via, a livello internazionale – o, forse più esattamente, anazionale –, eliminando il ricorso, altrimenti necessario a quel fine, alle singole giurisdizioni nazionali, con le inevitabili difficoltà di ordine pratico che ne conseguono quanto alla competenza dei giudici chiamati ad intervenire, nonché alle divergenze delle varie discipline, ma garantendo alle parti le stesse possibilità che tale ricorso offre nei vari sistemi interni⁶⁰.

Come già si è accennato, l'art. IV, 1, sancisce in primo luogo l'assoluta libertà delle parti di un accordo arbitrale di prevedere, o che la lite (o le liti) siano risolte

dell'Europa orientale prescrivono nei relativi regolamenti che gli arbitri siano cittadini dello Stato locale, sicché non può escludersi che tale regolamento venga imposto dagli interessati alla parte straniera, trovando allora il fondamento della propria applicabilità nell'art. IV della Convenzione. Cfr. MEZGER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., p. 252 ss.

⁵⁸ Tale possibilità, del resto, doveva già ritenersi esistente nei rapporti con gli Stati Uniti d'America, in forza dell'art. VI dell'Accordo integrativo del Trattato di amicizia, commercio e navigazione, del 26 settembre 1951 (esec. 1. 1° agosto 1960 n. 910, in *Gazz. Uff.* 1° settembre 1960, n. 213), su cui cfr. MINOLI, in *Giur. it.*, 1961, IV, 171 ss. Cfr., poi, la proposta di abolizione del divieto di cui all'art. 812, 1° comma, nel disegno di legge per la riforma del codice di proc. civile, com. alla Presidenza del Senato il 19 nov. 1968 (v. in *Riv. dir. int.* 1970, p. 407).

⁵⁹ KAISER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., p. 75 ss.

⁶⁰ Gir. Doc. Trade/WP/1/23, 24 giugno 1958, p. 38.

da un organismo arbitrale permanente, o che siano invece sottoposte ad un arbitrato *ad hoc*. La previsione della prima ipotesi, che riprende quanto enunciato in sede di definizione nell'art. I, 2, *b*⁶¹ conferma l'importanza attribuita a tali organismi dai compilatori in seguito alle pressioni dei delegati dei Paesi dell'Europa orientale, che già avevano trovato espressione in un'analogia disposizione della Convenzione di New York⁶². In questo caso si prevede che l'arbitrato si svolga secondo il regolamento dell'organismo di cui trattasi⁶³. Nella seconda ipotesi, la norma afferma che le parti avranno tra l'altro la facoltà, *a*) di designare gli arbitri o di stabilire le modalità con cui essi dovranno essere designati in caso di lite; *b*) di determinare il luogo dell'arbitrato; *c*) di fissare le regole di procedura che gli arbitri dovranno seguire.

In altri termini, le norme in questione completano la disciplina dell'accordo di arbitrato, già enunciata sotto il profilo formale dall'art. I, 2, *a*, stabilendo la validità dell'accordo che si limiti a prevedere la sottoposizione di una o più liti all'arbitrato, senza alcun'altra specificazione (c.d. clausola bianca). Non è neppure prevista la necessità che l'accordo si riferisca alle sole controversie nascenti da un rapporto determinato⁶⁴. La designazione degli arbitri, la determinazione del modo di nominarli, del luogo dell'arbitrato o delle regole di procedura è una semplice facoltà delle parti, ma non può in alcun modo essere ritenuta necessaria per la validità della clausola. Ove poi le parti di tale facoltà vogliano avvalersi, la loro autonomia è assoluta: la procedura arbitrale, ad es., potrà essere disciplinata con riferimento ad una data legge arbitrale interna, ad un regolamento di istituzione od ente, o mediante la posizione diretta delle relative norme.

L'importanza di tali principi non ha bisogno di essere sottolineata. Essi portano a piena espressione quelli già contenuti nella Convenzione di New York (art. V, 1), sia estendendone l'applicazione al di là della prospettiva del solo riconoscimento ed esecuzione della sentenza arbitrale, sia eliminando qualsiasi diretta indicazione di leggi statali, sia pure solo a titolo suppletivo⁶⁵. In tal modo, essi

⁶¹ «On entend ... par arbitrage le règlement de litiges non seulement par des arbitres nommés pour des cas déterminés, mais également par des institutions d'arbitrage permanentes».

⁶² Cfr. il mio studio *Arbitrati di organismi stranieri permanenti e ordinamento italiano*, in *Rassegna dell'arbitrato*, 1967, pp. 1-17; FOUCHARD, *L'arbitrage commercial*, cit., pp. 171-233. Con riferimento, peraltro, ai problemi ricordati in questi saggi, che sono stati affrontati dalle giurisprudenze nazionali, è dubbio che la disposizione in parola valga senz'altro a risolverli nel senso desiderato dai compilatori: ad es., i dubbi sulla natura arbitrale o giurisdizionale di certi organismi continueranno probabilmente a sussistere, ad onta della disposizione convenzionale. Riguardo all'atteggiamento, inizialmente ostile, della giurisprudenza svizzera nei confronti degli arbitrati dell'Europa orientale, cfr. anche KAISER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., p. 41 ss.

⁶³ Per un esame d'insieme di tali regolamenti, cfr. NOBILI, *L'arbitrato delle associazioni commerciali*. Padova 1957. Cfr. anche *supra*, nota 57.

⁶⁴ A differenza di quanto previsto dall'art. II della Convenzione di New York: cfr. *supra*, nota 40.

⁶⁵ Come l'indicazione della legge del luogo in cui l'arbitrato si svolge, secondo l'art. V della Convenzione di New York. In generale, circa il problema della legge applicabile al procedimento

incidono in misura notevole sulla disciplina contenuta nelle singole leggi interne, alle quali viene attribuita – beninteso nei limiti di applicabilità della convenzione – una funzione meramente suppletiva.

Non sembra pertanto giustificato ritenere che la Convenzione stabilisca o presupponga la sottoposizione di tutti gli accordi e procedimenti arbitrati, ivi compresa la sentenza arbitrale, ad un (unico) diritto statale, e precisamente a quello del luogo in cui l'arbitrato si svolge⁶⁶. In realtà i richiami, effettuati qua e là dal testo convenzionale a diritti statali, sono evidentemente intesi come puramente sussidiari, e limitati ai singoli punti oggetto di considerazione: ed è decisiva la considerazione che qualsiasi richiamo è assente proprio là dove avrebbe dovuto logicamente essere contenuto – ossia nell'art. IV, 1 –, se la convenzione avesse veramente voluto adottare il punto di vista criticato. È esatto dire soltanto che il collegamento attuato dagli ordinamenti giuridici statali rispetto ai singoli arbitrati in base a determinati criteri, variabili, oltretutto, dall'uno all'altro sistema giuridico, è, rispetto alla Convenzione, un mero fatto, che essa non utilizza per nulla, ma sul quale anzi si sforza di incidere nella maggior misura possibile, come appunto dimostrano le norme sopra ricordate.

Va ancora osservato, tuttavia, che la previsione della semplice clausola «bianca» non è considerata l'eventualità normale secondo lo spirito della Convenzione di Ginevra. Essa si preoccupa di rendere comunque possibile lo svolgimento dell'arbitrato, anche in presenza di una clausola siffatta: ma la Conferenza dei plenipotenziari si è preoccupata di raccomandare nell'Atto finale (n. 15, 1 e 2) che nei singoli accordi arbitrati venga inserita per lo meno l'indicazione del luogo dell'arbitrato e del tipo (arbitrato di organismi permanenti o *ad hoc*)⁶⁷. Viene in tal modo riconfermato il carattere fondamentalmente sussidiario delle altre regole contenute nell'art. IV, nn. 2-7.

9. *L'intervento di altri organi e il Comitato speciale*

Tali successive disposizioni dell'art. IV regolano il modo di supplire all'iniziativa delle parti nel caso che questa, per un motivo o per l'altro, venga a mancare. La disciplina è assai particolareggiata, tanto che i compilatori hanno sentito il bisogno di scinderla in due parti, la seconda delle quali è contenuta in un Annesso

arbitrale, cfr. GOLDMAN, *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé*, in *Recueil des Cours*, 1963-II, p. 366 ss.; LALIVE, *Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial*, in *Recueil des Cours*, 1967-I, p. 573 ss. a p. 610 ss., nonché WALKER, *Dos freie Gestaltung des Verfahrens vor einem internationalen privaten Schiedsgericht durch die Parteien*, Zürich 1968.

⁶⁶ Così GENTINETTA, *Befreiung*, cit., p. 47.

⁶⁷ Analogamente, nell'atto finale si raccomanda al gruppo di lavoro incaricato di elaborare delle Condizioni generali di vendita di non prevedervi la clausola «bianca». Nel modello di clausola contenuto nel Regolamento delle Nazioni Unite (*supra*, nota 14) viene egualmente raccomandato di determinare il luogo dell'arbitrato ed il modo di nomina degli arbitri.

alla Convenzione. Essa non presenta particolari difficoltà interpretative, ma va segnalata per la sua indubbia originalità.

In sintesi, essa si può così descrivere. Al Presidente della Camera di commercio del paese in cui è residente o ha la propria sede la parte che rifiuti di nominare il proprio arbitro (in caso di arbitrato *ad hoc*) è attribuita competenza per la nomina dell'arbitro, ed egualmente per le eventuali sostituzioni (art. IV, 2);

– le altre misure necessarie per l'organizzazione concreta dell'arbitrato saranno prese dagli arbitri già designati; se questi non si accordano, o se non vi è alcun arbitro già designato, vi sono due alternative: *a*) se è stato concordato il luogo dell'arbitrato, l'attore potrà rivolgersi a sua scelta, sia al Presidente della Camera di commercio dello Stato in cui si trova tale luogo, sia al Presidente di quella dello Stato in cui il convenuto ha la residenza abituale o la sede; *b*) se il luogo non è stabilito, la scelta sarà tra il Presidente di quest'ultima Camera di commercio, e il Comitato speciale, del quale l'Annesso alla Convenzione regola composizione e funzionamento. Gli stessi diritti spettano al convenuto ed agli arbitri, nel caso di inerzia dell'attore (art. IV, 3);

– la stessa procedura potrà essere utilizzata per la determinazione dell'organismo arbitrale permanente che non sia stato indicato dalle parti, pur in presenza della univoca volontà di ricorrere ad uno di tali organismi, oppure per la determinazione del tipo di arbitrato da porre in essere (*ad hoc* o no), in mancanza di accordo tra le parti (art. IV, 5 e 6);

– il Presidente della Camera di commercio o il Comitato speciale hanno il potere di procedere alla nomina o sostituzione degli arbitri ed alla fissazione del luogo dell'arbitrato e delle regole di procedura, salva contraria decisione degli arbitri. Se poi il Presidente della Camera di commercio cui una delle richieste indicate fosse stata rivolta non dovesse provvedere nel termine di 60 giorni, il richiedente può senz'altro rivolgersi al Comitato speciale.

Tale Comitato speciale, sulla creazione del quale si raggiunse dopo molte difficoltà l'accordo nei termini risultanti dall'Annesso alla Convenzione, è composto di due membri ed un presidente, eletti dagli organismi (Camere di commercio od altri enti) designati dagli Stati firmatari in cui vi è un Comitato nazionale della Camera di commercio internazionale, da un lato, e dagli analoghi organismi designati dagli Stati in cui tale comitato non esiste, dall'altro. Ciascun gruppo di Stati elegge un membro ed un supplente, nonché un Presidente, per la durata di quattro anni; la presidenza passa dall'uno all'altro gruppo ogni biennio⁶⁸.

⁶⁸ Sull'insieme di questa disciplina, cfr. MEZGER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., p. 257 ss.; KAISER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., p. 88 ss.

Assai delicata la questione se la disciplina dell'art. IV sia applicabile al problema della riacquiescenza degli arbitri. Escluso, come già accennato (*supra*, par. 6), che tale questione possa rientrare nella materia lasciata all'autonomia delle parti dal n. 1 della norma indicata, non sembra invece che esistano elementi decisivi per escludere senz'altro anche l'applicabilità delle disposizioni dei nn. 2-7, data anche la frequenza con cui i regolamenti degli enti arbitrali disciplinano l'ipotesi. Sembra tuttavia che debba ritenersi riservata al giudice statale la decisione definitiva sul punto, anche in

Non sembra che in questi primi anni di esistenza il Comitato speciale sia stato chiamato ad esercitare attività di rilievo⁶⁹. È indubbio, tuttavia, che il solo fatto che si sia riusciti a creare un organismo dotato di estesi poteri e di sufficienti garanzie di imparzialità, del tutto svincolato dall'organizzazione giurisdizionale dei singoli Stati membri, costituisce un risultato di primaria importanza. La stessa esistenza delle possibilità offerte dalla competenza del Comitato stesso secondo la Convenzione, poi, agisce probabilmente nel senso di agevolare la collaborazione delle parti in vista dello svolgimento dell'arbitrato.

Mentre l'idea stessa del Comitato speciale, e tutto il meccanismo sopra descritto, sono in funzione delle difficoltà politiche e psicologiche delle relazioni commerciali tra Europa occidentale ed orientale, l'applicabilità delle disposizioni convenzionali, come si è già segnalato⁷⁰, non è per nulla condizionata, in via generale, alla ricorrenza, nel caso concreto, di tali circostanze. Appare quindi naturale che alcuni Stati abbiano cercato di escludere nei loro rapporti l'applicabilità delle disposizioni ora menzionate, che non poteva non apparire priva di qualsiasi ragion d'essere ove venisse a mancare il presupposto che una data controversia riguardasse soggetti collegati con Stati appartenenti, rispettivamente, all'uno ed all'altro gruppo. Già nell'Atto finale della riunione dei plenipotenziari (n. 13) Belgio, Olanda e Lussemburgo avevano dichiarato in via generale che la Convenzione li avrebbe lasciati liberi di non applicarla in tutto o in parte nei loro rapporti reciproci. Successivamente, il 17 dicembre 1962, è stato firmato da alcuni Stati un accordo relativo all'applicazione della Convenzione⁷¹, che esclude (art. 1) l'applicazione delle norme dell'art. IV, nn. 2-7 della stessa nei rapporti tra persone fisiche e giuridiche aventi residenza abituale o sede negli Stati indicati. Secondo tale accordo, nel caso che l'accordo di arbitrato non contenga l'indicazione di tutti gli elementi elencati nell'art. IV, 1, della Convenzione di Ginevra, le difficoltà insorgenti quanto alla formazione o al funzionamento del tribunale arbitrale dovranno venire risolte dal giudice statale competente. Soluzione, questa, che lascia perplessi, in quanto contraddice lo spirito stesso della Convenzione, che era appunto nel senso di eliminare le difficoltà derivanti da un simile ricorso: né si vede per quale ragione non si potesse tener fermo il principio della competenza dei

analogia a quanto stabilito dall'art. VI in tema di competenza degli arbitri. Cfr., sul punto, GENTINETTA, *Befreiung*, cit., p. 49 s.

⁶⁹ Nessun ricorso ex art. IV era stato presentato al Comitato sino al settembre 1967, ossia nei primi due anni di esistenza: cfr. U.N. Doc. ECE/Trade/194, 18 settembre 1967, p. 3, sebbene nel corso dei lavori preparatori si fosse pensato ad una media di venti ricorsi all'anno (KAISER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., P104).

⁷⁰ *Supra*, par. 5.

⁷¹ Accordo di Parigi del 17 dicembre 1962 di cui sono firmatari Austria, Francia, Germania occidentale, Belgio ed Italia (CONSEIL DE L'EUROPE, *Série des Traités et conventions européennes*, n. 42). Solo i primi tre Stati hanno peraltro, a quanto risulta, ratificato sinora l'accordo in questione. Su questo testo v. GOLSONG, *L'arrangement relatif à l'application de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international*, in *Annuaire français de droit international*, 1962, pp. 741-743.

Presidenti delle Camere di commercio, indubbiamente più consono alle aspettative degli operatori economici interessati⁷². Sino a che, comunque, l'accordo indicato non entri in vigore per un dato Stato contraente (il che non risulta ancora avvenuto per quanto riguarda l'Italia), anche le disposizioni dell'art. IV continueranno ad essere applicabili nella loro integrità nei rapporti tra tale Stato e gli altri aderenti alla Convenzione.

10. *Le eccezioni di incompetenza*

Gli articoli V e VI della Convenzione riguardano, il primo, problemi attinenti al procedimento arbitrale, ed il secondo relativi al procedimento giurisdizionale avanti al giudice degli Stati membri. In particolare, il primo contiene norme che determinano le modalità di proposizione dell'eccezione di incompetenza degli arbitri, nonché i relativi poteri di questi, mentre nel secondo vengono disciplinati con norme processuali almeno tendenzialmente uniformi l'eccezione di incompetenza⁷³ dei giudici degli Stati aderenti alla Convenzione, nonché altri problemi inerenti alla determinazione dei poteri di tali giudici⁷⁴.

Il sistema che risulta da tali norme è inteso ad assicurare uno svolgimento il più possibile spedito e leale del procedimento arbitrale, evitando le difformità della disciplina fornita dalle varie leggi interne e le conseguenti possibilità dilatorie offerte alle parti di mala fede. Secondo l'art. V, i, l'eccezione di incompetenza degli arbitri per inesistenza, nullità o caducità dell'accordo di arbitrato deve essere sollevata al più tardi al momento di presentare le difese di merito, e nel caso di eccezione basata su di un eccesso di potere da parte degli arbitri appena venga sollevata la questione ritenuta al di là di tali poteri. L'arbitro ha tuttavia la facoltà di ammettere egualmente l'eccezione, ove il ritardo sia dovuto ad un motivo che egli consideri giustificabile. L'eccezione non sollevata nei termini indicati rimane preclusa nel procedimento arbitrale, se si tratta di eccezioni proponibili ad istanza di parte secondo «il diritto applicabile dall'arbitro». Tale diritto, secondo l'inter-

⁷² Cfr. KAISER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., p. 102 s. L'art. 5 del Regolamento delle Nazioni Unite prevede che l'attore possa rivolgersi a sua scelta, sia all'autorità competente del luogo in cui il convenuto ha residenza abituale o sede, sia al Comitato speciale, sia alla Corte di arbitrato della Camera di commercio internazionale nel caso che entrambe le parti abbiano residenza abituale o sede nei paesi in cui esiste un Comitato nazionale della C.C.I.

⁷³ La rubrica dell'art. VI parla di *compétence judiciaire*, senza che peraltro ciò implichi una precisa qualificazione dell'eccezione, che dipende dai singoli ordinamenti statali. Anche il Protocollo di Ginevra del 1923 e la Convenzione di New York non definiscono la natura dell'eccezione, ma solo rendono obbligatorio un certo comportamento da parte del giudice (MINOLI, *L'entrata in vigore*, cit., p. 545). Per altre considerazioni circa la portata della norma nel diritto italiano, v. *infra*, par. 14.

⁷⁴ È ricompresa in queste norme anche la disciplina dell'accordo di arbitrato sotto il profilo sostanziale: v. *supra*, par. 6.

pretazione preferibile, deve ritenersi quello applicabile al procedimento, e non al merito della lite secondo l'art. VII della Convenzione: ossia quello designato dalle parti oppure quello del luogo in cui il procedimento si svolge⁷⁵. Rimane egualmente preclusa in ogni procedimento avanti ai giudici statali che verta sul merito oppure sull'esecuzione della sentenza arbitrale, se si tratta di eccezione proponibile ad istanza di parte anche secondo la legge determinata dalle norme di conflitto del giudice adito per la causa di merito, o per l'esecuzione della sentenza. In altre parole, il giudizio sulla preclusione è fatto dipendere anche da una valutazione effettuata sulla base di norme appartenenti alla legge del giudice statale adito. Lo stesso giudice, poi, può altresì controllare la decisione con la quale l'arbitro constata la tardività dell'eccezione (non però, a quanto sembra, sindacare se il ritardo fosse giustificabile o no)⁷⁶.

Da questa disciplina restano, peraltro, escluse le eccezioni non fondate sui motivi ricordati dalla norma, la cui elencazione deve ritenersi tassativa⁷⁷. Rimarranno così proponibili, ad esempio, le eccezioni relative all'irregolare costituzione del tribunale arbitrale, all'incompatibilità degli arbitri e via dicendo, la cui sede sarà, evidentemente, l'eventuale giudizio di impugnazione.

Agli arbitri è riconosciuto, poi, dalla norma contenuta nell'art. V, 3, il potere⁷⁸ di decidere essi stessi sulla propria competenza (*Kompetenz-Kompetenz*), nonché sull'esistenza e sulla validità dell'accordo di arbitrato e del contratto di cui esso fa parte⁷⁹. Il giudizio su queste ultime questioni dovrà essere compiuto secondo le regole del successivo art. VI, 2. Allo stesso modo, gli arbitri valuteranno secondo tali regole – ossia, secondo la *lex fori* del giudice che si debba presumere verrà adito – quel requisito dell'efficacia dell'accordo di arbitrato che consiste nella possibilità che la controversia venga risolta per via di arbitrato⁸⁰. Non sembra in-

⁷⁵ In questo senso, KLEIN, *La Convention européenne*, cit., p. 628 s.; KAISER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., p. 119. Nel senso invece dell'applicabilità del diritto relativo al merito, cfr. ROBERT, *La Convention européenne*, cit., p. 178, e FOUCHARD, *L'arbitrage commercial*, cit., p. 154.

⁷⁶ KAISER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., p. 118.

⁷⁷ MEZGER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., p. 266.

⁷⁸ Si deve parlare di potere, e non di dovere, malgrado l'equivocità del testo francese («doit se dessaisir»), in considerazione del tenore del testo inglese, facente egualmente fede, che suona in modo non equivoco («shall be entitled to»): cfr. MEZGER, *op. cit.* alla nota precedente, p. 269.

⁷⁹ Da questa norma si è voluto dedurre (MEZGER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., p. 263 s.) che la clausola compromissoria è considerata indipendente, ai fini del giudizio sulla sua validità, dal contratto principale. In verità, il tenore letterale del paragrafo indurrebbe piuttosto a ritenere il contrario: ma l'opinione più convincente è nel senso che la Convenzione non pregiudichi affatto il problema di cui si tratta (cfr. *supra*, nota 47). In questo senso, FOUCHARD, *L'arbitrage commercial*, cit., p. 152 e GENTINETTA, *Befreiung*, cit., p. 48. Cfr. anche il rapporto del Segretariato generale delle N.U. all'UNCITRAL, U.N. Doc. A/CN.9/21 del 26 febbraio 1969, pp. 34-35.

⁸⁰ L'inevitabile incertezza insita in questa valutazione è conseguenza della scelta effettuata dai compilatori della Convenzione, che hanno considerato il problema soltanto dal punto di vista del giudice statale: v. *supra*, par. 6. Per mitigare gli inconvenienti che sorgono dalla necessità di tenere presente una legge non individuabile in base a criteri sicuri, si è proposto di interpretare la norma nel senso di considerare comprese nella «loi du for» anche le relative norme di conflitto (MEZGER,

vece che a tale fine debba venire tenuta presente anche la legge che regola la validità dell'accordo, questione, questa, ben distinta da quella relativa all'arbitrabilità della lite⁸¹.

Non si è voluto, peraltro, attribuire agli arbitri in via definitiva il giudizio di cui trattasi, che potrà quindi – seconda l'espressa previsione dell'art. V, 3 – essere sindacato dal giudice statale e perciò sostituito da altra eventuale decisione difforme ad opera di quest'ultimo.

Gli identici problemi pratici, considerati dal punto di vista del giudice statale, vengono risolti dalle disposizioni dell'art. VI, 1 e 3. Le convenzioni internazionali precedenti, come è noto, si limitavano a stabilire il principio che l'esistenza di un valido accordo di arbitrato impedisce l'esercizio della giurisdizione degli Stati contraenti, ma lasciavano interamente alle leggi interne il compito di definire la natura dell'eccezione sollevabile dinnanzi ai giudici statali⁸² nonché le modalità della stessa. Presupponendo il principio stabilito dalle precedenti convenzioni generali⁸³ la norma dell'art. VI, 1, intende porre una norma processuale uniforme in materia, precisando il momento in cui detta eccezione deve essere sollevata a pena di preclusione. L'uniformità non è peraltro completa, in quanto i compilatori non sono riusciti ad evitare di rimettere alle singole leggi interne la determinazione della natura dell'eccezione. Ne è risultato che l'eccezione dovrà essere sollevata prima, o al momento di presentare le proprie difese di merito a seconda che la legge del foro la consideri come un'eccezione di procedura o di merito. Con il che, evidentemente, lo scopo perseguito dai compilatori viene ad essere in gran parte frustrato dal persistere delle difformità tra i regimi esistenti nei vari ordinamenti⁸⁴. Rimane soltanto esclusa la possibilità che la legge interna preveda la rilevabilità d'ufficio dell'«incompetenza» del giudice in presenza dell'accordo di arbitrato, anche in caso di rinuncia delle parti a proporre l'eccezione.

op. ult. cit., p. 273): ma non sembra soluzione accettabile, di fronte al chiaro testo della norma ed ai lavori preparatori.

⁸¹ Per la necessità del cumulo, cfr. KAISER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., p. 137. Ma cfr. MINOLI, *L'entrata in vigore*, cit., p. 551 s., il quale giustamente richiama la necessità di tener presente anche le disposizioni di altre leggi che possano determinare l'impossibilità di riconoscimento della sentenza arbitrale; e, in generale sul problema, KLEIN, *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé*, Bâle 1955. pp. 249-261; IACCARINO, *La legge applicabile per la determinazione dell'arbitrabilità delle controversie secondo il Protocollo di Ginevra del 1923 e la successiva convenzione del 1927*, in *Foro pad.*, 1961, 1053-1058.

⁸² Cfr. *supra*, nota 73.

⁸³ E cioè, l'obbligo del giudice adito di «renvoyer les parties à l'arbitrage» (art. II Conv. di New York). La convenzione di Ginevra non si preoccupa di ribadire tale obbligo, né di estenderlo agli accordi relativi ad arbitrati puramente interni, sicché rimangono insoluti i problemi posti dalla Convenzione di New York in relazione al Protocollo di Ginevra, sui quali MINOLI, *L'entrata in vigore*, cit., pp. 545-546.

⁸⁴ Il progetto preliminare della convenzione conteneva invece una norma uniforme, sulla quale però non fu possibile trovare l'accordo: v. su ciò KAISER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., p. 124. Per lo stato del problema nel diritto italiano – ove peraltro la questione deve essere ritenuta procedurale – cfr. GIULIANO, *La giurisdizione civile*, cit., p. 159 ss.

La norma dell'art. VI, 3, costituisce il necessario complemento di quella (art. V, 3) che attribuisce agli arbitri il potere di pronunciare in modo non definitivo sulla propria competenza. Vi si stabilisce infatti che, ove il procedimento arbitrale sia stato iniziato⁸⁵ prima del ricorso al giudice statale, quest'ultimo, investito della stessa controversia tra le stesse parti o di una domanda di accertamento della nullità, inesistenza o caducità dell'accordo arbitrale, dovrà sospendere il giudizio sino all'emanazione della sentenza arbitrale, salvo gravi motivi. Gli esempi che si potrebbero recare a questo riguardo sono vari: palese inesistenza di accordo di arbitrato, eccessivo prolungarsi del procedimento arbitrale senza giustificazione, e così via. È chiaro peraltro che la genericità della formula è tale da premettere notevole diversità di apprezzamento da parte dei giudici di Stati diversi⁸⁶.

L'ultimo paragrafo dell'art. VI riguarda il caso che venga richiesta ad un giudice statale l'emanazione di provvedimenti provvisori o conservativi nel corso di un procedimento arbitrale. In questo caso, è evidente che l'intervento dell'organo statale, lungi dal costituire un ostacolo alla libera esplicazione del giudizio arbitrale, come è solitamente considerato in sede di arbitrato «internazionale» di diritto privato, coopera al più efficace raggiungimento del fine cui questo tende. Si comprende, quindi, come nel progetto preliminare della Convenzione fosse compresa una norma che prevedeva l'obbligo dei giudici degli Stati contraenti di provvedere, ove ne fossero richiesti, all'emanazione delle stesse misure cautelari ammissibili nel caso di giudizio avanti ad essi, con riguardo particolare al caso di arbitrato in corso di svolgimento in altro Stato⁸⁷. Caduta questa disposizione per l'ostilità dei rappresentanti di alcuni Stati, è rimasta soltanto quella che la seguiva, secondo la quale la richiesta di provvedimenti cautelari non deve essere considerata come accettazione della giurisdizione del giudice cui tale richiesta è rivolta, o come incompatibile con l'accordo di arbitrato. La possibilità che il giudice possa in concreto intervenire, emanando la misura richiesta, rimane invece interamente condizionata all'atteggiamento assunto in materia dalla legge interna⁸⁸.

11. *La determinazione del diritto applicabile al merito*

La determinazione del diritto che gli arbitri devono applicare al merito della causa è un problema che ha provocato molte discussioni in dottrina, in quanto la

⁸⁵ Con tale espressione deve verosimilmente intendersi indicato il momento in cui una parte riceve comunicazione dell'intenzione dell'altra di ricorrere all'arbitrato: il riferimento ad un momento successivo, come ad es. quello della costituzione del tribunale arbitrale, verrebbe ovviamente a favorire in modo ingiustificato il litigante di mala fede.

⁸⁶ KOPELIMANAS, *La place de la Convention*, cit., p. 343; MINOLI, *L'entrata in vigore*, cit., p. 555, nota 19.

⁸⁷ Cfr. KAISER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., pp. 142-145 ed ivi riferimenti.

⁸⁸ Si veda, ad es., l'art. 808 cod. proc. civ. italiano.

sua soluzione è strettamente collegata con le più generali concezioni sulla natura dell'istituto arbitrale. Così, quanto più si propenda per una considerazione dell'arbitrato come equivalente giurisdizionale, tanto più si sarà inclini a prendere in considerazione il diritto – ivi comprese le norme di conflitto – del luogo in cui il tribunale arbitrale opera, o in cui viene emanata la sentenza; mentre una concezione privatistica dell'istituto porterà a favorire l'applicazione della legge designata direttamente dalle parti, o comunque di quella indicata dal diritto al quale la disciplina del procedimento arbitrale sia stata sottoposta dalle parti stesse⁸⁹. Di fronte alle tendenze dottrinali ora ricordate, sta poi la pratica assai largamente seguita in alcuni paesi, nei quali è sconosciuta la netta distinzione tra arbitrato in diritto ed arbitrato in equità, e soprattutto nei regolamenti degli enti arbitrali organizzati, secondo la quale non si fa riferimento in via primaria ad un diritto statale, ma piuttosto ad un insieme di norme e principi di carattere consuetudinario, e spesso di origine corporativa, vigenti in ambienti diversi da quello statale, quando non addirittura a semplici principi generali desumibili, oltre che dallo stretto diritto, dalla logica e dall'equità⁹⁰.

I redattori della Convenzione si sono trovati a dover prendere posizione tra questi contrastanti orientamenti. Ne è risultato un compromesso – espresso dalla norma dell'art. VII – che cerca di soddisfare le diverse esigenze, ma non è certo esente da critiche. È stato conservato il riferimento a titolo primario ad un diritto statale, quello designato dalle parti; nel caso però che tale designazione manchi, gli arbitri dovranno applicare la legge indicata «dalla regola di conflitto che gli arbitri riterranno appropriata al caso». In entrambi i casi, poi, gli arbitri dovranno tener conto delle stipulazioni contrattuali e delle consuetudini commerciali.

Mentre nessun problema particolare sorge nel caso di indicazione della legge applicabile, è da chiedersi quale sia l'esatto significato della regolamentazione posta per l'altra ipotesi. Occorrerà che gli arbitri individuino un sistema di norme di diritto internazionale privato di uno Stato, per poi trovare in tal modo la legge applicabile? Oppure deve ritenersi che essi possano individuare direttamente una legge materiale, sia pure mediante il ricorso a criteri di tipo internazionalprivatistico, che possono però non coincidere con quelli utilizzati dalle norme nazionali di conflitto? Nonostante la dizione letterale della norma, questa seconda interpre-

⁸⁹ Cfr., anche per tutti i riferimenti, BALLADORE PALLIERI, *L'arbitrage prive dans les rapports internationaux*, in *Recueil des Cours*, 1935-I, p. 354 ss.; SAUSER HALL, *L'arbitrage en droit international privé*, in *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 49, 1952, p. 571 s.; KLEIN, *Considérations*, cit., p. 246 ss.; FOUCHARD, *L'arbitrage commercial*, cit., p. 351 ss.

Sul problema, con riguardo alla disciplina della Convenzione, si vedano inoltre MONACO, *Le droit applicable au fond du litige dans la convention européenne sur l'arbitrage commercial*, in *De Conflictu Legum. Mélanges Kolléwijn-Offerhaus*, *Ned. Tijdschrift voor Internat. Recht*, Bijzondere aflevering, 1962, p. 331 ss. (che però sembra basarsi su di un testo diverso da quello definitivo dell'art. VII), e GENTINETTA, *Befreiung*, cit., p. 52 ss.

⁹⁰ Cfr. NOBILI, *L'arbitrato*, cit., pp. 389 ss., 418 ss.; FOUCHARD, *L'arbitrage commercial*, cit., pp. 401-457.

tazione appare preferibile, in quanto permette di evitare la rigidità non giustificata che la prima alternativa comporterebbe⁹¹. Il richiamo, poi, alle stipulazioni contrattuali ed agli usi del commercio consente di dare al giudizio degli arbitri quell'elasticità che è essenziale alla loro stessa funzione, anche se indubbiamente tutto ciò comporta qualche sacrificio del principio della certezza del diritto. Si deve comunque sottolineare che il controllo dei principi di diritto internazionale privato applicati dagli arbitri non rientra, secondo la disciplina delle Convenzioni di New York e di Ginevra, tra i poteri del giudice dell'*exequatur*.

Naturalmente, malgrado la latitudine lasciata in tal modo ai poteri degli arbitri, vi sono delle norme che questi dovranno necessariamente tenere presenti se vorranno assicurare alla sentenza la possibilità di essere eseguita: si pensi, ad es., all'eventuale incidenza di norme valutarie, antimonopolistiche e simili la cui inosservanza potrebbe importare ineseguibilità della sentenza arbitrale nell'ambito dello Stato nel quale interessa che tale esecuzione avvenga. Ma si tratta di un limite di mero fatto, che come tale non rientra direttamente nell'ambito delle questioni considerate dalla Convenzione.

La possibilità di una decisione secondo equità, che alcune proposte avanzate in sede di redazione della Convenzione avrebbero voluto costituissero la regola con l'esclusione assoluta di ogni diritto statale⁹², è conservata alla duplice condizione che vi sia un accordo delle parti in questo senso, e che la legge che regola l'arbitrato lo consenta. Tale legge è sicuramente quella che regola lo svolgimento dell'arbitrato, e non il merito della lite. Nel caso, poi, che il procedimento sia disciplinato dalle parti direttamente, senza alcun riferimento ad un diritto statale, come è loro consentito dall'art. IV, i, è da ritenersi che si debba consultare il diritto del luogo in cui l'arbitrato si svolge⁹³.

12. *La motivazione della sentenza arbitrale*

In materia di motivazione delle sentenze arbitrali l'art. VIII della Convenzione pone delle regole piuttosto rigide. A norma di tale articolo si deve presumere, infatti, che le parti abbiano inteso che la sentenza sia motivata, a meno che *a*) le parti abbiano espressamente dichiarato che non lo deve essere, oppure *b*) si siano sottoposte ad un procedimento arbitrale (e ciò può accadere sia per richiamo ad una legge statale, sia per riferimento al regolamento di un ente arbitrale organizzato) nell'ambito del quale non vi è l'uso di motivare la sentenza, e sempre che una del-

⁹¹ KOPELMANAS, *La place de la Convention*. cit. p. 339; KAISER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., p. 150.

⁹² Cfr. i riferimenti ai lavori preparatori in KAISER, *op. ult. cit.* p. 151.

⁹³ Ciò in base alla considerazione del ruolo che la Convenzione riserva a tale criterio tutte le volte che gli altri criteri stabiliti in via preferenziale non siano applicabili: cfr. in particolare art. IV, 1, b, 3 e 4, c; nonché KAISER, *op. ult. cit.*, p. 119, e GENTINETTA, *Befreiung*, cit., p. 47.

le parti od entrambe non chiedano espressamente che la sentenza sia motivata.

È noto che in alcuni paesi la motivazione della sentenza arbitrale è piuttosto l'eccezione che la regola⁹⁴, e che ciò è dovuto soprattutto all'intento di assicurare che la sentenza stessa divenga definitiva il più rapidamente possibile, eliminando in gran parte la possibilità di controllo da parte del giudice. In epoca meno recente, la giurisprudenza di alcuni Stati considerava le sentenze arbitrali straniere non motivate contrarie all'ordine pubblico, e ne rifiutava quindi il riconoscimento. Tale orientamento è stato peraltro quasi ovunque superato⁹⁵. In considerazione di tale mutamento, l'introduzione della norma in questione è stata criticata, in quanto può comportare l'invalidità di una sentenza arbitrale che secondo il diritto interno di uno Stato aderente alla Convenzione sarebbe invece perfettamente valida, ed alla cui esecuzione all'estero non vi sarebbero ostacoli di sorta⁹⁶. Si tratterebbe quindi, di una disposizione che potrebbe in determinati casi rivelarsi meno favorevole delle leggi interne sulle quali si voleva incidere, e che si spiegherebbe soltanto in relazione al momento in cui furono iniziati i lavori preparatori. Per quanto riguarda invece il diritto italiano, essa concede alle parti una facoltà di cui esse sono prive in base all'art. 823 cod. proc. civ.

13. *L'efficacia in altri Stati delle decisioni di annullamento della sentenza arbitrale*

L'esatta portata delle norme contenute nell'art. IX della Convenzione non può essere colta senza avere riguardo all'origine della norma ed alle ragioni che indussero i compilatori ad inserirla nel testo della Convenzione stessa. In effetti, essa si presenta non omogenea rispetto alle altre disposizioni convenzionali, perché non riguarda – ad onta della rubrica che le è stata apposta – un problema attinente all'organizzazione od allo svolgimento del processo arbitrale, ma al contrario un problema di efficacia nell'ambito di Stati diversi di una pronuncia di annullamento di una sentenza arbitrale intervenuta in uno degli Stati contraenti.

Mentre, come si è detto, i compilatori intesero escludere dalla Convenzione ogni problema attinente al riconoscimento ed all'esecuzione all'estero delle sentenze arbitrali in considerazione dell'esistenza del complesso normativo costituito dalla Convenzione di New York, una eccezione venne introdotta allo scopo di in-

⁹⁴ Soprattutto in Gran Bretagna e negli Stati Uniti d'America: cfr. SZÁSZY, *International civil procedure*, Leyden 1967, p. 606.

⁹⁵ Cfr., per l'atteggiamento della giurisprudenza francese, LOUSSOUARN, *De l'exécution des sentences arbitrales étrangères non motivées*, in *Recueil Dalloz* 1957, Chron., p. 191 ss.; MOTULSKY, *L'exequatur des sentences étrangères non motivées*, in *Revue de l'arbitrage*, 1937, p. 103 ss.; nonché DOMKE, *The Law and Practice of Commercial Arbitration*, Chicago 1968, p. 375.

⁹⁶ Cfr. KAISER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., p. 161 ss. Per una disciplina analoga, cfr. anche l'art. 40 del Regolamento della Commissione economica delle Nazioni Unite per l'Europa, più volte citato.

novare alla disciplina prevista dall'art. V, 1, e, di quest'ultima, che era apparsa poco opportuna e pericolosa per l'ordinato svolgimento dell'arbitrato commerciale internazionale. Quella disposizione, infatti, prevede che una parte possa impedire il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza arbitrale dando la prova che questa è stata annullata o sospesa da un'autorità competente del paese in cui, o secondo la legge del quale, la sentenza è stata emanata. In altri termini, essa attribuisce alla decisione di annullamento dei giudici dello Stato con il quale la sentenza è collegata dai criteri così indicati l'efficacia di impedire che questa possa spiegare i suoi effetti in qualsiasi altro Stato contraente⁹⁷. Ora, se ciò può essere giustificato in molti casi, in altri può costituire un risultato quanto mai criticabile. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi che la sentenza sia stata annullata nel suo Stato d'origine per non essere la controversia arbitrabile, oppure perché la decisione vi è considerata come contraria all'ordine pubblico, e che, d'altra parte, il luogo dell'arbitrato sia stato scelto dalle parti soltanto in considerazione di fattori estranei all'effettivo collegamento con esso del rapporto (ad es., per garantire l'assoluta «neutralità» del luogo stesso rispetto alle parti). In generale, può dirsi che l'annullamento può essere pronunciato, secondo le diverse leggi nazionali, sia per vizi inerenti al compromesso o alla clausola compromissoria, al procedimento o alla sentenza arbitrale, sia per essere il contenuto di quest'ultima considerato in contrasto con i principi di un determinato ordinamento statale⁹⁸. Attribuire in queste ultime ipotesi efficacia in altri Stati alla decisione di annullamento apparve ai compilatori del tutto ingiustificato. Non si riuscì peraltro a superare tale inconveniente stabilendo norme uniformi attributive di competenza a determinati giudici statali, come pure in un primo tempo si era tentato, oppure determinando i motivi per i quali soltanto una decisione di annullamento potesse essere pronunciata. Le attuali norme dell'art. IX lasciano agli Stati contraenti completa libertà, sia per quanto riguarda la giurisdizione a pronunciare sulle impugnazioni di sentenze arbitrali, considerate dalla Convenzione, sia per quanto concerne le cause sulle quali l'impugnazione può essere fondata. Il limite convenzionale interviene soltanto al momento di stabilire l'efficacia di una decisione di annullamento negli altri Stati contraenti. Perché essa possa paralizzare l'efficacia della sentenza nell'ambito di questi, occorre anzitutto che si tratti di decisione emanata nello Stato in cui, o secondo la legge del quale⁹⁹, la sentenza è stata emanata, e che tale Stato sia parte

⁹⁷ BERTHEAU, *Das New Yorker Abkommen vom 10 Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche*, Zürich 1965, p. 120 s.

⁹⁸ Cfr. BENJAMIN, *The European Convention*, cit., p. 494; MEZGER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., p. 285 ss.; KAISER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., p. 171 ss.

⁹⁹ È quindi possibile che in certi casi gli Stati d'origine della sentenza arbitrale, le cui decisioni di annullamento devono essere riconosciute negli altri Stati contraenti, siano due. Quanto alla determinazione dello Stato secondo la legge del quale la sentenza è stata emanata, sembra indubbio che si tratti dello Stato la cui legge è applicabile al procedimento, e non al merito della lite: cfr. KAISER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., p. 177 ed ivi riferimenti anche al rapporto finale dei plenipotenziari.

della Convenzione¹⁰⁰. Occorre, inoltre, che l'annullamento sia intervenuto per una delle cause seguenti:

a) invalidità dell'accordo di arbitrato (cfr. art. V, I, *a* della Convenzione di New York);

b) mancata comunicazione alla parte che impugna la sentenza della designazione dell'arbitro o del ricorso all'arbitrato, o impossibilità per altre ragioni di far valere le proprie difese (art. V, I, *b* della detta Convenzione);

c) eccesso di potere degli arbitri, salva la possibilità di non tener conto dell'annullamento per quanto riguarda le disposizioni della sentenza per le quali il vizio non sussista e che siano dissociabili dalle altre (art. V, I, *c*);

d) costituzione del tribunale arbitrale o procedimento non conformi all'accordo delle parti, oppure, in mancanza d'accordo, alle disposizioni dell'art. IV della Convenzione di Ginevra.

È espressamente stabilita all'art. IX, 2, la conseguenza che, nei rapporti tra Stati contraenti, che siano anche parti della Convenzione di New York, tali norme restringono l'applicazione dell'art. V, 1, e, di quest'ultima alle sole cause di annullamento da esse previste. La formulazione della norma è tuttavia inutilmente complicata, posto che in tali ipotesi non è più il fatto dell'annullamento in sé che costituisce motivo di rifiuto del riconoscimento, ma le cause per cui tale annullamento è intervenuto, che sono considerate dalla Convenzione di New York come motivi di rifiuto del tutto autonomi.

D'altro lato, poiché la partecipazione di uno Stato alla Convenzione di Ginevra non è affatto subordinata alla sua partecipazione a quella di New York, può accadere che le norme dell'art. IX della prima vincolino un determinato Stato per il quale non vige la disciplina di New York, che pure ne costituisce il presupposto logico. In tale ipotesi, la disciplina dell'art. IX può essere, per lo Stato di cui si tratta, l'unico limite internazionale alla sua libertà in materia di riconoscimento di sentenze arbitrali straniere, a meno che sia applicabile la più antica Convenzione di Ginevra del 1927 o apposita convenzione bilaterale.

14. *Convenzione di Ginevra ed ordinamento italiano*

La Convenzione di Ginevra del 1961 è stata considerata da alcuni studiosi come la consacrazione sul piano internazionale della funzione assunta dall'istituto dell'arbitrato commerciale internazionale quale vera e propria forma organizzativa della c.d. società internazionale dei commercianti. Come la Convenzione di New York avrebbe costituito una tappa decisiva verso il distacco degli accordi e delle sentenze arbitrali dalla disciplina dei singoli ordinamenti statali, così quella di Ginevra avrebbe portato ad eguale, se non maggiore, «internazionalizzazione»

¹⁰⁰ Si tratta di un'applicazione del principio classico della reciprocità per la quale peraltro non è facile trovare una giustificazione nel caso concreto.

del procedimento arbitrale nel suo complesso. A prescindere, comunque, da tali punti di vista¹⁰¹, è il caso di sottolineare che lo spazio sempre maggiore accordato all'autonomia delle parti dalle più recenti convenzioni sull'arbitrato è un dato di indubbio rilievo, che può essere apprezzato e valutato convenientemente soprattutto in rapporto alla disciplina che i singoli ordinamenti degli Stati parti delle Convenzioni stesse contengono.

Ora, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, l'adattamento alle norme contenute nella Convenzione di Ginevra incide in misura veramente notevole sulla disciplina generale contenuta nel codice di procedura civile del 1942. Per gli arbitrati contemplati dalla Convenzione, infatti, non valgono più le norme relative alla forma del compromesso e della clausola compromissoria, né le conseguenti sanzioni di nullità (articoli 807-809 cod. proc. civ.; 1341 e 1342 cod. civ.)¹⁰². In materia di nomina e sostituzione degli arbitri, a quanto previsto dagli articoli 810 e 811 cod. proc. civ. si aggiunge la disciplina dell'art. IV della Convenzione, nell'ambito in cui non ne venga in avvenire limitata l'applicazione dall'entrata in vigore dell'accordo europeo del 17 dicembre 1962¹⁰³. Cade inoltre la preclusione stabilita dal comma I° dell'art. 812 per la nomina degli stranieri come arbitri¹⁰⁴. In generale, poi, tutte le norme relative agli arbitri ed al procedimento (articoli 813-817 e 820-824 cod. proc. civ.) possono essere sostituite dalle parti nel modo da esse considerato più opportuno, sia mediante previsione diretta delle norme applicabili, sia mediante richiamo ad un regolamento arbitrale qualsiasi (articoli IV, 1, e VIII). L'art. V della Convenzione sostituisce il regolamento contenuto nell'art. 817 cod. proc. civ., mentre il lodo può essere pronunciato anche fuori del territorio italiano in deroga a quanto stabilito dall'art. 824 cod. proc. civ.¹⁰⁵.

In conseguenza, nell'ambito di applicabilità della Convenzione, *qualsiasi arbitrato* che venga regolato dalle parti secondo quanto da essa previsto è suscettibile di concludersi con una sentenza arbitrale italiana, ossia con un lodo depositato in Pretura a norma dell'art. 825 cod. proc. civ., e di acquistare in tal modo efficacia

¹⁰¹ Cfr. i riferimenti indicati *supra*, nota 23, nonché KAISER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., pp. 10-25.

¹⁰² Peraltro già la disciplina della Convenzione di New York, con il porre le regole relative all'accordo di arbitrato di cui all'art. II, fa sì che le norme degli articoli 1341 e 1342 cod. civ. non siano più applicabili, neppure agli accordi sottoposti alla legge italiana (e quale che sia l'interpretazione accolta sul discusso problema dell'applicabilità delle norme stesse agli accordi per arbitrato estero): infatti, ponendo l'obbligo di riconoscimento degli accordi che abbiano la forma «scritta», si esclude «che per gli arbitrati 'esteri' previsti dalla Convenzione si possa pretendere *qualcosa di più della semplice forma* ivi prestabilita» (così MINOLI, *L'entrata in vigore*, cit., p. 544 s. Nello stesso senso GIULIANO, *La giurisdizione civile*, cit., p. 227).

¹⁰³ Su cui si veda *supra*, testo e nota 71.

¹⁰⁴ Analogamente a quanto già accade nei rapporti italo-statunitensi, in virtù dell'Accordo integrativo del 1951 (cfr. *supra*, nota 58).

¹⁰⁵ L'importanza di questo punto è evidente, se si pensa che, secondo una diffusa opinione (per la quale cfr. RICCI, *La nozione di arbitrato estero*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 606 ss.) è proprio il luogo di pronuncia del lodo che consente di distinguere gli arbitrati italiani da quelli stranieri.

esecutiva. Nessun rilievo dovrebbe avere, al riguardo, la regola di competenza stabilita in questo articolo, non essendo in ipotesi applicabile la norma dell'art. 824¹⁰⁶. In sostanza, poiché le norme della Convenzione rendono possibile lo svolgimento di un giudizio arbitrale regolato dalle parti in base alle sole regole da esse poste, senza riferimento alle norme processuali di un ordinamento statale dato, gli Stati che aderiscono alla Convenzione rinunciano a determinare i criteri in base ai quali una determinata decisione può acquistare efficacia di sentenza arbitrale mediante i procedimenti previsti a tale scopo nei rispettivi sistemi giuridici interni. Questi procedimenti divengono così utilizzabili per attribuire a qualsiasi sentenza arbitrale rispondente ai requisiti della Convenzione tutti quegli effetti – nell'ordinamento italiano, efficacia di sentenza – che possono conseguire all'«assunzione», per così dire, della decisione arbitrale nell'ambito dell'ordinamento dello Stato¹⁰⁷, con qualsiasi mezzo, poi, tale assunzione venga attuata.

Ne consegue, ancora, che nell'ambito di applicabilità della Convenzione perde ogni significato la distinzione tra arbitrato «italiano» e non, posto che qualsiasi atto conclusivo di un procedimento rispondente alle norme convenzionali è idoneo ad assumere la qualifica e l'efficacia di sentenza arbitrale italiana. Che ciò avvenga in concreto oppure no, dipenderà soltanto dalla libera scelta effettuata dalle parti in base alla valutazione di una serie di circostanze di ordine pratico¹⁰⁸, ma non da criteri di ordine giuridico predeterminati dalle norme interne¹⁰⁹. E poiché tale scelta può non essere effettuata né prevedibile prima dell'emanazione della sentenza, ed è comunque sempre suscettibile di variazioni prima del momento di effettivo contatto della decisione con un dato ordinamento, non è possibile neppure distinguere, quanto agli effetti in ordine alla giurisdizione del giudice italiano, tra arbitrati che «derogano» alla giurisdizione italiana, ed arbitrati che «derogano» alla sola competenza del giudice ordinario¹¹⁰. Comunque si voglia più esattamen-

¹⁰⁶ Argomento analogo in MINOLI, *L'entrata in vigore*, cit., p. 557, però in un contesto diverso, e cioè nell'ambito della tesi che ritiene applicabile con poche modifiche il procedimento previsto dal codice di procedura civile per l'attribuzione di esecutorietà ai lodi italiani anche alle decisioni contemplate dalla Convenzione di New York, e ciò in forza dell'adattamento dell'ordinamento interno a quanto stabilito dall'art. III della Convenzione stessa (ma cfr. il mio studio *Accordi internazionali*, più volte cit., p. 46).

¹⁰⁷ È noto, infatti, che in Italia il lodo non dichiarato esecutivo dal Pretore è privo di qualsiasi efficacia. Per un inquadramento teorico del problema di fondo della natura dell'arbitrato nell'ambito del principio della pluralità degli ordinamenti giuridici, cfr. MINOLI, *Studi e proposte per una legge uniforme sull'arbitrato*, in *Atti del Convegno internazionale per la riforma dell'arbitrato*, Milano 1955, pp. 39-67.

¹⁰⁸ Quali, ad es., la necessità di procedere all'esecuzione in un dato luogo, motivi di ordine fiscale, e così via.

¹⁰⁹ Soltanto in questi limiti, dunque, si potrà dire che la volontà delle parti costituisce un criterio rilevante ai fini della determinazione della «nazionalità» della sentenza arbitrale (e non, per quanto si è visto, dell'arbitrato in sé stesso). In generale, invece, in favore del criterio della volontà, cfr. MIGLIAZZA, *Arbitrati nazionali ed arbitrati esteri*, in *Riv. dir. int.*, 1954, p. 203 ss.

¹¹⁰ È noto che in genere si distingue, nella giurisprudenza e nella dottrina italiana, tra l'effetto negativo conseguente ad un compromesso o ad una clausola per arbitrato «estero» – che, secondo il

te qualificare dal punto di vista processuale interno l'eccezione nascente dall'accordo di arbitrato, è certo che, in base al sistema convenzionale, cade nella maggior parte dei casi¹¹¹, la possibilità di distinguere a seconda che l'arbitrato si debba svolgere in Italia o all'estero, e secondo le norme dell'uno o dell'altro ordinamento giuridico.

parallelo istituito dall'art. 2 cod. proc. civ., equivale all'effetto dell'atto di deroga in favore di una giurisdizione straniera – e l'effetto ricollegabile ad un accordo per arbitrato interno, che si concreta nell'incompetenza del giudice ordinario. Per tale modo di impostare la questione, e per i presupposti generali che ne stanno alla base, cfr. i miei scritti *Questioni sulla rilevanza dell'arbitrato estero*, in *Com. e studi* dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Univ. di Milano, XI (1963), p. 293 ss., e *Accordi internazionali*, cit., p. 53 ss. Le considerazioni del testo hanno ovviamente riguardo a tale impostazione. Diversa la prospettiva in cui si pone il MINOLI, *L'entrata in vigore*, cit., pp. 546-549, il quale – sulla base della considerazione (sviluppata nell'*op. cit.* alla nota 10) per cui le parti che devolvano la propria controversia ad un arbitro si pongono sul terreno di «un altro» ordinamento giuridico –, ritiene che la mancanza di potere del giudice vada configurata in ogni caso come difetto di giurisdizione.

Ciò che, comunque, interessa qui sottolineare è che tale mancanza di potere non può più essere configurata, nell'ambito della convenzione, in modo diverso in base agli elementi solitamente utilizzabili per qualificare un arbitrato come destinato a concludersi con un atto idoneo ad acquistare valore di sentenza italiana o straniera.

¹¹¹ Fatta eccezione per le ipotesi in cui vi sia un preventivo «ancoramento» della decisione arbitrale ad un determinato ordinamento giuridico statale, ad es. in virtù di apposito patto tra le parti contenuto nell'accordo di arbitrato, oppure in base ad un loro comportamento idonee a creare con esso un contatto particolarmente rilevante (ricorso ad organi giurisdizionali, ecc.).

Le convenzioni internazionali in tema di arbitrato e il diritto italiano *

SOMMARIO: 1. Le recenti convenzioni internazionali in materia di arbitrato. – 2. L'atteggiamento del diritto italiano postunitario nei confronti degli arbitrati esteri. – 3. Segue: ulteriori sviluppi del diritto italiano. – 4. Linee fondamentali dell'ordinamento italiano prima dell'entrata in vigore delle recenti Convenzioni. – 5. Le convenzioni di New York del 1958 e di Ginevra del 1961. L'arbitrato commerciale internazionale. – 6. L'adesione italiana alla convenzione di New York. – 7. La disciplina delle clausole arbitrali secondo le recenti Convenzioni. – 8. L'autonomia delle parti secondo la Convenzione di New York. – 9. Segue: l'obbligatorietà della sentenza arbitrale. – 10. Problemi in tema di procedimento. – 11. Le caratteristiche essenziali della Convenzione di Ginevra. – 12. Il diritto materiale applicabile dagli arbitri. – 13. La Convenzione di Ginevra e il diritto italiano.

1. *Le recenti convenzioni internazionali in materia di arbitrato*

La storia delle convenzioni internazionali in materia di arbitrato – e pensiamo qui, naturalmente, alle convenzioni multilaterali a questo tema specificamente dedicate – si riassume tutta nelle vicende cui ha dato luogo lo sforzo di conferire riconoscimento a livello interstatale al fenomeno del cosiddetto arbitrato commerciale internazionale. In perfetto parallelismo con le vicende storiche dell'arbitrato puramente «interno» e con la sua progressiva emersione a livello dell'ordinamento statale¹, tale forma di giustizia privata nell'ambito dei rapporti commerciali internazionali ha finito ormai per imporsi anche sul piano degli accordi internazionali, e, attraverso questi, ha ottenuto riconoscimento nel diritto interno degli Stati che ne sono parti. Non è stato un cammino facile, e gli ostacoli che la forza di tradizioni consolidate e di presupposti (o pregiudizi?) teorici di varia specie vi hanno frapposto non mancano di far sentire i loro effetti ancora oggi. Ma una consacra-

* Pubblicato in *Rivista di diritto processuale*, 1973, pp. 214-239 (coautore: A. Migliazza).

Il presente studio costituisce la relazione di diritto internazionale al Convegno di studio su «Le Convenzioni internazionali in tema di arbitrato e il diritto italiano», tenutosi a Modena, nel quadro delle onoranze in memoria del prof. Eugenio Minoli, il 4 maggio 1973. Oltre che nella *Rivista di diritto processuale* essa viene pubblicata nell'*Archivio giuridico*.

¹ Per il fenomeno, e la relativa terminologia, cfr. FAZZALARI, *I processi arbitrali nel diritto italiano*, in questa *Riv.*, 1968, p. 459 ss.

zione a livello normativo internazionale del fenomeno ormai esiste: e ciò consente di tracciare, come con la presente relazione ci proponiamo, una sorta di bilancio, che tenga conto di tali realtà normative per precisarne gli effetti sul modo di essere del diritto italiano in materia, ed il nuovo atteggiamento che questo diritto è così venuto ad assumere.

È il caso di avvertire che la presente relazione si limita ad esaminare l'influenza sul diritto italiano delle Convenzioni di New York del 1958 e di Ginevra del 1961, che al tema dell'arbitrato internazionale di diritto privato, e in specie dell'arbitrato commerciale internazionale, sono specificamente dedicate, mentre vi resta estranea la Convenzione di Washington del 1965, che è dedicata al tema particolare della soluzione delle controversie fra Stati e privati in materia di investimenti. Ovvii limiti di spazio impongono, poi, di contenere l'esposizione ad una rapida rassegna delle linee direttrici fatte proprie dalle Convenzioni citate, evitando un'analisi dettagliata delle numerosissime norme da esse desumibili².

Non si può dimenticare, al proposito, il vasto contributo di idee e di opere che a questo specifico tema ha dato l'insigne studioso alla cui memoria è dedicato il presente Convegno: sì che il ricordarlo va ben oltre la frase d'occasione, per esprimere il vero debito di riconoscenza che ogni cultore della materia non può non sentire nei Suoi confronti.

2. *L'atteggiamento del diritto italiano postunitario nei confronti degli arbitrati esteri*

L'atteggiamento assunto dal diritto italiano sin dal tempo dell'unificazione legislativa del 1865 nei confronti dell'istituto arbitrale, e particolarmente nei confronti dell'arbitrato estero è conseguenza diretta di una concezione statualistica del diritto e dell'accertamento giudiziale, nonché di una concezione universalistica del diritto e della giurisdizione dello Stato. Da un lato, infatti, l'attività di giudizio tendente alla soluzione di controversie viene ricondotta all'azione degli organi giurisdizionali, considerandosi l'arbitrato come procedimento che si inserisce nella funzione giurisdizionale nelle sole materie non riservate ai giudici statali. Dall'altro, poi, la resistenza ad ammettere che la giurisdizione dello Stato incontri dei limiti al di là di quelli spontaneamente adottati nei confronti di controversie prive di collegamenti sostanziali con lo Stato stesso, fa sì che la libertà delle parti di ricorrere ad arbitrati esteri venga sostanzialmente negata.

In ogni caso, agli arbitrati disciplinati da regole diverse da quelle nazionali si applicano gli stessi principi adottati per quelli italiani, con la conseguenza che

² Per un'analisi più completa, e per l'indicazione della bibliografia italiana e si veda LUZZATTO, *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la convenzione di New York del 1958, e Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la Convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961*, entrambi in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1968, p. 24 ss., e 1971, p. 47 ss.

anch'essi vengono considerati come strettamente collegati ed inseriti nella funzione giurisdizionale di uno Stato straniero. Ogni arbitrato ed ogni sentenza arbitrale sono dunque collegati, secondo questa concezione, ad un ordinamento giuridico, che conferisce loro – almeno dal suo punto di vista – una «nazionalità»³. Al di fuori di questo collegamento, il fenomeno rimane privo di qualsiasi rilevanza giuridica. D'altra parte, l'equiparazione del procedimento arbitrale a quello giurisdizionale fa sì che la libertà delle parti di ricorrere ad arbitrati non nazionali, derogando alla giurisdizione italiana, deve essere ammessa soltanto entro gli stessi limiti in cui si ammette la libertà di ricorrere a procedimenti giurisdizionali esteri; e correlativamente la decisione arbitrale straniera in tanto può venir resa esecutiva in Italia, in quanto abbia all'estero efficacia di sentenza dell'autorità giudiziaria. Nettamente diversa, dunque, natura ed efficacia dell'arbitrato nazionale, da un lato, e dell'arbitrato estero, dall'altro, poste che il secondo può divenire – in questa prospettiva – rilevante come mezzo di soluzione di controversie, come «equivalente giurisdizionale», soltanto a certe condizioni ed entro certi limiti, assai più ristretti, e comunque tutt'affatto diversi, da quelli relativi all'arbitrato nazionale.

Al diritto positivo italiano rimane così, in questo stadio di evoluzione, estraneo ogni sviluppo fondato sul presupposto del carattere puramente privato del fenomeno arbitrale, quale ad esempio l'equiparazione tra lodo nazionale e lodo straniero, compiuta sin da qualche decennio dalla giurisprudenza francese⁴. Per vero, la tesi del carattere privatistico dell'arbitrato non manca neppure in Italia di sostenitori, anche assai autorevoli: basti ricordare, per limitarsi agli internazionalisti, i nomi dell'Anzilotti⁵ e del Ballardore Pallieri⁶. Ma essa rimane del tutto priva di sviluppi sul piano giurisprudenziale, e prima ancora su quello legislativo. Va comunque notato che anche in tali autori, ad onta della tendenza ad avvicinare arbitrato nazionale ed arbitrato estero, le premesse teoriche di carattere statualistico fanno sentire il loro peso. Rimane infatti indiscusso il principio del necessario collegamento di ogni procedimento arbitrale all'ordinamento giuridico di uno Stato, e quello della necessaria «nazionalità delle sentenze arbitrali, limitandosi il ruolo

³ È disputato, e gli stessi autori della presente relazione hanno espresso sul punto opinioni divergenti, se il diritto italiano contenga dei criteri che colleghino ogni arbitrato ad un ordinamento giuridico, oppure se espliciti tale funzione solo unilateralmente ossia determinando la sola nazionalità italiana degli arbitrati: nel primo senso, MIGLIAZZA, *Arbitrati nazionali ed arbitrati esteri*, in *Riv. dir. int.*, 1954, p. 203 ss., e nel secondo, LUZZATTO, *Questioni sulla rilevanza dell'arbitrato estero*, in *Com. e studi dell'istituto di dir. int. e straniero dell'Univ. di Milano*, IX (1963), p. 239 ss. Se si ammette prima opinione, è poi dubbio se il criterio di collegamento sia da individuare nella volontà delle parti, come fa l'autore sopra menzionato, od in un criterio territoriale (luogo di pronuncia del lodo: cfr. RICCI, *La nozione di arbitrato estero*, in questa *Riv.*, 1961, p. 606 ss.).

⁴ Sul punto cfr. RUBELLIN-DEVICHY, *L'arbitrage: Nature juridique: droit interne et droit international privé*, Paris 1965, p. 81 ss.

⁵ ANZILOTTI, *Validità del patto di deferire determinate controversie ad arbitrato da istituirsi all'estero*, in *Riv. dir. int.*, 1906, p. 467 ss.

⁶ BALLADORE PALLIERI, *L'arbitrage privé dans les rapports internationaux*, in *Recueil Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1935, I, p. 291 ss.

dell'autonomia delle parti ad una libertà, più estesa rispetto alle tesi astrattamente nazionalistiche, di attribuire la cognizione delle controversie ad arbitrati esteri. Viceversa, non si giunge mai ad affermare che arbitrato nazionale ed arbitrato estero altro non sono che due aspetti di un medesimo istituto, entrambi esplicazione del potere con cui le parti disciplinano una controversia al di fuori dei modi di composizione propriamente giurisdizionali. Proprio questa fedeltà ad alcune essenziali premesse poste a base delle tesi più diffuse può forse spiegare perché la corrente dottrinale ora menzionata rimanga sostanzialmente priva di influenza decisiva sullo sviluppo legislativo e giurisprudenziale: una volta accettate quelle premesse, infatti, le sue conclusioni possono facilmente apparire meno rigorose e coerenti, e perciò stesso meno giustificate.

3. *Segue: ulteriori sviluppi del diritto italiano*

Questi rapidi cenni, ovviamente, non pretendono di fornire un quadro adeguatamente completo dell'atteggiamento del diritto italiano nella materia che interessa, ma soltanto di indicarne le linee direttrici, senza voler certo ignorare le tendenze difformi, che pure non mancano del tutto, né le controversie che in sede interpretativa ebbero a dividere, sino ad anni recenti, la dottrina. Importa però osservare che a quelle linee direttrici il diritto italiano si mantenne sostanzialmente fedele sino a pochi anni or sono, e che esse non furono alterate neppure da una serie di avvenimenti e fenomeni di notevole rilievo verificatisi a partire dai primi decenni del secolo.

Si intende alludere, in primo luogo, all'adesione dell'Italia al Protocollo di Ginevra del 1923 ed alla Convenzione di Ginevra del 1927, che vennero resi esecutivi, rispettivamente con legge 8 maggio 1927, n. 783 e 18 luglio 1930, n. 1244. L'introduzione nel diritto interno italiano di tali testi internazionali porta senza dubbio ad alcuni risultati di grande importanza, come l'ammissione della validità, ai fini della deroga alla giurisdizione italiana, di accordi arbitrali di qualsiasi tipo, e quindi anche di clausole compromissorie: ad esse, com'è noto, veniva in precedenza negato ogni effetto derogativo, in quanto avrebbero comportato una rinuncia preventiva alla giurisdizione italiana⁷. Ed i principi contenuti nel Protocollo vengono poi considerati da una parte della dottrina come vevoli anche nei confronti di cittadini di Stati che non l'abbiano sottoscritto, ritenendosi che il criterio affermato con la adesione italiana possieda una virtù di coerenza e di espansione tale da importare uniformità di trattamento nei confronti degli stranieri⁸. In questo

⁷ Cfr. CARNELUTTI, *Arbitrato estero, e Clausole di rinuncia alla giurisdizione italiana*, in *Studi di diritto processuale*, I, Padova 1925, pp. 3 ss. e 159 ss.

⁸ Così BETTI, *Sulla validità della clausola compromissoria per arbitrato secondo il diritto italiano*, in questa *Riv.*, 1927, II, p. 206. In giurisprudenza, cfr. Cass. 15 marzo 1927, n. 853, in *Riv. dir. int.*, 1927, p. 309 ss., nota PERASSI.

sensu, l'atteggiamento di parziale apertura rappresentato, nei confronti del sistema precedente e secondo la prevalente interpretazione, dalla legislazione del 1942 (artt. 2 e 800 cod. proc. civ.), si ricollega direttamente a quei testi internazionali, e ne costituisce la coerente conseguenza.

Ad onta di ciò, è facile constatare che i testi ginevrini (o meglio, le relative norme di adattamento) vengono pur sempre interpretati ed applicati in modo assai cauto, e, sostanzialmente, alla luce dei principi accolti in sede di diritto interno.

Non vi è dubbio che gli accordi stessi, benché redatti secondo gli schemi classici del diritto internazionale e perciò tali da imporre agli Stati contraenti obblighi determinati in funzione della nazionalità delle parti, contenessero principi idonei ad avere svolgimenti in senso internazionalistico in misura assai maggiore di quella che viene loro riconosciuta in Italia. Ad esempio, secondo l'art. 4 del Protocollo, il giudice statale innanzi al quale venga sollevata l'eccezione di carenza di giurisdizione a favore di un arbitrato straniero può giudicare soltanto circa la sussistenza di un fatto impeditivo posteriore alla stipulazione della clausola arbitrale, mentre per ogni altra eccezione – ivi comprese quelle relative alla validità formale e sostanziale della clausola stessa – è previsto che le parti siano rimesse al giudizio dell'organo arbitrale, ed il procedimento sospeso sino a che questo organo non abbia eventualmente accolto l'eccezione dichiarandosi incompetente. Ma dottrina e giurisprudenza italiana costantemente ritengono che a quella norma sfugga il giudizio sulla validità dell'accordo arbitrale, che dovrebbe essere rimesso alle regole vigenti nell'ordinamento nell'ambito del quale il problema si pone. Inoltre – ed in via più generale – viene pressoché ignorato lo scopo essenziale desumibile dalle due convenzioni. Seppure in modo non del tutto coerente e completo, esse tendono ad attribuire rilevanza ad un procedimento arbitrale tipo considerato nelle sue caratteristiche essenziali esistenti nella realtà sociale, e ne traducono dal punto vista formale la definizione nell'indicazione di caratteristiche tipiche. In questo senso, i due accordi tendono a delineare un procedimento in certa misura svincolato dal legame con i singoli ordinamenti statali. Un indizio di ciò può scorgersi nella norma contenuta nell'art. 2 del Protocollo, che prevede l'obbligo degli Stati contraenti di facilitare lo svolgimento delle procedure arbitrali nel proprio territorio, applicando, in quanto possibile, i principi relativi all'arbitrato nazionale. Da tutto ciò non sarebbe stato impossibile trarre delle conseguenze, sia sul piano interpretativo, sia su quello legislativo, maggiormente favorevoli ad una visione internazionalistica dell'istituto. Al contrario, i testi ginevrini continuano ad essere considerati come tali da importare una semplice deroga al diritto comune, da interpretare in senso restrittivo.

In secondo luogo, le linee direttrici del sistema italiano (ed anzitutto, la considerazione di ogni arbitrato e di ogni sentenza come prodotto di un ordinamento statale dato) non vengono minimamente alterate neppure dall'ampio sviluppo di fenomeni, quale l'arbitrato irrituale o libero e quello di organismi permanenti, che avrebbero potuto fornire interessanti spunti per un diverso approfondimento.

L'arbitrato libero, sia esso da costruire come negozio di accertamento, o come

arbitraggio in una transazione⁹, se da un lato acquista in Italia diffusione tale da soddisfare ampiamente le esigenze pratiche che stanno alla base del ricorso all'arbitrato internazionale di diritto privato (ed in tal senso costituisce quindi un certo ostacolo allo sviluppo di quest'ultimo), sarebbe stato idoneo a condurre ad una rimeditazione della necessità del legame di ogni arbitrato con un dato sistema processuale: e ciò anche in vista dell'affermata identità di natura delle due forme, libera e rituale, dell'arbitrato¹⁰. Sul piano internazionale, è noto che la dottrina afferma l'appartenenza di ogni problema attinente all'arbitrato libero al campo del diritto internazionale privato, e non a quello del diritto processuale civile internazionale¹¹. Ma la giurisprudenza italiana segue soltanto parzialmente tale indirizzo, negando, sì, che l'eccezione conseguente ad arbitrato rituale da svolgersi all'estero abbia carattere di eccezione di carenza di giurisdizione, ma conferendo poi efficacia a lodi stranieri di asserita natura irrituale, non solo tramite l'azione *ex contractu*, ma anche in via di delibazione¹². Se ne sarebbe potuta trarre l'occasione per chiarire se, ed in quale misura, l'atto dichiarato efficace avesse veramente costituito emanazione della sovranità straniera – come formalmente si mostra ancora di ritenere –, o fosse invece espressione di una realtà tutt'affatto diversa: ma ogni approfondimento in questo senso viene trascurato.

Il problema si lega, qui, a quello del trattamento degli arbitrati di organismi stranieri a carattere permanente, che tanto peso esercitano nell'evoluzione dell'istituto dell'arbitrato commerciale internazionale¹³. Spesso si è in presenza di fenomeni classificabili, alla luce delle nozioni italiane, in zone intermedie fra arbitrati rituali ed irrituali, e fra arbitrati discendenti da libera determinazione delle parti ed arbitrati obbligatori. Tali arbitrati, pur essendo esteriormente fondati su di un accordo, vengono in realtà spesso imposti dall'ambiente in cui, opera la parte: in questa ipotesi, formazioni sociali diverse da quella che forma la base dello Stato utilizzano lo strumento arbitrale ed influiscono su di esso in vari modi, dalla scelta dei giudici alla determinazione delle norme materiali applicabili.

In ipotesi del genere, la giurisprudenza italiana ha dato prova di notevole liberalità nel riconoscere decisioni emanate da organismi permanenti¹⁴ la cui natura

⁹ Sul punto cfr. BIAMONTI, *Arbitrato irrituale, arbitraggio e perizia contrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano 1958, p. 934 ss.

¹⁰ Da ultimo cfr. FAZZALARI, *I processi arbitrali*, cit., p. 459 ss.

¹¹ MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*², Padova 1954, p. 46.

¹² Nel primo senso, Cass. sez. un., 3 ottobre 1964, n. 2394, in *Giust. civ.*, 1964, 2164; per il riconoscimento in via di delibazione, cfr. Cass. 27 marzo 1954, in *Revue critique de droit int. privé*, 1956, p. 511 ss., nota MOTULSKY e BARDA. Sul riconoscimento di arbitrati irrituali in quanto efficaci per la legge che regola il rapporto controverso – ma, ovviamente, solo per gli effetti di puro diritto privato cfr. Cass. 19 luglio 1940, n. 2476 (inedita), su cui MINOLI, *L'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere in Italia*, in *Rass. arbitrato*, 1972, p. 66 ss.

¹³ Cfr. per tutti, FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris 1965, p. 159 ss.; e, per una accurata analisi, NOBILI, *L'arbitrato delle associazioni commerciali*, Padova 1957.

¹⁴ App. Milano, 23 aprile 1965, *Metalimport c. Interferro*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1965, p.

poteva lasciare qualche dubbio, e se a volte ha qualificato certe decisioni straniere in modo che lascia perplessi, è pur doveroso riconoscere che lo ha fatto sempre in omaggio ad un criterio di favore, senza il quale il riconoscimento dell'atto straniero avrebbe potuto essere negato¹⁵. Si trova in tal modo delineata una figura unitaria di arbitrato estero, comprendente arbitrati isolati ed arbitrati di organismi permanenti, che tende a superare la distinzione fra arbitrati rituali e liberi. Ma occorre pur riconoscere che la contrapposizione fra arbitrati nazionali ed esteri, e la tendenza a ritenerla comprensiva di tutta la realtà del fenomeno arbitrale, permane inalterata, mentre proprio la considerazione delle particolari caratteristiche degli arbitrati di organismi permanenti avrebbe potuto fornire un impulso verso il suo superamento.

4. *Linee fondamentali dell'ordinamento italiano prima dell'entrata in vigore delle recenti Convenzioni*

Sino al momento dell'entrata in vigore per l'Italia della Convenzione di New York, il diritto italiano si presenta dunque, nella materia che qui interessa, con le seguenti caratteristiche:

- netta distinzione tra arbitrati, e sentenze arbitrali, italiani, da un lato, ed esteri dall'altro, sia per quanto riguarda gli effetti dei relativi accordi arbitrali in ordine alla giurisdizione del giudice italiano, sia per quanto concerne requisiti e forme del riconoscimento del lodo a livello statale;

- rigida chiusura dell'arbitrato rituale italiano ad ogni elemento di estraneità, sia per la necessità della cittadinanza italiana degli arbitri, sia per il requisito che il lodo rituale sia deliberato in Italia¹⁶;

- conseguente pratica impossibilità, o estrema difficoltà, che un arbitrato possa svolgersi in Italia secondo le regole di un organismo permanente con sede all'estero, e concludersi con una decisione tale da essere resa esecutiva dal Pretore ex art. 825 cod. proc. civ.¹⁷;

- ampio riconoscimento dell'arbitrato irrituale o libero, al quale non vengono considerati applicabili i limiti che incontra sul piano internazionale quello rituale, ma che esplica peraltro effetti limitati al livello privatistico.

576; *Giur. it.*, 1966, I, 2, 370, nota FRANCHI. Cfr. anche LUZZATTO, *Arbitrati di organismi stranieri permanenti e ordinamento italiano*, in *Rass. arbitrato*, 1967, p. 39 ss.

¹⁵ Così, la nota sentenza Cass. 18 dicembre 1946, n. 1380, che considera irrituale un arbitrato reso secondo le regole della C.C.I., perviene in base a ciò a riconoscere il contenuto della decisione straniera, che avrebbe dovuto essere considerata nulla se le fosse stata attribuita natura rituale, per essere stata emanata all'estero.

¹⁶ Per un tentativo di delineare la figura degli arbitrati «quasi estranei», cfr. MARMO, *Gli arbitrati stranieri e nazionali con elementi di estraneità*, in *Annuario dir. comp. e studi leg.*, 1946, p. 1 ss.

¹⁷ Per gli arbitrati della C.C.L., cfr. MINOLI, *Les arbitrages de la Chambre de Commerce internationale en Italie*, in *Revue de l'arbitrage*, 1955, p. 86 ss.

5. *Le convenzioni di New York del 1958 e di Ginevra del 1961. L'arbitrato commerciale internazionale*

Su tutti i menzionati punti, la disciplina delle Convenzioni W di New York del 10 giugno 1958 e di Ginevra del 21 aprile 1961 ha influito in maniera profonda.

La disciplina delle due Convenzioni esplica infatti la funzione essenziale di introdurre nei sistemi degli Stati aderenti la figura dell'arbitrato internazionale di diritto privato, direttamente ricavata dal relativo fenomeno sociale¹⁸.

Occorre subito notare, per quanto concerne la Convenzione di New York, che quella funzione non ha trovato completa espressione nelle sue norme, le quali costituiscono un risultato di compromesso fra tendenze contrastanti. Nell'*iter* formativo della Convenzione venne a prevalere ora l'una ora l'altra tendenza, dando luogo ad un testo finale dalle caratteristiche singolari, che devono in larga misura essere chiarite dall'interpretazione.

Va anzitutto sottolineato che il riferimento della Convenzione alle «sentenze arbitrali straniere» non ne esprime con esattezza il contenuto, non riflettendone le caratteristiche essenziali. La ragione di tale riferimento si spiega facilmente ricordando la storia dell'origine della Convenzione stessa. Essa trae origine da un progetto preliminare redatto dalla Camera di commercio internazionale di Parigi, mirante ad assicurare ampio riconoscimento all'interno degli Stati alle cosiddette sentenze arbitrali internazionali. Queste erano intese come quelle decisioni di controversie in via arbitrale non inserite necessariamente in un sistema statale e munite di efficacia in virtù della sola volontà delle parti contraenti. Ma al progetto definitivo preparato sulla base di tali principi nell'ambito del Comitato speciale del Consiglio economico e sociale della Nazioni Unite venne contrapposto da molti Stati un diverso e più tradizionale punto di vista, che vedeva in ogni procedimento ed in ogni sentenza arbitrale un'espressione di valori giuridici propri di un ordinamento statale determinato, e relativi ad esso. Il testo finale trae appunto origine da un compromesso fra le due opposte tendenze, dopo che la Conferenza finale non accolse interamente questo secondo punto di vista e lasciò ampio spazio all'ispirazione originaria dell'avanprogetto.

Ne risulta in tal modo un sistema nel quale gli arbitrati e le decisioni arbitrali oggetto della Convenzione, in relazione alle quali gli Stati assumono i relativi obblighi, non vengono considerati come espressione di un fenomeno giuridico appartenente, a qualsiasi titolo, ad uno degli Stati contraenti. È ben vero che quelle decisioni devono entrare in contatto con l'apparato giurisdizionale di questi Stati per vedersi attribuita la propria pienezza di effetti, e ciò è un ovvio portato delle attuali caratteristiche del mondo giuridico in cui lo spazio lasciato agli Stati, non assorbente, è certo sempre assai esteso. Ma tale collegamento *risultato* del funzionamento del sistema convenzionale, e non rappresenta invece la *premissa*.

¹⁸ Oltre ai lavori indicati *supra* alla nota 1, cfr. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial*, cit., pp. 330 ss., 512 ss.

Oggetto dell'obbligo di riconoscimento non è dunque ogni procedimento arbitrale appartenente, in virtù dell'uno o dell'altro principio, ad uno Stato contraente: ma ogni procedimento che rientri nella nozione tipica che il sistema ne fornisce. E ognuno di tali procedimenti tende ad essere riconosciuto in quanto realtà sociale a sé stante, purché fornito di determinati requisiti: non invece, come accade secondo il punto di vista tradizionale, in quanto espressione di sovranità di uno o dell'altro Stato.

Naturalmente, data l'assoluta novità di tali prospettive, ed il carattere di compromesso che il contenuto della Convenzione presenta, le sopra indicate caratteristiche appaiono, come si è detto, più come espressione di una tendenza che come sua completa realizzazione. Va in particolare notato che manca nella Convenzione una completa definizione delle caratteristiche del procedimento arbitrale, e che nella misura in cui una tale definizione esista, essa è il più delle volte attuata mediante rinvio all'una od all'altra legge statale, seguendo la tecnica tradizionale delle norme di diritto internazionale privato. Ma soprattutto importa rilevare che la Convenzione ammette la possibilità che gli Stati contraenti formulino un'apposita riserva (art. I, n. 3), in virtù della quale essi limitano il proprio obbligo di riconoscimento alla condizione di reciprocità, e cioè alle decisioni emanate nel territorio di un altro Stato contraente.

Con queste imperfezioni, ed entro questi limiti, può comunque dirsi che la Convenzione di New York dà riconoscimento alla figura dell'arbitrato internazionale di diritto privato, e che in seguito all'adesione da parte italiana è aperta anche ai cittadini italiani la scelta fra arbitrato italiano ed arbitrato internazionale, nelle materie in cui vi è la possibilità di compromettere in arbitri. Come si è già detto, peraltro, la figura dell'arbitrato internazionale non risulta interamente regolata, soprattutto perché alla disciplina della Convenzione è estranea la materia della procedura arbitrale.

A tale lacuna ha ovviato, in modo non completo, la Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale, stipulata a Ginevra il 21 aprile 1961. Essa venne elaborata, com'è noto, nell'ambito della Commissione economica per l'Europa delle Nazioni Unite, e trae la sua origine dal desiderio di facilitare ricorso all'istituto arbitrale nei rapporti commerciali fra Paesi dell'Europa occidentale ed orientale. Tale scopo ha determinato alcune scelte della Convenzione, ma non ne ha certo circoscritto il contenuto, né l'ambito di applicazione. D'altra parte, neppure può dirsi che si traduca in un limite la denominazione, di «europea», che alla Convenzione è rimasta.

Dal punto di vista del contenuto, la Convenzione di Ginevra appare come un completamento di quella di New York, in quanto provvede alla disciplina tendenzialmente uniforme della procedura arbitrale, di cui la Convenzione di New York si disinteressa. D'altra parte, la sua applicabilità è contenuta entro limiti assai più ristretti, sia perché essa si riferisce ai soli arbitrati in materia commerciale (il che, per la Convenzione di New York, accade soltanto per gli Stati che abbiano formulato l'apposita riserva), sia soprattutto perché essa è applicabile soltanto nei rap-

porti fra parti che abbiano la residenza abituale nel territorio di Stati contraenti diversi. Se per certi aspetti del contenuto, come si vedrà, tale Convenzione presenta soluzioni più avanzate in senso internazionalistico rispetto a quella di New York, non vi è dubbio che sotto il profilo ora considerato essa presenta invece un aspetto assai più tradizionale, anche se è stato accolto il criterio della residenza abituale in luogo di quello classico della cittadinanza.

La disciplina degli arbitrati «internazionali» che discende dall'insieme delle norme contenute nelle due recenti convenzioni è dunque profondamente innovatrice, ma ancora parziale, sia sotto il profilo della materia regolata, sia sotto quello del suo ambito di applicazione.

6. *L'adesione italiana alla convenzione di New York*

Dato il carattere innovatore di cui s'è detto, non può stupire che all'introduzione nel diritto italiano della disciplina di New York sia stata opposta una forte resistenza. È ben nota la vicenda che portò, tra vivissimi contrasti, all'adesione dell'Italia alla Convenzione dopo più di dieci anni dalla sua conclusione: il nostro paese, che pure aveva attivamente partecipato ai lavori della Conferenza, non firmò la Convenzione che ne uscì, ed alcuni studiosi, fra cui in prima linea il Marmo¹⁹, espressero con vigore l'opinione che un eventuale adesione avrebbe portato ad un vero e proprio sovvertimento di alcuni principi fondamentali accolti dal nostro ordinamento giurisdizionale, primo fra tutti quello della pienezza e della fondamentale inderogabilità della giurisdizione. Da parte di altri studiosi iniziò peraltro un movimento inteso a mostrare come l'adesione italiana alla nuova disciplina convenzionale fosse indispensabile per evitare l'isolamento degli operatori economici italiani sul piano dei rapporti commerciali internazionali, nell'ambito dei quali la Convenzione formava ormai una base fondamentale e largamente accettata²⁰.

Fu infine predisposto un progetto di legge in cui veniva autorizzata l'adesione alla Convenzione, ma nel contempo veniva fatta salva l'applicazione degli artt. 2 e 800 cod. proc. civ.: norme, queste, palesemente e profondamente contraddittorie rispetto ai principi accolti dalla Convenzione. Tale progetto fu approvato dal Senato, ma fortunatamente poi modificato con l'abolizione della previsione relativa

¹⁹ MARMO, *La convenzione di New York sul riconoscimento delle sentenze arbitrali*, in *Riv. dir. int.*, 1959, p. 31 ss.

²⁰ In primo luogo devono essere ricordati i vari lavori di MINOLI, *La nuova convenzione per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 954 ss.; *L'Italia e la convenzione ai New York per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere*, *ivi*, 1959, p. 1026 ss.; *Adesione dell'Italia alla convenzione di New York?*, in *Rass. arbitrato*, 1966, p. 81 ss.; *L'Italie et la convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, in *International Arbitration. Liber Amicorum for Martin Domke*, The Hague 1967, p. 199 ss.

all'applicazione delle norme del codice sopra indicate, sicché la legge di autorizzazione all'adesione e di esecuzione poté venire finalmente approvata senza che neppure si imponesse al Governo di valersi, in sede di adesione, delle riserve previste come possibili dalla Convenzione. Di fatto, dopo lunghe incertezze, l'atto di adesione venne infine depositato senza alcuna riserva²¹.

D'altra parte, la ratifica della Convenzione di Ginevra non ha dato luogo a dibattiti paragonabili a quelli che hanno contraddistinto la vicenda ora ricordata. Nondimeno, la sua entrata in vigore per il nostro paese è avvenuta poco meno di dieci anni dopo la sua conclusione, per essersi dovuto attendere la conclusione della vicenda relativa all'adesione alla Convenzione di New York.

7. *La disciplina delle clausole arbitrali secondo le recenti Convenzioni*

Le due Convenzioni in materia arbitrale, cui l'Italia ha ora dato, sia pure tardivamente, esecuzione, determinano gli elementi essenziali dell'accordo e della decisione arbitrale (Convenzione di New York), nonché della procedura propria dell'arbitrato commerciale internazionale (Convenzione di Ginevra), ed impongono agli Stati contraenti di astenersi dal proseguire un procedimento giurisdizionale quando le parti abbiano optato per la soluzione arbitrale, nonché di riconoscere l'efficacia della decisione emanata secondo i requisiti previsti. E ciò, fatta eccezione per il caso di riserva, ovunque l'arbitrato si sia svolto, e indipendentemente dalla circostanza che le parti abbiano la cittadinanza degli Stati contraenti: questa seconda caratteristica differenzia nettamente il sistema di New York non solo da quello del diritto comune italiano ma anche da quello del Protocollo di Ginevra del 1923, per il quale era determinante la diversa cittadinanza delle parti. Nessun limite è posto in materia dalla Convenzione di New York: le tesi divergenti a volte sostenute, tendenti a sottrarre all'ambito di applicazione delle norme convenzionali il caso di decisioni arbitrali relative a controversie esclusivamente collegate con la vita reale dello Stato italiano, non sembrano sostenibili, e furono determinate, a quanto è lecito supporre, dall'intento pratico di togliere argomenti agli avversari dell'adesione italiana alla Convenzione²².

I requisiti richiesti dalla Convenzione di New York per l'accordo arbitrale so-

²¹ Per queste vicende, cfr. i resoconti pubblicati in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1966, p. 901 ss. (intervento sen. Maris) e 1968, p. 217 ss. (discussione della proposta di abrogazione del richiamo agli artt. 2 e 800 cod. proc. civ.). Sul piano del diritto interno, appare ormai accettato dalla giurisprudenza il principio, affermato dalla dottrina, per cui l'obbligo di riconoscimento di accordi e sentenze arbitrali stabilito dalla Convenzione si applica immediatamente in virtù del carattere processuale degli effetti di cui trattasi: cfr. Cass. sez. un. 27 febbraio 1970, n. 470, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, p. 393 ss.; Cass. sez. un., 13 dicembre 1971, n. 3620, *ivi*, 1972, p. 563 s. e GIARDINA, *L'applicazione in Italia della Convenzione di New York sull'arbitrato*, *ivi*, 1971, p. 268 ss.

²² Cfr. MINOLI, *Adesione dell'Italia*, cit., p. 81 ss. Nel senso del testo, cfr. anche GAJA, *La deroga alla giurisdizione italiana*, Milano 1971, p. 226.

no soltanto quelli della scrittura, del riferimento della clausola a controversie nascenti da un rapporto giuridico determinato, e infine quello dell'arbitrabilità della controversia: caratteristica, quest'ultima, che ogni ordinamento rimane libero di valutare in via del tutto autonoma. Maggiori dubbi possono sorgere, peraltro, a proposito della valutazione dei requisiti richiesti per la valida produzione di tutti gli effetti, positivi e negativi, dell'accordo arbitrale. Appare preferibile ritenere che, a parte il riferimento alle norme di diritto internazionale, privato del giudice adito per quanto concerne i requisiti di capacità e di legittimazione delle parti, occorra far riferimento alla legge che regola l'arbitrato (e particolarmente alla legge a tal fine designata dalle parti: art. V, n. 1, lett. *a* della Convenzione) per valutarne tanto l'efficacia positiva, ossia l'idoneità a dar luogo al giudizio arbitrale, quanto l'efficacia preclusiva, che si estrinseca nella preclusione del giudizio ordinario.

La disciplina ora indicata sostituisce quella discendente dall'art. 2 cod. proc. civ., per quanto concerne l'inderogabilità convenzionale della giurisdizione in favore di arbitri che pronuncino all'estero²³. Ciò è stato espresso dalla dottrina parlando di «abrogazione» di tale norma riguardo all'arbitrato, ma con l'avvertenza tuttavia che essa rimarrebbe pur sempre applicabile nell'ipotesi che risultasse più favorevole all'efficacia dell'accordo arbitrale, e ciò in virtù dell'art. VII della Convenzione²⁴.

Quanto all'indicato problema della validità dell'accordo arbitrale, e dei criteri che debbono presiedere alla sua valutazione, è da rilevare che rimangono ormai in buona parte superate le discussioni e le incertezze che caratterizzano la dottrina e la giurisprudenza italiana nel periodo anteriore all'entrata in vigore della Convenzione per l'Italia. Si pensa, com'è evidente, al dubbio se l'efficacia preclusiva dell'accordo arbitrale rispetto alla giurisdizione italiana fosse subordinata o meno alla sua idoneità ad instaurare il procedimento arbitrale straniero (problema sul quale gli stessi autori della presente relazione ebbero ad esprimere pareri divergenti fra loro)²⁵, a quello ulteriore circa la determinazione della legge regolatrice dell'accordo (che la giurisprudenza successiva al 1960 individua in quella designata dagli artt. 25 e 26 disp. prel. cod. civ., escludendo la qualificazione dell'atto come processuale), ed infine a quello, estremamente dibattuto, relativo all'applicabilità all'accordo arbitrale degli artt. 1341 e 1342 cod. civ., che negli ultimi anni dottrina e giurisprudenza risolvevano ormai in modo negativo con l'una o l'altra moti-

²³ Per tutti, v. MINOLI, *L'entrata in vigore della convenzione di New York sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere*, in questa *Riv.*, 1969, p. 539 ss.

²⁴ Cfr. CANSACCHI, *Considerazioni sulla convenzione di New York del 1958 sulla esecuzione e sul riconoscimento delle sentenze arbitrali straniere*, in *Rass. arbitrato*, 1969, p. 97 ss.; GIULIANO, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*, Milano 1971, p. 226.

²⁵ In senso affermativo, MIGLIAZZA, *Arbitrati nazionali*, cit., p. 203 ss., e *La rilevanza dell'accordo privato sul richiamo a norme e procedimenti estranei*, Milano 1963, p. 125 ss.; in senso negativo LUZZATTO, *Questioni sulla rilevanza*, cit., p. 293 ss. Da ultimo, per considerazioni sotto altro profilo, cfr. GAJA, *La deroga*, cit., p. 44 ss.

vazione²⁶. Il diritto di New York ha apportato, come si è visto, una notevole semplificazione alla materia, privando in particolare di ogni base la discussione circa l'applicabilità delle due ricordate disposizioni del codice civile: esattamente si è osservato, infatti, che la Convenzione, richiedendo la forma scritta, esclude che i singoli diritti interni possano richiedere qualche requisito ulteriore a presupposto del proprio obbligo internazionale²⁷.

Resta invece immutata la necessità, ben comprensibile, di valutare l'esistenza di un fatto impeditivo successivo alla stipulazione dell'accordo arbitrale, come del resto già accadeva secondo il Protocollo di Ginevra del 1923.

8. *L'autonomia delle parti secondo la Convenzione di New York*

Di notevole interesse è la disciplina data dalla Convenzione di New York all'autonomia delle parti²⁸. A tale autonomia è riservato ampio spazio, che trova testuale riconoscimento in sede di determinazione dei requisiti della decisione arbitrale riconoscibile (art. V, n. 1, lett. *a, d, e*). E tale rilevanza le è attribuita al fine di determinare alcuni elementi del rapporto e della procedura arbitrale, come la validità dell'accordo arbitrale e la procedura stessa: spesso, come accade in quest'ultimo caso, addirittura in via diretta, ossia non richiamando una legislazione statale, ma ponendo direttamente le regole applicabili. Non si tratta quindi del richiamo unitario ad una legislazione statale, cui l'arbitrato venga integralmente ricollegato, salva la possibilità di regolare qualche momento della procedura in modo eventualmente divergente. Come si è già detto, l'idea di un collegamento preventivo del genere non trova posto nella Convenzione, la quale adotta il punto di vista che la scelta del paese in cui chiedere il riconoscimento della decisione viene effettuata dalle parti soltanto quando questa sia stata già pronunciata. Questo punto di vista è essenziale per cogliere lo spirito ed alcune caratteristiche soluzioni del sistema convenzionale. Si pensi, così, alla conseguenza che consiste nel tipico «spezzettamento» del procedimento arbitrale in vari elementi, ognuno dei quali regolato separatamente (capacità delle parti, validità dell'accordo arbitrale, costituzione del tribunale e procedura, obbligatorietà della sentenza). Se da un lato tali caratteristiche costituiscono un'imperfezione rispetto allo schema ideale di un testo convenzionale regolante interamente tutti i momenti in cui il procedimento arbitrale si articola, non si può trascurare il fatto che l'ammissione della possibilità che una pluralità di leggi siano applicabili ai vari momenti del fenomeno arbitrale costituisce un importante riconoscimento della sua intrinseca internazionalità ed

²⁶ Giuliano, *La giurisdizione civile*, cit., p. 182 ss.

²⁷ MINOLI, *L'entrata in vigore*, cit., p. 544 s.

²⁸ Sul tema, cfr. le considerazioni del GENTINETTA, *Befreiung der internationalen Handelschiedsgerichtsbarkeit von der nationalen Umklammerung?*, in *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 1969, p. 46 ss.

un essenziale passo in avanti rispetto al rigido ancoramento ad un diritto statale dato.

D'altra parte, lo spazio ancora lasciato dalla Convenzione al diritto statale riflette l'ineliminabile dato di un mondo giuridico in cui la funzione dello Stato nella produzione e nell'accertamento del diritto, pur non essendo più esclusiva, ha certamente ancora un grande rilievo, che non poteva essere disconosciuto. Deriva egualmente da questo dato il mantenimento ammesso dalla Convenzione dell'arbitrato nazionale, delle norme interne più favorevoli e dei trattati bilaterali e multilaterali conclusi dagli Stati contraenti nelle materie contemplate dalla Convenzione stessa²⁹.

9. *Segue: l'obbligatorietà della sentenza arbitrale*

Altra essenziale caratteristica del sistema convenzionale, anch'essa collegata al modo di intendere il fenomeno dell'arbitrato internazionale contemplato dalla Convenzione nei confronti del diritto statale, consiste nel ricorso al concetto di «obbligatorietà» della decisione arbitrale quale requisito per il riconoscimento (o più esattamente, della sua mancanza come base per un'eccezione idonea a impedire il riconoscimento). Nonostante alcune opinioni discordi, non sembra dubbio che tale nozione sia riferita al solo effetto vincolante della decisione per le parti con esclusione di qualsiasi effetto di natura processuale che possa conseguire ad un *exequatur* od omologazione da parte di organi giurisdizionali o comunque pubblici. Con ciò viene segnato un passo di importanza fondamentale non soltanto nei confronti dell'art. 800 cod. proc. civ., che richiede per la sentenza arbitrale straniera la stessa efficacia della sentenza dell'autorità giudiziaria, a volte neppure teoricamente ottenibile, ma anche nei confronti della Convenzione di Ginevra del 1927. Questo testo, infatti, richiedeva la «definitività» della sentenza, intendendosi per tale la qualifica della sentenza arbitrale contro cui non potessero più proporsi appello, opposizione o ricorso per cassazione, e che non fosse soggetta a procedure tendenti a impugnarne la validità: e costringeva, in tal modo, ad ottenere un *exequatur* anche nel paese di origine della sentenza al solo fine del riconoscimento all'estero, anche se l'esecuzione locale fosse sfornita di qualsiasi interesse pratico³⁰.

D'altro lato, proprio sulla esclusione di qualsiasi qualifica di carattere «processuale» per le decisioni arbitrali riconoscibili in base alla Convenzione è fondata

²⁹ Specificamente sull'ultimo punto menzionato, cfr. GAJA, *Sul coordinamento fra le norme relative al riconoscimento delle sentenze arbitrali straniere*, in *Rass. Arbitrato*, 1907, p. 147 ss.

³⁰ Cfr. KLEIN, *La Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, in *Schweizerische Juristenzeitung*, 1961, p. 487 ss.; BERTHEAU, *Das New-Yorker Abkommen vom 10 Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche*, Zürich 1965, p. 90 ss.

l'affermazione fatta da una parte della dottrina, secondo la quale possono essere riconosciute secondo la Convenzione stessa sentenze arbitrali equiparabili ai lodi irrituali italiani, e cioè fornite di effetti puramente obbligatori e privatistici³¹. Pur non contenendo la Convenzione di New York elementi decisivi nell'uno o nell'altro senso, l'esclusione non sembra giustificabile, e del resto una decisione della Corte di cassazione a sezioni unite (3 giugno 1968, n. 1669), pur senza fare applicazione della citata norma convenzionale, si è chiaramente pronunciata nel senso qui accolto ammettendo la deroga alla giurisdizione italiana quale che sia la natura dell'arbitrato che le parti hanno inteso porre in essere³². Esattamente osservava l'Autore alla cui memoria è delicato questo Convegno, che «poiché la ragion d'essere della deroga è l'aprir la via ad una decisione che spetti in esclusiva agli arbitri, è chiaro che l'ordinamento italiano dovrà necessariamente riconoscere poi la sentenza arbitrale, altrimenti lascerebbe senza soluzione una lite che di per sé cade nella giurisdizione del giudice italiano, e ciò è assurdo»³³. Sotto altro profilo poi, la contraria soluzione verrebbe a considerare del tutto indipendenti le due parti della Convenzione, relative l'una alla deroga, e l'altra al riconoscimento, in quanto l'obbligo di riconoscimento è ammesso nei termini più ampi: ma ciò non è ammissibile, in quanto contrario ai normali canoni che presiedono all'interpretazione di un testo normativo, ed in specie di un testo internazionale.

10. *Problemi in tema di procedimento*

Circa il procedimento inteso ad attribuire efficacia alle decisioni contemplate, la Convenzione di New York non pone regole particolari. Da rilevare piuttosto – ma ciò non attiene propriamente al procedimento in sé stesso, quanto alla distribuzione dell'onere probatorio fra le parti – che non è la parte che richiede il riconoscimento a dover provare l'esistenza dei requisiti richiesti, ma la parte che vi si oppone a doverne provare la mancanza, il che ovviamente si traduce in una semplificazione assai notevole sul piano pratico³⁴. Per quanto riguarda il procedimento in sé stesso, la Convenzione lascia aperti alcuni problemi particolari dibattuti in sede di interpretazione del diritto italiano: così la possibilità di ottenere la delibazione incidentale, *ex art. 799 cod. proc. civ.*, della decisione arbitrale straniera, per il che sembra doversi propendere per la soluzione positiva, e la possibilità di procedere a riesame del merito quando ricorrano i presupposti di cui all'art. 798 cod. prov. civ. Su quest'ultimo punto, la soluzione negativa, che appare preferibile ed

³¹ Sul punto, LUZZATTO, *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la Convenzione di New York*, cit., p. 36 ss.; MINOLI, *L'esecuzione delle sentenze arbitrali*, cit., p. 66 s., e già *L'entrata in vigore*, cit., p. 543.

³² Cass. sez. un., 3 giugno 1968, n. 1669, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, p. 760 ss.

³³ MINOLI, *L'esecuzione delle sentenze arbitrali*, cit., p. 69.

³⁴ MINOLI, *L'entrata in vigore*, cit., p. 559 s.

è ampiamente condivisa dalla giurisprudenza³⁵, dovrebbe essere fondata, ad avviso dei relatori, non tanto sull'assenza di ogni previsione in proposito nella Convenzione, – che pure appare ispirata a principi scarsamente compatibili con l'istituto –, quanto sul rilievo che la previsione della contumacia appare difficilmente conciliabile con il processo arbitrale.

Sempre sul piano del procedimento, è stato sostenuto che in virtù della Convenzione sarebbe possibile applicare alle sentenze arbitrali da essa contemplate lo stesso procedimento previsto per i lodi italiani, e cioè il deposito presso la cancelleria della Pretura e la concessione del decreto di esecutorietà, e ciò perché l'art. III della Convenzione prevede che il riconoscimento delle sentenze da essa considerate deve avvenire senza che siano imposte condizioni sensibilmente più rigorose, o spese sensibilmente più elevate di quanto accada per le sentenze nazionali³⁶. Ma la tesi suscita in verità molti dubbi, sia perché non appare del tutto certo che le condizioni del procedimento pretorile siano meno rigorose di quelle della procedura di delibazione – si pensi al termine perentorio previsto per il deposito del lodo –, sia per la difficoltà di scindere quel procedimento sostituendone un elemento con un atto diverso da quello previsto, sia infine perché la norma della Convenzione non appare capace di produrre modificazioni del sistema giuridico interno senza l'intervento di apposite disposizioni a tal fine intese.

11. *Le caratteristiche essenziali della Convenzione di Ginevra*

La Convenzione di Ginevra del 1961, come si è detto, provvede a porre delle regole che riguardano la disciplina diretta del procedimento arbitrale e l'atteggiamento degli organi giurisdizionali dello Stato nei confronti dello stesso. Le norme contenute nella Convenzione sono assai dettagliate, ed i limiti necessariamente assegnati alla presente relazione non ne consentono che una rapidissima rassegna³⁷.

Il testo ginevrino considera i seguenti problemi: forma dell'accordo d'arbitrato (art. I); capacità di Stati ed enti pubblici ad essere parti di procedimenti arbitrali (art. II); capacità degli stranieri ad assumere funzioni di arbitri (art. III); «organizzazione» dell'arbitrato (art. IV ed Annesso); *Kompetenz-Kompetenz* degli arbitri (art. V); disciplina dell'eccezione di carenza di giurisdizione avanti a giudici sta-

³⁵ Si veda, anche per indicazioni di giurisprudenza, MINOLI, *L'esecuzione delle sentenze arbitrali*, cit., p. 75. Da ultimo, e in questo senso Cass., 30 aprile 1969, n. 1403, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, p. 332 ss.

³⁶ In questo senso, se pure con qualche dubbio, MINOLI, *L'entrata in vigore*, p. 555 ss.; *L'esecuzione delle sentenze arbitrali*, cit., p. 71 ss.

³⁷ Per un particolareggiato esame della Convenzione, si veda KAISER, *Das europäische Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21 Zürich 1961*, e MEZGER, *Das europäische Übereinkommen über die Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, in *Rabels Zeitschrift*, 1965, p. 231 ss.

tali (art. VI); diritto applicabile, al merito (art. VII); motivazione della sentenza arbitrale (articolo VIII); problemi in tema di annullamento della sentenza (art. IX). Come si vede si tratta di gran parte dei problemi che solitamente le leggi interne in tema di arbitrato considerano: non tutte le previsioni, peraltro, sono egualmente complete ed interessanti.

Scarso interesse presentano, dal punto di vista del diritto italiano, le disposizioni dei primi due articoli, a proposito delle quali ci si può limitare a notare che è ammessa la rilevanza di clausole compromissorie non riferite a rapporti determinati, ma ad una serie indefinita di controversie future. Scarso successo, invece, ha avuto il tentativo di semplificare ulteriormente i requisiti formali dell'accordo arbitrale, con particolare riguardo a quello concluso mediante accettazione tacita di condizioni generali di contratto o di vendita, dato che il principio accolto dalla Convenzione è di colore oscuro: l'eccezione all'esigenza della forma scritta è infatti ammessa soltanto «nei rapporti fra paesi» il cui diritto non li richieda. La disposizione non può comunque interessare il diritto italiano.

Altre norme, nel sistema della Convenzione, riguardano però l'accordo arbitrale. Così, l'art. IV, n. 1 ammette la validità delle clausole compromissorie «bianche», ossia contenenti il solo principio della risoluzione delle controversie per via arbitrale, mentre l'art. VI, n. 2, utilizza la tecnica del rinvio per disciplinare la questione della validità dell'accordo arbitrale.

Assai rilevanti per il diritto italiano sono invece altre disposizioni convenzionali. Così, il principio della capacità degli stranieri ad essere arbitri realizza finalmente un auspicio largamente diffuso mentre l'art. VI, che riguarda la materia dell'eccezione con cui viene fatta valere la litispendenza arbitrale, contiene alcuni spunti destinati ad incidere notevolmente sullo stato del diritto italiano. Ed infatti, qualora il procedimento arbitrale sia stato iniziato prima della domanda al tribunale statale, quest'ultimo, ove venga adito per la medesima causa, dovrà salvo gravi motivi sospendere il procedimento sino all'emanazione della sentenza arbitrale. Il rilievo della norma è ancora maggiore in quanto agli arbitri viene riconosciuto dall'art. V n. 3 il potere di decidere sulla propria competenza. Viene in tal modo superato il principio sempre accolto dalla nostra Corte di cassazione, per cui lo svolgimento, in costanza di arbitrato, di un procedimento avanti ad un tribunale statale relativo ad una domanda connessa con quella sottoposta agli arbitri impone l'assorbimento di tutta la causa nella competenza dell'autorità giudiziaria³⁸. Principio, questo, affermato per gli arbitrati italiani: ma certo suscettibile di estensione anche a quelli sottratti alla legge italiana data la parificazione di questi ultimi ai primi sotto il profilo del loro rapporto con la funzione giurisdizionale dello Stato. Secondo la Convenzione di Ginevra, il tribunale statale dovrà limitare la propria cognizione alla causa connessa senza attrarre anche quella della controversia devoluta agli arbitri, eventualmente sospendendo il giudizio ove dalla decisione di quest'ultima dipenda la decisione della prima, e salvo eventuale riconoscimento

³⁸ Cfr. fra le tante Cass. 28 febbraio 1964, n. 458, in questa *Riv.*, 1964, p. 469, nota LIEBMAN.

in via incidentale della sentenza arbitrale che venisse *medio tempore* pronunciata.

Caratteristica della Convenzione è poi la disciplina dei modi di supplire all'inerzia delle parti rispetto al procedimento arbitrale: i relativi poteri sono attribuiti al Presidente della Camera di commercio dello Stato in cui risiede la parte che non fa quanto necessario per lo svolgimento dell'arbitrato. In caso di necessità è anche previsto il ricorso ad un Comitato speciale (art. IV ed Annesso). Risulta così nettamente superato il principio dell'integrazione ad opera dei tribunali statali accolto in Italia, al quale però si ritorna prevedendo la possibilità che gli organi giurisdizionali emanino misure cautelari rispetto alle controversie devolute ad arbitrato.

L'art. IX della Convenzione disciplina infine l'efficacia nell'ambito di Stati diversi di una pronuncia di annullamento della sentenza arbitrale intervenuta in uno degli Stati contraenti, con ciò modificando parzialmente la disciplina contenuta nell'art. V della Convenzione di New York. Quest'ultima attribuisce alla decisione di annullamento emanata dai giudici dello Stato in cui, o secondo la legge del quale, la sentenza è stata emanata, l'efficacia di impedire che essa possa spiegare i suoi effetti in ogni altro Stato contraente. La Convenzione di Ginevra, invece, limita tale conseguenza a quattro sole ipotesi tassativamente previste, e cioè che la sentenza sia stata annullata per invalidità dell'accordo di arbitrato, vizi inerenti al procedimento o alla costituzione arbitrale, vizi inerenti al mancato rispetto del contraddittorio da parte degli arbitri ed eccesso di potere da parte degli stessi³⁹. Rispetto alla disciplina di New York, dunque, il legame della sentenza arbitrale con l'ordinamento giuridico che regola il procedimento di impugnazione viene ancora maggiormente attenuato.

12. *Il diritto materiale applicabile dagli arbitri*

Un problema sovente trascurato da dottrina e giurisprudenza, ma assai rilevante ai fini del corretto funzionamento dell'istituto arbitrale, è quello relativo al diritto materiale applicabile dagli arbitri. Spesso infatti l'attenzione viene polarizzata sul tema della disciplina del procedimento arbitrale, trascurando l'indagine relativa al diritto da applicare al merito della controversia.

La Convenzione di New York non contiene norme specifiche sulla questione, ed anzi una corretta valutazione del sistema da essa posto in essere induce piuttosto ad escludere che se ne possa dedurre qualsiasi conseguenza per quanto riguarda il tema in discorso. L'autonomia delle parti, da essa riconosciuta ed utilizzata, vale solo nell'ambito della disciplina dell'accordo e del procedimento arbitrale, nei limiti indicati dall'art. V, del tutto estraneo a tale disciplina rimanendo senza dubbio il richiamo ad un determinato diritto, statale o non, per la valutazione so-

³⁹ Specificamente sul punto cfr. le osservazioni di MEZGER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., p. 285 ss.

stanziale del rapporto sottoposto agli arbitri. E ciò proprio perché la Convenzione ha inteso, come si è visto, eliminare un legame determinato sin dall'inizio fra arbitrato ed un ordinamento statale, che possa quindi essere configurato come fonte della disciplina dell'arbitrato e delle norme sostanziali che gli arbitri devono applicare. La designazione a tal fine di un diritto statale in tanto esisterà, in quanto possa desumersi da indici sicuri e dimostrabili, ma nessuna, disposizione o principio desumibile dalla Convenzione consente, di introdurre presunzioni al riguardo. Tale conclusione è del tutto coerente con la soluzione accolta normalmente nel diritto italiano⁴⁰, ed in aderenza a tale soluzione va aggiunto che, ove un richiamo univoco ad un determinato sistema esista, esso non sarà condizionato alla presenza di un legame obbiettivo fra sistema richiamato e situazione controversa. Ma rimane del tutto inapplicabile in assenza di richiamo quel vastissimo materiale che si è formato o è in via di formazione nel mondo del commercio internazionale attraverso espressioni giuridiche di origine e di valore formale diversissimo: trattati internazionali (si pensi alla vendita internazionale di cose mobili), diritto sorto nell'ambito di organizzazioni internazionali, usi commerciali uniformi, giurisprudenza di tribunali arbitrali.

Quest'ultima circostanza era peraltro avvertita negli ambienti interessati come un grave inconveniente, essendo ben noto che si è in essi affermata sempre più negli ultimi decenni la tendenza ad applicare in sede di arbitrato una serie di regole materiali che tendono ad allontanarsi dal puro e semplice riferimento in via primaria ad un ordinamento giuridico statale. Di qui l'introduzione nella Convenzione di Ginevra dell'art. VIII, che fornisce una soluzione senz'altro originale del problema. Esso dispone infatti che alla disciplina del rapporto deve in primo luogo venire applicato il diritto statale che le parti abbiano indicato; in difetto, gli arbitri applicheranno la legge designata dalle norme di collegamento che essi giudicheranno appropriate al caso concreto. In ogni caso, essi terranno conto dei patti contrattuali e degli usi commerciali. Un giudizio di equità sarà poi possibile soltanto sull'accordo delle parti, e ove ciò sia consentito dalla legge che regola l'arbitrato.

La soluzione appare in complesso soddisfacente, sia per la latitudine della scelta concessa alle parti, sia per la possibilità riconosciuta agli arbitri di utilizzare con ampia discrezione fonti e norme di origine non statale: anche se, naturalmente, il compito in tal modo affidato alla giurisprudenza arbitrale non è di poco momento e di scarsa difficoltà, variando dalla scelta dell'ordinamento giuridico statale più appropriato alla definizione dei rapporti di precedenza fra questo ed il diritto spontaneo⁴¹.

⁴⁰ Sul punto, cfr. PERASSI, *Sull'autonomia dei contraenti* (1928) e *Legge regolatrice dei contratti e volontà delle parti* (1943), ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1958, pp. 173 ss. e 199 ss.

⁴¹ Per considerazioni critiche sulla soluzione adottata dalla Convenzione, cfr. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial*, cit., p. 414 ss.

13. *La Convenzione di Ginevra e il diritto italiano*

Se ci volgiamo, per concludere, ad esaminare in sintesi gli effetti che l'adattamento alla Convenzione di Ginevra sul piano dell'ordinamento giuridico italiano è facile constatare che l'incidenza da essa esercitata sarà notevolissima. Nell'ambito di applicazione della Convenzione infatti non valgono le norme relative alla forma del compromesso e della clausola compromissoria, né le conseguenti sanzioni di nullità (artt. 807-809 cod. proc. civ.). In materia di nomina e di sostituzione degli arbitri, a quanto previsto dagli artt. 810-811 cod. proc. civ., si aggiunge la disciplina dell'art. IV della Convenzione. Cade inoltre la preclusione stabilita dall'art. 812, 1° comma cod. proc. civ., per la nomina degli stranieri come arbitri. In generale poi tutte le norme relative agli arbitri e al procedimento (artt. 813-824 cod. proc. civ.) perdono la loro natura inderogabile, e possono essere sostituite dalle parti nel modo che esse considerano più opportuno, sia mediante previsione diretta di norme applicabili, sia mediante il richiamo ad un regolamento arbitrale. L'art. V della Convenzione sostituisce la disciplina prevista nell'art. 817 cod. proc. civ., mentre il lodo può venire pronunciato anche fuori del territorio italiano, in deroga a quanto stabilito dall'art. 824 cod. proc. civ.

Gli arbitrati così regolati hanno valore di arbitrati italiani: anche qui le parti potranno optare per le forme previste nel codice di procedura civile o per le forme previste nella legge d'esecuzione della Convenzione, tutte le volte in cui le norme di questa non hanno immediatamente abrogato le corrispondenti norme del codice. Di conseguenza qualsiasi procedimento previsto dalla Convenzione e regolato dalle parti secondo le norme di questa può concludersi con una sentenza arbitrale italiana, ossia con un lodo depositato in Pretura a norma dell'art. 825 cod. proc. civ., e, come tale, esso può venire sottoposto al procedimento di impugnazione di cui all'art. 827 ss. cod. proc. civ.: i motivi di nullità saranno però quelli conseguenti alla violazione delle norme della Convenzione che regolano i presupposti e i requisiti essenziali dell'arbitrato. Sarà comunque sempre possibile sia una decisione di annullamento sia perché il lodo è stato pronunciato in materia riservata alla giurisdizione ordinaria, sia per una violazione dell'ordine pubblico. Tuttavia quando le parti hanno dato vita ad un arbitrato disciplinato dalla Convenzione, alla competenza per la pronuncia di nullità non consegue la competenza del giudice adito per decidere sul merito, in quanto con la clausola arbitrale le parti intendono conferire agli arbitri il potere di giudicare e ai giudici statali quello di decidere circa la validità del lodo secondo le norme della Convenzione, e non altro.

Così pure è escluso il potere dei giudici italiani di pronunciare la revocazione del lodo, secondo l'art. 831 cod. proc. civ., in quanto il potere di revocazione presuppone che gli organi da cui promana la decisione da revocarsi, e gli organi a cui è demandata la revocazione, operino nel medesimo sistema giuridico, mentre qui il lodo è sorto in un sistema estraneo.

Il potere, delle parti di sottoporre al decreto di esecutorietà del Pretore la sen-

tenza arbitrale che consegua ad un procedimento regolato dalla Convenzione merita un ulteriore chiarimento.

Poiché le norme della Convenzione rendono possibile lo svolgimento di un giudizio arbitrale che le parti regolano mediante previsioni fra di loro concordate, senza che esso debba riferirsi alle norme processuali di un ordinamento statale determinato, qualsiasi sentenza arbitrale che risponda ai requisiti della Convenzione può esplicare tutti gli effetti propri della sentenza arbitrale nazionale. Che ciò avvenga in concreto o no, dipenderà dalla libera scelta effettuata dalle parti. E poiché tale scelta può non essere effettuata né prevedibile prima dell'emanazione della sentenza, e può comunque subire variazioni prima del momento di effettivo contatto della decisione con un dato ordinamento, non è possibile neppure distinguere, quanto agli effetti in ordine alla giurisdizione del giudice italiano, fra arbitrati che attueranno un collegamento con il sistema italiano, e arbitrati che non lo attueranno. Scompare quindi la possibilità di distinguere, quanto agli effetti preclusivi del potere giurisdizionale, fra arbitrati che derogano alla giurisdizione italiana e arbitrati che derogano alla sola competenza del giudice ordinario⁴².

⁴² Per altre osservazioni su questo tema, cfr. LUZZATTO, *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la Convenzione di Ginevra*, cit., p. 80 ss.

International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States *

Introduction

SUMMARY: 1. Object and plan of the course.

1. *Object and plan of the course*

The subject-matter of these chapters is not new to the Hague Academy of International Law. Since the course given as early as in 1935 by Professor Balladore Pallieri¹, international private arbitration has been dealt with several times from different standpoints: one may refer here to the lectures of C. Carabiber in 1960², of B. Goldman in 1963³, by P. Lalive in 1967⁴, by A. Broches in 1972⁵ and finally by P. Sanders in 1975⁶. One could then be inclined to think that there is little point, if any, in trying to throw some new light on a topic which has been the object of commentaries on the part of so many famous specialists in this particular field of the law.

And yet whoever has had an opportunity to deal, either as a student or as a practitioner, with one of the manifold aspects of international commercial arbitration, will probably have been led to think that much remains to be said on the subject, and much shadow to be cleared up. On the one hand, the importance of international commercial arbitration in the practice of international business is always increasing. Much has been said about what should be considered as the advantage of selecting arbitration as a means for solving disputes in international trade, and it is perhaps fair to state that not all the arguments generally invoked to support such choice can be accepted as conclusive. Arbitration may in fact be quicker than proceedings before the ordinary courts of law, but certainly it is not always so. It may at times be cheaper, but this can hardly be asserted as a general rule. It will at times allow the presence on the arbitration board of persons having

* Pubblicato in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, vol. 157, 1977-IV, pp. 9-120.

an adequate knowledge of particular technical issues which are involved in the dispute, but this will probably affect the legal experience of arbitrators. The fact remains, however, that resort to arbitration is very often regarded as a necessary step, and international contracts cannot be entered into without an arbitral clause.

As a matter of fact, what is probably to be considered as the main factor leading to this situation is that resort to arbitration is perceived by the parties as the only available means to take their differences and the solution thereof to a truly international level, thus avoiding the vagaries of conflicting national systems of rules concerning the international jurisdiction of courts and the intricacy of non-coordinated conflict of laws systems.

From this point of view, international commercial arbitration plays the role, and fills the vacuum left by the lack of any international judicial system for the solution of disputes between private parties, and of any international coordination of municipal rules concerning international civil procedure. And this explains, it is submitted, why such arbitration enjoys in the contemporary world such widespread favour as a means of solving disputes related to international trade in a large sense. Much more important than other asserted advantages (such as, for instance, confidentiality)⁷, the truly international character attributed to international commercial arbitration by the parties makes it the true method to solve international disputes adopted in the world business community.

On the other hand, if the foregoing explains why international commercial arbitration is generally considered as best suited to the needs of the administration of justice on the level of international private disputes, it is easy to realise that it cannot be considered only in itself, without any connection with the jurisdictional systems of States. It has been stated by a distinguished German writer that any arbitral tribunal is not "floating in the air", and must land somewhere⁸ – i.e., it must be linked with a municipal legal system. Even if a similar assumption is most likely to be too broad if considered in the light and against the background of the most recent developments of international conventions, one must admit that the weight of such systems and their role in the legal regulation of international life can in no way be ignored. Therefore, international commercial arbitration cannot but reckon with municipal legal systems and try to find its way through the (possibly) conflicting legal rules and policies which the latter systems are embodying.

Hence, two different aspects of international commercial arbitration deserve attention. The features of this institution must first be considered in themselves, also in the light of current developments in this field, that is as a result of the peculiar demands which have given rise to international commercial arbitration as the true means of solving international commercial disputes on an international level. But in order to appreciate to what extent the effectiveness of arbitration can be ensured, it is necessary to review the various contacts that are likely to come into being between international commercial arbitration and the municipal systems, and the attitudes taken by the latter with respect to the former. The most recent and important international conventions concluded among States with regard to international commercial arbitration

are then to be regarded as showing the points where the emerging demands of such arbitration – viewed in itself as a legal institution of international life⁹ – may find adequate satisfaction on the part of the Contracting States and are therefore recognised on an international legislative level. By means of such a recognition international commercial arbitration becomes not only an institution of international legal life, but also a legal institution accepted and contemplated as such by positive rules of the legal systems of States. In so far as those systems afford full application to the international conventions, they provide adequate legal rules and full sanction to what can be viewed as the result of the spontaneous evolution of the world business community in the field of settlement of disputes.

In the following chapters a number of aspects of international commercial arbitration will therefore be reviewed in accordance with the principles we have just mentioned. The international conventions concerning arbitration will also be taken into account, and in particular the New York Convention of 10 June 1958 on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards¹⁰, the Geneva Convention of 21 April 1961 on international commercial arbitration¹¹ and the Washington Convention of 18 March 1965 on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States¹². The first of these conventions should be viewed today as the true world charter of international commercial arbitration and has been considered as such by the competent bodies of the United Nations¹³.

Internal conflict rules will not be taken here in equal consideration. While each State may have, of course, developed its own rules relating to conflict problems also in the field of arbitration, their contents are not of primary concern for the purpose of the following comments. Such rules can well affect the possibility that international commercial arbitration becomes in a given State an effective means of solving international commercial disputes and can show restrictive policies in this regard on the part of that State: as such, they require consideration. In principle, however, they are the result of a national and parochial approach to problems being essentially international in nature and are not a good example of the approach States should take when coping with similar problems. The peculiar needs of international commercial arbitration cannot find adequate satisfaction by such a unilateral approach, but only through co-ordinated multilateral efforts like those resulting in the major international conventions indicated above. In addition, it should be noted that consideration of problems relating to international commercial arbitration from the standpoint of domestic conflict rules leads to disregard of the international character of the situation and results in attaching too relevant a weight to principles concerning the municipal conflict systems in procedural matters. In a few words, procedural and conflicts rules enacted and applied by States in order to regulate domestic arbitral proceedings in cases where foreign elements are involved do not concern international commercial arbitration as such. Their impact can therefore be an indirect one, but they cannot be taken as a legal regulation of the social institution currently described as international commercial arbitration.

Chapter I

International commercial arbitration in a world of States

SUMMARY: 2. International commercial arbitration as a social and as a legal institution. – 3. The national or international character of arbitration. – 4. The international character of arbitration and municipal law. – 5. The international character of arbitration and the international conventions. – 6. Recent trends in international practice.

2. *International commercial arbitration as a social and as a legal institution*

There is little doubt, if any, that arbitration in general has grown and developed as the product of life and human relations within societies and associations other than the community organised in States' fashion. History shows a large variety of examples – from Roman times to Mediaeval practices within the Catholic Church, or from trade guilds of the Mediaeval and Renaissance world up to commercial associations in contemporary times – where arbitration has been widely resorted to within several social groups using this institution for their own purposes and regarding it as their own “jurisdictional” organisation. This being so, it is clear that arbitration should be regarded, first of all, as a social institution, which is not created as such by the law of the States, but is the result of the spontaneous developments occurring within different societies. The law of the State may show very different attitudes in its regard, but it is certain that its role always follows the self-organisation taking place within social entities and bodies where arbitration has been born¹⁴.

The attitude shown by States in different ages and countries is subject to radical changes depending upon general principles of legal theory or upon policies of the governmental authorities towards the minor communities existing within the framework of the State, and their self-organisational powers. To give but a few examples, it is well known that arbitration under English law is always subject to the so-called “supervisory jurisdiction” of the courts, which cannot be ousted from their inherent power to decide upon the “special cases” that may be stated before them¹⁵: decisions *ex aequo et bono* have therefore no place in arbitration according to the rules of English law, while the absence of reasons to be given by the arbitrators can reduce to some extent the rigidity of the rule. On the other hand, some legal systems – such as the Italian one – while admitting arbitration *ex aequo et bono*, tend to merge the arbitral proceedings and their result – the award

– within the general system of the State's jurisdiction, and to go so far as to consider such award as a judgment of ordinary courts at law and arbitrators as judges, therefore preventing foreign subjects from serving in the capacity of arbitrators in proceedings under Italian law¹⁶. Arbitration is then often considered as being of a purely public law nature, and this explains why the parties, in an attempt to avoid the burdensome forms and rules prescribed by the law, have large resort to another kind of arbitration, the so-called "informal" or "free" arbitration (*arbitrato irrituale o libero*), which in turn is nowadays recognised by courts, although merely in the contractual sphere¹⁷.

The situation is not different in so far as international commercial arbitration is concerned. As a consequence of the growing development of international trade, international commercial arbitration has become in the eyes of the world business community an essential institution designed for the settlement of disputes. A decisive factor for this evolution has been the establishment shortly after the end of the First World War of some permanent bodies active in the field of arbitration, and particularly the field of international commercial arbitration, such as the American Arbitration Association (AAA) and the International Chamber of Commerce (ICC)¹⁸. The institutional framework so provided was able to encourage larger resort to the use of arbitration, and to prompt the conclusion of the first international conventions regarding the subject, such as the Geneva Protocol of 1923 and the Geneva Convention of 1927¹⁹. The result of the strengthening of the institutional and legal framework has further increased the favouring of international private arbitration, and has enhanced its truly international character: this process has been further encouraged after the Second World War and has been, at the same time, an inducement to, and a consequence of, the major international conventions which will be considered later in these pages.

Here again the emergence of international commercial arbitration as the true means for settling international disputes concerning international trade meets with various attitudes on the part of States. Clearly, this is partly a consequence of the attitude taken with regard to arbitration in general, both national and international, but undoubtedly the latter situation gives rise to additional thoughts. In fact, recognition of unlimited freedom to make resort to international arbitration seems to pave the way for the free interplay of forces largely operating within the world business community, and to the social pressure towards arbitration which is largely present within this domain. If one considers that by so doing the actors on the scene of international trade tend to make themselves subject to rules other than those currently applied within their national States, and administered by different bodies, one may be led to think that the States should not simply ignore the above aspects, but on the contrary should retain strict control over the possibility that an essential part of the economic activity of their nationals be carried out within the framework of rules developed and administered beyond the scope of their powers²⁰. On the other hand it is apparent that States willing to adopt a hostile attitude could not reasonably confine themselves to restricting the possibility of hav-

ing recourse to international commercial arbitration, but should take different, and much more significant, measures in order to prevent private corporations from acquiring such socio-political dimensions in international economy as to appear in international relations as powers comparable to States, and even greater than many of those existing in the contemporary international community²¹.

Be that as it may, it cannot be overlooked that the current situation in the scene of international trade, and international economy in general, confirms the existence of a sphere largely independent from the States' rules, where administration of justice is usually obtained through recourse to arbitration. This can be favoured or discouraged depending upon political or other factors, but it cannot be ignored, nor can it be denied that it is a social fact the importance of which cannot be underestimated. On the other hand, the existence of a sphere where bodies engaged in international trade develop their own rules of conduct and settle their disputes without regard to municipal legal rules cannot be considered as the result of particular political or economic factors. It is the mere consequence of the lack of any international legal structure in the field of private relations, and at the same time the result of the attempt on the part of the world business community to overcome this situation by avoiding what can be viewed from the standpoint of international trade as an artificial barrier, i.e., the existence of different legal structures of national States. Large private multinational corporations from the Western world and State-controlled entities from the Communist countries are equally engaged and concerned in ensuring the institutional framework of international trade along the above-mentioned lines. Thus, it is submitted that it would be wholly unjustified and misleading to maintain that favour or disfavour for international commercial arbitration depends upon political and ideological factors, such as acceptance or refusal of free market economy. On the national level, the assumption that there is an immediate link between the recognition of the result of the interplay of forces operating within social groups existing within the State's community as a legal reality, and the acceptance of a "free market" philosophy, may have some ground. But this cannot be maintained when the international scene is considered. Here what can be considered as the world business community is not the result of a well-defined economic or social philosophy, but of the existence of a peculiar structure of international trade, largely independent from patterns followed within the national States coexisting in a contemporary international community.

3. The national or international character of arbitration

Thus international commercial arbitration can be considered as a social institution, recognised and adopted within the world business community. But can also the conclusion be drawn that it also constitutes a legal institution, resulting as such from a system, or at any rate, a body of rules, of law separate and distinct

from the State's legal system, such as for instance the so-called *law merchant*²²? It is the present writer's submission that such a conclusion, which is accepted by several authors dealing with international commercial arbitration, would be totally incorrect in so far as it identifies a given set of social facts with an autonomous and independent legal system as opposed to that of the States. In the light of the basic character of contemporary international society this cannot be maintained. Today's legal world still results from the subdivision of human society into a number of nationally organised communities, and States existing as a consequence of such organisation still play a decisive, even if no longer exclusive, role in the legal regulation of social life. When speaking in strictly legal terms, therefore, one cannot understand the words "international commercial arbitration" as indicating a legal institution governed by rules created by a legal system other than the State's. What international commercial arbitration purports to be as a social institution can be grasped with reference to the characters it shows in social facts. But what it can actually represent as a matter of positive law can be ascertained only through a detailed examination of the relevant rules as applied within the legal systems of States. Needless to say, particular regard must be had to the rules contained in international conventions which show the landmarks where the social institution has been able to obtain recognition as a corresponding legal institution, sanctioned by positive law²³.

The features of international commercial arbitration, as a widely accepted instrument designed to solve disputes within the world business community, can explain the reason why the terms "international" and "commercial" are used, but they do not allow suggesting a definition of those terms that may be valid on the different level of existing law. How, then, should international commercial arbitration as a legal institution be defined? And, is it possible to speak of "international" arbitration in this context?

The answer to these questions cannot be a clear-cut one. As to the "commercial" character, it is apparent that the general reference should be made to relations concerning trade, and corresponds as such to the widely accepted terminology. But if one turns to the particular rules set forth by international conventions, it appears that a reference to municipal legislations can hardly be avoided. As a matter of fact both the Protocol of Geneva of 1923 and the New York Convention allow the Contracting Parties to restrict the application of their rules to disputes concerning relationships considered as "commercial" according to the domestic laws of such Parties²⁴, while the Geneva Convention of 1961, although specifically devoted to international commercial arbitration, as indicated in its title, does not contain any definition, thus necessarily implying a reference to municipal laws.

As to the "international" character of arbitration, it should be noted, first, that the general acceptance of such a qualification does not result in a clear and uniform understanding of the meaning of the same. This is particularly so in view of the lack of any clear distinction between the factual and the social, on the one

hand, and the strictly legal standpoint, on the other. Then, if it is obvious that international commercial arbitration refers to international situations in that it is meant to solve differences relating to international trade, the extent and the implications of the qualification are not altogether clear.

4. *The international character of arbitration and municipal law*

There are at least two different directions in which the international character of arbitration may be of relevance, and therefore deserves discussion²⁵.

First, an arbitration may be understood as international in character in that it can take place without any contact whatsoever with any municipal legal system and on the exclusive basis of rules other than those set forth by such systems, both from the standpoint of the procedural rules to be applied by the arbitrators and from the standpoint of the material rules to be applied to the substance of the dispute. Those rules may be set directly by the parties' autonomy, or be produced by special sources other than those from whence the municipal rules originate. When so understood, the "international" character of the arbitration shows the extent to which the social institution is recognised by the law, and the result either of the free will of the parties, or of extra-national sources, is allowed to operate within the sphere of the municipal law. It indicates how far international conventions and municipal laws are prepared to go towards the complete denationalisation of arbitration procedures. Full international character is present where an arbitration can be organised and conducted until the award without giving to it any "national" character, i.e., without any connection with a municipal legal system. Nationality of a given State may be in this perspective an attribute of the *award*, but not of *arbitration* as such.

Second, the existence of an international character can be referred to in connection with the determination of the scope of certain legal provisions. This can take place, for instance, with a view to excluding the application of certain rules embodied in international conventions, where a dispute arises between nationals of the same State and refers to relations stemming from contracts entered into and to be carried out, without any foreign connection, within the territory of the latter. In similar situations, it could be maintained that no reason justifies the application of the rules contained in the convention. Therefore, one of the purposes for stressing the need of the existence of such an international character is to limit the application of rules concerning truly international arbitration to cases where sufficient foreign elements are present.

Such a different meaning of "international" in the context of arbitration is relevant mainly in connection with municipal laws aiming at defining the domain of application of international conventions in this particular field. Notable examples are some recently enacted statutes, such as the United States Act of 1970²⁶ and the British Arbitration Act, 1975²⁷. Strictly speaking, the characterization as "in-

ternational” refers here more to the subject-matter of the dispute than to the means of solving the dispute itself, and it recalls well-known techniques in the field of conflict of laws. It can, however, be introduced also in the text of international conventions, as is the case with the Geneva Convention of 1961, which specifically refers to *international* commercial arbitration: in similar cases it may be open to doubt whether the scope of the characterisation is to be determined through a reference to other rules of the convention itself (e.g., to those concerning the sphere of application of the same with regard to connecting factors referring to the position of the parties, such as residence) or independently from the latter. In any event, the international character of arbitration in the above sense does not concern arbitral proceedings in themselves, but rather a technical device to determine the scope of some legal rules concerning such proceedings: the lack of any such character may therefore prevent similar rules from being applied, with the ultimate result of making resort to truly international arbitration (in the first meaning mentioned above) impossible under the circumstances.

From a different point of view, the international character of arbitration in the second meaning referred to here can be taken into account by municipal laws in order to exclude the application of some domestic rules restricting the possibility of resorting to arbitration, or otherwise affecting the treatment of arbitration clauses or proceedings. A well-known example is given by French law, where provisions denying the capability of the State to enter into arbitral clauses have been deemed not to be applicable to international arbitration, and the doctrine of the “separability” of the arbitral clause has been asserted with regard to the same, as distinct from purely domestic arbitration²⁸. In similar cases, the purpose of distinguishing international from domestic arbitration is not to restrict the scope of certain provisions, as in the cases contemplated above, but rather to free international arbitration from restrictions imposed upon purely domestic clauses or proceedings.

5. The international character of arbitration and the international conventions

What has been remarked upon above in connection with the first notion of the international character of arbitration is of particular significance in view of the relationship between international commercial arbitration and the municipal laws of States, and some further comments should be added.

It has been stated that arbitration becomes international in character – from the standpoint of positive rules applied by municipal courts – when arbitration proceedings can be organised and carried out up to the award based upon the rules laid down by the parties themselves, or in any event by sources other than those of municipal legal systems, without any connection with, or any intervention by, the rules contained in any municipal legal system. In similar cases arbitration is not linked with any such system by any factor which may confer a national char-

acter upon it. Nationality of a given State will be given to the award only if and when such an award receives legal sanction on the part of some legal system as a consequence of its having been “introduced” within the same, and accepted by it through such devices as deposit, *exequatur* (leave for enforcement) or equivalent measures which recognise legal effects to the award also on the level of the legal system of the State.

To the extent that similar results can be achieved by means of international conventions, they represent the largest recognition of international commercial arbitration as a social institution that is practicable in the contemporary legal world. On the one hand they show undeniable progress with respect to older conventions, such as the Protocol of Geneva of 1923 and the Convention of 1927, which considered arbitration proceedings and awards as essentially linked with a given State and obliged the Contracting Parties to recognise the same as an expression of the legal systems (and therefore, of the sovereignty) of each of them, instead of imposing upon the States the recognition of arbitration as the result of social situations other than those contemplated by municipal legal rules. Nationality was presupposed here as an inherent character of all arbitration procedures and awards, such as closely connecting them with a given State: thus international conventions adopted in the essence the same point of view accepted by some municipal laws, to the effect of giving substantially equivalent status both to arbitral and jurisdictional proceedings²⁹. No arbitration was therefore conceived as validly instituted and conducted unless under the control (at least potential) of the legal system with which it was deemed to be connected by virtue of the applicable connecting factor³⁰. Similar perspectives have now been abandoned in the vast majority of countries, and a decisive role has been played in this regard by the progress achieved by international organisations through the conclusion of the more recent international conventions, and mainly of the New York Convention of 1958.

On the other hand international legislation has found several hindrances on its way and has not yet been able to completely achieve its purposes. In order to have a clear picture of the obstacles it had to face it is sufficient to recall the history of the events which led to the conclusion of the New York Convention. It is well known that the first initiative for the preparation of the Conference, whence the Convention originated, was taken by the International Chamber of Commerce which submitted in 1953 a draft convention aiming at the recognition of *international* arbitral awards³¹. According to the draft, arbitral awards originating from disputes concerning international trade, and having certain requirements indicated in the draft convention, were to be recognised by Contracting States as such, in view of the effects they had on the mere basis of the consent of the parties to arbitration. No link whatsoever with the legal system of the States was to be relevant for the purpose of recognition and enforcement of the awards. From this standpoint the international character of arbitration and of arbitration awards would have been recognised without any limitation in so far as States were bound to give effect within their legal systems to awards resulting from merely private proceed-

ings without any legally significant connection with their own systems and based only upon the rules of the convention.

Should this approach have been finally accepted by the Conference, which the United Nations convened on the basis of the report adopted by the Economic and Social Council in connection with the ICC draft, there would be no doubt that the international character of arbitration and awards falling under the rules of the convention would be recognised to the largest extent possible. The awards resulting from arbitration proceedings contemplated by the convention, subject to their fulfilling certain conditions, would become immediately binding and enforceable within the legal system of all contracting States, irrespective of any other connection with other States or their legal system. It would then be possible to maintain that international commercial arbitration as a social institution, based on the mere consent of the parties to arbitration and on no domestic legal rules, would result as such into a corresponding legal institution, accepted by and embodied within the rules applied by the courts of the States Parties to the international convention³².

As is known, however, the approach adopted by the ICC was rejected by the Economic and Social Council. When drafting its report on the ICC draft the Council relied in fact upon much more traditional notions, and considered any arbitral award as an expression of the sovereignty of the States, to be recognised as such by virtue of the convention. This approach followed the course adopted in 1927 by the Geneva Convention. But the attitude shown by the United Nations Conference after considerable debates, and finally embodied in the New York Convention, marks a partial return to the initial position of the ICC, as will be seen later³³. As a matter of fact, arbitral awards considered by the convention, although formally considered as "foreign" and not as international in front of the recognising States, must be recognised and enforced under the convention even if devoid of any connection with a State party to the same, unless the first reservation provided for in Article I, paragraph 3, applies. Reciprocity is not therefore necessarily implied, and this stresses the difference with regard to international conventions on recognition and enforcement of foreign judgments. Moreover, arbitration is not considered by the Convention as *necessarily* linked with a national legal system since the very commencement of the proceedings. Such a connection is contemplated by the rules of the convention only *ex post* in that they require that certain conditions for recognition and enforcement are present according to certain municipal laws (Article V). On the other hand it is disputed as to whether the rules concerning arbitral procedure as such must conform to some municipal law, or whether the free will of the parties only is governing³⁴.

The position of the New York Convention with regard to the international character of arbitration is therefore rather uncertain, as witness the fact that nowhere in its text are the words "international arbitration" employed. More significant in this regard is the Geneva Convention of 1961 which specifically provides for the devices necessary to complete organisation of arbitral proceedings since the very beginning until the award, without any connection with any national le-

gal system as far as procedural requisites are concerned. On the other hand it cannot be overlooked that this convention is accepted only by a limited number of States, and does not concern recognition and enforcement of awards. The introduction of these awards within the municipal legal systems depends therefore on the rules of the New York Convention or on any other rules that may be applicable in each case.

6. *Recent trends in international practice*

The attitude taken by the Geneva Convention of 1961 undoubtedly represents the most advanced step toward a denationalisation of international arbitration. Its limited acceptance shows, however, that not many States are prepared to commit themselves to go so far, and it should probably be admitted that the New York rules still indicate the largest extent that States may be expected to reach under conditions now prevailing, if one leaves aside very special cases such as investment disputes and related arbitration, which is now contemplated by the important Washington Convention of 1965³⁵. With regard to this convention, arbitration under its rules is certainly international in character in that it is completely administered within an international institutional framework, and it is entirely based upon the rules of the convention to the exclusion of any other source. But the high number of existing arbitral institutions active in different fields according to the rules of each one, and without any coordination³⁶, makes the example of the Washington Convention hardly susceptible of giving rise to comparable achievements.

As to recent trends, while it is easy to note that the movement towards unification of municipal laws concerning arbitration in general has found very little support from States (apart from the very special example of the uniform rules adopted within the CMEA countries)³⁷, and the draft uniform law contained in the Strasbourg Convention of 1966 has not been ratified by a sufficient number of States to cause it to enter into force³⁸, attention seems to have been focusing on the drafting of new arbitration rules. These may enable *ad hoc* arbitration to be conducted within a clear set of pre-existing rules other than those contained in municipal law, or even to be administered by institutional organisations existing within the field of arbitration, as the case may be³⁹. Mention can be made in this connection of the ECE Rules of 1966 and of the arbitration rules approved by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). Of course, all such rules are optional in that they apply only if the parties to a dispute have made a clear reference to them in the arbitral agreement. But when applied they afford a smooth development of arbitration proceedings in all procedural aspects, including appointment of arbitrators and indication of the rules applicable to the merits of the case⁴⁰. To what extent similar rules may result into a de-nationalisation of arbitration proceedings, does not depend clearly up-

on the rules themselves, but merely on the possibility they have to derogate from national rules having an imperative character. The answer to this question cannot be found in the rules, but in the pertinent principles embodied in international conventions.

In the light of the foregoing, the work to be done in the future in order to promote the effectiveness of international commercial arbitration as a truly international instrument to solve international trade disputes seems to imply a better coordination among existing international arbitral institutions and some harmonisation of the regulations applied by them, on the one hand, and the further encouragement to the largest possible accession to the New York Convention, on the other, which constitutes the basic charter of international arbitral justice between private parties.

Chapter II

The bar to the exercise of national jurisdiction

SUMMARY: 7. The authority of arbitrators and the jurisdiction of municipal courts. Domestic trends and international needs. – 8. The Geneva Protocol of 1923. – 9. The New York Convention of 1958. – 10. The Geneva Convention of 1961.

7. The authority of arbitrators and the jurisdiction of municipal courts. Domestic trends and international needs

The essential basis of international commercial arbitration is a private agreement, since arbitration in international trade is essentially voluntary. There is no room for any kind of “compulsory” arbitration, as may be found in some municipal provisions concerning for instance contractual relations with governmental entities. There may be, of course, some kind of social pressure towards the settlement of disputes by means of arbitration to the exclusion of any resort to jurisdiction, but this cannot have any legal significance unless it results in the stipulation of an agreement constituting what is usually called the arbitral clause. It is well known that such a clause may result from an actual submission to arbitration after a dispute has in fact arisen (*compromis*), or from an undertaking to submit any, or some, future dispute to arbitration (*clause compromissoire*). While the attitude of the courts of some countries towards undefined undertakings has been at times unfavourable, going so far as to exclude the validity of any clause other than one containing an actual submission⁴¹, it is now generally admitted that the treatment of both forms of agreement is the same as far as their impact upon the exercise of jurisdiction on the part of national courts is concerned, and this solution is confirmed in positive terms in international conventions⁴².

The agreement to arbitrate is the legal source of the authority and the jurisdiction of the arbitrators, so that many legal systems provide that the award can be attacked and annulled by courts in case all or some of its holdings go beyond the scope of the agreement itself. It sets the limits between the powers of the arbitrators and the general power of jurisdiction which remains vested in the courts according to the national rules relating to the organisation and powers of the State’s judiciary.

This being so, it is apparent that the effectiveness of international commercial arbitration can be ensured only to the extent that exercise of concurrent jurisdiction is precluded on the part of national courts over disputes having the same ob-

ject which the parties wish to take to arbitration on the basis of an agreement to arbitrate validly entered into. And still some legal systems have shown at times great reluctance in admitting such a consequence of the arbitral undertaking, although this is likely to appear as a logical implication of the legal significance of the agreement. Once again, the attitudes taken in this respect by national rules and by courts administering such rules reflect the general position taken by a given legal system towards rules and institutions created within social environments other than its own.

Two different examples offer a good illustration of the point: English and Italian laws. In England, courts always retain at law a strict control over the decision of legal issues, and may be called upon to rule over questions of law particularly, if requested to do so. The provisions of law contemplating this special “supervisory jurisdiction” of English courts are mandatory and cannot be contracted out by the parties, since it is the view of courts that this would be tantamount to ousting them of their jurisdiction⁴³. As Lord Justice Scrutton put it in *Czarnikow v. Roth, Schmidt and Co.*⁴⁴, “to allow English citizens to agree to exclude this safeguard for the administration of the law is contrary to public policy. There must be no Alsatia in England where the King’s writ does not run.” This is a traditional and firmly established viewpoint in English law and practice, deeply rooted in that legal system. Although it may to some extent depend on an instinctive distrust of arbitration, one may find it difficult to understand how it could develop in a country where specialised arbitration has enjoyed the largest diffusion – suffice it to think of commodities arbitration⁴⁵ – and a high reputation all over the world. But perhaps the peculiar institution of the supervisory jurisdiction of courts in the form of the *special* case procedure is in fact a compromise between the need to cope with the vast diffusion of arbitration in the business world, as a result of the basic principle of freedom of contract, and the desire to preserve the power and duty of courts to give the ultimate sanction to arbitration on issues of law, in order to avoid the development of bodies of private rules or the adjudication of issues on grounds of fairness and expediency in individual cases⁴⁶. And it should not be overlooked that the supervisory jurisdiction of courts is closely connected with the absence of any legal rule prescribing that the awards state the reasons for the decision of the arbitrators⁴⁷. In this perspective it appears to be a consequence of the desire of courts to retain control over a large sector of the law of international trade which might otherwise escape from the strict application of the law⁴⁸.

Another consequence of the same basic attitude is the existence of an inherent discretion of English courts to stay proceedings brought before them by parties notwithstanding the existence of a valid arbitral clause. Under the traditional rule courts have an inherent discretion to disregard such a clause if they consider that the ends of justice will be better served by a trial in the country⁴⁹. As will be seen, however, the position is entirely different when an arbitral clause exists to which international conventions apply. In these cases, as happened to the Geneva Protocol under the Arbitration Act 1950 and under the recent Arbitration Act 1975, as

far as the New York Convention is concerned, the courts must accede to an application to stay the proceedings when the necessary conditions are met.

The attitude taken by Italian law depends on entirely different principles. The basic rule concerning the subject was embodied in Article 2 of the Code of Civil Procedure of 1942, which prevented any derogation from the jurisdiction of Italian courts, unless the parties to a dispute were foreign nationals, or a foreign national and an Italian subject neither resident nor domiciled within the territory of the Italian State. This exceedingly restrictive rule seems to have been brought about as a consequence of a peculiar theoretical position, according to which the jurisdiction of courts is inherently universal in character, and courts have power to adjudge upon disputes that may be brought to them irrespective of the effectiveness of the link existing between any such dispute and the jurisdictional power of the State. According to the nationalistic conceptions prevailing at the time when the code was enacted, the possibility to have resort to Italian courts was viewed as an essential safeguard for Italian citizens. As may be seen, then, the position expressed by Italian law in this regard was not so much unfavourable to arbitration in itself as to foreign instruments for settlement of disputes⁵⁰. It can be added that similar principles had been accepted already in legal doctrine long before the enactment of the code of 1942, and it had been maintained, for instance, that an arbitral clause containing an undertaking to submit future disputes to arbitration abroad was not such to prevent Italian jurisdiction from being exercised, since this would have been tantamount to waiving Italian jurisdiction, and this could not be admitted⁵¹. On the other hand, it is worth recalling that according to the prevailing views in Italian legal literature and case law, arbitration is considered as an equivalent of judicial proceedings and its contractual character is ignored: as a consequence it can be understood that the treatment of foreign arbitration and awards, and of foreign judicial proceedings, is the same as to their effects upon the exercise of the jurisdiction of Italian courts⁵².

The way to overcome difficulties and obstacles connected with the peculiar features of national systems of law was therefore only the conclusion of international conventions imposing upon States Parties the clear undertaking to refrain from exercising their jurisdiction, upon application of one of the parties, with regard to disputes brought to arbitration by the parties, or capable of being settled by means of arbitration by virtue of arbitral clauses contained in the contract entered into by the parties.

8. *The Geneva Protocol of 1923*

The first step towards ensuring the possibility of achieving the above purpose was taken at international level as early as 1923 when the protocol on arbitration clauses was concluded in Geneva under the auspices of the League of Nations⁵³. Such a protocol applied, according to Article 1, to agreements, whether relating to

existing disputes or to future differences, between parties subject respectively to the jurisdiction of different States being parties to the protocol, by which the parties to a contract agree to submit to arbitration all or any differences that may arise in connection with such a contract⁵⁴. Article 4 provided that the courts of the Contracting Parties, on being seized of a dispute regarding a contract made between persons to whom Article 1 applies, and including an arbitral agreement which is valid by virtue of the said article and capable of being carried into effect, should refer the parties, on application of either of them, to the decision of the arbitrators. It was added that the reference would not prejudice the competence of the courts in case the agreement or the arbitration could not proceed, or became inoperative.

The rules contained in the protocol are of great significance with respect to the effectiveness of international commercial arbitration, especially when viewed against the background of the provisions set forth by many municipal laws at the time when the protocol came into effect⁵⁵. The obligation assumed by the Contracting Parties in Article 4, by which they undertook to refer the parties to the decision of the arbitrators, did allow, to a large extent, arbitral proceedings to fulfil their purposes without being frustrated by the intervention of municipal courts acting on the basis of their national rules. These rules remained the decisive factor in choosing the way in which the result imposed by the Protocol could be reached; as a matter of fact, the protocol did not impose upon the States the duty to bind the courts to a definite procedure, either to stay proceedings as is usually done in England, or to deny jurisdiction as in Italy, or to otherwise terminate proceedings as may be done in other countries. But they did prevent States from permitting internal procedures concerning the same object and between the same parties to be carried on, and this is what really matters.

On the other hand, application of the rules of the protocol was not unlimited. The major restriction depends on their binding effects being limited to arbitral agreements “between parties subject respectively to the jurisdiction of different Contracting States”, as stated in Article 1. If one considers that the application of the protocol never exceeded some 30 States, among which the United States is not listed, the practical impact of the restriction becomes apparent. More so in general, the classical reciprocity principle embodied in the Article – and reflected in the requirement that private parties are subject to the jurisdiction of *different* Contracting States – restricted the application of the rules of the protocol, according to the prevailing views, to cases where nationals of different Contracting States were involved⁵⁶ and stressed the link between the latter States and the arbitral proceedings, more than the need to recognise such proceedings in view of their inherent character as an international instrument for the settlement of international trade disputes.

Apart from the above restrictions, Article 4 of the protocol described the steps that municipal courts had to take when confronted with the existence of an arbitral agreement valid according to Article 1 and “capable of being carried into effect”⁵⁷. In similar cases, courts were obliged to “refer the parties, on the ap-

plication of either of them, to the decision of the arbitrators”. The only exception to this principle, according to Article 4, is represented by the case that “the agreement or the arbitration cannot proceed or become inoperative”. Although there may be some doubts as to the precise meaning of the terms referred to in this rule, and therefore as to the scope of the provision, it is clear that the protocol considers the competence of the courts to survive only as far as events subsequent to arbitral agreements are concerned which may affect the possibility of carrying on the arbitral proceedings. As to any other question the competence of the arbitrators should remain unaffected⁵⁸.

The rules in Article 4 of the protocol concern the steps to be taken by municipal courts when seized of certain disputes. But it results from the whole contents of the protocol that some duties are imposed upon the Contracting Parties also with regard to what could be indicated as the “positive” – as opposed to the “negative” – effects of the arbitral agreement, i.e., the recognition of the validity of the same in view of the authority of the arbitral tribunal and as the very basis of the whole procedure. This seems to be clearly implied in the meaning of “recognition” according to Article 1, and results in the international obligation of all Contracting States to apply their domestic laws in such a way as to afford that the above-mentioned effects of the agreements be produced when the necessary requirements are met.

But which national law should be applied to arbitral agreements according to the protocol? There is no clear answer to this question in the text of the convention, and the question remains therefore to be debated. However, since Article 4 provides that arbitration agreements must be capable of “being carried into effect”, it is reasonable to maintain that such “capability” cannot but be appreciated from the standpoint, and within the framework, of the rules that may be applicable in the State where arbitration is to take place. There is, in other words, such a strict connection between the arbitral proceedings and the bar to the exercise of the jurisdiction of the Contracting States as to make the latter conditional upon the possibility that the former can in fact be carried on on the basis of the arbitration agreement⁵⁹.

9. The New York Convention of 1958

The New York Convention embodies in its Article II some highly important rules concerning recognition of arbitral clauses. It is well known that the Article was introduced into the text of the convention at a very late stage of drafting⁶⁰ and this has originated some problems, the solution of which has been complicated by the lack of co-ordination between this Article and the other parts of the text. In any event, the rules set forth by Article II constitute a remarkable achievement in the treatment of arbitral clauses and are capable of ensuring that the effects of such clauses are in fact produced to the largest extent practicable.

(i) Article II (1) states that each Contracting State “shall recognise” an arbitral agreement provided it is “in writing” and concerns “a subject-matter capable of settlement by arbitration”. The obligation thus imposed upon the States certainly implies the duty not to hold judicial proceedings upon the merits of the case covered by the terms of the arbitration clause, as otherwise the clause would be devoid of any practical meaning. As did the Geneva Protocol, Article II (3) states the principle that the courts of a Contracting State, when seized of an action in matters in respect of which the parties have made an arbitral agreement, shall refer the parties to arbitration. The municipal courts are therefore under a duty, and have no discretion⁶¹, to grant the request to bring the dispute to arbitration and refrain from proceeding any further to adjudicate upon the case. As has been seen already, this is relevant in connection with the peculiar rules prevailing in States where courts have generally a discretionary power in this regard: as was the case under the protocol, the convention does not offer any room for any such power⁶². On the other hand, municipal legal systems remain free to provide for any technical means they may deem preferable in order to make reference to arbitration really effective; the convention does not compel States to follow any definite course of action in this regard, provided that the final result – i.e., no interference on the part of courts with regard to the decision of the dispute⁶³ – is ensured by municipal rules as applied by States parties to the convention.

While the “negative” effect of arbitral clauses upon the powers of municipal courts does not raise any doubt under the convention, it has been questioned as to whether any “positive” effect should also be granted to arbitral clauses by virtue of the conventional rules. In other words, does “recognition” of arbitration agreements under Article II also imply that States are bound to consider such agreements, when valid under Article II⁶⁴, as the basis for the existence of the authority and the jurisdiction of arbitrators, and for the conduct of arbitration proceedings? If it does so imply, then the rules of Article II would operate as uniform rules within the legal systems of the States which are parties to the convention, and the problem would then arise of determining whether, and to which extent, they would replace the municipal rules in force within those systems.

Although the issue is a controversial one, it is the present writer’s submission that Article II does not allow any restriction on the duty to recognise which it sets forth. Nothing in its terms suggests any such restriction. The mere fact that the obligation to recognise the so-called positive effect of the clauses would be totally unrelated to the rules set out in the other parts of the convention, as remarked on by a distinguished author, does not appear to be decisive in this regard⁶⁵: already it has been recalled that Article II was introduced very late into the draft convention, and some lack of co-ordination could not be avoided. On the other hand it was clearly the drafters’ intention to produce in the New York Convention the whole of the rules set forth in the Geneva Protocol, and it would be difficult to understand why the scope of the duty to recognise the effects of arbitration agreements should be construed in narrower terms under the convention than under the protocol.

The foregoing remarks do not imply, however, that the rules set forth by the convention with regard to arbitral agreements should entirely replace the municipal rules concerning the subject, thus depriving them of any practical value. The effects of Article II in so far as applicable within the legal systems of the Contracting States must be determined in accordance with the general scope of the convention. This refers clearly, although not expressly, to international commercial arbitration, and not to any arbitration proceedings that may fall under the national rules of a Contracting State. It should be concluded, then, that the duty to recognise the arbitral agreements under Article II does refer to the validity of the said agreements when they are regarded as the basis for bringing arbitration proceedings into effect under the municipal laws of a Contracting State, provided, however, that such arbitration, though governed by that law, can be considered as international in a broad sense. According to this principle, Article II will not apply to cases where an arbitration agreement is invoked within a State as the basis of proceedings to be conducted within its own territory if the parties are nationals of that State and the award is to be made in the same territory. But it shall apply whenever any relevant foreign connection exists, such as different nationality, residence or domicile of the parties, or the award is to be made in the territory of another State⁶⁶.

(ii) Arbitral agreements subject to recognition under the New York Convention are not fully defined by Article II. It is stated, however, that by arbitral agreements the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen, or which may arise, between them (therefore, both actual submissions and agreements to refer future disputes are covered by the rule)⁶⁷; that these differences must concern a defined legal relationship, whether contractual or not (Article II (1): they could not therefore concern any dispute which may arise between the parties in the future); that such relationship must concern a subject-matter capable of settlement by arbitration. The agreement must then be in writing, as defined under Article II (2). These elements provide a sufficient description of the agreements covered by the rules of Article II, so that it does not seem that many doubts are likely to arise in practice as to the possibility of referring an agreement to the terms of the Article. In any event it has been rightly stated that, should any uncertainty arise in this respect, resort should be had to the principles that are common to the municipal laws of the Contracting States, and only in the last instance to the conceptions prevailing within a given legal system⁶⁸. It should also be added that the said conceptions do not require consideration in themselves, in view of the essential features of arbitration as regulated in various national laws, but in so far as they are capable of indicating the peculiar aspects of international commercial arbitration, as an institution of the international business community, which international conventions and municipal laws make relevant.

According to Article II the subject-matter of the relationship in dispute must be capable of being settled by means of arbitration. The question may arise how arbitrability of the dispute must be determined. Since the rule embodied in Article II does not indicate any fixed standard, one is necessarily led to the conclusion

that the question can be answered only through a recourse to the traditional choice-of-law method, that is, through an indication of a national law as governing. Although in principle unfavourable to the effectiveness of international commercial arbitration, the lack of uniform regulation of the matter does not leave any space for a different result, and it can be understandable that the Contracting States have not yet been willing to go so far as to set forth common principles in a field where essential features of national legal traditions and standards are involved. One is forced to recognise here that the emerging needs of international commercial arbitration have not yet found adequate support and satisfaction on the international level⁶⁹.

As to the law governing the issue, the law of the State where recognition of the arbitral agreement is sought should prevail. This view appears to be supported by legal writers and by courts, which are not generally prepared to submit the question to the law of other countries. On the other hand, the logical connection between arbitrability and the issue of public policy makes it reasonable to consider the legal system, the jurisdiction of whose courts is at stake, fully entitled to decide upon the issue failing any indication to the contrary⁷⁰. As will be seen later, however, arbitrability of the same dispute may become relevant under a different law from the standpoint of Article II (3), whenever the lack of this quality makes the arbitral agreement "null and void, inoperative or incapable of being performed" for the purpose of that rule⁷¹.

(iii) Article II also sets the requirement that the arbitral agreement be "in writing" and specifically states that the term "agreement in writing" shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams (paragraph 2).

The formal requirements constitute a crucial issue with regard to arbitral agreements in international trade, since divergent, but equally important, needs are here in conflict. On the one hand speed is often of the essence, and formal requirements are generally detrimental in this respect. On the other hand formal aspects of contracts are frequently related to the protection of the weaker party to the transaction, so that such protection conflicts with the demand for a speedy conclusion of the transaction on the international level. Municipal laws offer very different solutions to the problem of reconciling diverging needs, but not infrequently they are not wholly satisfactory. The most delicate issues arise, as is well known, when the arbitral agreement is included in a standard contract form (frequently adopted, for instance, by private associations on the commodity markets), and the individual contract makes a general reference to the form, without specifically indicating the arbitral clause. In this case, it could well be disputed whether an agreement upon the clause has in fact come into existence, and whether this is an issue concerning the formal or the substantial aspect of the clause itself⁷².

The rule of the New York Convention aims at satisfying the need to make sure that an arbitral agreement has been really entered into, without hampering the speedy development of current international transactions. It sets forth the re-

quirement that consent to arbitration must be expressed in writing by both parties, and therefore an oral or presumed consent (in case of silence) is not sufficient. However, it adds that signature of the same document by both parties is not necessary, and an exchange of messages must be accepted as constituting a valid agreement even without the original signature by the parties, when this is excluded by the nature of the instrument, such as for instance telegraph or teleprinter⁷³. The ultimate test seems then to be the existence of consent in writing by both parties, even without original signature, at least in certain cases⁷⁴.

The rule does not seem to exclude that a general reference to standard forms of contract containing arbitral clauses can be taken as a valid consent to arbitration, even if there is no explicit reference to the clause in itself. This is a disputed issue in international practice and conflicting decisions can be found. Italian courts have shown special reluctance in accepting that the rules of the New York Convention have deeply affected the pre-existing rules or standards adopted by municipal law. According to the views prevailing before the acceptance of the convention by Italy, such rules required that an arbitral clause should be approved specifically in writing by the parties⁷⁵. This requirement is now undoubtedly superseded by virtue of Article II, but Italian courts have maintained that other principles adopted within the framework of the municipal system before the entry into force of the convention still have to apply. This has been so, for instance, as to the need of specific reference to arbitral clauses included in standard forms of contract. Applying a traditional principle accepted by municipal law with regard to contracts for which the law requires the written form *ad validitatem*⁷⁶, the court of cassation held that absent any such specific reference the "in-writing" requirement set forth by Article II (2) is not met⁷⁷. And what is much worse, it has gone so far as to deny that the same requirement had been met in a case where there was a specific reference to the arbitral clause, but this referred in turn to regulations adopted by an arbitral institution with regard to arbitration procedure⁷⁸.

Similar decisions, it is submitted, represent a blatant contradiction of the basic needs of international trade and of international commercial arbitration, which have been recognised by the convention, and bring about an arbitrary superposition of national conceptions upon the international rule expressed by the same. This cannot be considered as compatible with the obligations imposed by the convention upon the Contracting States⁷⁹.

(iv) As already mentioned, the courts of the contracting States are not bound to recognise under the New York Convention any arbitral agreement which they find to be null and void, inoperative or incapable of being performed. This is stated by Article II (3).

Since the rule does not set any standard, nor state any definition as to the above qualifications, it is impossible to avoid the conclusion that the validity, the operative character or the capability of being performed with regard to the clause may have to be ascertained in connection with the rules of a given municipal law. But, which national law? Among the various opinions expressed on this point, the

best suited to the needs emerging from the rule seems to be the opinion favouring recourse to the law (including its conflict rules) of arbitration, i.e., the law, if any, according to which arbitration proceedings are being, or are to be, carried on and which will give effect to the award. This seems to be preferable to recourse to the law indicated in Article V (1) (a) of the convention, or to other solutions⁸⁰. On the other hand recourse to a national law may be superfluous whenever the proceedings have not been made subject, by the parties, to any such law. In this case, all that needs be ascertained is whether arbitration can result in an award: this will in turn be subject to further control if, and when, application will be made for its introduction within the legal system of a Contracting State according to Article V of the convention, but until that time reference to arbitration will have to be granted by municipal courts without any testing of the validity of the clause under a specific national law. A different solution, it is submitted, would run contrary to the absence of any specific rule in Article II as to the law governing validity of the clause, and to the general character of the New York Convention with regard to international commercial arbitration as a social institution⁸¹ the same absence of any specific rule in Article II may be considered as a result of this if compared with the different rule set forth in Article V (1) (a).

Apart from invalidity, it might be questioned what the “operative character” and the “capability of being performed”, referred to the arbitral agreement actually mean.

According to the foregoing comments it can be assumed that what Article II wishes to make sure is that the arbitral agreement can result in a valid arbitration and award under the rules applicable to the proceedings (either applicable in force of the indication of the parties, or because they are contained in a law governing the arbitration according to the convention). Hence, the operative character and the capability of being performed of the agreement will have to be ruled out whenever arbitration cannot be held for any reason other than the invalidity of the agreement, as for instance lapse of time, lack of arbitrability of the subject-matter of the dispute according to the law governing the proceedings, death or incapacity of arbitrators, lack of jurisdiction on their part and so on⁸². On the contrary, it does not seem admissible to refuse to give effect to the arbitral agreement in view of the fact that the difference submitted to arbitration is connected with another which is not. This view has been adopted by an Italian court⁸³ which has applied in this respect some traditional principles of national law concerning the effects of connection between differences as to the competence of arbitrators acting under municipal law. However, this appears totally incorrect, and a latter decision of the court of cassation has upheld the latter point of view⁸⁴.

The arbitral agreement can be considered as incapable of being performed, or inoperative, for the purpose of Article II (3), also where it is apparent that the award resulting from the arbitral proceedings cannot be recognised and enforced in the territory of the State where recognition of the effect of the agreement is sought for whatever reason, either under the convention or under other rules that may be appli-

cable⁸⁵. It has been suggested by some writers that for the purpose of Article II one should test the validity and the operative character of the arbitral agreement under the choice-of-law rules of any State which may give effect to the arbitral award, in view of the fact that the rules of Article II are closely linked with the rules concerning recognition of awards⁸⁶. However, the convention does not seem to go so far. It should be admitted that the agreement is to be considered as incapable of being performed, or in any event of producing its effects, whenever it is certain that the arbitral award resulting from arbitration proceedings will not be recognised and enforced in the country where the effects of the agreement under Article II are sought⁸⁷. But this does not mean that before granting such effects a court should engage in an inquiry about the prospects of recognition of the award, which still may have to be rendered. It can be understood easily why the bar to the exercise of national jurisdiction is bound to cease once it is clear that the difference is not capable of receiving any settlement by means of arbitration through an award that may be enforceable within the State where proceedings have been stopped as a consequence of the arbitral agreement. But it is not altogether clear why the court should be engaged from the very beginning in difficult inquiries, nor which advantages could be drawn from a similar course of action. On the contrary, it is clear that the bar to the exercise of national proceedings will cease as soon as it becomes certain that the award is not capable of being recognised and enforced⁸⁸.

The problem raised by some writers as to whether effect under Article II must be given to arbitral agreements when the award is to be made in the territory of a State which is not a party to the convention, in the case that the State where the effects of the agreements are sought has made a reservation under Article I (3) of the New York Convention, thus excluding its duty to recognise and enforce similar awards is nothing but a peculiar aspect of the same question. Some authors maintain that, given the link between the various parts of the convention, recognition of arbitral clauses should also be excluded⁸⁹. But one could oppose the fact that the existence of such a close link is far from being certain: under the system of the Geneva Protocol and the Geneva Convention no similar connection existed, and it would be an odd result for the New York Convention to restrict the scope of recognition under Article II in comparison with recognition under the protocol. The absence of any clear indication to the contrary, it seems that the scope of Article II should be considered in itself, without any restricting connection with the rules regarding recognition of the awards. This allows the giving of effect to the arbitral agreements also in cases where the rules of the convention would not afford recognition and enforcement of the awards, but these nevertheless would be enforceable under bilateral treaties or the national rules of the State where recognition of the agreement is sought (Article VII (1) of the convention)⁹⁰.

On the other hand, one could not argue that the jurisdiction of the State would be unreasonably prevented from being exercised or otherwise stopped because it is clear that the bar will come to an end – as already mentioned – as soon as it becomes certain that the award is not capable of being recognised and enforced.

10. *The Geneva Convention of 1961*

A short mention should be made here of the Geneva Convention of 1961 on international commercial arbitration.

This convention is the result of many years of work performed within the United Nations Economic Commission for Europe, whose *Committee for the Development of Trade* decided in 1954 to appoint a working group in order to have a full restatement of the problems involved in the development of arbitral proceedings and in the enforcement of awards and proposals for their solution, especially with a view to contributing to the solution of problems involved in arbitration in East-West trade relations. The outcome of this work includes both the 1961 Convention and the complete set of rules of Arbitration of the United Nations Economic Commission for Europe, which were adopted and published in 1966⁹¹. Since, in the meantime, the New York Convention had been concluded and entered into force, the final text of the Geneva Convention does not include any provision concerning enforcement of arbitral awards, which had originally also been the object of the study.

The foreign remarks explain the special features of the convention. Its primary aim is not to solve problems resulting from the exercise of concurrent jurisdiction on the part of both municipal courts and arbitrators, or pertaining to enforcement of awards, but rather to pave the way for the development of the procedure of international commercial arbitration within the municipal legal systems. The drafters left, however, that such a result could hardly be achieved without interfering, to some extent at least, with the rules contained in the pre-existing conventions. Some of these interferences should therefore be examined in this connection.

Problems arising in connection with arbitral clauses are contemplated by Articles I, IV, V and VI of the convention and concern (i) the formal aspects of the agreement to arbitrate, (ii) the competence of arbitrators to adjudicate upon the issue concerning their own competence, and (iii) the plea as to the jurisdiction of municipal courts.

(i) The rules concerning the formal aspects of the agreements aim at taking a more liberal attitude with regard to form than Article II of the New York Convention. However, it should be noted that the result is not of great relevance. The issue before the drafters was the attitude to be taken with regard to arbitral clauses concluded by means of tacit acceptance of general conditions of contract, in particular of sale, in which an arbitral agreement is included. It is widely known that while several legal systems tend to validate similar clauses, others do not, nor does Article II of the New York Convention, as has been seen above. Article I (2) (a) of the Geneva Convention provides that "in relations between States whose laws do not require that an arbitration agreement be made in writing, any arbitration agreement concluded in the form authorised by these laws" is sufficient. Since there is no clear indication as to the laws mentioned in the rule, it is uncertain which rules should govern in the case: one might consider alternatively the

law of the place of arbitration, the law governing arbitral procedure, the law of the courts which may be called upon to decide questions concerning arbitration proceedings, or finally the law of the States with which the parties to the dispute are connected on the basis of nationality, residence or domicile. In view of the circumstance that the Geneva Convention only applies to disputes between parties having their habitual residence within the territory of Contracting States, reference to these laws appears justified⁹². But it is clear that the practical impact of the rules cannot be enhanced by similar uncertainties.

On the other hand, in view of the particular object of the convention and the perspective it adopted, the above rules do not have any impact upon Article II of the New York Convention when invoked in order to stop judicial proceedings before municipal courts. The formal requirement set forth in Article I of the Geneva Convention may be taken, therefore, as modifying Article II of the New York Convention only if one maintains that the latter rule covers also the so-called positive effects of the arbitral agreements, at least in certain cases⁹³. And this explains why writers denying this assumption are not prepared to accept that there is any interference between the two mentioned articles⁹⁴.

As to other provisions of the Geneva Convention, it is sufficient to recall here that the arbitral clauses covered by the rules of the convention may refer to all disputes arising between the parties (and not only to those arising out of a defined legal relationship as under the New York rules), and moreover, may be framed by the parties at their entire discretion (Article IV (1), thus omitting any indication other than the undertaking to arbitrate. "Blank" clauses are therefore permitted, and municipal laws would not be entitled to impose any additional requirement when the convention applies without incurring a violation of its provisions. However, it should be stressed again that this does not apply as far as the bar to the exercise of national jurisdiction is concerned, for the reasons already indicated.

(ii) Article V (3) of the convention states that the arbitrators are entitled to decide the issue concerning their jurisdiction and the existence and validity of arbitral clauses. Although the rule regards more the arbitral procedure than the arbitration agreements themselves, it should be mentioned here that it disposes from a practical standpoint of the most controversial issue concerning the so-called "separability", or independence of the clause, from the contract where it is contained, although it has no direct influence on the domestic rules concerning the problem as such⁹⁵.

(iii) As regards the plea as to jurisdiction of courts of law, the Geneva Convention does not reaffirm the basic principle set forth by the earlier conventions, notably at New York, according to which the parties to a valid arbitration agreement must be referred by the court to arbitration: it merely presupposes the existence of the principle, and tries to state further rules regarding the measures to be taken by municipal courts.

Article VI (1) sets forth a uniform procedural rule in so far as it provides that a plea as to the jurisdiction of the court, made before the court seized by either par-

ty to the arbitration agreement on the basis of the fact that an arbitration agreement exists, shall, under penalty of estoppel, be presented by the respondent before or at the same time as the presentation of his substantial defence. The rule reckons, however, with the municipal rules of procedure inasmuch as it adds "depending upon whether the law of the court seized regards this plea as one of procedure or of substance".

After having set further rules concerning the evaluation of the validity of arbitral agreements (Article VI (2))⁹⁶, the convention indicates how courts of law have to consider problems concerning the substance of the dispute or the existence, validity or lapse of arbitral agreements in case arbitration proceedings have been instituted by either party before any resort is had to courts. It is provided that the courts of Contracting States, when subsequently asked to deal with the same subject-matter between the same parties or with the question whether the arbitration agreement is non-existent or null and void or has lapsed, shall stay their ruling on the arbitrator's jurisdiction until the arbitral award is made, unless they have good and substantial reasons to the contrary.

While it is apparent that the drafters of the convention aimed at limiting courts' discretion in interfering with the development of arbitration proceedings to a substantial extent, the reluctance of States to accept such restrictions has resulted in such vague and indefinite wording of what might be called the "escape clauses" of the rules of the convention as to deprive them of a great part of their significance. It cannot but be acknowledged that States are not prepared to go so far as to waive similar limitations to the restrictions they are willing to accept, which they apparently consider to be necessary for the protection of the basic attributes of their judicial sovereignty⁹⁷.

Finally, Article VI (4) of the convention provides that a request for interim measures of conservation addressed to a judicial authority shall not be deemed incompatible with the arbitration agreement, or regarded as a submission of the substance of the case to the court. This rule can be hardly understood unless viewed against the background of another rule, which was contained in the same article in a previous draft of the convention. This provided that the courts of a Contracting State were under a duty to adopt such interim measures or measures of conservation which might be requested by the parties under the municipal law in case of judicial proceedings before the same courts. It aimed, therefore at ensuring full co-operation on the part of courts with regard to arbitration proceedings conducted in foreign States. Since the above provision was not accepted by the majority of the States, it could not be inserted in the final text of the convention. According to this text there is no international obligation upon the Contracting States to have any measures granted with regard to arbitrations falling under the rules of the convention, and municipal laws retain full discretion in this respect⁹⁸.

Chapter III

The arbitral procedure

SUMMARY: 11. The organisation of arbitration: current trends in practice. – 12. The territorial principle and the autonomy of parties. – 13. The impact of some peculiar features of municipal laws on international commercial arbitration. – 14. Trends towards de-nationalisation. – 15. The international solutions: the Geneva Protocol of 1923 and the New York Convention of 1958. – 16. The Geneva Convention of 1961. – 17. The law applicable to the substance of the difference.

11. *The organisation of arbitration: current trends in practice*

Once the existence and the validity of an arbitral agreement are established, arbitration proceedings can be initiated and arbitrators may turn to the merits of the case, or to other preliminary questions that may have been raised. Once the jurisdiction of States is prevented from being resorted to by either party, by force of the principles mentioned above in the preceding chapter, the proceedings are able to find their way towards adjudication. But the problem then arises as to which rules should govern the said proceedings and direct the conduct of the arbitrators and of the parties. Clearly this question applies to any aspect and to any phase of the procedure, from the submission of the dispute to the arbitrators, up to the award, including the composition of the arbitral tribunal, challenge of arbitrators, conduct of hearings, administration of evidence, appointment of experts, measures to be taken in case of default, and so on. Like any other procedure, arbitration cannot but take place according to a definite set of rules, failing which it is impossible to answer the manifold questions that may arise in the development of each case and no “procedure”, in the legal meaning of the word, could even be identified.

If one looks at the widespread experience in the field of contemporary international commercial arbitration, it is easy to perceive that international practice favours arbitration where all the procedural aspects can be governed by well-established rules administered by permanent bodies within an institutional framework, either specialised, as for instance various trade associations⁹⁹, or not, like the ICC and other national Chambers of Commerce¹⁰⁰. *Ad hoc* arbitrations still play their role in international practice, especially with regard to special fields, such as disputes arising out of long-term or investment contracts, but the role is certainly a minor one. In the case of administered arbitration all the aspects of ar-

bitration procedure tend to be covered by uniform rules issued by the permanent bodies administering arbitration, or by other international organisations. In case of *ad hoc* arbitration, especially when the case concerns large investment contracts, the arbitration agreement is usually remarkably complex, and aims at providing a set of rules designed to cover the most crucial issues in the proceedings, including the rules to be applied to the substance of the dispute.

In any event, it is a frequent feature in international commercial arbitration that the arbitral procedure is subject to rules other than those embodied in municipal laws, which are applicable to arbitral proceedings by virtue of their having been either laid down by the parties to the dispute or referred to by them in the arbitral agreement. Therefore, international commercial arbitration becomes able to operate as such and to perform its typical functions in relation to legal systems of States to the extent that these allow the arbitral procedure to be carried on based on the rules according to which it is to be organised in the practice of international business. Inasmuch as municipal laws prevent this organisation from being recognised, international commercial arbitration cannot exist as a legal institution truly international in character and is subject to alterations of its essential character as a result of the operation of municipal principles designed to apply to different situations.

A similar impact of municipal legislation is not infrequent in practice. Every State has its own legislation on arbitration, and this legislation is intermingled with national rules of civil procedure to such an extent that the traditional peculiarities of the procedural system heavily influence the basic feature of the law of arbitration. The procedural vagaries of municipal laws, meaningful as they may be for the judicial procedures before national courts, are likely to result as prejudicial to the effectiveness of an arbitration process. On the one hand, they may impose the application of municipal rules which are not best suited to the needs of international commercial arbitration; on the other, they may cause the adoption of standards and principles that do not allow an appropriate consideration of the peculiar features and needs of this institution¹⁰¹. Some examples of this are shown in the following paragraphs.

12. *The territorial principle and the autonomy of parties*

The approach of municipal legislations to the problems concerning the different aspects of arbitral procedure is largely influenced by general theories on arbitration and by general principles of jurisprudence.

There are two basic principles which municipal laws may adopt, and whose adoption leads those laws to the very different treatment of issues relating to arbitration procedure. On the one hand the law can follow a strictly territorial principle. This means that any arbitration whose seat has been fixed in the territory of the State will be made subject to the procedural rules prevailing in the same territory, and will be considered as a “national” arbitration. In general, although not

strictly necessarily, a similar attitude will restrict within extremely narrow limits the possibility that the parties may replace the legal provisions with other rules that they may consider as more appropriate for the conduct of the proceedings. Such an approach may rest on purely theoretical or conceptualist arguments, as is mostly the case in some countries such as Italy, where arbitration is considered as “equivalent” to judicial proceedings before courts of law, and therefore necessarily governed by the same territorial principles¹⁰². Or it may be based on entirely different grounds and be closely connected with peculiar national traditions, as is the case in England, especially with regard to the supervisory jurisdiction of the courts, already mentioned here¹⁰³. In any event, the territorial principle in the meaning mentioned above is largely followed in modern legislations, and it seems to be adopted in several countries, such as Japan¹⁰⁴, Sweden¹⁰⁵ and probably Switzerland, at least if one follows the references given by the Notes to the Swiss Intercantonal Arbitration Convention of 1969, and within the scope of its application¹⁰⁶⁻¹⁰⁷. Common law countries are, in general, inclined to accept the same principle.

Against this approach there is, on the other hand, a trend favouring the conception of arbitration as a result of the contractual autonomy of the parties. If arbitration is to be regarded as the product of the free choice of the parties, who prefer to have their disputes settled by private judges instead of by courts of law, there is no reason to consider arbitration proceedings as necessarily linked with the law of the place where the “seat” of arbitration has been fixed. Like contractual obligations in general, arbitration can thus, according to this approach, be governed by the law chosen by the parties, even if different from the law of the place of arbitration. Arbitration proceedings held in the territory of a State can therefore be governed by the laws of other States whose “nationality” they acquire from the standpoint of the legal rules applicable in that territory.

The latter possibility exists to a large extent, although not the same everywhere, under the laws of several countries, such as for instance France¹⁰⁸ and the Federal Republic of Germany¹⁰⁹ even if the reasons which may be given for the same conclusion are not the same in the two countries.

The consequences of the adoption of either view are entirely different, not only with regard to the rules governing arbitration proceedings as such, but also as far as the determination of the law applicable to the substance of the dispute is concerned. If, on the one hand, the territorial principle leads to a close connection between the place of arbitration and the procedural rules to be applied, the principle of contractual autonomy leaves the parties entirely free to determine which law they deem expedient to apply to the procedural aspects of arbitration. But on the other hand, when the territorial principle is adopted, arbitrators cannot but decide upon the merits of the case according to the municipal law, including the conflict rules, of the place where arbitration is held. To put it in the words of the articles adopted at Amsterdam (1957) and at Neuchatel (1959) by the *Institut de droit international*¹¹⁰, and precisely of Article 11, “the rules of choice of law in force in

the State of the seat of the arbitral tribunal must be followed to settle the law applicable to the substance of the difference”, and the will of the parties can be of relevance only “within the limits of such law”. Again, the power to decide *ex aequo et bono* or according to the rules of professional bodies may be given by the parties to the arbitrators “only if the law of the place of the seat of the arbitral tribunal so authorises them”. Although not in force as a rule of positive law, the above article is perhaps the best restatement of the legal consequences of the acceptance of the territorial principle as to the determination of the law applicable to the substance of the dispute.

On the contrary, should the principle of contractual autonomy apply, the law to be applied to the merits of the case should be selected according to the choice-of-law rules of the law applicable to arbitration as such, and therefore on the ultimate basis of the will of the parties.

13. *The impact of some peculiar features of municipal laws on international commercial arbitration*

Conflicting as they may be, the consequences to which the above-mentioned approaches lead tend to coincide in that they tend to frame the procedural aspects of international commercial arbitration within the standard rules adopted by municipal laws. Irrespective of its entirely different origin as a social institution, international commercial arbitration is thus made subject to the provisions developed within the framework of municipal laws, and treated by each State as national or foreign arbitration according to the various attitudes taken by national systems.

To give but a few examples: it has been recalled already that the “supervisory jurisdiction” of courts is an inherent feature of the English arbitration system¹¹¹. Since English law adopts a territorial approach, it is clear that any arbitration, the seat of which has been fixed in the territory of England, will be subject to the intervention of courts in the forum of the special case procedure, no matter how “international” the dispute may be. Moreover, arbitrators sitting in England will never be entitled to decide *ex aequo et bono*, even if the parties so desire and expressly authorise the arbitral tribunal to so adjudicate. On the other hand, arbitration proceedings taking place on Italian territory according to Italian law would not entitle – apart, of course, from the application of international conventions – any foreign subject to serve as an arbitrator, irrespective again of any foreign connection of the case and of the proceedings.

Moreover, municipal attitudes are likely to influence the consideration of problems concerning international commercial arbitration even without imposing the application of peculiar rules of national origin. Under Italian law, the strict jurisdictional approach generally adopted by legal writers and by courts when dealing with problems concerning arbitration has led in practice to a large development of the so-called “free” or “informal” arbitration, which has been mentioned already

in these pages. This is a peculiar legal institution whose character is the object of large doctrinal debate, and represents a kind of out-of-court private settlement of disputes by means of a simplified arbitral procedure not governed by the rules of the code of civil procedure on arbitration¹¹². “Free” arbitrators are thus exempted from the application of the said procedural rules and are empowered to render an award that may be based on strict law or on an amicable settlement of the dispute¹¹³. The essential feature of the award, which marks the distinction between free and formal arbitration, lies in the fact that it is binding on the parties, but cannot be made directly enforceable by means of the mere deposit with the registry of a lower court, as is the case with formal awards. “Free” awards can be enforced only after they have been made the object of an ordinary judgment or of an injunction by the court.

The jurisdictional approach frequently adopted in Italy when facing problems relating to arbitration and the development of the so-called free arbitration have led to applying the distinction between “formal” and “informal” arbitration to arbitral proceedings governed by rules other than those of Italian law. Hence, arbitration under the Rules of the ICC or of other trade associations has been at times considered by Italian courts as “free” arbitration in view of an overall appraisal of their characters within the framework of the provisions of Italian law concerning the subject. This approach, it is submitted, is completely wrong and brings about a total misconception of the essential characters and needs of international commercial arbitration¹¹⁴. It is true that in cases where foreign arbitration proceedings have been treated as “informal” by Italian courts this has mainly been done for the purpose of avoiding the application of certain Italian provisions, which could have prevented foreign awards from being enforced, and therefore with the desire to favour arbitration¹¹⁵. But the approach is equally dangerous and should not be followed. Arbitration governed by rules other than the Italian ones can be neither formal nor informal, and recourse to similar classifications is particularly misleading in the field of international commercial arbitration.

14. *Trends towards de-nationalisation*

In view of the situation resulting from the above-mentioned attitudes of municipal laws, on the one side, and from the emerging trends in the field of international commercial arbitration, on the other, it is apparent that full recognition of the essential feature of the latter with regard to its procedural aspects implies the full operation of the procedural rules adopted by the parties by virtue of the arbitral agreement. Such operation can be ensured only when the free will of the parties is granted the power to set forth the rules applicable to the proceedings, either through reference to a specific set of municipal rules, or by the adoption of other rules not being part of any national legal system and made applicable through a reference to pre-existing regulations, or laid down directly by the parties.

The said power can be granted to its largest extent only by virtue of an express recognition contained in an international rule. Choice-of-law rules, as usually adopted by municipal legislations even when allowing the choice of a national set of rules to govern arbitration proceedings, are not such to afford the development of the arbitral procedure according to the rules chosen by the parties beyond any interference on the part of the governing law. This can in fact contain imperative rules from which the parties are not allowed to derogate. On the other hand, resort to municipal rules may become necessary where co-operation in the development of the procedure is needed, and the rules which the parties have made applicable are not sufficient to ensure that the proceedings can be carried on through the assistance of an arbitral organisation other than the State's judiciary.

The detachment of the arbitral procedure from any municipal legal system and its organisation according to the free will of the parties to the dispute require therefore that the operation of the said autonomy is recognised by means of an international convention, which also makes this aspect of international commercial arbitration relevant with regard to national laws. When the parties' autonomy becomes able to regulate the whole of the arbitration procedure without any connection with municipal laws, and when international regulations (either independent from the conventions, or provided for by the convention itself, as is the case with the Geneva Convention of 1961) provide the parties with the machinery and facilities which may enable arbitration proceedings to fulfil their purposes without any resort to municipal courts, then it can be said that International commercial arbitration is recognised as such, in its truly International character, by the legal systems of the States which are parties to the convention¹¹⁶.

It should perhaps be added that recognition of the will of the parties as the technical device to achieve the above purpose does not mean that such will is entitled to operate within a void space, where the legal System of the State is not effective¹¹⁷. International conventions that assume the parties' autonomy as the decisive factor do not impose upon the States the duty to "free" International commercial arbitration from the application of their own laws. The conventions create a link between the social institution of International commercial arbitration and the legal systems of States in that they oblige the latter to give effect within their domain to the former. But the effects so granted to the autonomy of the parties are valid in so far as they are based upon the law of the Contracting States, as framed by virtue of International conventions imposing certain rules. The regulation of International commercial arbitration within the legal systems of States parties to the conventions certainly does not result in "exemption" from the sovereignty of the law, and the absurdity of any similar inference cannot be used as an argument against any theory aiming at conferring on the principle of the parties' autonomy all the effects it is capable of producing under International conventions.

On the other hand, the role recognised in the parties' autonomy by the most recent International developments in the regulation of arbitration proceedings does not imply that the basic requirements of due process become irrelevant. The mu-

nicipal laws that would otherwise be applicable to the proceedings may no longer be a test for the validity of arbitral procedure actually followed when there is a different choice by the parties. But the essential requirements of due process must still be respected, not as a consequence of the applicability of such laws, but as a part of the basic requirements of public policy, whose respect is a condition for recognition and enforcement of arbitral awards, as will be seen later.

15. *The international solutions: the Geneva Protocol of 1923 and the New York Convention of 1958*

Turning now to International conventions where the regulation of arbitral procedure has been taken into account, one should first mention the provision contained in Article 2 of the Geneva Protocol of 1923. While the provision concerning the effects of the arbitral agreement, as embodied in Article 1 of the Protocol, was of great significance for the international arbitral process, the same cannot be said as to the rule set forth in Article 2. This rather cryptic provision stated that “the arbitral procedure, including the constitution of the arbitral tribunal, shall be governed by the will of the parties and by the law of the country in whose territory the arbitration takes place”. Although the real intention of the drafters does not seem altogether clear, it cannot be denied that the provision implies a reference to the municipal law of the State where the arbitration takes place, and that this law seems to be applicable by virtue of the territories principle, to which the protocol would therefore seem to adhere. The most acceptable construction of this provision thus leads to admitting that the autonomy of the parties is only entitled to regulate the proceedings where no mandatory provision of the local law exists: on the contrary, it cannot derogate from the rules having a mandatory character¹¹⁸. Article 2, in this sense, does not contain any choice-of-law rule, since the will of the parties and the local law would apply concurrently to the arbitral procedure, and the latter could not be replaced by any other law selected by the parties, nor would these be entitled to shape the procedure without any reference to any municipal laws.

Notwithstanding this, the provision of Article 2 of the protocol was in a sense remarkable, especially when viewed against the background of the general attitude of legislator prevailing at the time when the protocol was entered into, in so far as it stressed that the will of the parties did play a role in International commercial arbitration. By submitting the arbitral procedure to the will of the parties, although within the framework of the local law, the protocol implied that it was for the parties to decide where an arbitration had to take place, so that the law governing the procedure would depend, albeit indirectly, on their choice¹¹⁹. Therefore, the rule prevented Contracting States from denying any relevance to the parties autonomy in this respect, by making the connecting link between arbitration and municipal law depend upon factors which the parties could not modify.

The New York Convention does not make the arbitral procedure the object of direct consideration in its rules. The primary aim of the convention is, in fact, to provide for the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, and not to regulate problems concerning arbitration proceedings. Similar problems are only taken into account from the standpoint of recognition and enforcement of arbitral awards, in so far as violations of provisions concerning the procedure can hamper such recognition and enforcement. Application of certain procedural rules is viewed, therefore, as a prerequisite for enforcement only *ex post*, and the convention in itself does not provide assistance in view of the organisation of arbitration as such at the time when arbitrators must determine the rules to be applied to the procedural aspects of arbitration.

Notwithstanding this, the convention does contain a rule which is of the utmost importance for the solution of problems regarding arbitral procedure. Although the conventional rules have no direct impact on the municipal provisions contemplating the arbitral procedure, the mere fact that arbitrators acting in international arbitration proceedings are aware that the award they will render will be recognised and enforced, provided that it complies with certain procedural standards, is in itself of great significance and can effectively direct the conduct of arbitration.

The provision referred to is contained in Article V (1) (*d*) of the convention. This states that recognition and enforcement of the award may be refused if the party against whom it is invoked furnishes to the competent authority of the country where recognition and enforcement are sought proof that

“the composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place”.

It results from the above rule that the agreement of the parties is the paramount test as far as the composition of the arbitral authority and the arbitral procedure are concerned. While the violation of any provision set forth by the parties may result in a bar to the recognition and enforcement of the award, respect of any particular national law is not specifically required by Article V, unless of course the parties did not regulate some specific aspects of the procedure. In this case, the law of the place of arbitration will provide the ultimate test.

This is made clear by Article V (1) (*d*) in so far as it submits the composition of the arbitral authority and arbitral procedure to *the agreement* of the parties and not to *the law* agreed upon by the parties themselves. The wording used in this rule is different from the wording of any other rule of the convention where resort to a specific national law is made, and this seems to be a case where the general rule of interpretation of treaties as set forth by Article 31 (1) of the Vienna Convention on the law of treaties applies. The “ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose” cannot but lead to the conclusion stated above.

It has been maintained by some writers that according to the provisions of Article V (1) (d) the parties are free to choose the law to be applied to arbitral procedure, but not to shape the same according to the provisions other than those contained in any municipal law. Such rules, as for instance those adopted by some arbitral institutions, would thus be applicable only to the extent that they were compatible with the municipal law indicated by the parties, or failing this with the law of the place of arbitration¹²⁰.

However, this view is not convincing. On the one hand, it is clearly contrary to the wording of Article V (1) (d), and therefore to the general rule of interpretation set forth by the Vienna Convention. This would be sufficient to rule out any possibility to draw argument from the preparatory works of the convention, which under the provision of Article 32 may be resorted to in order to contradict the meaning resulting from the application of the general rule only if and to the extent that the interpretation under the latter leaves the meaning ambiguous or obscure, or leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable. While the meaning of the rule under Article V (1) (d) is certainly not ambiguous or obscure, it does not seem that the result to which it leads may be qualified as such. On the contrary, it appears to be perfectly in line with some basic requirements of contemporary international commercial arbitration, which, even if not unanimously accepted by delegates at the New York Conference, were certainly kept in mind by many of them and influenced the work of the conference with regard to many points dealt with by the convention¹²¹.

On the other hand, it may be recalled that the more liberal interpretation of the provision in question was accepted by the Supreme Court of the Netherlands (*Hoge Raad*) in a very famous case, *Société européenne d'études et d'entreprises v. Federal Republic of Yugoslavia*, decided on 26 October 1973¹²², although the holding as to Article V (1) (d) did not influence the final decision of the case¹²³.

If the above conclusion is correct, it should be stressed that by virtue of the provision included in the New York Convention the parties are free to make recourse to any private regulation of the arbitral procedure, other than those set forth by municipal laws, such as the Rules of the ICC¹²⁴ of the Economic Commission for Europe of the United Nations (or their Asiatic equivalent, ECAFE) or more recently of UNCITRAL¹²⁵. By so doing they are entitled, as a consequence, to organise an arbitral procedure wholly independent from any local system of law which may be assisted by permanent institutions, in order to remedy defaults or lack of co-operation by either party and is entitled to recognition on the part of all the States Parties to the New York Convention. Such arbitration proceedings can thus be viewed as truly international in character in that they can be organised and carried on up to the award without any reference to any municipal law by virtue of the provisions that the parties may have selected according to the demands of the world business community.

16. *The Geneva Convention of 1961*

A further step has been made on a regional scale in 1961 by the Geneva Convention. As has been recalled already, this convention sets forth direct rules affecting the regulation of arbitral procedure as contained in municipal laws and aims at regulating on an international level several points which were previously left to the unfettered discretion of national legislations.

As for arbitral procedure, the convention sets forth significant rules in Articles IV, V, VII and VIII. Mention should be made here particularly of the provisions of Article IV with regard to the organisation of arbitration, and of Article VII with regard to the law applicable to the substance of the dispute.

Article IV is the result of the desire of the framers of the convention to ensure effectiveness also for arbitral agreements lacking any indication other than that the dispute must be referred to arbitration (so-called "blank" clauses). When similar clauses have been inserted by the parties into the text of an agreement without any provision as to the appointment of arbitrators, the procedure to be followed and so on, many difficulties are likely to arise in practice. Even if the municipal law that may be applicable to the arbitral agreement does not consider it as null and void as a consequence of the lack of certain mandatory indications, it may happen that lack of co-operation by either party obliges the other to have recourse to municipal courts in order to enforce the agreement. Supposing this to be possible, the result would be almost by definition practical difficulty, lack of certainty and unpredictability of the final outcome.

Article IV of the Geneva Convention provides remedies for similar occurrences. It states, first, that the parties shall be free to submit their disputes to permanent arbitral institutions, in which case the rules of the same shall govern the proceedings, or to *ad hoc* procedures, in which case the parties shall be free to provide the means they prefer as to the appointment of arbitrators, to determine the place of arbitration and to lay down the procedure to be followed by arbitrators. Thus any municipal rule setting forth limits to such freedom cannot be applied to the extent that the convention is applicable. The convention sets forth, beyond any doubt, the principle of full freedom of the parties in respect of procedure, confirming that this need not be subject to any municipal law, unless the parties have omitted to set out rules concerning the subject.

Moreover, Article IV provides a complex regulation establishing machinery designed to enable arbitration proceedings to be conducted also where the arbitral agreement is defective in one or more respects, or one of the parties is unwilling to co-operate in the organisation of arbitration. The necessary tasks are to be performed by the Presidents of the national Chambers of Commerce of the countries where the parties are resident, and sometimes by a special committee, whose composition and procedure are described and regulated in an annex to the convention.

It is impossible to describe here in some detail the functions that such a com-

mittee should perform under the convention¹²⁶. It should be recalled, however, that although it does not seem that the above machinery has been largely resorted to in practice, the fact itself that an international convention has been able to establish an impartial organism vested with relevant powers in the field of the organisation of international arbitration, is of the utmost importance. The “internationalisation” of the arbitral procedure, even absent of any reference to the rules of permanent arbitral institutions, is therefore achieved by means of international rules, which the Contracting States are bound to apply. And this means that arbitral proceedings can be organised and carried on without any recourse to the rules of municipal law and their application by national courts.

The above machinery has been set up by the Geneva Convention, as is well known, especially in view of East-West arbitration, i.e., arbitration concerning disputes arising from commercial transactions between Eastern and Western Europe¹²⁷. The convention, and in particular its Article IV, has therefore a rather limited scope. On the other hand, how reluctant States are to accept that arbitration may take place on the basis of a-national rules, wholly independent from municipal laws, and that municipal courts are deprived of any power in this respect, can be gauged from the very fact that five Western European States, which are parties to the Geneva Convention, have entered into a separate arrangement concerning the application of the European Convention on International Commercial Arbitration, designed to exclude the intervention of the Chambers of Commerce and of the Special Committee in cases where Article IV would apply, and to replace it with ordinary recourse to national courts having jurisdiction¹²⁸. Hence it is clear that the provisions contained in Article IV and the above-mentioned text should be viewed as a very special example of co-operation in the field of international commercial arbitration. Beyond the scope of their application, the task of organising arbitration proceedings on the basis of rules other than the municipal law provisions can only be fulfilled by complete sets of rules laid down by permanent arbitral institutions, or by other international organisations to which the parties should make express reference.

The most significant aspect of Article IV remains therefore the absolute freedom granted to the parties in shaping arbitration procedure. This is a turning point in modern international conventions concerning arbitration. It is interesting to note the change, that has taken place in this respect in the Rules of the ICC as a consequence of the New York and Geneva Conventions. While Article 16 of the 1955 version of the Rules provided that arbitration proceedings were governed by the Rules themselves, or failing a provision in the same, by the rules of the law of procedure chosen by the parties, or failing such choice, by those of the law of the country where the arbitrator held the proceedings, Article 11 of the 1975 version of the Rules provides that, where the Rules are silent, the proceedings shall be governed by any rules which the parties (or failing them, the arbitrators) may settle, and whether or not reference is made thereby to a municipal procedural law to be applied to the arbitration. Thus the Rules recognise that arbitration proceedings

are to be governed by the will of the parties to the exclusion of any necessary link with any municipal law. The power of the arbitrator to supplement the Rules, when needed, is provided for in the Rules, and is therefore to be deemed covered by the agreement of the parties who have designated the ICC Rules as applicable to the procedure¹²⁹.

17. *The law applicable to the substance of the difference*

Closely connected with the most recent developments concerning the rules to be applied to arbitral procedure is the determination of the law applicable to the substance of the dispute.

There is no specific provision in this regard in the New York Convention. As already mentioned, the convention does not contemplate arbitral procedure as such, and problems relating directly or indirectly to the same are of relevance only in so far as they may result in an obstacle to the recognition and enforcement of the award. Since this is certainly not the case with the substantive law to be applied by arbitrators (nor was it the case under the Geneva Convention of 1927), the silence of the convention in this regard is not altogether surprising.

The two basic theories proposed as to arbitral procedure, which have been mentioned above, bring about very different results as to the selection of the substantive law to be applied by arbitrators. The territorial approach, as supported by many authoritative writers and adopted by the *Institut de droit international*¹³⁰, necessarily leads to the strict application of the conflicts system of the *lex arbitratus*, i.e., of the law where the arbitration takes place. The opposite “contractual” approach favours a greater flexibility in that it is not strictly linked with the choice-of-law rules of the law of arbitration, but in principle simply suggests a different determination of the law governing the proceedings without denying that such law should be the basis for the selection of the law applicable to the merits of the case¹³¹.

Once it has been recognised that arbitration may have no fixed and pre-determined applicable law (*lex fori*), since it can be simply governed by the rules set forth by the parties’ autonomy, the very basis on which the choice of the applicable law is to rest becomes doubtful. On the other hand, the theoretical attitudes just mentioned are confronted with a factual situation where no primary reference is made to national laws, but rather to composite sets of rules of different origin, resulting from sources other than those of national laws, either customary or international, or even to general principles pertaining not only to law, but rather to fairness and to what is just and equitable. This is particularly the case in arbitration proceedings under the rules of trade associations or of the ICC, where the “law” of international trade is not identified with any national provisions, but rather with all the usages, customs and rules observed in the practice of the trade¹³².

From the above-mentioned standpoint it is possible to appreciate the solution adopted as to the determination of the law applicable to the substance of the dis-

pute by Article VII of the Geneva Convention of 1961, which has then become the example widely accepted by the rules adopted and proposed by other bodies such as ICC and UNCITRAL. Article VII (1) reads:

“The parties shall be free to determine, by agreement, the law to be applied by the arbitrators to the substance of the dispute. Failing any indication by the parties as to the applicable law, the arbitrators shall apply the proper law under the rule of conflict that the arbitrators deem applicable. In both cases the arbitrators shall take account of the terms of the contract and trade usages”.

The freedom of the parties to choose the law applicable to the substance of the difference is therefore the paramount test. It is recognised by the convention in the broadest manner, as the choice does not depend on any other connection between the facts of the case and the law selected, nor requires any particular “international” character in the relationship. The choice may be made by the parties at any time, even after the dispute has arisen.

When no choice has been made, the rule embodied in Article VII (1) gives the arbitrators a wide discretion, which leaves some room for doubts. It may be questioned, for instance, whether the arbitrators are necessarily bound to select a definite conflict of laws system of a State, or whether they are entitled to determine the substantive law applicable to the substance of the difference, although through the application of some rule indicating factors connecting the factual situation with the law to be applied, but possibly different from any positive choice-of-law rule contained in municipal laws. The second alternative seems to be preferable in this context, and it appears to be confirmed by the practice currently followed by arbitrators acting within the framework of institutional arbitration bodies, such as the ICC¹³³. As a matter of fact, general or comparative conflict principles seem to have been frequently followed by arbitrators, more than specific conflict rules. Moreover, since the terms of the contract and trade usages must be taken into account under Article VII of the convention, the practical effect of the rule is frequently that of making such terms and usages prevail over any conflicting national rule, and it is left to a large extent to the discretion of the arbitrators to provide coordination between these sources.

The final result seems, therefore, to pave the way for the application of the large set of rules prevailing in the practice on international trade and resulting from very different sources having different legal force. However, this should not be taken as a recognition of the existence of a kind of new “law merchant”, having in itself the force and the coherence of an independent legal system. The Geneva Convention does open some prospects towards the acceptance of the application of the above rules from a standpoint other than that prevailing within the national legal systems (i.e., other than leading to the supremacy of municipal law), but does not imply any such recognition, which is not supported by the conditions prevailing in the contemporary legal world.

The system resulting from Article VII (1) may lack predictability to a certain extent, and is therefore open to some criticism. On the other hand it certainly fits the needs largely felt in international trade and arbitration, where there is a widespread tendency towards securing the applicability of generally accepted practices and principles over conflicting national rules. The discretion allowed to arbitrators, questionable as it may be from the standpoint of traditional principles of municipal law, brings about the possibility of adjudicating upon issues pertaining to international trade by devoting primary attention to, and laying the utmost importance upon, the "spontaneous" rules of law emerging within the world business community. As such, it deserves attention as an ingenious attempt to bring the law of international commercial arbitration into line with the emerging demands of this community.

The system of Article VII of the Geneva Convention is completed by the rule contained in paragraph 2 which provides that the arbitrators shall act as *amiable compositeurs* if the parties so decide, and if they may do so under the law applicable to the arbitration. In a way it could seem strange that after having paved the way by paragraph 1 to the terms of the contract and trade usages, the convention has taken the most cautious attitude, shown by paragraph 2, with respect to the possibility that arbitrators act as *amiable compositeurs* beyond the applicability of the rules of strict law. As a matter of fact, resort to usages and customs cannot be always easily discerned from resort to "what seems just and equitable" and this is in turn frequently understood as the course of action arbitrators are requested to follow when they have to decide *ex aequo et bono*. However, it is widely known that some States do not contemplate a similar possibility in their municipal law, and show a remarkable reluctance to accept derogation from this principle even in international conventions¹³⁴. This explains why paragraph 2 of Article VII has been drafted in the sense of imposing a double limitation upon *amiable composition*. First, the parties must have agreed upon the principle that arbitrators may so decide, and second, the law applicable to the arbitration must authorise arbitrators to depart from the rules of strict law. The latter condition poses a question whenever arbitration is not governed by a specific *lex fori*, but by the rules agreed by the parties only, as Article IV (1) of the convention admits. It is submitted that in similar cases the possibility to render awards as *amiable compositeurs* should be left to arbitrators by the law of the place where arbitration takes place: this is in fact the law to which the convention refers in a number of cases where other criteria retained by the same are not applicable¹³⁵.

The regulation set forth in Article VII of the Geneva Convention as to the law applicable to the substance of the dispute has found large acceptance in the practice of international arbitration, and has been followed by some recently enacted arbitration rules of international institutions, notably by the ICC Rules of 1975 and those enacted by UNCITRAL in 1976. Article 13 (3-5) of the former, and Article 33 of the latter, reproduce the essentials of Article VII (1) of the convention with some minor amendments. It is noteworthy that these Articles further stress

the relevance of trade usages and of contractual provisions, which they state have to be taken into account by arbitrators “in all cases”, thus emphasising their importance over any other applicable rule, including just and equitable rules where applicable¹³⁶.

The trend that seems therefore to prevail in contemporary practice of international commercial arbitration is not confined to the sphere where the Geneva Convention applies, but rather tends to expand through the resort to uniform arbitration rules to a much wider area. The original character of the rule and its far-reaching importance cannot be underestimated, whichever thoughts one may have against the theoretical approach justifying the solution adopted by the rule. There is no doubt that such a rule affords a large set of principles and developed in the field of international trade the possibility to play an increasingly larger role in adjudication of international disputes by means of arbitration, with supremacy over possibly conflicting national sources, and in any event independently from the same. Through the application of the principle set forth by Article V (1) (*d*) of the New York Convention, as mentioned above, such rules become valid and effective regulation of the subject-matter, even within the domain of the municipal legal systems, thus securing to the legal standards prevailing in international trade the possibility of producing their effects within all the countries which are parties to the convention.

Chapter IV

The recognition and enforcement of the award

SUMMARY: 18. The attitude of municipal laws and the international circulation of the award. – 19. The Geneva Convention of 1927. – 20. The New York Convention of 1958: general features. – 21. Characterisation of the awards under the New York Convention (foreign or international awards?) . – 22. Characterisation of the awards (cont'd). The binding effects of the award. – 23. The grounds for refusal of recognition and enforcement. – 24. Other recent international conventions.

18. The attitude of municipal laws and the international circulation of the award

The award rendered by the arbitrators sets forth the terms of the solution of the dispute between the parties: when rendered by international commercial arbitrators it sets forth the legal position regarding the difference from the standpoint of arbitral justice of the world business community. Both the purely national and the international commercial arbitration awards represent, on the one hand, the result of the administration of justice within a social community other than that of the State, and on the other, require recognition by the State's jurisdiction inasmuch as they imply consequences which may be of relevance to the legal system of the State itself.

The task that State authorities and, in particular, national courts may be called upon to perform implies, therefore, co-operation. Since arbitrators have fulfilled their functions, mere abstention on the part of municipal courts is no longer sufficient – as it is with regard to arbitral agreements – in order to secure effectiveness of international arbitration process. It is frequently stressed that arbitral awards in general, and international commercial awards in particular, enjoy as a rule a degree of voluntary compliance on the part of the parties involved higher than judgments, since the litigants may fear to lose otherwise the advantages connected with their good reputation in the trade. But, true as this may be, there is no doubt that, whenever enforcement of the award is required, it cannot take place without the assistance of the competent authorities of the State. State coercion thus plays an irreplaceable role, and the issue concerning recognition is the crucial one in so far as the effectiveness of the whole arbitration depends on the attitude taken in this regard by municipal law.

The provisions set forth by national legislations with regard to enforcement of

arbitral awards show remarkable differences, even as far as purely national awards are concerned. The differences are the obvious consequences of the wide variety of theoretical and political approaches taken by the framers of the said legislations, and reflect the general attitude of the law of the State towards arbitration as such. It is therefore possible to find domestic laws under which no executory effect is ever recognised for arbitral awards, these being only capable of enforcement in ordinary court proceedings as a cause of action, as is the case in Denmark¹³⁷. There is, on the other side, the completely opposite view of some legislations according to which the award is immediately binding and enforceable, as for instance in Austria and in some East European countries¹³⁸. The most usual system recognises immediate binding force and effects to the award upon its issuance, but requires in view of the enforcement some kind of deposit or filing with a public authority, which affords some supervision on the part of the authority itself (court or registry, as it may be), or in other countries leave to enforce, or entry of judgment by courts upon the terms of the awards¹³⁹. Here again there are many differences in details: one may add that the example of Italy is a very peculiar one, in so far as the award governed by Italian law is devoid of any legal (binding or other) effect whatsoever, unless it is deposited with the Registry of the lower court (*Pretore*) within a very short term (five days since the date when the decision of the arbitrators was made).

Equally different are the attitudes shown by municipal legislations in view of recognition and enforcement of foreign arbitral awards. They may be granted or not, absent an international treaty between the States where the award originates and where recognition and enforcement are sought, or may be granted on the same conditions and with the same procedure as domestic awards, as is the case in France, where a complete assimilation exists between arbitral awards, either national or foreign, on the basis of the general conception of arbitration as an institution which is contractual in character¹⁴⁰. Or, on the contrary, they may be granted only on the same footing with foreign judgments, thus implying the same requirements and procedure as the latter: this is the position in Italy where a strict "jurisdictional" theory is adopted by the general rules of the code of civil procedure¹⁴¹.

19. *The Geneva Convention of 1927*

In view of the discrepancies existing in the provisions of various municipal laws, the need for an international regime securing a clear and uniform set of rules concerning recognition and enforcement of arbitral awards is obvious. In international commercial arbitration it is not infrequent that the place where arbitration takes place is not located within the territory of the State where the award has to be enforced, even to suppose that it does coincide at least with the place where the award has to be rendered¹⁴². A number of factors are likely to come into play in

this connection, such as, for instance, the very fact that arbitration is conducted according to the rules of a permanent arbitral institution, the residence of the third arbitrator or the umpire, the need of securing evidence, fiscal reasons and so on. As a result, there is a widespread demand for an easy and speedy international circulation of the award on the basis of rules which enable awards wherever rendered to obtain quick recognition and enforcement wherever necessary.

In view of the above-mentioned differences in domestic legislations, and of the fact that the treatment of foreign arbitral awards is viewed in some countries as closely linked with that of foreign judgments, and is therefore considered as such to involve the treatment of foreign sovereign acts, the way towards stipulation of international conventions binding a sufficiently large number of States has not been free from difficulties. The Geneva Protocol of 1923, concerning recognition of arbitral agreements, did not include any provision as to the treatment of foreign awards. The rule embodied in Article 3, by virtue of which each Contracting State undertook to “ensure the execution by its authorities and in accordance with the provisions of its national laws of arbitral awards made in its own territory under the preceding articles” referred in principle to domestic awards, i.e., to awards to be considered as having the nationality of the State in whose territory execution was sought. The very existence of such a rule clearly shows what difficulties recognition and enforcement of awards in general had to face at the time when the protocol was entered into by Contracting States¹⁴³.

The first achievement in the subject-matter was the convention for the execution of foreign arbitral awards done at Geneva on 26 September 1927 under the auspices of the League of Nations¹⁴⁴. This convention obliged the Contracting States to “recognise as binding” and to enforce the arbitral awards made in pursuance of agreements covered by the Protocol of 1923, provided that the award had been made in the territory of one of the Contracting States and between persons who were subject to the jurisdiction of one of the same.

The Geneva Convention applies to arbitral awards the concepts of “recognition and enforcement”, which are familiar to the international treaties governing the treatment of foreign judgments. By “recognition”, as is known, international conventions indicate the fact of considering the award as binding, while enforcement refers to a different aspect implying the capability of the award and that enforcement proceedings are initiated upon it. The distinction is a traditional one, but is devoid of practical significance in the usual practice of international commercial arbitration¹⁴⁵.

Under the Geneva Convention several requirements must be met in order to entitle an award to obtain recognition and enforcement under the provisions contained in Articles 1-4. A detailed examination is not of interest here. However, it is necessary to stress that the convention takes the view that an arbitral award is entitled to recognition and enforcement only in so far as it can be considered as an award having the nationality of one of the Contracting States. This is made clear by the frequent references to the law of the country where the award was made,

and by the requirement that it is made in a territory of one of the Contracting States. According to the convention, then, recognition of an award falling under its provisions amounts to recognising an enactment by the authorities of the State in whose territory the award was made: under Article 1 (*d*) the award must have become “final” in the country in which it has been made, and this means that it must not be open – as the rule expressly provides – to *opposition*, *appel* or *pourvoi en cassation* (in the countries where such forms of procedure exist). Hence, arbitration proceedings are viewed by the convention as connected in principle with the procedural law of a Contracting State, which confers upon them its nationality as it does to any judicial proceedings taking place under its rules¹⁴⁶. International commercial arbitration, as defined in these pages, was therefore given recognition by the Geneva Convention only to a very limited extent. In order to be eligible for recognition and enforcement, the arbitral award had to be done under the procedural rules of a Contracting State as a result of proceedings according to those rules, at least to the extent that they had a mandatory character, and became a national award. In other words, acquisition of a definite nationality by the award was a prerequisite for recognition and enforcement.

In practice, the requirement set forth under Article 1 (*d*) of the convention – final character of the award in the country where it was made – resulted frequently in the practical requirement of having a “double” *exequatur* (leave for enforcement) applied for and granted. As a matter of fact, it proved at times impossible to give satisfactory evidence that the award had become final according to the above rule unless it had been deposited with a registry of a court, or otherwise confirmed or homologated by a competent authority. As a consequence, resort to the procedures provided for by the laws of the place where the award was made turned out to be necessary, even in cases where under these laws no such procedure was required for purposes other than enforcement of the award, and enforcement in that country was of no practical interest. The institution of similar proceedings resulted in being the only available means of satisfying the foreign court that the award was “final” for the purposes of the Geneva Convention¹⁴⁷.

The above-mentioned consequence was probably not imposed by the provision contained in Article 1 (*d*), and some writers and courts appear to have reached a different conclusion¹⁴⁸. But the practical difficulty remained, and prompted efforts towards a different approach to the whole subject.

20. *The New York Convention of 1958: general features*

The first initiative for a new, and wholly different, international regulation of problems concerning the international circulation of arbitral awards was taken in 1953 by an international nongovernmental organisation, the International Chamber of Commerce. As has been recalled above under paragraph 5, this organisation prepared a draft convention designed to ensure recognition and enforcement

within the Contracting States to *International* arbitral awards. The approach so taken was completely new, in that it did not aim at imposing upon the States the duty to give effect to arbitration awards connected with the States Parties to the proposed convention. Arbitral proceedings and awards resulting therefrom were viewed by the framers of the draft – as they generally are from the standpoint of international organisations such as the ICC – as international in character. They did not require or imply any consideration by municipal laws as “national” or “foreign”, since the legal effects within the scope of the municipal legal systems would be conferred upon them on the basis and by virtue of their merely being in conformity with the rules of the proposed convention. Recognition by the States parties to this convention would thus apply to arbitration as governed by the provisions applicable to it by virtue of the autonomy of the parties, either through a reference to the regulations of arbitral institutions or not, and referred to by the convention, and not to arbitration as governed by the municipal rules of the contracting States, either direct or through their choice-of-law rules.

However, the proposal made by the ICC was not accepted by the draft submitted to the New York Conference by the United Nations Economic and Social Council. As a result of the strong criticism expressed by many States, this draft refused the idea of an “international” award deprived of any connection with a given municipal law, and followed the traditional lines resulting from the older Geneva Convention, to the effect that arbitral awards had to be recognised and enforced in so far as they were made under the municipal law of a given State party to the convention. Arbitral awards were here again considered in the same perspective as court judgments, and were the object of a duty to recognise and to enforce imposed upon the Contracting States on a strict reciprocity basis.

As already mentioned, the convention finally approved by the New York Conference in 1958 did not entirely adhere to the views of the Committee of the Economic and Social Council¹⁴⁹. The basic lines adopted after long debates and embodied in the final text are rather the result of a compromise between the two extreme positions represented by the ICC and the ECOSOC drafts. Such an intermediate position is made clear by the provisions adopted by the convention with regard to the determination of its scope.

Article I (1) is particularly relevant in this context. It provides, first, that the convention shall apply to the recognition and enforcement of arbitral awards made in the territory of a State other than the State where recognition and enforcement of such awards are sought. This provision is completed by the rule contained in the last sentence of Article I (1), according to which the convention shall also apply to arbitral awards not considered as domestic awards in the State where their recognition and enforcement are sought. The two alternatives mentioned in the provisions of Article I(1) refer to the “territorial” or to the “contractual” principle that may be followed by States with respect to arbitration in general under their municipal laws, and include the cases where an award is not considered as domestic depending upon the basic principles embodied in such law¹⁵⁰.

On the other hand, Article I does not require that an award, in order to qualify for recognition and enforcement, has been rendered in the territory of a Contracting State. In principle the duties imposed upon the Contracting States by the convention are not based on reciprocity. However, a reservation was available to States to the effect of excluding the applicability of the convention to awards made in the territory of a State which is not a party to the convention¹⁵¹. This is stated by Article I (3), whereby States were entitled to declare on the basis of reciprocity that they would apply the convention to the recognition and enforcement of awards made only in the territory of another Contracting State. In fact, many States have availed themselves of the above possibility at the time when they signed, ratified or acceded to the convention.

In view of the essential features of the convention concerning its scope, it may be submitted that the convention does not share the basic attitude of the Geneva Convention of 1927, nor the basic principle embodied in the ICC draft. No doubt it does not accept the basic idea of the so-called "international" award, which would be based on the rules contained in the international convention to the exclusion of any other provision, and in particular, or any reference to municipal laws. But on the other hand, awards qualifying for recognition and enforcement, although still indicated as "foreign" by the convention, are not viewed as the result of arbitration proceedings governed since their commencement by the municipal law of a given State, and therefore necessarily contemplated by such law and given effect by the same. Arbitral awards falling under the provisions of the convention qualify for recognition and enforcement whenever they meet the requirements indicated by the said provisions. These requirements may have to be determined through references to some municipal law. But these references tend to submit arbitration proceedings and awards to the laws that the convention considers as "proper" with regard to the different aspects of arbitration, and to their international character. This kind of "coupure" made by the convention cannot be taken as evidence that the same binds the Contracting States to grant recognition and enforcement only to awards resulting from arbitrations linked with other Contracting States, and in view of their being an expression of the latter's sovereignty. A similar view is contradicted by the very fact that the need of any such link is not affirmed, nor implied, by any rule of the convention, and that the State where the award originates need not be a party to the convention, unless the first reservation under Article I (3) has been expressed¹⁵².

It is submitted, thus, that the New York Convention tends to give recognition to the social institution of international commercial arbitration, as defined above, but it does not set forth exhaustive rules governing this institution in view of the reluctance shown by the Contracting States in accepting all the consequences that such recognition to its full extent would imply.

With regard to the scope of the New York Convention, two minor points still deserve attention.

Article I (1) states, as has been seen, that the convention applies both to arbi-

tral awards made in the territories of States other than those where recognition and enforcement are sought, and to awards not considered as domestic in the latter States. What is the position as to the opposite case, where arbitral awards rendered in the territories of States other than the State where recognition and enforcement are sought are nonetheless governed by the law of the latter, and therefore considered by it as domestic? It has been submitted that the convention does not apply to the case, so that the State where recognition and enforcement are sought would be under no international obligation in this respect¹⁵³. However, nothing supports the view that qualifications may be introduced into the general wording of Article I (1) inasmuch as it applies to awards made in territories other than that of the State whose courts are asked to recognise and enforce the award. The preparatory works also lend support for this conclusion¹⁵⁴. It should be recalled that some concern has arisen in this regard in view of the possibility that the law of the State where recognition and enforcement are sought may not be applicable as to the setting aside and annulment of the award. This view, however, seems wholly incorrect, since the New York Convention does not restrict the freedom of the Contracting States to apply their own law to setting aside, annulment or similar procedures, with regard to awards governed by their domestic laws although rendered in the territory of other States¹⁵⁵. The convention simply applies to recognition and enforcement of awards, and its rules as applied to the issue in question prevent any Contracting State from granting to awards made abroad a less favourable treatment than that provided for by the convention as a consequence of their being considered as domestic under the rules of municipal law there prevailing. An example of legislative co-ordination in this regard is given by the law of the Federal Republic of Germany, where the law implementing the convention considered arbitral awards rendered abroad under German law subject to recourses provided for by the *Zivilprozessordnung*¹⁵⁶. Since, however, the New York Convention does not play a role with regard to actions for setting aside or annulment of the award, it may happen that such actions can also be brought before the courts of the State in whose territory the award was rendered, provided the latter adheres to a territorial conception of arbitration and therefore considers the award rendered in its territory under a foreign law as domestic¹⁵⁷.

Another remark concerning the scope of the convention is the following. When a Contracting State makes the first reservation contemplated by Article I (3) of the convention, and thereby declares that it will apply the convention to the recognition and enforcement of awards made only in the territory of another Contracting State, it may be questioned whether, by so doing, it rules out any obligation under the convention as to awards rendered within its own territory under a foreign law, possibly also when such law is the law of another Contracting State. The literal wording of the rule under paragraph 3 would depose in this sense. However, it has been maintained that the latter rule has been introduced into the text of the convention at a stage when Article I (1) did not yet contemplate any obligation as to awards rendered within the territory of the State where recogni-

tion and enforcement are sought, and that therefore a teleological interpretation of Article I on the whole should lead to the conclusion that the reserving State is still bound to recognise and enforce awards made in its territory under the law of a Contracting State, which are not considered as domestic according to its own law¹⁵⁸. This view would take into account the need for a co-ordination of the rules embodied in paragraphs 1 and 3 of the Article, but it is to some extent contrary to the letter of Article I (3). It should be recognised that the question is extremely doubtful, and can hardly receive a definite answer until a consistent practice has developed about the application of the rule concerning non-domestic awards under Article 1(1), which is not yet the case.

21. *Characterisation of the awards under the New York Convention (foreign or international awards?)*

Arbitral awards in general are not fully defined by the New York Convention. This indicates, however, a number of elements which are of relevance in this respect, and should therefore be taken into account when trying to set out the general notion of arbitral award for the purposes of the convention.

According to Article I, the award must concern differences between persons, whether physical or legal, and may be given by arbitrators appointed for each case, or by permanent arbitration bodies to which the parties have submitted. These requirements suggest that the ultimate basis of the powers conferred upon the arbitrators is the autonomy of the parties, which is in turn entitled to create the said powers by specific rules of law. No arbitral award exists where the source of such powers is not the will of the parties, but a mere legal provision: in other words, where a rule of municipal law does not grant effect to the parties' will by making it capable of creating and organising the arbitral tribunal and its powers, but considers arbitration as a compulsory procedure for settlement of certain disputes, and grants therefore powers to arbitrators irrespective of whether the parties have consented to their exercise. Once the consent of the parties exists, on the other hand, the interference by some provisions of municipal law is not relevant in order to deprive the proceedings and the award of their arbitral character, although it may well be relevant for other purposes.

A similar issue has been raised in the past with regard to permanent arbitral bodies organised and existing under the laws of some East European countries. The fact that similar organisations are closely connected with the governmental organisation, and are considered by domestic law as the only available means for the settlement of disputes arising in international trade, that, moreover, there may be restrictions as to the freedom of the parties, e.g., in appointing arbitrators, as these may have to be selected from among persons indicated in appropriate lists, has given rise to some doubts as to their arbitral character, and it has been contended at times that their awards should rather be considered as courts' judgments

for the purpose of recognition and enforcement¹⁵⁹. This view, it is submitted, is wholly incorrect, and this is now expressly stated in the New York Convention, in so far as Article I (2) refers to “permanent arbitral bodies” to which the parties have submitted. As a matter of fact, the decisive factor is that such bodies have no legal power to adjudicate upon disputes brought before them unless the parties hereto have agreed to submit the difference to the same. This was clearly accepted by the framers of the convention. The preparatory works show that the provision of Article I (2) was specifically inserted in order to cope with the problems raised in connection with Eastern European arbitral bodies, and in view of the role they play in international commercial arbitration in East-West trade relations¹⁶⁰. The peculiar problems raised by some writers and courts with regard to the features of the said permanent bodies could perhaps be of some relevance in special cases with respect to issues such as the impartiality of arbitrators or the fair conduct of hearings, provided of course that the circumstances of the case justify the assumption that the basic principles of due process have not been respected. But while the current practice of institutions in question does not allow any general inference in this respect, it should be maintained that the above features are not relevant in so far as the qualification of the decision as an arbitral award is concerned¹⁶¹.

Further elements concerning qualification of arbitral awards governed by the convention may be inferred from other provisions contained in the same. As has already been mentioned, awards contemplated by the convention are indicated as “foreign” arbitral awards and the meaning of the word should be defined with regard to the rules contained in Article I (1) as to the applicability of the convention. No restriction is introduced in the text of the convention as to the domestic or international character of the dispute brought to arbitration, either from the point of view of the subject-matter of the difference or of nationality, residence or domicile of the parties involved. Purely domestic disputes can therefore be referred to foreign arbitration and lead to awards recognisable and enforceable under the convention. Some national enactments implementing the convention have introduced restrictions in this regard, such as the United States Act of 1970, the United Kingdom Arbitration Act of 1975 and the Australian Act of 1974¹⁶², but it is certain that similar enactments are not in line with the rules of the convention.

The “foreign” character of the arbitral awards with respect to the State where recognition and enforcement are sought does not imply therefore the existence of any non-domestic issue in the arbitration. It may be questioned, on the contrary, whether the same foreign character implies only a negative, or also a positive quality: in other words, whether an award qualifies for recognition and enforcement under the convention whenever it is done in the territory of a foreign State, or is considered as non-domestic by the law of the requested State, or whether the term “foreign” must be understood as implying a special connection with a foreign municipal law. In the latter case, only awards made under a foreign municipal law would qualify under the convention.

On the basis of the wording of Article I (1), and of the meaning of the rules embodied therein in the light of the history of the convention, it does not seem that any restrictive interpretation of Article I (1) can be accepted. The idea of an exclusive and permanent link between an arbitration and a given municipal law has not been embodied in the convention, as it had been in the Geneva Convention of 1927. It has already been remarked upon that the basic attitude adopted by the New York Convention is the result of a compromise between the two opposite views, which has taken into account the impossibility of ignoring the role played in the contemporary legal world by national States, and their municipal laws, but has at the same time refused to follow a strictly municipal approach. Resort to national laws has thus been made in order to regulate specific aspects of arbitration, but not to qualify arbitration as such as pertaining to a well-defined legal system.

If the foregoing is true, it seems that the existence of an international obligation under the convention to recognise and enforce arbitral awards not specifically made under any municipal law cannot be ruled out, provided they were rendered in the territory of a foreign State or were not considered as domestic awards. It is true that the convention required that the existence of some requirements for recognition and enforcement is verified according to some municipal laws, as indicated for instance in Article V (1). But, it is submitted, this does not involve any necessary connection between the award and any governing national law prior to enforcement proceedings. As a matter of fact, the court of the State where recognition and enforcement are sought may have to consult the law of the place where the award was made, or under which it was made, in order to ascertain whether the award has become binding on the parties or has not been suspended or set aside by a competent authority. However, this can be done without requiring that the legal link between arbitration and the municipal law to which resort is made existed at the time when the award was made, or from the standpoint of arbitrators. These may well have acted under rules other than those referred to under Article V of the convention, and not set forth by any municipal law. Of course, where the award does not conform to the laws referred to under this Article, recognition and enforcement shall be refused. But the refusal is not a consequence of its having been made under rules other than those embodied in any municipal law¹⁶³.

22. *Characterisation of the awards (cont'd). The binding effects of the award*

A good illustration of the above is contained in two judgments of the Supreme Court of the Netherlands in *Société européenne d'études et d'entreprises v. Federal Republic of Yugoslavia*¹⁶⁴. This case involved an award that had been considered by the competent authority of the State where arbitration had taken place

– the Swiss canton of Vaud – not to be an arbitral award within the meaning of the cantonal code of civil procedure¹⁶⁵. The court stated in its first judgment in the case, dated 26 October 1973, and contrary to the holdings of the Court of Appeal of The Hague, that

“neither the text nor the history of the convention gives an indication ... that the competent authority of the country where recognition and enforcement are sought of an arbitral award given in the territory of another State should, before giving its decision, investigate the relation between the award and the law of the country where it was made, and, failing such relationship, refuse recognition and enforcement. The relationship between the award and the law of a particular country need only be examined in the framework of an investigation to be carried out following a plea that the impediments mentioned in Article V (1) exist, in particular a plea as to the existence of the impediments specified under (a), (d) and (e) in respect of which questions may arise which can be answered only with reference to the law of a particular country¹⁶⁶”.

In its later decision of 7 November 1975 given in the same case, the court came to the conclusion that the award in question could not be enforced in view of Article V (1) (e) the New York Convention, because the fact that the award was not recognised as an arbitral award within the meaning of the pertinent rule of the Code of the canton de Vaud was to be considered “as equivalent ... to the circumstance mentioned in Article V (1) (e) of the convention, namely that the relevant authority made it impossible to enforce the award by setting it aside”. In the same decision, the court further considered the possibility that the award was enforced on the mere basis of the provisions of the convention, and not of the national laws of any country with which it is linked, “as a consequence of the procedural rules adopted by the parties in their agreement”. The court ruled out this possibility with regard to the date when the arbitral agreement had been made¹⁶⁷, but the suggestion is not correct even apart from this circumstance. As a matter of fact, even if Article V (1) (d) of the convention allows arbitration to be conducted according to procedural rules adopted by the parties in their agreement, the provision should be read in conjunction with Article V (1) (e), which makes recourse to a municipal law unavoidable for its purposes. Therefore, an award must conform to the rules of the municipal law referred to in the above rule for the purposes of recognition and enforcement, even if the parties have agreed upon procedural rules other than those provided for in the said law: but this requirement does not imply that the award should be made under the said law, as mentioned above.

Finally, it is noteworthy that the New York Convention does not require that arbitral awards are connected with the procedural system of the State in whose territory, or under the laws of which, they are made. The awards are not considered by the convention in their “procedural” aspects, but merely in their essential character and effect of binding the parties to a definite settlement of the dispute upon the terms contained in the award. In addition to the foregoing remarks, this results from the requirement set forth by Article V (1) (e), in view of recognition

and enforcement, where the “binding character” of the award is requested. Compared with the wording of the corresponding rule of the Geneva Convention of 1927, which required the award to be “final”, the rule leads to the conclusion that no procedural prerequisite has to be complied with in order to allow the award to qualify for recognition and enforcement in the Contracting States. Despite the great variety of opinions expressed by delegates at the New York Conference, and reflected in the preparatory works and by commentators on the conventions, no other conclusion seems to be compatible with the wording of Article V (1) (e)¹⁶⁸. That it is not necessary for the award to be declared as enforceable by means of leave to enforcement or other procedural devices contemplated by the law of the State where, or under the law of which, it was made, is implicitly recognised by a large number of court decisions which do not even examine the point when granting recognition and enforcement under the convention¹⁶⁹.

The above conclusion is relevant to various effects. In practice, it greatly facilitates recognition and enforcement of awards in that it shows that no “double *exequatur*” or leave of enforcement is required under the convention, contrary to what was frequently considered to be the case under the Geneva rules. The only exception to the principle concerns the case of countries, such as Italy, where arbitral awards have no binding effect upon the parties unless they are deposited with a court within a short term and given leave for enforcement, but this is a very rare occurrence in contemporary municipal laws.

A further important aspect is the possibility of recognising and enforcing awards, on the basis of the New York provisions, which under the applicable municipal law would have mere “contractual” effects, and should therefore be enforced through recourse not to simplified proceedings as is generally the case, but to ordinary proceedings before courts. The most important case is probably the peculiar Italian institution of the so-called “free” or “informal” arbitration, which has been already mentioned in this course¹⁷⁰. Such a particular kind of arbitration has largely developed in Italy as a consequence of the rigid formal and fiscal requirements imposed by the law upon “formal” arbitration, and results in simplified proceedings without particular procedural rules and in an award that is binding upon the parties, but cannot be deposited with a court to obtain leave for enforcement as is the case with formal awards. On the other hand, when the parties agree to have recourse to informal arbitration, there is a bar under Italian law to the competence of ordinary courts until the arbitrators have reached their decision: the latter is then accepted in principle by the courts in any subsequent claim brought by either party as conclusive evidence of the rights affirmed by the arbitrators, unless it is invalid for the general reasons stated by the law with regard to contractual undertakings between the parties.

Many doubts have been raised both by Italian and foreign writers as to the above possibility, although the majority of the authors seem to maintain that the convention does apply also to “informal” awards as contemplated by Italian law¹⁷¹. Doubts arise from the fact that since “free” awards are not immediately

enforceable, as has been seen, an obligation to recognise and enforce them under the convention seems to imply the duty to give them effects which are, in a sense, more important than those that may be granted by the law under which the award was made¹⁷², and this would mean doing something that goes far beyond "recognising" an award. It has also been stressed that the New York Conference had not similar awards in mind when the convention was drafted¹⁷³. On the other hand there seems to be little doubt, if any, that Italian informal awards fall under the definition of the "binding" awards under the convention, since their very essence is to decide a dispute with binding effect upon the parties and to the exclusion of any recourse to ordinary courts of law.

The latter view has been accepted recently by the Italian court of cassation in a decision of 18 September 1978 (No. 4167). The court had to decide whether an arbitral clause providing for arbitration under the rules of the London Corn Trade Association fell under the convention. Since the judges qualified arbitration under those rules as an informal one, they examined the question whether this kind of arbitration also is contemplated by the New York Convention, and found that this was the case. According to the court, any award made abroad can be recognised and enforced under the provisions of the convention once it has a final and binding force between the parties. The abolition of the requirement of leave for enforcement in both the country of origin and the country where enforcement is sought opens the possibility of recognising and enforcing awards having a contractual value only in the country of origin¹⁷⁴.

In the submission of the present writer, the view upheld by the Italian Supreme Court in the above judgment to the effect that also "informal" arbitration under Italian law falls within the purview of the convention is correct. The contrary view, or at least the doubts expressed at times by some authors, seems to be the consequence of their having assimilated the Italian free-arbitration and other peculiar institutions contemplated by municipal laws of other countries, such as the Dutch *bindend advies*, the German *Schiedsgutachten* or the English valuation¹⁷⁵. Such an assimilation is probably incorrect, as similar institutions are much nearer to a mere determination of the object of a contract by a third party than to Italian free arbitration as construed by the most recent decisions of the courts¹⁷⁶. This shares in turn with formal arbitration the basic character of a procedure designed to solve a dispute with binding effects upon the parties.

In view of the above free or informal arbitration also should be considered as covered by the definition of arbitral proceedings and awards for the purposes of the New York Convention, provided, however, that the conclusion should not be automatically applied to different institutions such as those mentioned above, which may have one or more common features, but require a separate consideration¹⁷⁷.

On the other hand, the decision of the Italian Supreme Court is open to criticism inasmuch as it applies the peculiar Italian distinction between formal and informal arbitration to procedures governed by rules of a foreign law, and in any

event beyond the scope of Italian law. This, it is submitted, is wholly incorrect. The application of the typically Italian test to foreign or international procedures does not serve any useful purpose. Although this application has been repeatedly made in the past by Italian courts, generally with the aim of overcoming difficulties that might have otherwise hampered recognition of foreign awards¹⁷⁸, it should be avoided as misleading. The only permissible test under the New York Convention is whether or not an arbitration, or an arbitral award, complies with the requirements set forth by the convention. If it does, it falls within the scope of the same and qualifies for recognition in view of its intrinsic features, and independently from the application of the typical concepts of the law of the country where recognition and enforcement are sought, which cannot be applied to facts and procedures occurring completely beyond its scope.

23. *The grounds for refusal of recognition and enforcement*

Turning now to the requirements set forth by Article V of the convention in view of the recognition and enforcement of arbitral awards, it is noteworthy that the basic rule adopted by the convention in this regard is that the party against whom recognition and enforcement are sought has the burden of proving that any of the above requirements is not fulfilled. Once the requesting party has supplied the original or a copy of the arbitral agreement and award according to Article IV (and a translation thereof when necessary under the same article), the burden of proof lies entirely with the defendant. This is a very remarkable procedural advantage for the party seeking enforcement, and a great improvement in view of the rules contained in the Geneva Convention of 1927¹⁷⁹.

Article V (1) contemplates: (a) incapacity of the parties to the arbitral agreement or invalidity of the latter under the law to which the parties have subjected it, or failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made. The in-writing requirement set forth under Article II should also be taken into consideration¹⁸⁰; (b) violation of due process requirements, notably absence of proper notice of the appointment of arbitrators or inability to present the case; (c) violation of the limits of arbitral agreements, i.e., decision upon disputes or matters beyond the scope of the agreement itself. It is provided that the decisions on matters submitted to arbitration may be recognised and enforced, provided they are separable from those not so submitted¹⁸¹; (d) lack of conformity of the composition of the arbitral authority and of the arbitral procedure with the agreement of the parties, or failing this with the law of the country where arbitration took place; (e) award not yet become binding on the parties, or set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, it has been made.

The most important questions concerning the validity of an arbitral award, the procedure and the binding character of the award already have been dealt with

earlier. With regard to the last-mentioned question, it has been discussed whether an arbitral award, upon which a judgment has been entered in its country of origin, is still subject to recognition and enforcement according to the convention or whether any effect should be connected to the judgment, with regard to which recognition and enforcement could only be granted. Different views have been expressed on this question, and court decisions are to some extent conflicting¹⁸². While it is certain that the latter view, if adopted, would make recognition and enforcement generally (although not always)¹⁸³ more difficult, the possibility to ignore the attitude of the law of the country where the award was rendered appears doubtful, and if one assumes that according to this law the award upon which a judgment has been entered ceases to produce any effect¹⁸⁴ it is difficult to argue that it can still be relied upon only for the purpose of recognition and enforcement abroad.

It should be recalled, in this context, that questions may arise in practice as to whether an award has in fact become “binding” for the purposes of Article V (1) (e). It is generally accepted that the word “binding” was adopted in the conference as a result of a compromise, and as distinct from “final” under the Geneva Convention. It is also clear that it is not necessary that the award has been declared enforceable under a municipal law, and that therefore no double *exequatur* requirement is involved. But it has been contended at times that “binding” should be construed to mean that no remedies at all exist against the award under the law of the country where, or under the law of which, it was done. This view seems too narrow, and would lead, if accepted, to a practical nullification of the difference between a final and a binding award¹⁸⁵. In principle, it is acceptable to maintain that the award is binding even if still open to extraordinary means of recourse like setting aside procedures, which do not prevent the award under the applicable law from producing its binding effects upon the parties. Clearly, the law indicated in Article V (1) (e) should be resorted to for guidance on this issue, but the elements gathered on the basis of the rules of that law should always be viewed within the framework of the rule of the convention. Thus, a stay of enforcement granted in the country of origin of the award, temporarily making the award unenforceable, will not necessarily affect the binding character for the purpose of Article V (1) (e). In similar cases, Article VI of the convention may be applicable. Under this provision, the authority before which the award is sought to be relied upon may, if it considers it proper, adjourn the decision or order the requesting party to give suitable securities, in case an application for the setting aside or suspension of the award has been made to the competent authority referred to in Article V (1) (e). But, it is submitted, it cannot be maintained that, apart from this rule, “the courts must be free to construe the word ‘binding’ as required” when immediate execution is undesirable in the country of enforcement¹⁸⁶.

The scope of Article V (1) (e) has been restricted in the relations between States which are also parties to the Geneva Convention of 1961. Article IX (2) of this Convention limits the application of Article V (1) (e) solely to the cases of

setting aside set out under paragraph 1 of the same article, which in turn reproduces the grounds listed under Article V (1) (a-e) of the New York Convention. This provision of the Geneva Convention sets forth the only restriction to the discretion of States with regard to the regulation of setting-aside and annulment procedures, which the New York rules leave completely unfettered¹⁸⁷.

There are only two requirements the existence of which can be ascertained by the courts of the State in which recognition and enforcement are sought on its own motion. Article V (2) states that such requirements are: (a) the arbitrability of the subject-matter of the dispute, and (b) non-contrariety to public policy. The tests are traditional ones, and are retained by all municipal laws. However, when viewed within the framework of the convention, it should be suggested that a more liberal approach to the tests is required in comparison with the attitude taken by courts when applying their own domestic laws. Some United States courts have emphasised that the public policy defence under the convention is to be narrowly interpreted. In *Parsons and Whittemore Overseas Co. v. Société Générale de l'Industrie du Papier (RATKA) and Bank of America*, the United States Court of Appeals for the Second Circuit stated – so restating the view set out by the United States Supreme Court in *Scherk v. Alberto Culver Co.*¹⁸⁸ – that “enforcement of foreign arbitral awards may be denied (on the basis of public policy) only where enforcement would violate the forum State’s most basic notions of morality and justice”, and added:

“To read the public policy defense as a parochial device protective of national political interests would seriously undermine the Convention’s utility. This provision was not meant to enshrine the vagaries of international politics under the rubric of ‘public policy’. Rather, a circumscribed public policy doctrine was contemplated by the Convention’s framers and every indication is that the United States, in acceding to the Convention, meant to subscribe to this supranational emphasis¹⁸⁹”.

One year later, in *Fotochrome Inc. v. Copal Co.*, the same court confirmed its restrictive reading of the public policy defence and stressed that the United Nations Convention’s policy supporting international arbitration is usually to be favoured even over well-established domestic policies¹⁹⁰.

Also courts of other countries appear to have shown on the whole a liberal attitude in respect of the public policy clause¹⁹¹. It should be recalled in this connection that although the contents of the award must be primarily considered with regard to a public policy issue, this can never amount to re-examining the merits of the case¹⁹², or controlling the law applied by arbitrators to the substance of the difference¹⁹³. On the other hand, conflict with public policy may involve also the arbitral procedure, but, limited to the basic aspects of due process. Absence of reasons may also be considered in this regard. Several courts have held that the fact that the award does not give reasons is not contrary in itself to public policy. This appears to be wholly correct, also in view of the well-known practice under some Anglo-Saxon arbitration laws not to give reasons in the arbitration

awards¹⁹⁴. The contrary view would involve a parochial approach to problems essentially international in character, and thus contradict the “supranational emphasis” which, according to the United States Court of Appeals for the Second Circuit, inspired the New York Convention. It should also be remembered that the Geneva Convention of 1961 prevents Contracting States, in Article VIII, from considering an award to be invalid under their own municipal law, even if it does not contain any reason, when the parties agree that no reasons are given, either by express declaration or by assent to an arbitration procedure under which it is not customary to give reasons for awards, provided that in this case neither party requests before the end of the hearing or before the award is made that reasons be given.

24. *Other recent international conventions*

The New York Convention has not been followed by any further significant achievement of a general character as far as recognition and enforcement of arbitral awards are concerned. The Geneva Convention of 1961 does not concern the subject-matter, as has been seen, although it contains some provisions which may have a bearing upon the same, but rather is designed to regulate in a uniform manner the procedure of international commercial arbitration, thus modifying municipal laws that may rule to the contrary. Arbitral proceedings carried on under the rules of the convention may result in awards directly enforceable in all Contracting States as national, as opposed to foreign, awards¹⁹⁵. Other, although important, conventions concern regional arbitration, and on the whole tend to reproduce the features of most rules embodied in other conventions, especially the New York Convention, as is the case with the Inter-American Convention on International Commercial Arbitration, done at Panama City on 30 January 1975¹⁹⁶.

A final mention should be made here of the Convention on Settlement by Arbitration of Civil Law Disputes resulting from Economic, Scientific and Technical Co-operation, done at Moscow on 26 May 1972 by eight States members of the Council for Mutual Economic Assistance (CMEA). This is a very interesting example of co-operation in arbitral matters by States having very strict and homogeneous ties, but of course cannot be generalised, for it is the result of the peculiar economic and political structure of the said States, and reflects the existence of State monopoly of foreign trade. Article IV of the convention provides that the arbitration awards to which the convention applies shall be final and binding, and “shall be recognised without further proceedings and shall be subject to enforcement in any country party to the convention in the same order as the entering into force of judgments of the courts of law of the country concerned”. Enforcement may be refused by the arbitral executive body of the country of the respondent only if the grounds indicated by Article V exist (violation of the rules of competence, violation of the principles of due process, annulment or suspension of the

award). As a result of these rules, arbitral awards made in the territory of one Contracting State are treated practically in a uniform manner in the territories of all the other parties to the convention¹⁹⁷. This has been made essentially possible by the remarkable similarities existing in arbitral bodies operating in all the countries concerned, and called upon by Article II of the convention to settle the disputes covered by the same. The peculiar arbitration system established throughout those countries has brought about the uniform regulation embodied in the convention. A similar achievement could be hardly imagined where there is a large number of bodies and various organisations active in the field of international commercial arbitration – even apart from *ad hoc* arbitrations, which are not contemplated by the Moscow Convention – all of which concur in the development of the same world-wide function.

Chapter V

Arbitration between State or public entities and foreign private parties

SUMMARY: 25. General problems raised by arbitration between States and private parties. – 26. Quasi-international awards and current international practice. – 27. The enforcement of the award and existing international conventions. – 28. Some special problems in arbitration between States and foreign private parties. – 29. The Washington Convention of 1965: the ICSID. – 30. Arbitration under the Washington Convention.

25. General problems raised by arbitration between States and private parties

Participation by governments through their departments and agencies, or other controlled entities, in international transactions with foreign private corporations has largely increased in recent years, and this has brought about a wide-spread adoption of arbitration clauses in contracts entered into in this connection, especially when long-term co-operation agreements pertaining to investments and generally to the economic development of foreign countries are concerned. As a consequence, resort to arbitration in disputes between public entities and foreign private parties has also increased sharply. It has been reported, for instance, by the ICC that more than one-third of the cases submitted to arbitration administered by that institution related in recent years to this kind of dispute¹⁹⁸. An interesting indication of this trend is shown by the very existence of the rules enacted in 1962 by the Administrative Council of the Permanent Court of Arbitration in The Hague in order to make its facilities available not only to governments, as they were before that enactment, but also in case of arbitration in an international dispute between two parties of which one only is a State¹⁹⁹.

In principle, there can be little doubt, if any, that international arbitrations arising from a dispute between States and foreign subjects, under a contractual relationship between the parties, should be put on the same level as arbitrations between two private parties, and not as arbitrations between States, which are governed as such by public international law. As a matter of fact, the above can hardly be questioned, since public international law does not concern relations between parties other than States, nor can any international tribunal be given competence otherwise than by means of an agreement entered into by States as subjects of international law²⁰⁰. On the other hand, there is no reason to believe that the

general legal principles applying to international commercial arbitration, as dealt with in the preceding chapters, do not apply when one of the parties is a State or another public entity, only in view of this particular circumstance. As far as the applicable international conventions are concerned, this does not seem to be open to doubt, especially in view of the broad wording, and even more the broad policy, of the New York Convention²⁰¹. The practice of courts and of arbitral tribunals confirms this assumption.

In practice, however, the issue in question has been giving rise to frequent difficulties. Some problems are common to all kinds of arbitration, and do not deserve any special consideration here, although they may be particularly acute in cases when a State is a party: this is the case, for instance, as to the appointment of arbitrators when one party fails to make its designation, the place where arbitration has to be held, the procedural rules of the law applicable to the substance of the dispute. But other problems are absolutely peculiar to arbitrations where a government, or a public entity, is a party, such as sovereign immunity in view of enforcement of arbitral agreements or awards, or the applicability of the rule of exhaustion of local remedies before arbitration can take place²⁰². The existence of difficulties as to the effectiveness of international commercial arbitration in cases where governments or other public entities are involved has provoked some trends in practice towards a different treatment of arbitration in similar circumstances, which, however, do not seem to reach their purpose. A remarkable result has been attained, on the contrary, in the field of international legislation, where the Washington Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States was concluded on 18 March 1965. These aspects will be briefly dealt with in the following paragraphs.

26. *Quasi-international awards and current international practice*

The practice has shown in the last decades reiterated attempts on the part of private parties contracting with foreign States to regulate their contractual relations on the basis of legal rules and principles other than those contained in the legal system of the Contracting State, and to exclude completely any impact of the latter. The trend has been revealed especially in long-term contracts, such as oil and mining concessions, investment in general and the so-called economic development contracts, and has mainly taken the form of attempts to de-nationalise the contract by having it subjected to rules of international law or to the so-called general principles of law common to municipal legal systems, according to the mention contained in Article 38 (1) (c) of the Statute of the International Court of Justice²⁰³. In this context, arbitration is always provided for as an essential element of the denationalisation of the contract, without any reference to any municipal law system²⁰⁴, and is frequently accompanied by an express specification of

the legal sources to which arbitrators shall make recourse in order to render their award on the merits of the case.

On the basis of the above-mentioned practice, a line of thought largely represented in contemporary legal writings from various countries has maintained that similar contracts may be submitted by the parties to international law, or in any event to legal rules different from those embodied in any particular legal system of States, at least when some requirements are met. In particular, this would be the case when the private party enjoys a position of some autonomy within the international community with regard to the contracting State, as is usually the case with large multinational corporations, and the contracting State accepts to regulate the contractual relationship outside the scope of its legal system²⁰⁵, thus undertaking to apply the contractual provisions under the general principles of law. While generalisations are made extremely difficult, and indeed dangerous, by the large variety of opinions expressed by legal writers, it may be stated that the result in which they tend to concur is that, on the one hand, the above-mentioned contracts fall outside the scope of any municipal law, and on the other hand, arbitration provided for by the same would be totally detached from any such law and find its legal basis in the special set of rules created by the contract in itself, which would be linked in some way with the international legal system²⁰⁶. International law or general principles would thus become applicable by their own virtue, and not as a result of any reference made by the parties under conflicts or similar rules contained in municipal systems.

The practice of arbitral tribunals in this regard is uncertain. With respect to arbitration procedure, in *Arabian American Oil Company (Aramco) v. Saudi Arabia* the award was made by a tribunal where Professor Sauser-Hall was the umpire, and referred to a dispute arising out of a concession agreement. The arbitral tribunal held that the arbitration could not be governed by the law of the country where it had its seat, for the applicability of this law would have been contrary to the principle of sovereign immunity. The arbitration, in the view of the tribunal, could only be governed by international law²⁰⁷. The decision has been made the object of criticism, but it is important to note, in any event, that it has not been followed by any consistent practice. As a matter of fact, in *Sapphire International Petroleum Limited v. National Iranian Oil Company (NIOC)*, the arbitrators, a few years after *Aramco*, treated the arbitration as being subject to Swiss law, which was the law of the place where arbitration took place, and the award was made²⁰⁸.

More recently, in two cases brought to arbitration as a consequence of Libyan nationalisation of the oil industry, the divergent views expressed in *Aramco and Sapphire* were reaffirmed. On the one hand, the Swedish Judge Lagergren held, as arbitrator in *British Petroleum v. Libya*, that no principle of international law prevented the municipal law of the place where arbitration is carried on from being applied to arbitral proceedings, and that attachment to a developed system of law was both convenient and constructive in a case where the arbitral tribunal had full authority to determine the procedural law of arbitration²⁰⁹. On the other hand, in

California Asiatic Oil Co. and Texaco Overseas Petroleum Co. v. Libyan Arab Republic the sole arbitrator, Professor Dupuy, adopted the view expressed in *Aramco* and held that the arbitration was governed by international law. Hence, the arbitrator decided that the award would be deposited with the Registry of the International Court of Justice²¹⁰.

Whatever the theoretical views on the idea of a “quasi international” or “transnational” arbitral award (or contract) may be, it should be noted that similar approaches cannot satisfy the demand for a successful enforcement of the award, and therefore are not likely to enhance the effectiveness of the international arbitration process in this particular field. When performance of the award is refused, as has frequently happened in practice with regard to allegedly quasi international awards, a conflict arises between such alleged international character and the need of having recourse to co-operation on the part of the enforcement machinery of the States. As a matter of fact, public international law, on the level of which such awards purport to be located, does not secure resort to any enforcement proceedings comparable to those provided for by municipal legal systems. International practice shows therefore several attempts on the part of successful private parties in order to obtain enforcement of the award through recourse to municipal courts of other States, but such attempts meet with considerable difficulties, and sometimes fail, in view of the complications inherent in execution against State assets, or of the alleged international character of the award²¹¹.

It may also be remembered that a frequent consequence of arbitration proceedings between States and private parties resulting in awards unfavourable to governments involved in the dispute is that the latter do not resort to arbitration any longer in relations with foreign entities, or considerably change the contents of arbitral clauses they had previously adopted. The Saudi Arabian Council of Ministers, after the *Aramco* case mentioned above, decided in 1963 to exclude any recourse to arbitration apart from exceptional cases²¹². The Iranian Government, which had been the losing party in *Sapphire*, and whose assets had been attached in the Netherlands in order to enforce the awards, altered, to a substantial extent, the arbitral provisions previously in use in concession agreements and requested arbitration under Iranian law to be held in Tehran²¹³.

Moreover, hostility towards international arbitration is to some extent traditional in some countries, such as those of Latin America. In the countries adhering to the Andean Pact, a specific legal rule, embodied in Article 51 of the Andean Foreign Investment Code²¹⁴, forbids the insertion into instruments relating to investment or the transfer of technology of “clauses that remove possible conflicts or controversies from the national jurisdiction and competence of the recipient country or allow the subrogation by the State to the rights and actions of their national investors”. It is, however, controversial whether this provision refers to arbitration in general, or only to arbitrations taking place in a foreign country²¹⁵.

Hence, the trend towards de-nationalisation of arbitration between governments and foreign private parties does not provide effective means for securing

compliance by governments and promoting effectiveness of arbitration. Rather, it proves contradictory in so far as de-nationalised awards should be brought under a definite municipal law in order to obtain execution.

27. *The enforcement of the award and existing international conventions*

A reconciliation of the conflicting needs can only be provided by resort to the largest extent possible to existing provisions concerning international commercial arbitration in general, and to the extent they are applicable to the rules of the Washington Convention of 1965.

The rules of the New York Convention, as has been seen above, provide large possibilities for an arbitral award rendered in a dispute involving a government to be recognised and enforced in the territories of Contracting States. While the fact that a government is a party to the proceedings has no impact on the application of the convention, it should be recalled that both the procedural rules applicable to arbitration proceedings and the rules governing the substance of the dispute may be agreed upon by the parties to a large extent, and therefore satisfy the peculiar needs of any proceedings. Since, in the present writer's submission, the convention does not require that the award is made under a given municipal law²¹⁶, there is no hindrance to recognition and enforcement even if the parties set out procedural rules other than those provided for by any such law, provided of course that the award complies with the requirements set forth in Article V of the convention. The largest freedom is granted in any event to the parties as to the rules applicable to the substance of the difference.

The application of the New York Convention would therefore encompass arbitrations and awards under clauses included in international contracts, which the parties – as is frequently the case in relations between States or public bodies and foreign private parties – have made subject to general principles of law or in any event to other a-national rules²¹⁷. To state this is wholly different than maintaining that *arbitration as such* is subject to international rules or to rules completely unconnected with any municipal law. Clearly, arbitration is one thing, and the contract from which it arises is another. Although many writers maintain that under contracts governed by such peculiar sets of rules as general principles of law or similar a-national principles also arbitration should be linked with “autonomous” legal systems beyond the scope of any municipal laws, it is submitted that the distinction between the rules governing arbitration and those concerning the substance of the dispute can never be overlooked. Under the New York Convention, both sets of rules may be to some extent different from those set forth by municipal law, but this depends upon the choice made by the parties in the relevant instruments and not upon any necessary connection between an allegedly international character of the contractual relationship and that of arbitration.

Recognition of an arbitral award applying general principles of law or rules

other than those pertaining to national systems by virtue of an international convention, within the legal system of a Contracting State, is of great significance in that it affords the only means by which the peculiar rules set forth in a purportedly “self-regulating” international contract can be introduced into, and made valid within, the municipal law of a State. By means of recognition of the award, what should be viewed from the standpoint of municipal law as nothing more than an issue of legal theory becomes an issue of positive law. To the extent they are resorted to by the parties, principles of international law, or general principles of law, are entitled to rule over conflicting principles accepted by the municipal law of the State which is a party to the contract, and to be applied within any State where the award may be recognised.

28. *Some special problems in arbitration between States and foreign private parties*

Special problems that may arise in connection with the particular arbitrations considered in this chapter cannot be discussed here at some length. Mention should be made, however, at least of questions concerning sovereign immunity, exhaustion of local remedies and State responsibility for repudiation of arbitral agreements or failure to comply with the terms of the award, all of which have been extensively considered in an excellent study of a distinguished writer²¹⁸.

Sovereign immunity has been frequently invoked by States with a view to getting rid, either of the obligation to arbitrate, or of the duty to execute the award. There should be, however, no doubt, in this connection, that an agreement to arbitrate constitutes an implicit waiver and that therefore international or municipal rules granting sovereign immunity should not apply. This view, which had already been taken by some writers and courts, has been upheld recently by the United States District Court for the District of Columbia, in *Iptrade International SA v. Federal Republic of Nigeria*²¹⁹. The court relied upon the Foreign Sovereign Immunity Act of 1976²²⁰ and on its legislative history, particularly on a statement in the Congressional Committee Report on the Jurisdiction of United States Courts in Suits Against Foreign States of 9 September 1976²²¹ but the principle would seem to apply anyhow as a general rule. The *jure imperii* or *jure gestionis* character of the subject-matter of the agreement should therefore be irrelevant²²².

General international or domestic rules, as the case may be, must be applied, on the contrary, as far as the enforcement of the award is sought against the State. Application of the said rules is not even excluded by the Washington Convention of 1965, as will be seen later.

As to exhaustion of local remedies, three aspects have been rightly pointed out²²³. The first concerns the question whether the prior exhaustion rule applies to arbitration itself, and this should be answered in the negative. Where there is an agreement validly entered into by the State to submit the dispute with a private

party to arbitration, there does not seem to be any room for the application of the rule as usually understood in international practice. As has been correctly pointed out, consent to arbitration excludes all other remedies²²⁴.

Two further aspects of the applicability of the rule are connected with the question of international responsibility of the State. It may happen that the contracting State fails to co-operate in the organisation of the arbitral tribunal and of proceedings for various reasons. In similar cases, the other party is entitled to resort to all means provided for by the rules applicable to the procedure, either by virtue of the arbitration agreement or under the municipal law applicable by virtue of its own rules. This may provide remedies for the State's default, but if this is not the case, refusal or arbitration on the part of the State may constitute an international wrong, particularly a denial of justice. The case should only be distinguished when the State's failure to cooperate and to arbitrate results "from general and in every respect unobjectionable legislation which it enacts"²²⁵: a denial of justice would not then occur. But when it does occur, the rule of local remedies would seem to apply, and the international claim could not be brought before the remedies available to the other party to the arbitration under the municipal law system of the contracting State have not been exhausted. In practice, however, it is doubtful that similar remedies in fact exist, but should this be the case, there is argument in favour of the view that the private party should first seek redress through recourse to the municipal courts of the contracting State²²⁶.

Finally, the contracting State may fail to comply with the terms of an award. While, on the one hand, a similar occurrence may give rise to the immunity problem when enforcement of the award is sought, it implies international responsibility of the State²²⁷: but an international claim could not be brought against the latter unless local remedies have been previously exhausted.

It is apparent from the foregoing that, though arbitration between States and foreign parties is not international in character, many issues of international law are likely to arise in connection with its organisation and development as a consequence of the State's inherent position as a subject of international law. The peculiar problems ensuing therefrom have been partly dealt with, and to some extent, disposed of, by the Washington Convention of 1965.

29. *The Washington Convention of 1965: the ICSID*

The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of other States was concluded in Washington on 18 March 1965. It established an International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) under the auspices of the International Bank for Reconstruction and Development. As at 1 November 1978, 72 States are reported to have become parties to the convention, representing almost all the areas of the world, with the exception only of Latin America and, partially, of the Communist world²²⁸.

The Centre is an autonomous international institution providing a means for conciliation and arbitration proceedings under the convention. Not unlike other institutions, such as the arbitration court of the ICC or, to take another example, the Permanent Court of Arbitration, it is essentially a secretariat, entrusted with the task of administering arbitration proceedings under the convention. It also maintains a panel of arbitrators. It is governed by an administrative council, to which all the Member States appoint representatives, and whose most important tasks are to adopt administrative and financial regulations and rules of procedure governing arbitration proceedings under the convention. Arbitration rules pursuant to Article (1) (c) of the convention have been adopted by the Council effective from 1 January 1968, and consist of considerably detailed rules set forth in 56 articles²²⁹. The Centre has made general arrangements for mutual cooperation with the Permanent Court of Arbitration in The Hague, so that arbitration under the convention can be conducted at the seat of the latter²³⁰.

The “jurisdiction” of the Centre is determined by Article 25 of the convention in view of: (i) the subject-matter of the dispute, (ii) the quality of the parties, and (iii) the agreement of the parties to arbitrate under the convention. Clearly, the word “jurisdiction” throughout the convention is a misnomer, since the Centre does not decide upon disputes itself.

(i) The subject-matter of the dispute is an investment transaction, which indicates specifically an investment made by the foreign investor in the territory of a State. There is no particular definition of the meaning of the term in the convention. While this was limited to arbitration in investment disputes in view of the primary involvement of the World Bank, under whose auspices the convention was drafted and concluded, in the capital movement from developed to underdeveloped countries²³¹, the framers felt that there was no reason to set rigid limits to the deferral of disputes to the Centre, in view of the fact that the parties, whose agreement is required for arbitration under the rules of the convention, should be left free to bring under such rules any dispute they might consider as related to an investment from the economic standpoint. In addition, the dispute must be a legal dispute, i.e., a dispute as to rights and duties of the parties²³².

(ii) The parties must be, one a contracting State (or one of its constituent subdivisions or agencies, designated to the Centre by that State), and the other a national of another Contracting State. The convention defines as “national”, in the case of a natural person, any person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to arbitration, as well as on the date on which the request was registered, to the exclusion of any person who on either date had also the nationality of the State party to the dispute. With regard to juridical persons, the test is that it had the nationality of the foreign State on the date of consent, also if such was not the case at the time when the request was registered; moreover, an additional test is that a juridical person had the nationality of the Contracting State party to the dispute at the date on which consent was expressed, provided that because of foreign control

the parties have agreed it should be treated as a national for the purposes of the convention²³³.

(iii) The third, and most important, requirement set forth by Article 25 is that both parties must have consented in writing to have recourse to the Centre. This is stated in Article 25 (1), which adds that when the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally. If the State does so, not only is it internationally responsible towards the other Contracting States, and notably towards the national State of the investor, but it is subject to the jurisdiction of the Centre, since arbitration proceedings may be conducted under the convention even in one party's default (Article 45).

Article 25 (1) makes it clear that the Contracting States are under no duty to refer their disputes relating to investments with nationals of other States to arbitration under the rules of the convention²³⁴. The Centre has jurisdiction (i.e., arbitration under the convention can take place) only if the parties have consented to submit such disputes to the Centre, and mere ratification of, or accession to, the Washington Convention is not sufficient for that purpose. The parties to a dispute are therefore free to agree upon provisions contemplating the Centre's jurisdiction. On the other hand, there is no particular formal requirement for the expression of the consent, except the in-writing requirement set forth in Article 25 (1). Consent may therefore result from clauses inserted in agreements, or in concession contracts²³⁵, or may be given after a difference has arisen, by means of an actual submission. Or it may otherwise result, as is sometimes the case, from an investment being made under an Investment Code of a particular country, which provides for ICSID arbitration as the method of settlement of disputes arising out of the application of the Code itself²³⁶. In similar cases, consent of the parties will not be recorded in the same instrument: but there is no requirement in the convention in this sense, since it merely requires the existence of consent at the time when a request for arbitration is filed²³⁷. In other cases, the jurisdiction of the Centre may stem from provisions inserted in international conventions between capital importing and capital exporting countries²³⁸.

30. *Arbitration under the Washington Convention*

When a consent for the purposes of Article 25 (1) has been given by the parties, arbitration that may be requested by either party to the dispute comes within the purview of the Washington Convention. This brings about a number of significant consequences.

First, the procedural rules embodied in the convention become applicable, though they may to a large extent be contracted out by the parties. The convention regulates all procedural aspects of arbitration, and ensures the possibility of effectively organising and conducting proceedings even where the State does not cooperate.

Secondly, the consent expressed by the parties to arbitration under the convention is declared by Article 26, “unless otherwise stated, to be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy”. The article adds that “a Contracting State may require the exhaustion of local remedies as a condition of its consent to arbitration under this convention”²³⁹. Another effect of consent is regulated in Article 27, which prevents any Contracting State from giving diplomatic protection, or bringing an international claim, in respect of

“a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute”.

Thirdly, the arbitral tribunal established under the convention and according to the procedure contemplated by the same, shall, pursuant to Article 42 (1),

“decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable”.

The rules of Article 42 (1) are of the utmost importance, both theoretical and practical. The convention leaves in principle to the autonomy of the parties the possibility to set out whichever rules they prefer to apply to the substance of the dispute. The reference may be to a national law, but the parties may also indicate the applicable provisions direct, or may, as is frequently done in investment contracts, designate a municipal law as in effect at a certain date to the exclusion of legislation enacted subsequently to the conclusion of the contract, or, finally, refer to international law or to general principles of law. Moreover, Article 42 (3) allows reference to decisions *ex aequo et bono*.

Even more relevant, the provision of Article 42 (1) directs the Tribunal to apply – absent any agreement as to applicable law – the law of the State party to the dispute and such rules of international law as may be applicable. This requires the Tribunal to control conformity of municipal law of the State party to the contract with international law, and possibly disregard the same when found in conflict. The Tribunal, absent any express choice of law, by the parties, is therefore entitled to review such law, or actions taken by the State pursuant to the same, and “dispose of the relevant questions of international law as if it were an international tribunal sitting between States”²⁴⁰.

The above provisions, when viewed against the general background of the rules embodied in the Washington Convention, point to the conclusion that arbitration under the same is international in character in that it is organised and regulated only by the international rules of the convention, to the exclusion of any reference to any municipal law (and to international law) except those specifically

contained in the text of the convention. Arbitration under those rules rests entirely on the international treaty. It is therefore independent from any reference to other laws and may be qualified as international: this, of course, has an entirely different meaning than to suggest that it rests on the rules of the international legal system on the whole²⁴¹.

The Washington Convention has thus attained, within the particular field of investment disputes, the goal which the ICC had tried in vain to achieve since 1953 on a general level, and which the New York Conference refused to accept. The international system created by the Washington Convention is “self-contained” and binding within the legal system of the Contracting States. Awards made according to the said system become binding and enforceable within the latter by virtue of the provisions contained in the convention alone.

To this effect, the rules of Articles 53 to 55 of the convention apply. They are contained in Section 6 of the convention under the title “recognition and enforcement of the award”. Article 53 provides that the award rendered under the rules of the convention shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in the convention²⁴², such remedies being contemplated by Section 5 (interpretation, revision and annulment of awards) and being entirely administered within the framework of the ICSID. Each party is bound to abide by and comply with the terms of the award. On the other hand, by virtue of Article 54 (1) the States parties to the convention are under a duty to recognise as binding and to enforce the pecuniary obligations imposed by an award rendered pursuant to the convention within their territories “as if it were a final judgment of a court” of those States. The party seeking recognition or enforcement of the award in the territories of Contracting States is simply required to furnish to a competent court or other authority which such State shall have designated for that purpose a copy of the award certified by the Secretary-General (Article 54 (2)). No special procedure is therefore required, or even permitted, for recognition: courts or other authorities are under a duty to register (or anyway to give effect to) the ICSID awards upon mere presentation of a certified copy thereof²⁴³. Execution of the award, according to Article 54 (3), is on the contrary entirely governed by the procedural rules in force in the State where execution is sought.

Execution of the award may create a problem in so far as the principle of sovereign immunity applies within the State where enforcement is sought. The convention has not been able, or willing, to make an impact upon such a sensitive area of the law, and Article 55 merely states that “nothing in Article 54 shall be construed as derogating from the law in force in any Contracting State relating to immunity of that State or of any foreign State from execution”. Hence, enforceability of ICSID awards against States or State agencies will eventually depend upon such rules as may be applicable in Contracting States as to sovereign immunity. It should be noted, however that, on the one hand, there is a restrictive trend in the subject-matter both in international and in domestic laws, and on the

other, the successful party will be able to rely on such indirect means of pressure as may be given by the fact that ICSID is closely linked with the World Bank, whose facilities could be made no longer available to States frustrating awards rendered under the convention. In addition, a dispute between such a State and the national State of the foreign investor would come within the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice according to Article 64 of the Washington Convention. On the whole, factors contributing to ensuring a proper working and full effectiveness of the machinery provided for by the convention seem therefore adequate.

Having come to the end of our survey, one thing has become evident from all the foregoing, namely the impressive width of the international movement aiming at fostering international co-operation in arbitration matters. In fact, arbitration has become the object of attention and efforts all over the world, and international conventions of both general and regional character, and other instruments, now cover practically all geographical and political areas of the world. This may bring about in the future the need for co-ordinating the operation of the various instruments, and of organising the co-operation of the different institutions active in the field. But in any event, the magnitude of the development reveals the widespread conviction that resort to international commercial arbitration should be encouraged in the interest of international relations among States and of their peaceful co-operation. It is to be hoped that any effort to throw some new light on this complex subject may result in a contribution in the same direction.

Notes

1. G. Balladore Pallieri, "L'arbitrage privé dans les rapports internationaux", in *Recueil des cours*, Vol. 51 (1935-I), pp. 291 ff.
2. C. Carabiber, "L'évolution de l'arbitrage commercial international", in *Recueil des cours*, Vol. 99 (1960-I), pp. 119 ff.
3. B. Goldman, "Les conflits de lois en matière d'arbitrage international de droit privé", in *Recueil des cours*, Vol. 109 (1963-II), pp. 347 ff.
4. P. Lalive, "Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial", in *Recueil des cours*, Vol. 120 (1967-I), pp. 573 ff.
5. A. Broches, "The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States", in *Recueil des cours*, Vol. 136 (1972-II), pp. 331 ff.
6. P. Sanders, "Trends in the Field of International Commercial Arbitration", in *Recueil des cours*, Vol. 145 (1975-II), pp. 207 ff.
7. This aspect is frequently insisted upon; see Sanders; *op. cit.*, p. 216.
8. L. Raape, *Internationales privatrecht*, 5th ed., Berlin-Frankfurt on Main, 1961, p. 557. See the forceful restatement of the principle by F.A. Mann, "Lex Facit arbitrum", *International Arbitration. Liber Amicorum for Martin Domke*, The Hague, 1967, pp. 157 ff.

9. The notion of an “international legal life” apart from any insertion of the institutions emerging as a result of the operation of social forces on that level into a definite legal system has been elaborated from the theoretical standpoint by P. Ziccardi, “Diritto internazionale in generale”, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milan, 1964, pp. 988 ff., at 1012 ff.
10. *United Nations Treaty Series*, Vol. 330, p. 38.
11. *United Nations Treaty Series*, Vol. 484, p. 364.
12. *United Nations Treaty Series*, Vol. 575, p. 159. See also 4 *International Legal Materials* (1965), p. 524.
13. The United Nations Commission for International Trade Law (UNCITRAL) decided, since its first session in 1968, to draw the attention of member States of the United Nations to the existence of the New York Convention, and to invite States to consider the possibility of adhering to it (see UN doc. A/CN. 9/22 of 7 February 1969 with the text of some replies received by States).
14. See for a short historical survey, Minoli, “Studi e proposte per una legge uniforme sull’arbitrato”, in *Atti del Convegno internazionale per la riforma dell’arbitrato*, Milan, 1954, pp. 39 ff., where further references can be found; Fazzalari, “I processi arbitrali nell’ordinamento italiano”, *Rivista diritto processuale*, 1968, pp. 459 ff. See also Glossner, “Arbitration: A Glance Into History”, in *Hommage à Frédéric Eisemann*, Paris, 1978, pp. 79 ff.
15. On this peculiar attitude of English law, see Schmitthoff, “The Supervisory Jurisdiction of English Courts”, in *International Arbitration. Liber Amicorum for Martin Domke*, The Hague, 1967, pp. 289 ff.; Kerr, “The English Courts and Arbitration”, in Schmitthoff (ed.), *International Commercial Arbitration, Documents and Collected Papers*, New York-London, 1974-1975, pp. 199 ff. A reform of the special case procedure has been introduced by the Arbitration Act 1979 (1979 Ch. 42, 4 April 1979): there is now an appeal to the High Court on any question of law arising out of an award and determination of preliminary points of law by the High Court is permissible only in certain cases contemplated under Section 2 of the Act.
16. Article 812 of the Code of Civil Procedure of 1942. This is superseded to the extent that the Geneva Convention of 1961 on international commercial arbitration is applicable by Article III of the same.
17. See generally Minoli, “L’Italie et la Convention de New York pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères”, in *International Arbitration* (*supra*, note 15), pp. 199 ff.
18. As to the growing importance of arbitration in the 20th century, see generally David, “Rapport sur l’arbitrage conventionnel en droit privé. Etude de droit comparé”, Rome, 1932, and “Arbitrage du XIXe siècle et arbitrage du XXe siècle”, in *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, 1965, pp. 219 ff. The International Chamber of Commerce was established in 1919, while the American Arbitration Association was established in 1926 as a result of the merger of two pre-existing institutions.
19. The Protocol of 24 September 1923 is in *League of Nations Treaty Series*, Vol. XXVII, p. 158; the Convention of 26 September 1927, *ibidem*, Vol. XCII, p. 302.
20. A similar view has been taken in Italy, notably by Galgano, “Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici”, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, I, *La Costituzione economica*, Padua, 1977, pp. 3 ff., at 91 ff.

21. See in this connection the remarks by Carlston, "Theory of the Arbitration Process", in *17 Law and Contemporary Problems* (1952), pp. 631 ff. at 635.
22. Similar views are largely supported especially by French scholars, such as Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, and Goldman, "Les conflits de lois" (*supra*, note 3), and "Frontières du droit et *lex mercatoria*", *Archives de philosophie du droit*, 1964, pp. 185 ff. But see also Bruns and Motulsky, "Tendances et perspectives de l'arbitrage international (à propos de la Convention de Genève)", *Rev. int. droit comparé*, 1957, pp. 717 ff.; Fragistas, "Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé", *Revue crit. droit int. privé*, 1960, pp. 1 ff.; Motulsky. "L'exécution des sentences arbitrales internationales", in *Annales de la faculté de droit de Liège*, 1964, pp. 141 ff. On the question, see in general Habscheid, "Nationale oder supranationale Schiedssprüche. Zur Reform des Genfer Abkommens über die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche von 26.9.1927", *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1957, pp. 25 ff.; "Drei aktuelle Fragen des internationalen privaten Schiedsrechts", *Konkurs, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen*. 1964, pp. 141 ff.; Klein, "Zum Begriff des internationalen Schiedsverfahrens", in *Festgabe zum schweizerischen Juristentag*, Basel, 1963, pp. 145 ff.; "L'arbitrage international de droit privé. Réalités et perspectives", *Annuaire suisse de droit international*, 1963, pp. 41 ff.; David, "Arbitrage international ou arbitrage étranger ?" in *Festschrift für Hans Ticker*, Frankfurt on Main, 1967, pp. 121 ff.; Gentinetta, *Die Lex Tori internationaler Handelsschiedsgerichte*, Bern, 1973.
23. Dr. Mann, who is the strongest supporter of the "national" character of any arbitration between private persons, denies that "there is any cogent evidence of 'arbitrage supranational' being a social fact" ("State Contracts and International Arbitration", in *British Year book of Int. Law*, 1967, and *Studies in International Law*, Oxford, 1973, pp. 256 ff. at 261). But with the meaning and within the context explained, it is the present writer's submission that such evidence does exist.
24. See Article I of the Protocol of 1923 and Article I (3) of the New York Convention (second reservation).
25. No mention is made in this connection of the true "international" arbitration as a means of solving disputes between States, which falls completely outside the scope of this writing.
26. Paragraph 202 of the US Arbitration Act, included in Chapter 2 of the same added on 31 July 1970 (84 Stat. 692), states that an agreement or award arising out of a "relationship considered as commercial which is entirely between citizens of the US shall be deemed not to fall under the convention unless that relationship involves property located abroad, envisages performance or enforcement abroad, or has some other reasonable connection with one or more foreign States".
27. A further example is given by the Australian Act of 1974. The UK Act of 25 February 1975 is stated by Section 7(1) to apply to agreements which are not "domestic" as defined. As has been rightly pointed out, similar enactments are not in line with the requirements of the convention, but it is unlikely that the breach of an international obligation in such circumstances would cause any reaction on the part of other Contracting States (Gaja, "Introduction" I. A.3., in Gaja (ed.), *International Commercial Arbitration, New York Convention*, Part I, Dobbs-Ferry, 1978; in the same volume, Part IV, the texts of the relevant national enactments may be found).

28. For the first example, see Cour de cassation, 2 May 1966, Galakis, *Revue crit. droit int. privé*, 1967, 553, note by Goldman; *Journal du droit int.*, 1966, 648, note by P. Level. The rules of Articles 83 and 1004 of the French Code of civil procedure were deemed not to be applicable to international arbitrations (in this respect, see for comments Mann, "State Contracts", *supra*, note 23, at pp. 262 ff.). For the second example, see Cour de cassation, 7 May 1963, Gosset, *Revue crit. droit int. privé*, 1963, 615; *Journal du droit int.*, 1964, 82, note by Bredin; and 4 July 1972, Hecht, *Journal du droit int.*, 1972, 843, note by Oppetit (and see below, note 95 to Chapter II). A somewhat similar trend seems to be shown by some US courts, which have taken a more flexible approach as to the need of consent of the parties to an arbitral clause to the entry of a judgment by courts upon the award in view of the jurisdiction of the courts, in cases where international arbitration is involved: see *infra*, note 139.
29. This standpoint would confirm the attitude prevailing in certain countries, such as Italy, whose domestic law required, in order that a foreign arbitral award was recognised, that it had the same effects as a foreign judgment in the country where it was made (Article 800 of the code of civil procedure). This rule, which is now superseded in Italy by the entry into force of the New York Convention (Italy having expressed no reservation) corresponds to a very rigid jurisdictional approach to arbitration.
30. The determination of this factor was also controversial, depending upon the attitude of municipal laws on the subject, what may be influenced by jurisdictional or contractual conceptions of arbitration.
31. See "L'exécution des sentences arbitrales internationales", *Rapport et avantprojet de convention adoptés par le Comité de l'arbitrage international à la session du 13 mars 1953*, Brochure no. 174 de la CCI.
32. About the views of the ICC, see the statements made at the New York Conference by Mr. Haight, at the third meeting on 21 May 1958 (E/CONF.26/SR3), reproduced in *International Commercial Arbitration. New York Convention*, Part III.C. 10 ff. (*supra*, note 27).
33. On the legislative history of the convention, see particularly Domke, "The United Nations Conference on International Commercial Arbitration", 53 *American Journ. Int. Law* (1959), pp. 414 ff.; Contini, "International Commercial Arbitration: The United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", 7 *American Journ. Comp. Law* (1959), pp. 283 ff.; Bertheau, *Das New Yorker Abkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche*, Winterthur, 1965, pp. 25 ff.
34. On this controversial issue see below, Chapter IV, para. 15.
35. See below, Chapter V, paras. 29-30.
36. The need to provide for some co-ordination of the existing institutions, or at least to promote better co-operation among them, has been pointed out by Sanders, "The Unification and Future of International Commercial Arbitration", in Schmitthoff (ed.), *International Commercial Arbitration* (*supra*, note 15), pp. 167 ff.
37. This is indeed a very special example in view of the close links existing among the States of the Council for Mutual Economic Assistance and the peculiar features of their economic and political structure. See the uniform rules of procedure in the arbitration courts at the Chamber of Commerce, issued on 26 February 1974 and in

- force since 1 January 1955, in Schmitthoff (ed.), *International Commercial Arbitration* (*supra*, note 15), pp. 7 ff. of Part III.
38. The European Convention providing a uniform law on arbitration was made at Strasbourg on 20 January 1966 (Council of Europe, *European Treaty Series*, No. 56, May 1967). On this convention see generally Jenard, "Projet de Convention européenne portant loi uniforme en matière d'arbitrage", *Annales de la faculté de droit de Liège*, 1964, pp. 39 ff.; Herment, "L'arbitrage international en droit privé", *Revue belge droit int.*, 1966, pp. 370 ff.; Arnold, "Das europäische Uebereinkommen vom 20 Janua. 1966 für Einführung eines einheitlichen Gesetzes über die Schiedsgerichtsbarkeit", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1967, pp. 142 ff. Belgium has incorporated the basic provisions of the Uniform Law into its domestic *Code Judiciaire* of 1972 (Articles 1676 to 1723). Failure to sign and ratify the convention is a good example of the reluctance of States to accept uniform regulations having an impact on their domestic legislation, mainly due to the force of deeply rooted national traditions.
 39. Professor Sanders speaks in this respect of "administered *ad hoc* arbitration" ("The Unification and Future", *supra*, note 36, at 173).
 40. The Rules of the UN Commission for Europe and those of the parallel Commission for Asia and the Far East (ECAFE) may be read in *International Commercial Arbitration* (*supra*, note 15), Part II, pp. 11 ff. and 71 ff. respectively. See Cohn, "The Rules of Arbitration of the UN Economic Commission for Europe", 16 *Int. Comp. Law Quarterly* (1967), pp. 946 ff.; Sanders, "ECAFE Rules for International Commercial Arbitration", in *International Arbitration* (*supra*, note 15), pp. 252 ff. Due consideration has been given to these Rules in the preparation of the UNCITRAL Rules of 1966, referred to in the text. See the latter Rules in 15 *Int. Legal Materials* (1976), pp. 701 ff. and the Note, *UNCITRAL Arbitration Rules*, 17 *Harvard Journal of International Law* (1976), pp. 141 ff.; Sacerdoti, "The New Arbitration Rules of ICC and UNCITRAL", 11 *Journal of World Trade Law* (1977), pp. 248 ff. These Rules are made applicable by an agreement in writing by the parties, in their contract or separately, that disputes in relation to that contract shall be referred to arbitration under these Rules: Art. I (1).
 41. This was notably the case in France, where undertaking to submit future disputes to arbitration (*clause compromissoire*) was held by the Cour de cassation in 1843 null and void. The law was then changed in 1925. See Rubellin-Devichi, *L'arbitrage. Nature juridique. Droit interne et droit international privé*, Paris, 1965, pp. 20 ff.
 42. See Article II of the New York Convention and Article 1 of the Geneva Convention of 1961. But this was already stated in the Protocol of Geneva, Article 1.
 43. See Kerr, "The English Courts and Arbitration", in Schmitthoff (ed.), *International Commercial Arbitration, Documents and Collected Papers*, Dobbs Ferry-London, 1974-1975, pp. 214 ff.; and add Russell, *On the law of Arbitration*, 18th ed. by Walton, London, 1970, pp. 244 ff. A comparative survey of the *special case* and similar procedures in other common law countries is to be found in van den Berg, "Etude comparative de droit de l'arbitrage commercial dans les pays de *common law*", *Rassegna dell'arbitrato*, 1979, pp. 11 ff. at 39 ff.
 44. (1922) 2 KB 478, at 484.
 45. On this see generally Mackie, "Commodity Arbitration in London", *International Commercial Arbitration* (*supra*, note 43), pp. 322 ff.

46. Kerr, "The English Courts", *supra*, note 43. See also Mann, "Lex Facit Arbitrum", in *International Arbitration. Liber Amicorum for Martin Domke*, The Hague, 1967, pp. 157 ff. at 171 ff.
47. On this subject see generally Domke, "Arbitral Awards Without Written Opinions: Comparative Aspects in International Commercial Arbitration", in *XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in Honour of Hessel E. Yntema*, Leiden, 1961, pp. 249 ff.; Recchia, "La motivazione nelle sentenze arbitrali estere: aspetti di diritto comparato", *Rassegna dell'arbitrato*, 1976, pp. 167 ff.
48. A different approach has been taken by the US Supreme Court, which, in *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, stated with regard to arbitral clauses that "the argument that such clauses are improper because they tend to 'oust' a court of jurisdiction is hardly more than a vestigial legal fiction. It appears to rest at core on historical judicial resistance to any attempt to reduce the power and business of a particular court and has little place in an era where all courts are overloaded and when businesses once essentially local now operate in world markets" (407 US 1, at 12) (1971).
49. Russell, *On the Law of Arbitration*, *supra*, note 43. pp. 137 ff.
50. See in general the present writer's article "Questioni sulla rilevanza dell'arbitrato estero", XI *Comunicazioni e studi dell'Istituto dir. internaz. straniero*, Univ. of Milan, 1963, pp. 293 ff. and further references given there; Gaja, *La deroga alla giurisdizione italiana*, Milan, 1971; Broggin, "Gerichtsstandvereinbarungen im deutsch-italienischen Handelsverkehr", *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 1969, pp. 93 ff.
51. Carnelutti, "Arbitrato estero", and "Clausole di rinuncia alla giurisdizione italiana", in *Studi di diritto processuale*, I, Padua, 1925, pp. 3 ff., 159 ff.
52. For the peculiar features of the Italian legal system from this point of view, see Migliazza, "Länderbericht Italien", in *Materielles Recht und Verfahrensrecht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, 60, Frankfurt on Main, 1972, pp. 113 ff; Migliazza and Luzzatto, "Le convenzioni internazionali in tema di arbitrato e il diritto italiano", *Archivio giuridico*, 1974, pp. 5 ff, and *Rivista diritto processuale*, 1973, pp. 214 ff. On Italian law on arbitration, see generally Fazzalari, "I processi arbitrali nell'ordinamento italiano", *Rivista diritto processuale*, 1968, pp. 459 ff.
53. See the *Rapport du Comité d'experts juristes* appointed by the League of Nations, *Official Journal*, 1927, 890, and Greminger, *Die Genfer Abkommen von 1923 und 1927 über die internationale private Schiedsgerichtsbarkeit*, Winterthur, 1957.
54. Article 1 added "relating to commercial matters or to any other matter capable of settlement by arbitration". However, the following paragraph reserved the right of each Contracting State to limit the obligation mentioned above to contracts which were considered as commercial under its national law.
55. In this regard see also Lorenzen, "Commercial Arbitration. International and Interstate Aspects", 43 *Yale Law Journal* (1933-1934). pp. 716 ff.: "Commercial Arbitration. Enforcement of Foreign Awards", 44 *Yale Law Journal* (1935), pp. 35 ff.
56. Ballardore Pallieri, "L'arbitrage privé", *supra*, note 1, pp. 384 ff.; Morelli, *Diritto processuale civile internazionale*, 2nd ed., Padua, 1954, p. 226.
57. "Validity" under Article 1 does not mean compliance with formal and substantial requirement, but mere existence of the requirements set forth in the rule embodied in

- Article 1. Validity as such is to be tested under the law which governs arbitration proceedings, since in this case only can the clause be considered as capable of producing its effects to give authority to arbitration. See Giuliano, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*, 2nd ed., Milan, 1970, pp. 220 ff.
58. Including the question concerning the existence and the validity of the arbitral clause. This question, however, is connected with the issue of the so-called “separability” or independence of the clause from the contract in which it is contained, as to which no definite rule can be drawn from the protocol (nor from any subsequent convention: see below, note 95).
 59. In some countries, however, the exclusion of the competence of municipal courts has been made conditional upon the existence of further requirements set forth by municipal law, as a consequence of the alleged “procedural” character of the domestic rule providing for the bar to the exercise of jurisdiction, and to the territoriality principle that would apply as a consequence of the above characterisation. This has been particularly the case in Italy, where the validity of the arbitral clause has been tested under Article 2 of the Code of civil procedure (and possibly other domestic rules concerning the formal validity in case of clauses contained in standard forms of contract) on the basis of the above reasoning. See for the overall position of Italian courts before the accession of Italy to the New York Convention, Giuliano, *La giurisdizione civile, supra*, note 57, pp. 182 ff, and Gaja, *La deroga, supra*, note 50, pp. 272 ff.
 60. No provision concerning the recognition of arbitral agreements was included in the draft convention, and the initial decision at the New York Conference was to have a separate protocol drafted in order to secure such recognition: see in this respect the drafts reprinted in Gaja (ed.), *International Commercial Arbitration, New York Convention*, Dobbs Ferry 1978, Part III.A.1 and III.B.6.
 61. As to the United States, see the Court of Appeals for the Third Circuit (8 July 1974), *McCreary Tyre and Rubber Co. v. CEAT SpA and Mellon Bank*, 501 F.2d pp. 1033 ff.; and in England, Court of Appeal, *Nova (Jersey) Knit Ltd. v. Kammgarn Spinnerei GmbH*, (1976) *Lloyd's Law Reports*, Vol. 2, pp. 157 ff.
 62. Some national enactments restate the principle so as to rule out any doubt in this regard: see Article 1 (1) of the UK Arbitration Act of 1975 (an Act to give effect to the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards).
 63. Interim measures are not covered by the prohibition: it has been rightly remarked that a different conclusion would not better serve the purposes of the Convention (Gaja, “Introduction”, *International Commercial Arbitration, supra*, note 60, I.B.I.).
 64. In other words, provided it is in writing and concerns a subject-matter capable of settlement by arbitration.
 65. The remark mentioned in the text has been made by Gaja, “Introduction”, *supra*, note 60, I.B. 1. This author admits, however, that the letter of the article seems to give some weight to an affirmative answer. For other references to writers supporting either view see footnotes 36 to 38 to the same work (I.D. 11 and 12).
 66. The foreign connections indicated reproduce to some extent the elements which some municipal laws implementing the New York Convention consider to be relevant in view of the determination of its scope: see *supra*, note 27. For the view accepted here see Bertheau, *Das New Yorker Abkommen, supra*, note 33, pp. 25 ff.
 67. The Indian Act No. 45 of 1961 implementing the Convention only mentioned actual

- submissions made in pursuance of an agreement, and “an agreement to refer, or arbitral clause” was not therefore deemed to be covered by the Act by the Supreme Court of India in *Tractoroexport Moscow v. Tarapore and Co. Madras*. This was certainly contrary to the convention, and the Act was subsequently amended. See *International Commercial Arbitration* (*supra*, note 60), IV.6, as to the text of the Acts and V.3 for the text of the decision of the court referred to above (also in 58 *All India Reporter*, pp. 3 ff. (1971)).
68. See in this respect Gaja, “Introduction”, *supra*, note 60, I.A.3. In general see also David, “Arbitrage et droit comparé”, *Rev. int. droit comparé*, 1959, pp. 5 ff.
 69. For a comparative view of the question, see Sanders, “Trends in the Field of International Commercial Arbitration”, in *Recueil des cours*, Vol. 145 (1975-II), pp. 207 ff. at 220 ff.; see also Van Houtte, “L’arbitrage: son territoire et ses frontières”, *Revue int. droit comparé*, 1976, pp. 140 ff.
 70. In this sense, see among others Klein, “La Convention de New York pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères”, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1961, pp. 229 ff.; Minoli, “L’entrata in vigore della Convenzione di New York sul riconoscimento e l’esecuzione delle sentenze arbitrali straniere”, *Riv. diritto processuale*, 1969, pp. 539 ff. at 542; the present writer’s article “Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la Convenzione di New York del 1958”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1968, pp. 24 ff. at 42; Gaja, “Introduction”, *supra*, note 60, I.B.2 (and footnote 43 for further references and indication of divergent views).
 71. See under (c) below.
 72. For the treatment of those issues under Italian law, prior and subsequent to the domestic implementation of the New York Convention, see the present writer’s article, “Una questione sempre aperta: la ‘forma’ della clausola compromissoria per arbitrato estero”, in *Annali della Fac. Giur. Univ. Genova*, XVI (1977), *Studi in onore di M. Scerni*, pp. 841 ff, and *Il diritto marittimo*, 1977, pp. 403 ff.
 73. The rule explicitly mentions the exchange of letters and of telegrams, but clearly an exchange of a letter with a telegram is also included; and other communications in writing, such as for instance by telex, are also covered by the provision. See in this respect, Gentinetta, *Die Lex Fori internationaler Handelsschiedsgerichte*, Bern, 1973, p. 305; Schlosser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Tübingen, 1975, p. 335; Gaja, “Introduction”, *supra*, note 60, I.B.3. In the same sense see also the Austrian Oberster Gerichtshof, judgment of 17 November 1971, P.AG v. V., *Juristische Blätter*, 1974, 629 ff.
 74. According to some writers, also letters need not necessarily be signed: see for instance Schwartz, “La forme écrite de l’article II, alinéa 2, de la Convention de New York pour la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères”, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1968, pp. 49 ff.
 75. This was a consequence of the applicability of Articles 1341 and 1342 of the Civil Code to clauses included in standard forms of contracts. On the problem see generally Giuliano, *La giurisdizione civile*, *supra*, note 57, pp. 182 ff.; Gaja, *La deroga*, *supra*, note 59, pp. 272 ff.
 76. See Mirabelli, “Clausole compromissorie *per relationem* e arbitrato commerciale internazionale”, *Rassegna dell’arbitrato*, 1977, pp. 77 ff., where Italian cases are referred to.

77. Court of cassation, 13 December 1971, n. 3620, *Miserocchi v. Agnesi in Foro italiano*, 1972, 1, 615, and *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1972, 565. Excerpts in English can be read in *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. I (1976), p. 190.
78. Court of cassation, 25 May 1976, n. 1877, *Begro c. Lamperti*, *Giur. italiana*, 1977, I, i, 1551, note by Franchi; *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1977, p. 88. See also *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. III (1978), p. 278. In this case, the arbitral clause was in fact included in the agreement signed by the parties, but since the clause referred to the rules of arbitration and conciliation of the ICC, the court reasoned that such a reference was not sufficient to meet the “in-writing” requirement under Article II in the peculiar Italian construction. The decision can in no way be justified. For a criticism, see the present writer’s article “La Corte di cassazione e la ‘forma’ della clausola compromissoria per arbitrato estero: forza di una tradizione ed equivoci di una massima”, *Rassegna dell’arbitrato*, 1976, pp. 157 ff.
79. See in the same sense, Morviducci, “La forma della clausola compromissoria secondo la Convenzione di New York del 1958”, *Riv. dir. internazionale*, 1973, pp. 732 ff.; Recchia, “An Italian Approach to International Conventions on Arbitration”, in *Commercial Arbitration. Essays in Memoriam E. Minoli*, Turin, 1974, pp. 393 ff. at 410; Gaja, “Introduction”, *supra*, note 60, I.B.3.
80. See the present writer’s article, “Accordi internazionali”, *supra*, note 70, at 43 ff.; Giuliano, *La giurisdizione civile*, *supra*, note 57, pp. 226 ff.
81. See above, para. 5.
82. On this problem see generally Klein, “Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d’arbitrage international”, *Revue crit. droit int. privé*, 1961, pp. 499 ff, at 519.
83. Tribunal of Milan, 22 March 1976, *Sopac Italiana v. Bukama and FIMM*, *Rivista diritto processuale*, 1977, p. 556, and the note with criticism by Tamburini, “Efficacia dell’accordo arbitrale e connessione di cause con riferimento alla Convenzione di New York del 1958”.
84. Court of cassation, 15 September 1977, n. 3989, *Scherk Entreprises v. Société des Grandes Marques*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1978, pp. 771 ff.; see excerpts in *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. IV (1979), pp. 287 ff.
85. For instance, under the rule stated in Article VII (1) of the New York Convention, which makes it clear that bilateral conventions or municipal rules facilitating recognition and enforcement of arbitral awards are not derogated by the convention.
86. See in this connection Gaja, *La deroga*, *supra*, note 59, pp. 289 ff.; “Introduction”, *supra*, note 60, I.B.4.
87. To this extent, the existence of a link between the rules concerning recognition of arbitral awards and those concerning recognition of arbitral agreements should certainly be maintained. See generally Bülow, “Zwischenstaatliche Fragen der Schiedsgerichtsbarkeit nach dem UN-Uebereinkommen vom 10.Juni 1958”, *Juristische Blätter*, 1961, pp. 305 ff.; Bertheau, *Das New Yorker Abkommen*, *supra*, note 33 to Chapter I, pp. 26 ff.; Minoli, “L’entrata in vigore”, *supra*, note 70, pp. 545 ff.; Schlosser, *Das Recht der internationale privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, *supra*, note 73, pp. 69 ff.
88. See the present writer’s article, “Accordi internazionali”, *supra*, note 70, pp. 43 and 56.
89. See for instance Mezger, “Note”, *Revue critique droit int. privé*, 1962, pp. 133 ff.

90. The principle set forth by Article VII (1) of the convention, in force of which the same does not affect the validity of multilateral or bilateral agreements concerning the recognition and enforcement of arbitral awards and does not deprive any interested party of any right he may have to avail himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law or the treaties of the country where such award is sought to be relied upon, has been applied by the Bundesgerichtshof in a judgment of 12 February 1976, *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1976, 449 ff.
91. On the Geneva Convention see, among many others, Robert, "La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international signée à Genève le 21 avril 1961", *Recueil Dalloz*, 1961, Chron., pp. 173ff.; Benjamin, "The European Convention on International Commercial Arbitration", *The British Yearbook of Int. Law*, 1961, pp. 478 ff.; Klein, "La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international", *Revue crit. droit int. privé*, 1962, pp. 621 ff.; Mezger, "Das europäische Uebereinkommen über die Handelschiedsgerichtsbarkeit", *Rabels Zeitschrift*, 1965, pp. 231 ff.; Kaiser, *Das europäische Uebereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961*, Zurich, 1967; and the present writer's article, "Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la Convenzione di Ginevra del 1961", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1971, pp. 47 ff. The convention entered into force on 7 January 1964. As to the ECE Rules see *supra*, note 40.
92. See in the same sense, Mezger, "Das europäische Uebereinkommen", *supra*, note 91, p. 248, and Kaiser, *Das europäische Uebereinkommen*, p. 40 (*supra*, note 91).
93. See in this respect, paragraph 9 above.
94. Gaja, "introduction", *supra*, note 60, I.B.3. and further references.
95. The issue concerning the so-called separability or independence of the arbitral clause is a very controversial one, though most municipal laws tend to recognise the existence of such a character of the clause, thus reserving to arbitrators the power (*Kompetenz-Kompetenz*) to rule on their jurisdiction and the existence and validity of the clause even when the validity of the contract where the clause is included is disputed. See with regard to the general problem, Klein, "Du caractère autonome", *supra*, note 82, pp. 499 ff.; Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, pp. 131 ff.; Mezger, "Compétence-compétence des arbitres et indépendance de la convention arbitrale dans la convention dite européenne sur l'arbitrage international", *Commercial Arbitration*, *supra*, note 79, pp. 315 ff.; Sanders, "Trends in the Field", *supra*, note 69, pp. 277 ff., and "L'autonomie de la clause compromissoire", in *Hommage à Frédéric Eisemann*, Paris, 1978, pp. 31 ff. According to Mezger ("Compétence-compétence", pp. 315 ff., and "Das europäische Uebereinkommen", *supra*, note 91, at 263 ff.). Article V (3) of the Geneva Convention embodies the separability doctrine, but this does not seem to correspond to the intention of the framers. See Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, p. 152; Gentinetta, "Befreiung der internationalen Handels-Schiedsgerichtsbarkeit von der 'nationalen Umklammerung'?", *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 1969, pp. 46 ff. The separability doctrine, as is well known, is widely accepted by municipal laws and practices: see the French Cour de cassation, 7 May 1963, *Gosset*, *Revue crit. droit int. privé*, 1963, pp. 615 ff., note by Motulsky; in the United States, *Brima Paint Corp. v. Flood and Conklin Manufacturing Corp.*, 388 US 395 (1966), on which see Coulson, "Prima Paint: An Arbitration Milestone", *Arbitration Journal*, 1967, pp. 237 ff.; Mezger, "Vers la consécration aux Etats-Unis

- de l'autonomie de la clause compromissoire dans l'arbitrage international", *Revue critique droit int. privé*, 1968, pp. 25 ff.; in Italy, Court of cassation, 5 August 1968, n. 2803, *Tematex v. Soc. Roberts and Co.*, *Foro italiano*, 1969, I, 445. Article 1697 of the new Belgian Code of civil procedure introduced the Uniform Law of Strasbourg into the domestic law (see *supra*, note 38): Article 18 of the latter provides for the separability principle. See also the Report by the United Nations Secretary-General to UNCITRAL, doc. A/CN.9/21 of 26 February 1969, pp. 34 ff.
96. Article VI (2) states that courts of Contracting States shall rule on the validity of the arbitral clause according to the law to which this has been subjected by the parties, or failing any indication to the law of the country where the award was made, or finally when this country cannot yet be determined, to the "competent law by virtue, of the rules of conflict of the court seized of the dispute".
 97. See generally on Article VI, Kaiser, *Das europäische Uebereinkommen*, *supra*, note 91, pp. 115 ff.
 98. Kaiser, *Das europäische Uebereinkommen*, pp. 142 ff.
 99. Statistical data are obviously not available. For interesting examples taken from the field of maritime, commodity and insurance arbitration, see Schmitthoff (ed.), *International Commercial Arbitration. Documents and Collected Papers*, Dobbs Ferry-London, 1974-1975, pp. 304 ff.
 100. National chambers of commerce are notably active in the Eastern European countries, particularly under the Moscow Convention of 1972 and the Uniform Rules of 1974: see generally Jakubowsky, "Arbitration in the CMEA", in *International Commercial Arbitration*, *supra*, note 99, pp. 238 ff. As to ICC, see generally Nobili, *L'arbitrato delle associazioni commerciali*, Padua, 1957; Cohn, "The Rules of Arbitration of the ICC", 14 *Int. Comp. Law Quarterly* (1965), pp. 132 ff.; Glossner, "The Rules of Conciliation and Arbitration of the ICC. Some Observations", in *Commercial Arbitration. Essays in Memoriam E. Minoli*, Turin, 1974, pp. 219 ff.; Sacerdoti, "The New Arbitration Rules of ICC and UNCITRAL", 11 *Journal of World Trade Law* (1977), pp. 248 ff.
 101. What is said in the text should not be understood, of course, as suggesting that basic principles of due process should be ignored. Municipal laws governing procedure often give considerable weight to aspects that have very little to do with those principles.
 102. See the general references given in notes 50 to 52, *supra*. The territorial principle in matters concerning civil procedure is set forth in Italy by Article 27 of the "Provisions on the Law in general" preceding the Civil Code of 1942.
 103. The territorial view has been strongly supported by Mann, "Lex Facit Arbitrum", in *International Arbitration. Liber Amicorum for Martin Domke*, The Hague, 1967, pp. 157 ff.
 104. See Kitagawa, "Commercial Arbitration Law and Procedure", 12 *Japanese Annual of International Law* (1968), pp. 59 ff.; "Contractual Autonomy in International Commercial Arbitration including a Japanese Perspective", *International Arbitration*, *supra*, note 103, pp. 133 ff.
 105. See Stockholm Chamber of Commerce, *Arbitration in Sweden*, Stockholm, 1977, pp. 45 ff.; Wetter, "Sweden as the Location of International Arbitration Proceedings", in *Private Investors Abroad – Problems and Solutions in International Business*, New York, 1977, pp. 223 ff.

106. The so-called Swiss “Concordat” was adopted in 1969 and approved by the Federal Council on 27 August 1969. It establishes a uniform law among the cantons which have approved it by ratification. Article 1 of the Concordat states that it shall apply to any proceedings before an arbitral tribunal, the seat of which is within one of the cantons parties to the agreements. The Note to Article 1 (reportedly compiled by Professor Panchaud) states that “provided that the seat has been fixed in Switzerland, in a canton party to the convention, the award pertains to the legal order of that canton and must be considered, both in Switzerland and abroad, as a *Swiss award*, whether it has been deposited or not”. It is submitted that the reference to the treatment of awards abroad is not correct, since the Concordat (and even less its Notes) cannot bind foreign States. And see Article I (1) of the New York Convention.
107. It should be added that, apart from what has been said in general under note 102 above, the situation in Italy is not altogether clear. It is certain that the territorial principle applies to arbitrations under Italian law, but it is disputed whether the place where the award is made is always the decisive factor in view of the nationality of the same. See Ricci. “La nozione di arbitrato estero”, *Rivista diritto processuale*, 1960, pp. 606 ff.; and the present writer’s work, “Questioni sulla rilevanza”, *supra*, note 50 to Chapter II, pp. 293 ff.
108. See Fouchard, *L’arbitrage commercial international*, Paris, 1965. pp. 324 ff. and Cour Paris, 5 July 1955, *Monier c. Scali Frères*, *Rev. crit. droit int. privé*, 1956, pp. 79 ff. note by Mezger.
109. Riezler, *Internationales Zivilprozessrecht*, Berlin-Tübingen, 1949, p. 616; Baumbach and Schwab, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 2nd ed., Munich-Berlin, 1960, p. 264; Coing, “The Substantive Law and the Law of Arbitration Procedure”, in Schmitthoff (ed.), *International Commercial Arbitration*, *supra*, note 99, pp. 96 ff. at 105.
110. *Annuaire de l’Institut de droit international*, Session de Neuchatel, 1959, Vol. 48. See also the Reports by Sausser-Hall, “L’arbitrage en droit international privé”, *Annuaire de l’Institut*, Vol. 44-1, 1952, p. 459; Vol. 47-11, 1957, pp. 394 ff.; Vol. 48, II, 1959, pp. 264 ff.
111. See *supra*, note 15.
112. Concerning this peculiar Italian institution, see Biamonti, “Arbitrato irrituale, arbitraggio e perizia contrattuale”, *Enciclopedia del diritto*, II, Milan, 1958, pp. 934 ff.; Schizzerotto, *Arbitrato improprio e arbitraggio*, Milan, 1965 (2nd ed.).
113. This was disputed for some time, since courts maintained that “informal” arbitrators were only entitled to perform the functions of agents of the parties in a “compromise” under the rules of the Civil Code: therefore, they should have determined by way of mutual concessions the terms of a compromise to end a pending litigation or to prevent litigation from arising, according to Article 1965 of the Code.
114. The present writer has considered this point in “Arbitrati di organismi stranieri permanenti e ordinamento italiano”, *Rassegna dell’arbitrato*, 1967, pp. 39 ff. at 50 ff. Also Professor Sanders has expressed serious doubts as to the views accepted by similar Italian judgments: see *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. IV (1979), p. 233.
115. The most important decisions of the Supreme Court in this respect are the following: 18 December 1946 n. 1380, *Oxal v. Soc. Vernal* (unpublished), where arbitration

under the rules of the ICC was held to be informal and the leave for enforcement given by the *Pretore* was therefore declared as null and void: when considered a formal one, the award in question would have been considered as null and void as having been rendered outside the Italian territory; 27 March 1954, n. 949, *Soc. Delfino v. Compagnie du Niger Français*, *Rev. crit. droit int. privé*. 1956, pp. 511 ff. with notes by Motulsky and Barda, which considered as informal an award made under the Rules of the Cocoa Association of London; 18 September 1978, n. 4167, *Butera v. Pagnan*, where arbitration under the Rules of the London Corn Trade Association was held to be informal, and covered by the provisions of the New York Convention.

116. See above, paragraphs 3 to 5 of Chapter I.
117. The famous judgment of the French Cour de cassation should be recalled in this connection in the *Messageries maritimes* case: Cour de cassation, 21 June 1950, *Rev. crit. droit int. privé*, 1950, pp. 609 ff. with note by Batiffol. See also Migliazza, *La rilevanza dell'accordo privato sul richiamo a norme e a procedimenti estranei*, Milan, 1962, pp. 22 ff.; and Level, "Le contrat dit 'sans loi'", *Travaux du Contité français de droit int. privé*, 1964-1966, pp. 209 ff.
118. See Balladore Pallieri, "L'arbitrage privé dans les rapports internationaux", in *Recueil des cours*, 1935-I, pp. 388 ff.; Klein, *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé*, Basle, 1955, pp. 290 ff.; Greminger, *Die Genfer Ankommen*, *supra*, note 53, pp. 33 ff.
119. Especially under a territorialistic view of arbitration, the power to select the place where arbitration has to take place has in fact a paramount importance.
120. In this sense, see Klein, "Autonomie de la volonté et arbitrage", *Rev. crit. droit int. privé*, 1958, pp. 479 ff. at 492; "La Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères", *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1961, pp. 229 ff. at 247; Quigley, "Accession by the United States to the U.N. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", *70 Yale Law Journal* (1960-1961), pp. 1049 ff. at 1068 ff.; Bülow, "La convention des parties relative à la procédure d'arbitrage visée à l'article V, paragraphe 1, litt. D), de la Convention de New York", in *Commercial Arbitration*, *supra*, note 100, pp. 81 ff.
121. The larger view is followed, among others, by Münzberg, *Die Schranken der Parteivereinbarungen in der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Berlin, 1970, pp. 80 ff.; Bärmann, "Limits of Arbitral Jurisdiction", in Schmitthoff (ed.), *International Commercial Arbitration. Documents and Collected Papers*, Dobbs Ferry-London, 1974-1975, pp. 61 ff. at 75 ff.; Gaja, "Introduction", in Gaja (ed.), *International Commercial Arbitration. New York Convention*, Dobbs Ferry, 1978, I.C.3. The last-mentioned author also points to the fact that attempts at the New York Conference to put limitations on the parties' selection of the rules applicable to the arbitral proceedings ultimately failed.
122. The Dutch text is in *Nederlandse Jurisprudentie*, 1976, pp. 775 ff. An English extract is in *International Commercial Arbitration* (*supra*, note 121), Part V.35.1. An earlier decision of the same court in the same case was rendered on 26 October 1973, but referred rather to Article V (1) (e) than to letter (d) of the same paragraph (see *Nederlandse Jurisprudentie*, 1974, 997 and *Int. Comm. Arb.*, V. 18.1).
123. The court held the convention not applicable to an arbitral agreement dating from 1932, i.e., long before the making of the convention.

124. See the revised version of 1975 in 15 *International Legal Materials* (1976), pp. 395 ff.; and Sacerdoti, “The New Arbitration Rules”, note 100 above.
125. See references under note 40, *supra*.
126. For an exhaustive description of the machinery provided for by Article IV, see Mezger, “Das europäische Uebereinkommen”, and Kaiser, *Das europäische Uebereinkommen*, *supra*, note 91, pp. 257 ff. and 88 ff.
127. See Conetti, “L’arbitrato commerciale internazionale nei rapporti con i Paesi socialisti dell’Europa orientale”, in *L’arbitrato nel commercio internazionale con l’Est europeo*, Trieste, 1969, pp. 20 ff.
128. See the agreement of 17 December 1962 between Austria, France, the Federal Republic of Germany, Belgium and Italy (*European Treaty Series*, No. 42; *UNTS*, Vol. 523, p. 94). The signatory parties consider in the Preamble that “certain measures relating to the organisation of the arbitration ... are not to be recommended except in the case of disputes between physical and legal persons having, on the one hand, their habitual place of residence or seat in States where there exist national committees of the ICC and, on the other, in States where no such committees exist”. On the arrangement, see Golsong, “L’arrangement relatif à l’application de la Convention européenne sur l’arbitrage commercial international”, *Annuaire français de droit int.*, 1962, pp. 741 ff.
129. See Sacerdoti, “The New Arbitration Rules”, *supra*, note 100, pp. 258 ff.
130. *Supra*, note 110.
131. See generally Balladore Pallieri, “L’arbitrage privé”, *supra*, note 118, pp. 354 ff.; Klein, *Considérations sur l’arbitrage*, *supra*, note 118, pp. 246 ff.; Fouchard. *L’arbitrage commercial international*, *supra*, note 108, pp. 351 ff.; Von Hoffmann. *Internationale Handelsschiedsgerichte. Die Bestimmung des massgeblichen Rechts*, Frankfurt on Main, 1970; Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration. A Study in Commercial Arbitration Awards*, Alphen on the Rijn-Dobbs Ferry, 1978.
132. Sanders, “Trends in the Field”, *supra*, note 69, pp. 238 ff. gives a broad survey of the practice of arbitral institutions in various countries. See also Fouchard, *L’arbitrage commercial international*, *supra*, note 108, pp. 401 ff. For a closer examination of the practice under the ICC Rules, see Derains, “Chronique des sentences arbitrales de la Cour d’arbitrage de la Chambre de commerce internationale”, *Journal du droit int.*, 1973, pp. 876 ff.; 1975, pp. 916 ff.; 1976, pp. 968 ff., 1977, pp. 931 ff., and of the same author, “Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales”, *Rev. arbitrage*, 1973, pp. 122 ff.
133. And see Kaiser, *Das europäische Uebereinkommen*, *supra*, note 91, p. 150.
134. See the criticism by Mann, “Lex Facit Arbitrum”, *supra*, note 103, pp. 170 ff.
135. In this sense, Kaiser, *Das europäische Uebereinkommen*, *supra*, note 91, p. 119; Gentinetta, “Befreiung der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit”, *supra*, note 95, p. 47.
136. See for comments about these provisions, Sacerdoti, “The New Arbitration Rules”, *supra*, note 100, pp. 261 ff. The suggestions made in the text do not rule out, of course, that arbitrators are bound to the application of certain national legal rules, non-compliance with which would probably make the award unenforceable. Reference is made particularly in this context to rules concerning matters such as

- antitrust or exchange controls, i.e., matters relating to non-arbitrable issues which however may have an impact on the domain of arbitration.
137. See Hiejle, "Denmark", in *Union internationale des avocats, Arbitrage international commercial*, I, Paris, pp. 154 ff.
 138. Section 594 (1) of the *Zivilprozessordnung* of 1895. See Fasching, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren im österreichischen und im internationalen Recht*, Vienna, 1973; Melis, "Report", *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. IV (1979), pp. 21 ff. at 38. The only prerequisite for enforcement is the confirmation by the arbitrators of the binding force and enforceability of the awards.
 139. The entry of judgment upon the award is typical of common law countries. See Section 26 of the UK Arbitration Act of 1950, and paragraph 9 of Chapter 1 of the US Arbitration Act. Pursuant to this paragraph, domestic arbitration clauses must indicate mutual consent to the entry of judgment on the award before a federal district court has jurisdiction to confirm an award. The question has therefore been raised whether the same requirement applies to arbitration under the New York Convention and it seems that US courts are adopting a more flexible approach in this regard when international cases are concerned: see Aksen, "Application of the New York Convention by United States Courts", *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. IV (1979), pp. 341 ff. at 357.
 140. Rubellin-Devichi, *L'arbitrage, Nature juridique. Droit interne et droit international privé*, Paris, 1965, pp. 81 ff., 300 ff.
 141. Under Article 800 of the Code of civil procedure, the foreign award is only eligible for recognition if it has the same effects as a judgment under the law of the place where it has been rendered: Morelli, *Diritto processuale civile internazionale*, 2nd ed., Padua, 1954, pp. 348 ff.
 142. Where this is not the case the prevailing view is that the place which appears more important should be taken into consideration for the purposes of the conventional rules designating the local law as competent to govern some aspects of arbitration.
 143. As a matter of fact, Article 3 showed that in some States even execution of domestic awards might not be secured.
 144. See the *Rapport du Comité d'experts juristes* appointed by the League of Nations, in *Official Journal*, 1927, pp. 890 ff.
 145. It may be recalled here that a sufficient co-ordination between the protocol of 1923 and the convention of 1927 was lacking; the former provided for recognition of arbitral clauses which would not result in awards capable of recognition and enforcement under the latter, as they were rendered in the territory of non Contracting States. See Ballardore Pallieri, "L'arbitrage privé", *supra*, note 118, pp. 391 ff.; Brachet, *De l'exécution internationale des sentences arbitrales*, Paris, 1938, p. 181.
 146. This is a result of the acceptance of the territorial principle, *supra*, paragraph 12.
 147. See in this regard Bertheau, *Das New Yorker Abkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche*, Winterthur, 1965, pp. 90 ff.
 148. In *Union Nationale des co-opératives agricoles des céréales v. Robert Catterall and Co.*, (1959) All ER 721, and 8 *Int. Comp. Law Quarterly* (1959), 743 (with note by Jones), a Danish award was recognised under the convention although not enforceable in Denmark.

149. See *supra*, notes 33 and 34.
150. As it may be the case, for instance, under French or German law: see paragraph 12 above.
151. A second reservation allowed by Article I (3) is not of particular interest in this context: it concerns the possibility for Contracting States to declare they will apply the convention only to differences arising out of relationships, whether contractual or not, which are considered as commercial under the national laws of the State making the reservation.
152. Therefore, reference to national laws is necessary under the convention, but it is done for its peculiar purposes and not as a result of the existence of a link since the very beginning between arbitral proceedings and the laws of the State. The discretion of States in defining national and foreign arbitration is not unfettered under the convention.
153. Klein, "La Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères", *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1961, pp. 229 ff., 247 ff., at 233.
154. See Contini, "International Commercial Arbitration: the UN Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", 7 *American Journal Comp. Law* (1959), pp. 283 ff.; Bertheau, *Das New Yorker Abkommen*, *supra*, note 147, pp. 46 ff.; Minoli, "Adesione dell'Italia alla Convenzione di New York", *Rassegna dell'arbitrato*, 1966, pp. 86 ff.
155. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, pp. 535 ff. French law as applied by courts consistently admits recourse under Article 1028 of the Code de procédure civile against foreign awards: see Robert, "Le recours en France contre la sentence étrangère", *Revue de l'arbitrage*, 1957, pp. 122 ff.: 1958. pp. 11 ff.; Bredin, "La paralysie des sentences arbitrales étrangères par l'abus des voies de recours", *Journal du droit int.*, 1962, pp. 638 ff.
156. See the law of 15 March 1961, *Bundesgesetzblatt*, 1961, II, 121. Under Section 2 of the law, awards made abroad under German law are subject to recourse provided for by German law, and when recognition and enforcement are not granted under the convention based on grounds indicated by Article V (1), the award must be annulled if paragraph 1041 ZPO applies.
157. As would be the case, for instance, under English law. The reverse would also be possible, so that the action for annulment or setting aside is not admissible in either country.
158. In this sense, see Bredin, "La Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères", *Journal du droit int.*, 1960, pp. 1002 ff. at 1012; Bülow, "Zwischenstaatliche Fragen der Schiedsgerichtsbarkeit nach dem UN-Uebereinkommen vom 10. Juni 1958", *Juristische Blätter*, 1961, pp. 305 ff. at 308; Gentinetta, *Die Lex Fori internationaler Handelsschiedsgerichte*, Bern, 1973, p. 290; Schlosser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Tübingen, 1975, p. 66. For the opposite view see Minoli, "The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", *Unification of Law Yearbook*, 1958, pp. 157 ff. at 169; Gaja, "Introduction", in Gaja (ed.), *International Commercial Arbitration. New York Convention*, Dobbs Ferry, 1978, I.A.4.
159. On the arbitral commissions of Eastern Europe, see generally Pisar, "Treatment of

- Foreign Trade Arbitration in Foreign Courts”, in Domke (ed.), *International Trade Arbitration*, New York, 1958, pp. 101 ff., and “The Communist System of Foreign Trade Arbitration”, *Harvard Law Review*, 1959, pp. 1049 ff. The issue mentioned in the text was fully discussed before the court of appeals of Milan in *Metalimport v. Interferro* (Judgment of 23 April 1965, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1965, pp. 576 ff.; *Giur. italiana*, 1966, 1, 2, 370, with note by Franchi), where a decision rendered by the Arbitral Commission of the Bucharest Chamber of Commerce was enforced as an arbitral award pursuant to the Geneva Convention of 1927. See the present writer’s article “Arbitrati di organismi stranieri permanenti e ordinamento italiano”, *Rassegna dell’arbitrato*, 1967, pp. 39 ff.
160. See Robert, “La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères”, *Revue de l’arbitrage*, 1958, pp. 70 ff.; Fouchard, *L’arbitrage commercial international*, Paris, 1965, pp. 206 ff.
161. The Swiss Federal Court has sanctioned recognition and enforcement of awards rendered by arbitral courts of Eastern European States with the famous judgment of 12 February 1958 in *Ligna v. Baumgartner* (*BGE*, Vol. 84 I, pp. 39 ff. and *Rev. crit. droit int. privé*, 1959, p. 324, with note by Mezger, where a large survey of older decisions of the same or other courts is given). In this case, an award of the arbitral court of the Czech Chamber of Commerce was in question.
162. See the references in notes 26 and 27, *supra*.
163. The contrary view has been expressed by Gaja, “Introduction”, in Gaja (ed.), *International Commercial Arbitration*, *supra*, note 158, I.A.3 (and further references at note 14, I.D.5.). But see in the largest sense, Goldman, “Arbitrage (droit international privé)”, in *Rép. Dalloz de droit international*, 1968, pp. III ff.
164. See the references at note 122, *supra*.
165. The award is published in *Journal du droit int.*, 1959, pp. 1075 ff.
166. The passages of the judgments quoted in the text are taken from the English translation published in Gaja (ed.), *International Commercial Arbitration. New York Convention*, Dobbs Ferry, 1978, Part V.18.1.
167. The relevant passage in the English translation is in Gaja (ed.), *supra*, note 166, Part V.35.1. A short history of this famous case together with extracts of the various decisions can be found in *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. I (1976), pp. 195 ff. See also the French side of the procedure, and notably the decision by the Cour de cassation of 14 June 1977, *Journal du droit int.*, 1977, pp. 864 ff. and *Revue de l’arbitrage*, 1978, pp. 363 ff., note by Delvolvé.
168. About the various opinions, see Gaja, “Introduction”, *supra*, note 158, I.C.4., and the preparatory works. Part III.C. See also Bertheau. *Das New Yorker Abkommen*, *supra*, note 147, pp. 90 ff.; Minoli, “Adesione dell’Italia”, *supra*, note 154, pp. 89 ff.; Contini, “International Commercial Arbitration”, *supra*, note 154, pp. 283 ff.; Sanders, “Commentary”, *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. I (1976), pp. 207 ff. at p. 214.
169. However, it was maintained by Lew, “The Arbitration Act 1975”, 24 *Int. Comp. Law Quart.* (1975), pp. 870 ff., that the award should have been made “executory”: but this view does not find any support in the convention nor in the judicial practice. As far as Italian courts are concerned, see Mirabelli, “Application of the New York Convention by the Italian Courts”, *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. IV (1979), pp. 362 ff. at 371.

170. See paragraph 13 and notes 150 to 153.
171. See, among many others, Minoli, "The New York Convention", *supra*, note 158, pp. 189 ff.; Marmo, "La convenzione di New York sul riconoscimento delle sentenze arbitrali", *Riv. diritto int.*, 1959, pp. 31 ff. at 32; David, "Le concept d'arbitrage privé et les conventions internationales", in *Etudes Juridiques offertes à Léon Juillot de la Morandière*, Paris, 1964, pp. 147 ff. at 153 ff.; Bernini, "Osservazioni in tema di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze arbitrali straniere in Italia", *Archivio giuridico*, 1974, pp. 65 ff. and in English in *Commercial Arbitration. Essays in Memoriam E. Minoli*, Turin, 1964, pp. 39 ff.; Fazzalari, "De l'arbitrage 'marchand' à l'arbitrage international de droit privé", *ibidem*, pp. 163 ff. The contrary view was held by Cutrera, "Gli arbitrati irrituali e la Convenzione di New York 1958", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, pp. 1105 ff.; Wenger, *Zum obligationenrechtlichen Schiedsverfahren im schweizerischen Recht*, Basle, 1968, pp. 183 ff.
172. These doubts have been expressed by Gaja, "Introduction", *supra*, note 158, I.C.4.
173. In this sense, see Sanders "Consolidated Commentary", *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. IV (1979), pp. 232-233.
174. For references concerning this judgment see *supra*, note 115.
175. See for the Dutch situation. Sanders, in *Union internationale des avocats, Arbitrage international commercial*, I, p. 406; for the German situation, Glossner, in *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. IV (1979), pp. 62 ff. at 62; as to the United Kingdom, Gill, *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. II (1977), pp. 90 ff.
176. As a matter of fact, Italian law also knows other institutions where a third party is called upon to determine the elements of a given relationship or of a contract (*arbitraggio, perizia contrattuale*), but these are distinct from informal arbitration and should not be assimilated with it. For a general discussion see Habscheid, "L'expertise-arbitrage", in *Int. Arbitration. Liber amicorum for M. Domke*, The Hague 1967, pp. 103 ff.
177. The question discussed in the text is linked with the different problem whether arbitration may be resorted to in accommodating problems stemming from long-term contracts, which is the subject of considerable discussion in contemporary arbitration practice. See generally Bernini, "Techniques for Resolving Problems in Forming and Performing Long-Term Contracts", in *Proceedings of the 5th International! Arbitration Congress*, New Delhi, 1975, C-IV-a, pp. 1 ff.; Sanders, "Trends in the Field", *supra*, note 6, pp. 227 ff.
178. See *supra*, note 115.
179. On this see generally Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, pp. 512 ff.; Berteau, *Das New Yorker Abkommen*, *supra*, note 147, pp. 41 ff.
180. This opinion is shared by Gaja, "Introduction", *supra*, note 158, I.C.2., and by many other writers listed under footnote 61 to the said article. One may add that a different view would not find any justification unless one maintains that under the convention recognition and enforcement of an award are prevented by the mere fact that the same dispute has been brought before municipal courts of the State where recognition and enforcement are sought by either party. In this case the difference of treatment of the clause would find some explanation. But this is not the case under the convention: see Minoli, "L'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere in Italia", *Rassegna dell'arbitrato*, 1972, pp. 66 ff. at 73-74.
181. See comments by Gaja, "Introduction", *supra*, note 180.

182. The possibility of recognising and enforcing the award as such has been affirmed by Minoli, "L'esecuzione", *supra*, note 180, at p. 77, and Piergrossi, *L'arbitrato commerciale negli Stati Uniti d'America e i suoi rapporti con l'ordinamento italiano*, Milan, 1974, pp. 276 ff.
183. In the case decided by the Court of Cassation of Italy (*Bestetti v. X-Can Grain Limited*, 27 February 1979. n. 1273, in *Giur. italiana*, 1979, I.1.1663), the award upon which an English judgment was entered would not have been enforceable as such according to the views previously accepted by the court, in view of the "in writing" requirement of Article II of the convention of New York, while the court found that the judgment was enforceable pursuant to the convention of 1964 between the United Kingdom and Italy concerning recognition and enforcement of judgments.
184. A US district court has expressed the view that recognition both of the award and of the foreign judgment could be requested: see *The Island Territory of Curacao v. Solitron Devices Inc.*, 356 F. Suppl. 3 (1973).
185. See above, paragraph 22 and notes 168-169.
186. The contrary opinion has been expressed by Wetter, "Sweden as the Location of International Arbitration Proceedings", *supra*, note 105. pp. 232 ff. footnote 8. See Gaja, "Introduction", *supra*, note 158, I.C.4. with regard to the case that an award has been set aside in the State where it was given, but is binding under a foreign law which applies extraterritorially.
187. See in this regard Bertheau, *Das New Yorker Abkommen*, *supra*, note 147, pp. 120 ff.; Mezger, "Das europäische Uebereinkommen", *supra*, note 91, pp. 285 ff.
188. 417 US 506.
189. 508 F.2d 969 (2d Cir. 1974).
190. 517 F.2d 512 (2d Cir. 1975). See generally Ehrenhaft, "Effective International Commercial Arbitration", 9 *Law and Policy of International Business* (1978), pp. 1191 ff.
191. See Sanders, "Trends in the Field", *supra*, note 6, pp. 223 ff.
192. The Italian Court of Cassation has affirmed that no review of the merits of the case is admissible when a court is asked to recognise and enforce a foreign award even apart from the New York Convention. See Court of Cassation, 2 February 1978, n. 459, *Catz international NV v. Vaccaro SpA*, *Giur. Italiana*, 1978, I, 1, 1008.
193. The Netherlands Supreme Court held in *Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises v. Eederal Republic of Yugoslavia* (*supra*, note 122) that the judge, when examining compatibility with public policy, must abide by the facts as they have been stated in the award, unless the arbitrator behaved so carelessly that for that reason alone the enforcement would be contrary to public policy.
194. See in this sense, Bertheau, *Das New Yorker Abkommen*, *supra*, note 147, p. 69; Domke, "The United States Implementation of the United Nations Arbitral Convention", 19 *American Journ. Comp. Law* (1971), pp. 574 ff., at 581; Minoli, "L'esecuzione delle sentenze", *supra*, note 180, p. 73.
195. See the present writer's article, "Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la Convenzione di Ginevra del 1961", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1971, pp. 47 ff. at 79 ff.
196. On the subject see generally Norberg, "General Introduction to Inter-American Arbitration", *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. III (1978), pp. 1 ff.

197. With regard to the Moscow Convention, see Strohbach, "Konvention über die schiedsgerichtliche Entscheidung von Zivilrechtstreitigkeiten die sich aus Beziehungen der wirtschaftlichen, wissenschaftlichen und technischen Zusammenarbeit ergeben", *Recht im Aussenhandel*, 1972, pp. 1 ff.; Jakubowski, "La Convention du 26 mai 1972 sur le règlement de litiges par voie d'arbitrage", *Revue de l'arbitrage*, 1973, pp. 59 ff.; Trammer, "La Convention de Moscou sur l'arbitrage du 26 mai 1972", *Commercial Arbitration. Essays in Memoriam E. Minoli*, Turin, 1974, pp. 517 ff.
198. See Domke and Glossner, "The Present State of the Law Regarding International Commercial Arbitration", I.L.A., in *The Present State of International Law*, Deventer, 1973, pp. 307 ff., at 318.
199. This was done pursuant to Article 47 of the Hague Convention of 1907, although it is doubtful that the development was in full conformity with that article: see Mann, "State Contracts and International Arbitration" (1967), in *Studies in International Law*, Oxford, 1973, pp. 256 ff., at 267. The text of the Rules is published in 57 *American Journal of Int. Law* (1963), pp. 500 ff.
200. See Mann, "State Contracts", *supra*, note 199, pp. 262 ff.
201. See the comments in paragraphs 21 and 22 of the text.
202. Domke and Glossner, "The Present State", *supra*, note 198, pp. 317 ff.
203. In general, see the comments by Klein, "L'arbitrage international de droit privé. Réalités et perspectives", *Annuaire suisse de droit international*, 1963, pp. 41 ff. And also P. Lalive, "Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial", in *Recueil des cours*, Vol. 120 (1967-I), pp. 650 ff.
204. Both as to the law applicable to the procedural aspects, and to that to be applied to the substance of the dispute.
205. Thus, it is said, giving rise to the insertion of the agreement into a separate body of rules, whatever these may be.
206. An enormous amount of writing exists on the subject-matter mentioned in the text. Reference is made here only to Verdross, "Die Sicherung von ausländischen Privat-rechten aus Abkommen zur wirtschaftlichen Entwicklung mit Schiedsklauseln", *Zeitschrift für ausländisches öff. Recht und Völkerrecht*, 1957-1958, pp. 635 ff.; "Quasi-International Agreements and International Economic Transactions", *The Yearbook of World Affairs*, 1964, pp. 230 ff.; Borchers, *Verträge von Staaten mit ausländischen Privatpersonen*, Göttingen, 1966, pp. 139 ff.; Sacerdoti, *I contratti fra Stati e stranieri nel diritto internazionale*, Milan, 1972, pp. 279 ff. (as to arbitration); Mann, "Contrats entre États et personnes privées étrangères: The Theoretical Approach Towards the Law Governing Contracts between States and Private Persons", *Revue belge de droit international*, 1975, pp. 562 ff., where the author restates the views previously expressed in a large series of studies since 1944.
207. The award of 23 August 1958 is in 27 *Int. Law Reports*, pp. 177 ff.; *Rev. crit. droit int. privé*, 1963, pp. 272 ff. See Batiffol, "La sentence *Aramco* et le droit international privé", *Rev. crit. droit int. privé*, 1964, pp. 637 ff.
208. The award is dated 15 March 1963. See the text in 35 *Int. Law Reports*, pp. 136 ff., and the comments by J.-F. Lalive, "Un récent arbitrage suisse entre un organisme d'Etat et une société privée étrangère", *Annuaire suisse droit int.*, 1962, pp. 278 ff.; Suratgar, "The *Sapphire* Arbitration Award. The Procedural Aspect: A Report and a Critique", 3 *Columbia Journal Transn. Law* (1965), pp. 152 ff.

209. See for this information, Wetter, "Sweden as the Location of International Arbitration Proceedings", *supra*, note 105, pp. 237 ff. (footnote 25). The unpublished award is dated 10 October 1973.
210. The award dated 19 January 1977 is published in *Journal du droit int.*, 1977, pp. 350 ff., and in 17 *Int. Legal Materials* (1978), pp. 1 ff. See J.-F. Lalive, "Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux sociétés privées étrangères", *Journal du droit int.*, 1977, pp. 300 ff.
211. See the Dutch judgments originating from attempts to enforce the *Sapphire* award, in *Cabotent N.V. v. NIOC*, 5 *Int. Legal Materials* (1966), pp. 477 ff. and 9 *Int. Legal Materials* (1970), pp. 152 ff.
212. See 3 *Int. Legal Materials* (1964), pp. 45 ff.
213. Domke and Glossner, "The Present State", *supra*, note 198, p. 321.
214. Decision No. 24 of 31 December 1970, 10 *Int. Legal Materials* (1971), pp. 166 ff. The complete text of the Andean Code is printed in 16 *Int. Legal Materials* (1977), pp. 138 ff.
215. See for instance as to Peru, Aramburù Menchaca, in *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. III (1978), p. 120.
216. See above, paragraphs 21 and 22 of the text.
217. With reference to the application of similar principles in arbitration, see generally Klein, "L'arbitrage international de droit privé", *supra*, note 203, pp. 52 ff.; and the remarks by Schlesinger and Gündisch, "Allgemeine Rechtsgrundsätze als Sachnormen in Schiedsgerichtsverfahren", *Rebels Zeitschrift für ausl. int. Privatrecht*, 1964, pp. 5. ff.
218. "State Contracts and International Arbitration", *supra*, note 199, pp. 256 ff.
219. 17 *Int. Legal Materials* (1978), pp. 1395 ff.
220. This was enacted by Public Law 94-583 on 21 October 1976. See the text in 15 *Int. Legal Materials* (1976), pp. 1388 ff.
221. The text of the statement is reproduced in 15 *Int. Legal Materials* (1976), pp. 1398 ff.
222. See in general Mann, "State Contracts", *supra*, note 199, pp. 274 ff. See also Jiménez de Aréchaga, "L'arbitrage international entre les Etats et les sociétés privées étrangères", in *Mélanges Gidel*, Paris, 1961, pp. 375 ff.; and the preliminary awards of the ICC Arbitration Court in the case No. 2321 (1974), *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. I (1976), pp. 133 ff. at 135.
223. See generally Schwebel and Wetter, "Arbitration and the Exhaustion of Local Remedies", 60 *American Journal of Int. Law* (1966), pp. 484 ff.; the clear distinction of the three different questions has been made by Mann, "State Contracts", *supra*, note 199, pp. 294 ff.
224. See also Foreign Relations Law of the United States, St. Paul, Minn., 1965, sec. 209, comment (a).
225. The relevant passage is quoted from Mann, "State Contracts", *supra*, note 199, p. 290.
226. Mann, "State Contracts", p. 296.
227. The view that international responsibility is involved in similar cases is not beyond any doubt: see again Mann, "State Contracts", pp. 291 ff. and further references given by the same author.
228. Yugoslavia and Romania, however, are parties to the convention. Many doctrinal

- writings refer to the Washington Convention. See particularly, Broches. "The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States", in *Recueil des cours*, Vol. 136 (1972-II), pp. 331 ff.; "Arbitration in Investment Disputes", in Schmitthoff (ed.), *International Commercial Arbitration. Documents and Collected Papers*, Dobbs Ferry-London, 1974-1975, pp. 292 ff.; Sacerdoti, "La Convenzione di Washington del 1965 per la soluzione delle controversie tra Stati e nazionali di altri Stati in materia di investimenti", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, pp. 614 ff.; Cherian, *Investment Contracts and Arbitration. The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes*, Leiden, 1975.
229. See the text in Schmitthoff (ed.), *International Commercial Arbitration*, Vol. I, pp. 61 ff.
230. Domke and Glossner, "The Present State", *supra*, note 198, p. 323.
231. See *Financing of Economic Development, New Report by the Secretary General*; UN doc. E/3665 of 31 July 1962, pp. 42 ff.
232. Article 35 (1) of the Convention.
233. See Article 25 (2).
234. The preamble of the convention states, in addition, that "no Contracting State shall by the mere fact of its ratification, acceptance or approval of this convention and without its consent be deemed to be under any obligation to submit any particular dispute to conciliation or arbitration".
235. Whatever the name of the pertinent clause may be.
236. See for instance the law of 1967 of Afghanistan (6 *Int. Legal Materials*, 1967, pp. 653 ff.) or the laws of Tunisia, Egypt or Zaire (references in Broches, "Arbitration in Investment Disputes", *supra*, note 228, p. 300).
237. Article 36 (2) of the convention is relevant in this connection.
238. See again Broches, "Arbitration in Investment Disputes", *supra*, note 228, p. 300.
239. The first part of the Article seems to restate the contents of an existing international rule: see above, paragraph 28 and Mann, "State Contracts", *supra*, note 199, p. 295. On the contrary, the second part of the provision reserves the right of the parties to derogate from the rule by incorporating special provisions in their agreement. A contrary view as to the relation of the article with the existing general international rules has been expressed by Sacerdoti, "La Convenzione", *supra*, note 228, p. 634.
240. The passage is quoted from E. Lauterpacht, "The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes", in *Recueil d'études en hommage a Paul Guggenheim*, Geneva, 1968, pp. 642 ff. at 658 ff. On the various aspects of the Article, see Broches, "The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States: Applicable Law and Default Procedure", in *International Arbitration. Liber Amicorum for Martin Domke*, The Hague, 1967, pp. 12 ff.
241. See Mann, "State Contracts", *supra*, note 199, pp. 270 ff.
242. See also Article 26 of the convention and note 239 above.
243. For problems arising from the standpoint of municipal law in this regard, see the comments by Sacerdoti, "La convenzione", *supra*, note 228, pp. 645 ff., at 656 ff.

Bibliography

- Amadio, M., *Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque mondiale du 18 mars 1965*, Paris, 1967.
- Associazione italiana per l'arbitrato, *Commercial Arbitration. Essays in Memoriam Eugenio Minoli*, Turin, 1974.
- Balladore Pallieri, G., "L'arbitrage privé dans les rapports internationaux", in *Recueil des cours*, Vol. 51 (1935-I), pp. 291 ff.
- Baumbach, A., and Schwab, K.H., *Schiedsgerichtsbarkeit*, 2nd ed., Berlin-Munich, 1960.
- Bertheau, T. R., *Das New Yorker Abkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche*, Winterthur, 1965.
- Broches, A., "The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States", in *Recueil des cours*, Vol. 136 (1972-II), pp. 331 ff.
- Carabiber, C., *L'arbitrage international de droit privé*, Paris, 1960.
- Carabiber, C., "L'évolution de l'arbitrage commercial international", in *Recueil des cours*, Vol. 99 (1960-I), pp. 119 ff.
- Cherian, J., *Investment Contracts and Arbitration. The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes*, Leiden, 1975.
- Chillon Medina, J.M. and Merino Merchan, J.F., *Tratado de arbitraje interno e internacional*, Madrid, 1978.
- Cremades, B.M., *Panoramica española del arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1975.
- Domke, M., ed., *International Trade Arbitration. A Road to World Wide Co-operation*, New York, 1958.
- Domke, M., *The Law and Practice of Commercial Arbitration*, Mundelein, 1968.
- Fouchard, Ph., *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965.
- Foustoucos, A.C., *L'arbitrage interne et international en droit privé hellénique*, Paris, 1976.
- Gaja, G., *La deroga alla giurisdizione italiana*, Milan, 1971.
- Gaja, G., ed., *International Commercial Arbitration. New York Convention*, Dobbs Ferry, 1978.
- Gentinetta, J., *Die Lex fori internationaler Handelsschiedsgerichte*, Bern, 1973.
- Goldman, B., "Les conflits de lois en matière d'arbitrage international de droit privé", in *Recueil des cours*, Vol. 109 (1963-II), pp. 347 ff.
- Kaiser, R., *Das europäische Uebereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961*, Zurich, 1967.
- Klein, F., *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé*, Basle, 1955.
- L'arbitrage international privé et la Suisse*, Colloque du 2 et 3 avril 1976, Geneva, 1977.
- Lalive, P., "Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial", in *Recueil des cours*, Vol. 120 (1967-I), pp. 573 ff.
- Lew, J., *Applicable Law in International Commercial Arbitration, A Study in Commercial Arbitration Awards*, Alphen on the Rhine, 1978.
- Münzberg, *Die Schranken der Parteivereinbarungen in der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Berlin, 1970.
- Parris, J., *The Law and Practice of Arbitration*, London, 1974.
- Robert, J., *Arbitrage civil et commercial, en droit interne et international privé*, Paris, 1967 (4th ed.).

- Rubellin-Devichi, J., *L'arbitrage. Nature juridique. Droit interne et droit international privé*, Paris, 1965.
- Russell, F., *On the Law of Arbitration*, 18th ed. by Walton, London, 1970.
- Sanders, P., "Trends in the Field of International Commercial Arbitration", in *Recueil des cours*, Vol. 145 (1975-II), pp. 207 ff.
- Sanders, P., ed., *International Arbitration. Liber Amicorum for Martin Domke*, The Hague, 1967.
- Schlosser, P., *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Berlin-Tübingen, 1975.
- Schmitthoff, C.M., ed., *International Commercial Arbitration, Documents and Collected Papers*, Dobbs Ferry-London, 1974-1975.
- Stockholm Chamber of Commerce, *Arbitration in Sweden*, Stockholm, 1977.
- Von Hoffmann, B., *Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Die Bestimmung des massgebenden Rechts*, Frankfurt am Main, 1970.
- Von Hülsen, H.V., *Die Gültigkeit von internationalen Schiedsvereinbarungen*, Berlin, 1973.

Una questione sempre aperta: la forma della clausola compromissoria per arbitrato estero*

SOMMARIO: 1. Dati normativi ed interessi protetti. – 2. Gli sviluppi giurisprudenziali. – 3. L'art. II della Convenzione di New York del 1958. – 4. La prassi giurisprudenziale successiva. – 5. Le decisioni più recenti. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Dati normativi ed interessi protetti*

La questione esaminata nelle presenti note non è, nella sua essenza tipica del diritto italiano: essa può infatti proporsi nell'ambito di qualsiasi ordinamento giuridico, ed in effetti ha suscitato controversie in molti Paesi, ove però si tende oggi a trovare soluzioni largamente accettate, anche in conseguenza dell'elaborazione di una disciplina internazionale uniforme¹. Nell'ambito del nostro sistema giuridico, invece, il carattere dei dati normativi di partenza era talmente peculiare, che le dispute e le incertezze dottrinali e giurisprudenziali non possono dirsi definitivamente superate neppure dopo la profonda revisione dei dati del problema imposta dal sopravvenire di una situazione normativa completamente nuova a seguito dell'entrata in vigore della recente disciplina internazionale. Anzi, si è dovuto assistere negli ultimi anni ad una progressiva incertezza nella giurisprudenza della Corte Suprema. Ciò consiglia di tentare, ancora una volta, di fare il punto della situazione.

I dati di partenza sono ben noti. Il nostro sistema legislativo, quale risultante dalla codificazione del 1942, riconosceva entro limiti estremamente ristretti la possibilità di attribuire a giudici od arbitri stranieri la cognizione esclusiva di determinate controversie². Se per quanto riguarda l'arbitrato i limiti risultavano un

* Pubblicato in *Il Diritto marittimo*, 1977, pp. 403-415, destinato ad una raccolta di studi in onore del Prof. Mario Scerni.

¹ Per considerazioni comparative, specie con riguardo alle clausole compromissorie inserite in polizze di carico, si veda CARBONE e LUZZATTO, *Clausole arbitrali, trasporto marittimo e diritto uniforme*, in *Studi sulla revisione della convenzione di Bruxelles sulla polizza di carico*, Genova, s.d. (ma 1973), p. 352, e la giurisprudenza ivi citata.

² Sul punto, si vedano GIULIANO, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*, 2^a ed., pp. 182, 226; GAJA, *La deroga alla giurisdizione italiana*, Milano, 1971, spec. p. 9; MIGLIAZZA e LUZZATTO,

poco ampliati in vista della perdurante efficacia del Protocollo di Ginevra del 1923, del quale pacificamente veniva riconosciuta l'applicabilità anche dopo l'entrata in vigore del codice di procedura civile³, altri fattori concorrevano tuttavia alla diffidenza di giudici e di buona parte della dottrina. Da un lato, quella possibilità veniva considerata come un'eccezione a principi generali di carattere fondamentale, tali da caratterizzare profondamente l'intero sistema, con la conseguenza che doveva trattarsi sempre di ipotesi soggette ad interpretazione restrittiva. Dall'altro, poi, il Protocollo non conteneva norme espresse circa la disciplina formale della clausola arbitrale, sicché mancava una base normativa idonea a tradurre in regole vincolanti quello che indubbiamente ne era il motivo ispiratore, e cioè l'intento di favorire lo svolgersi degli arbitrati commerciali internazionali. Ne conseguiva che la maggioranza degli interpreti, posti di fronte ad una precisa caratterizzazione del sistema nel senso di una forte chiusura verso gli arbitrati esteri, ed all'assenza di una disciplina formale precisa delle clausole di deroga alla giurisdizione nelle fonti internazionali, inclinava naturalmente per l'applicabilità del regime formale più rigoroso previsto dal diritto interno, che appariva come tale più aderente ai motivi ispiratori della disciplina legislativa. Veniva quindi generalmente richiesta per la validità della clausola compromissoria per arbitrato estero, non soltanto la forma scritta espressamente menzionata dall'art. 2 cod. proc. civ., ma anche la specifica approvazione per iscritto, prevista dagli artt. 1341 e 1342 cod. civ. per le clausole compromissorie e per le deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria quando siano contenute in condizioni generali di contratto predisposte da una sola parte, o in moduli e formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali⁴.

In linea teorica ed astratta, il sistema italiano, nella sua configurazione prevalentemente accettata, veniva così ad attribuire un rilievo decisivo all'accertamento della effettiva esistenza di una volontà delle parti contraenti nel senso di deferire la cognizione di determinate controversie a procedimenti non nazionali di soluzione, attraverso l'utilizzazione delle norme espressamente dettate allo scopo di assicurare la tutela del contraente più debole. A tale esigenza veniva senz'altro sacrificata quella diversa, ed assai intensamente avvertita a livello internazionale, di semplificare e rendere quanto più possibile spediti ed uniformi i procedimenti e le forme di conclusione degli accordi arbitrali, in ciò aderendo ai dati riscontrabili nella prassi del commercio internazionale, dalla quale ogni solennità di forme è considerata come un intralcio.

Va peraltro sottolineato che il sacrificio di questa seconda esigenza non veniva

Le convenzioni internazionali in tema di arbitrato e il diritto italiano, in *Riv. dir. proc.*, 1973, p. 215.

³ Si veda sul punto GAJA, *La deroga*, cit., p. 159.

⁴ Per un esauriente panorama delle opinioni sostenute in dottrina e giurisprudenza, e per l'indicazione degli autori e delle decisioni in favore della tesi indicata nel testo, si vedano GIULIANO, *La giurisdizione italiana*, cit., p. 182, e GAJA, *La deroga*, cit., p. 272.

affatto compiuto in modo tale da garantire *in concreto* un'effettiva tutela del contraente più debole, come pure il costante ricorso all'applicazione degli artt. 1341 e 1342 avrebbe potuto far pensare. L'applicazione di queste norme avveniva in realtà – qui come altrove⁵ – in modo estremamente meccanico e formalistico, tanto da far fondatamente dubitare che, nel campo che qui interessa, l'indirizzo restrittivo dominante non obbedisse tanto ad un intento di controllo del consenso per tutelare la parte più debole, quanto a quello di limitare comunque le ipotesi di ricorso a procedimenti stranieri, in omaggio ai principi puramente teorici cui già si è accennato. Ne venivano a maggior ragione accentuati, sia il distacco dell'atteggiamento del sistema italiano da quello proprio della maggior parte degli altri Paesi, sia una situazione di notevole disagio nella prassi, tanto da indurre prima alcuni studiosi a negare, con varie argomentazioni, che le norme di cui agli artt. 1341 e 1342 potessero applicarsi nei casi di rapporti attinenti al commercio internazionale⁶, poi la stessa giurisprudenza della Cassazione a mutare radicalmente indirizzo.

2. Gli sviluppi giurisprudenziali

La svolta decisiva ebbe luogo nel 1960, con una decisione a sezioni unite rimasta famosa⁷. Lo strumento cui la Corte fa ricorso per riuscire a dar soddisfazione alle esigenze sopra segnalate fa leva su argomenti di carattere teorico, in ciò rimanendo fedele all'impostazione precedentemente seguita. Non si volle infatti discutere il problema sotto l'aspetto dei reali interessi in gioco, ricercando il punto di equilibrio fra le opposte esigenze di tutela del contraente più debole e di speditezza ed uniformità dei traffici internazionali. Se ne fece invece una questione di qualificazione della clausola compromissoria, negandosene – ora – il carattere processuale in precedenza affermato.

In questo modo, la clausola arbitrale non viene più considerata come necessariamente sottoposta al diritto sostanziale italiano in tutti i suoi aspetti, come diversamente si sarebbe dovuto concludere sulla base dell'art. 27 disp. prel. cod. civ., ma invece soggetta a diverse discipline a seconda del risultato cui in concreto possano condurre le variabili indicazioni dell'art. 26 disp. prel. E poiché, come noto, l'approvazione specifica per iscritto non viene normalmente richiesta dal diritto di altri Paesi, che seguono altre tecniche per garantire la tutela della parte

⁵ In tal senso, si veda ad es. GENOVESE, *Condizioni generali di contratto*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1961, p. 803.

⁶ Si vedano le opere ricordate dagli autori indicati alla nota 4, e in particolare lo stesso GIULIANO, *La giurisdizione*, cit., p. 189 e SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, p. 63.

⁷ Cass. 2 maggio 1960, n. 968, *Trumpy c. Salgoil*, in *Foro it.*, 1960, I, 736; *Riv. dir. int.*, 1960, 686. Tale indirizzo era già stato accolto da alcuni giudici di merito: cfr. indicazioni in GAJA, *La de-rogata*, cit., p. 287, nota 39, ove anche ulteriori indicazioni di decisioni della Suprema Corte.

economicamente più debole, rimane per questa via superata l'esigenza del rispetto degli artt. 1341 e 1342 del codice civile italiano tutte le volte che l'atto non è soggetto al relativo diritto sostanziale.

L'impostazione seguita dalla Corte in questa decisione non convince interamente, sia per motivi inerenti alle caratteristiche del caso concreto (in cui non appare presa nella debita considerazione l'incidenza del Protocollo di Ginevra del 1923)⁸, sia per una più generale considerazione di metodo. È chiaro infatti che la Corte si preoccupa fundamentalmente di trovare la strada per sfuggire all'applicazione delle più volte menzionate norme del nostro codice, senza peraltro chiedersi se ed in qual misura rilevino nei casi concreti le esigenze che tali norme si preoccupano di tutelare, né come esse possano essere diversamente soddisfatte, e lo siano, dagli ordinamenti stranieri in cui simili norme non vengano. Non vi è dubbio che con la pronuncia del 1960 la Corte viene a porre termine alla situazione di grave isolamento in cui l'Italia si trovava per quanto concerne il regolare svolgimento dei traffici internazionali, sotto il profilo delle clausole contrattuali relative alla soluzione delle controversie. Ma non è neppure dubbio che la soluzione escogitata – proprio perché determinata da una ben precisa preoccupazione, e non da una considerazione complessiva di tutti gli aspetti della questione – non è idonea a fornire una base sicura sulla quale far definitivamente poggiare le decisioni di tutti i possibili casi concreti. La prassi successiva, come si vedrà, si è incaricata di dare chiarissima prova di ciò, mostrando le incertezze e gli equivoci ai quali il richiamo all'art. 26 disp. prel. poteva, nella materia in questione, dare luogo.

3. *L'art. II della Convenzione di New York del 1958*

I dati normativi di partenza vennero radicalmente a mutare a seguito dell'entrata in vigore per il nostro Paese della Convenzione di New York del 10 giugno 1958 sul riconoscimento delle sentenze arbitrali straniere⁹. A differenza del Protocollo di Ginevra del 1923, infatti, tale convenzione contiene alcune norme intese a regolare anche l'aspetto formale delle clausole arbitrali, traducendo e recependo in norme internazionali vincolanti le esigenze di speditezza, ma anche di uniformità e di certezza giuridica, che si sono via via fatte luce nella prassi.

L'art. II della convenzione impone agli Stati contraenti l'obbligo di riconoscere ogni clausola arbitrale conclusa in forma scritta, e precisa anche che cosa debba intendersi per tale, e cioè «une clause compromissoire «insérée dans un contrat,

⁸ Considerazione questa sviluppata particolarmente da GIULIANO, *La giurisdizione*, cit., p. 222.

⁹ Tale entrata in vigore avvenne in data 1° maggio 1969, a seguito della legge di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione del 19 gennaio 1968 n. 62. Per le vicende, e le polemiche, relative all'adesione italiana alla convenzione, che avvenne con notevole ritardo, si veda il mio scritto *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la convenzione di New York del 1958*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1968, p. 58.

ou un compromis, signés par les parties ou «contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes»¹⁰. Ne consegue che, a partire dall'entrata in vigore della convenzione per l'Italia, il diritto interno ne è rimasto definitivamente fissato nella configurazione che risulta dall'adattamento alla convenzione. Sul punto che qui interessa, non vi può essere più dubbio che una clausola arbitrale redatta in forma scritta secondo le indicazioni dell'art. II sia idonea a porre una preclusione giuridicamente efficace all'esercizio della giurisdizione italiana sulla lite, restando escluso che si possa, nel rispetto della convenzione, richiedere ai fini del riconoscimento a tutti gli effetti della clausola requisiti diversi o più gravosi di quelli dall'art. II indicati¹¹. Tale articolo risulta così, una volta reso applicabile nel diritto interno degli Stati aderenti, l'unico testo riguardante la fattispecie in questione¹².

Pertanto, la deroga alla giurisdizione italiana indiscutibilmente può e deve essere fatta conseguire alla mera esistenza di una clausola arbitrale redatta in forma scritta, nel senso e secondo le indicazioni desumibili dal citato art. II della Convenzione di New York. Ciò costituiva una notevole modificazione della situazione giuridica preesistente, non solo perché – oltre ovviamente alla breccia aperta nella sfera di applicazione dell'art. 2 cod. proc. civ. – venivano definitivamente superati tutti i dubbi circa l'applicabilità delle norme interne sulla specifica approvazione per iscritto, ma anche perché veniva sensibilmente innovata la disciplina direttamente posta dalle norme italiane relative a detti accordi, in quanto vi fossero soggetti. Infatti, i requisiti stabiliti dall'art. 808 cod. proc. civ. – per ciò che riguarda l'esigenza che la clausola risulti da atto scritto a pena di nullità – rimanevano modificati nel senso che risultava ammissibile una deroga alla giurisdizione italiana anche come conseguenza di clausole contenute in accordi conclusi con un mezzo per sua natura e struttura tale da non comportare la sottoscrizione autografa delle parti, quale lo scambio di lettere e di telegrammi¹³.

¹⁰ Sulla norma cfr., oltre al mio articolo citato alla nota precedente, p. 42, GAJA, *La deroga*, cit., pp. 120 e 294.

¹¹ Sul punto, si veda, MINOLI, *L'entrata in vigore della Convenzione di New York sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, p. 539, a p. 545; GIULIANO, *La giurisdizione*, cit., p. 227.

¹² Con la sola eccezione della legge applicabile all'arbitrato, per quanto concerne l'accertamento di eventuali cause impeditive all'operare della clausola a norma del n. 3 dello stesso articolo II, che stabilisce che i giudici degli Stati contraenti non saranno tenuti a rinviare le parti all'arbitrato nell'ipotesi che l'accordo arbitrale sia «caduque, inopérant ou non susceptible d'être appliqué»: con ciò rinviando appunto, secondo l'opinione preferibile, alla legge applicabile alla procedura arbitrale. Sul punto, si veda il mio citato scritto, *Accordi internazionali*, cit., p. 43 s. Cfr. anche GAJA, *La deroga*, cit., p. 280 e TAMBURINI, *Efficacia dell'accordo arbitrale e connessione di cause con riferimento alla Convenzione di New York del 1958*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 556, a p. 560.

¹³ Naturalmente, in quanto l'accordo, benché sottoposto alla legge italiana, sia inteso a dar vita ad un arbitrato estero: la norma non appare applicabile nel caso che manchi qualsiasi elemento di estraneità. Sul tema, cfr. ampiamente GAJA, *La deroga*, cit., p. 121. Va precisato che, ad avviso di chi scrive, l'inapplicabilità della norma ad accordi privi di ogni carattere di estraneità non esclude

Poiché l'adesione italiana alla convenzione di New York aveva avuto luogo senza che venisse formulata alcuna riserva, la disciplina contenuta nell'art. II veniva interamente a sostituire quella stabilita dalle norme interne, quali che fossero le parti del rapporto controverso e dovunque il procedimento fosse destinato a svolgersi. Di fronte ad ogni accordo inteso alla deroga alla giurisdizione italiana in favore di arbitrati esteri, l'unico problema che potesse porsi riguardava l'accertamento in concreto della sussistenza dei requisiti stabiliti dalla convenzione¹⁴.

Non sempre, peraltro, un simile accertamento si presenta privo di difficoltà. Ed è proprio per questo che la prassi giurisprudenziale successiva, pur di fronte ad una situazione normativa così notevolmente semplificata, ricomincia a mostrare non poche incertezze.

4. *La prassi giurisprudenziale successiva*

Nello stesso turno di tempo in cui entrava in vigore per l'Italia la convenzione di New York, ma a proposito di un caso in cui questa non era ancora applicabile, la Corte di cassazione nega la validità, ai fini della deroga alla giurisdizione italiana, di una clausola compromissoria contenuta in una polizza di carico non direttamente sottoscritta dalle parti¹⁵. Ciò sulla base della distinzione fra aspetti negoziali della disciplina della clausola – soggetti, in virtù della già ricordata giurisprudenza anteriore, alla disciplina dell'art. 26 disp. prel. sotto il profilo formale – e aspetti processuali della stessa, come tali sottoposti alla legge italiana quale legge del processo (art. 27 disp. prel.). E poiché da quest'ultima si trae l'esigenza della forma scritta, in base all'art. 2 cod. proc. civ., la Corte procede all'accertamento della sussistenza di tale requisito secondo i principi comunemente accolti in sede di interpretazione della legge stessa, escludendola quando il documento sottoscritto, invece di costituire la «estrinsecazione «formale della volontà delle parti diretta proprio alla conclusione di quel «negozio giuridico», cioè di essere stato «posto in essere a tale fine specifico», «si limiti a richiamare il negozio altrimenti concluso, o, peggio, «a presupporne l'esistenza». La Corte applica così al caso particolare i criteri già elaborati dalla sua giurisprudenza a proposito dell'accertamento della forma scritta richiesta *ad validitatem* dal diritto italiano¹⁶. La di-

necessariamente che essa implichi anche il divieto, per gli Stati contraenti in cui (o secondo il diritto dei quali) l'arbitrato deve aver luogo, di disconoscerne l'efficacia positiva.

¹⁴ GIULIANO, *La giurisdizione*, cit., p. 226 s.

¹⁵ Cass. S.U. 12 maggio 1969, n. 1617, *Assicurazioni Generali c. Agenzia Marittima Tirreno*, in *Foro it.*, 1969, I, 1698; in questa *Rivista*, 1969, 279, con nota di BERLINGIERI, e in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, 349.

¹⁶ Si vedano, ad esempio, le decisioni della Cassazione citate nel testo della sentenza in questione, che si riferiscono ad ipotesi di contratti previsti dall'art. 1350 cod. civ. e sul punto, le illuminanti osservazioni di MIRABELLI, *Clausole compromissorie per relationem e arbitrato commerciale internazionale*, in *Rass. arbitrato*, 1977, p. 57, anche per ulteriori indicazioni giurisprudenziali.

stinzione teorica fra aspetti negoziali ed aspetti processuali dell'atto, elaborata ed utilizzata dalla giurisprudenza precedente al fine di escludere l'esigenza dell'approvazione specifica per iscritto, viene in tal modo a mostrarsi priva di qualsiasi rilievo pratico, posto che nella visione della Corte, ove si tratti di accertamento concreto della sussistenza della forma scritta, i criteri della legge italiana divengono comunque decisivi, in vista dell'art. 2 cod. proc. civ.

Eguale rilevanza di tali criteri viene asserita in una successiva decisione della Corte, questa volta in applicazione della Convenzione di New York. Nella sentenza del 13 dicembre 1971 n. 3620, la Cassazione nega l'effetto preclusivo della giurisdizione italiana ad una clausola compromissoria contenuta nelle condizioni generali di contratto della *London Corn Trade Association*, richiamate in via generica da un *memorandum* di contratto sottoscritto dalle parti¹⁷. La Corte perviene a tale risultato facendo leva sulla mancata riproduzione della clausola nel testo scritto del contratto e sul difetto di qualsiasi richiamo o menzione specifica della stessa, e ritenendo che il requisito della scrittura stabilito dall'art. II della convenzione di New York non sia soddisfatto ogniqualvolta il richiamo alla clausola, contenuto nel documento sottoscritto dalle parti, non abbia carattere specifico, ma risulti unicamente dal riferimento generico ad un formulario od a condizioni generali di contratto da altri predisposte, in cui la clausola sia contenuta.

Come si è già avuto occasione di rilevare altrove¹⁸, una simile interpretazione può essere criticata in base alla considerazione che essa applica puramente e semplicemente ad un testo internazionale i criteri abitualmente utilizzati in sede di applicazione del diritto italiano, senza che ci si chieda se la nozione di «scrittura» di cui alla convenzione di New York non fosse suscettibile di costruzione diversa. È sintomatico, del resto, che l'argomentazione della Corte nella decisione da ultimo menzionata riproduca fedelmente quella della precedente decisione, che applicava l'art. 2 del codice di procedura. Certamente, però, lo sforzo della Corte, se inteso nel senso di assicurare il controllo dell'effettiva esistenza del consenso delle parti sulla clausola compromissoria, non può non essere condiviso, ogniqualvolta la sussistenza di una reale volontà di derogare alla giurisdizione in favore di arbitrati esteri si presti a dubbi. L'esigenza di assicurare il controllo di una effettiva esistenza del consenso, anche in vista delle esigenze di tutela del contraente più debole, torna qui ad acquistare rilievo, di fronte alla consacrazione ormai effettuata a livello internazionale della tutela delle (potenzialmente opposte) esigenze di speditezza ed uniformità di regolamentazione. E lo riacquista nell'unica sede in cui ciò sia lecito nella nuova situazione normativa, cioè in sede di applicazione del testo convenzionale.

¹⁷ La sentenza si legge in *Foro it.*, 1972, I, 615, annotazione di C.M. BARONE, e in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1972, 565.

¹⁸ Si veda il mio scritto *La Corte di cassazione e la «forma» della clausola compromissoria per arbitrato estero: forza di una tradizione ed equivoci di una massima*, in *Rass. arbitrato*, 1976, p. 157.

5. *Le decisioni più recenti*

Era pertanto lecito attendersi che l'impostazione adottata dalla decisione del 1971 si generalizzasse, in modo da affidare al vaglio dei singoli casi concreti il compito di trovare il punto di equilibrio fra le varie esigenze, in un quadro normativo ormai sufficientemente chiarito. Purtroppo, la più recente giurisprudenza della Corte suprema non è rimasta fedele a quel precedente. Essa ha infatti utilizzato nuovamente il richiamo all'art. 26 disp. prel. – che la sentenza del 1960 effettuava in un quadro e con un significato completamente diversi –, con il risultato di introdurre nuovi elementi di incertezza.

Prescindiamo pure da alcune decisioni¹⁹ in cui il richiamo all'art. 26 appare poco più che di stile. Qui, il problema consisteva nel decidere, vigente la convenzione di New York, se fosse da considerarsi formalmente valida la clausola compromissoria inserita in un contratto concluso all'estero da un mandatario di una delle parti, privo di procura in forma scritta a compromettere in arbitri. La Corte suprema, nel decidere in senso affermativo, si fonda sulla considerazione che il diritto del luogo di conclusione del contratto, competente *ex art. 26 disp. prel.*, non richiede la procura per iscritto: ma è chiaro che il problema riguarda in tal caso la disciplina formale dell'atto di conferimento del potere rappresentativo²⁰, e non direttamente quella della clausola arbitrale (come tale indiscutibilmente redatta in forma scritta).

La portata di simili precedenti appare inesattamente valutata nella successiva giurisprudenza della Corte suprema.

In tre decisioni emanate nel 1975 e 1976²¹, trovandosi a fare applicazione della convenzione di New York, la Corte ritiene infatti necessario, richiamando la propria giurisprudenza precedente, riferirsi alla legge ritenuta applicabile alla clausola compromissoria in base all'art. 26 disp. prel. al fine di accertare la sussistenza concreta del requisito formale previsto dalla convenzione, ossia «la rispondenza della forma adottata in «concreto alle prescrizioni della Convenzione». Al di là del risultato pratico raggiunto nella definizione delle tre controversie – cor-

¹⁹ Si allude alle sentenze della Corte di cassazione del 27 febbraio 1970, n. 470, in *Foro it.*, 1970, I, 1051; *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, 393; 12 marzo 1973, n. 670, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1973, 662; e del 25 gennaio 1977, n. 361 (inedita).

²⁰ L'argomentazione della Corte fa leva, soprattutto, sulla mancanza nel diritto straniero, applicabile *ex art. 26*, di una norma di contenuto analogo a quello dell'art. 1392 cod. civ. italiano: ora, anche ad ammettere che l'atto di conferimento sia sottoposto alla stessa legge che regola il contratto concluso dal rappresentante (per questa tesi, v. STARACE, *La rappresentanza nel diritto internazionale privato*, Napoli 1962, p. 76), ciò non vale per quanto concerne la forma dell'atto come tale che rimane soggetta a collegamento proprio (*op. ult. cit.*, p. 111).

²¹ Si tratta delle seguenti decisioni della Corte, tutte a sezioni unite: 8 aprile 1975, n. 1269, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1976, 133; 25 maggio 1976, n. 1877, in *Foro pad.*, 1976, I, 58; *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1977, 88; *Giur. it.*, 1977, I, 1, 1551, nota FRANCHI; 8 novembre 1976, n. 4082 (inedita).

retto in due casi, gravemente erroneo nel terzo²² – va sottolineato che tale procedimento, ed il connesso ricorso all'art. 26 disp. prel., non hanno alcuna ragion d'essere. Si tratta unicamente del portato di un richiamo ormai praticamente tralattizio, dato il mutato quadro normativo, a precedenti riferibili a situazioni diverse, che si traduce nel disconoscimento delle norme della convenzione di New York, che pure vengono dichiarate applicabili, e quindi in una loro violazione.

È in realtà evidente che l'art. II della convenzione, in quanto norma che disciplina direttamente la fattispecie da essa considerata, esclude qualsiasi ricorso alle norme generali di diritto internazionale privato, che presuppongono la necessità di individuare una legge statale che regoli la fattispecie²³. Ed è egualmente evidente, di fronte al chiarissimo tenore dell'articolo suddetto, che esso richiede soltanto di essere applicato in via diretta, senza bisogno – né possibilità – di passare attraverso l'applicazione di altre norme desunte dal diritto interno, al fine di valutare la fattispecie. Dato il riferimento immediato dell'art. II al fenomeno sociale regolato, richiamare un diverso insieme normativo significa in realtà eludere le norme convenzionali, disapplicandole. E ciò senza che alcun apprezzabile interesse richieda di tener presenti altre leggi, e con gravi risultati di incertezza e di confusione: basti pensare che il richiamo di diritto internazionale privato, necessariamente incapace di tener conto del contenuto nelle norme richiamate, non è idoneo ad individuarle in funzione del modo in cui esse disciplinano il conflitto degli interessi in gioco nella questione relativa alla forma dell'atto.

6. Considerazioni conclusive

Alla fine del rapido panorama giurisprudenziale tracciato, una constatazione s'impone. Nonostante la rilevante semplificazione della situazione normativa compiuta a livello internazionale, e l'operare di questa anche all'interno del nostro ordinamento a seguito dell'adesione italiana alla convenzione di New York, notevoli incertezze permangono nella prassi, in conseguenza della mancata adozione di un indirizzo chiaro e preciso da parte della Corte suprema. Si tratta però di incertezze che non hanno alcuna ragion d'essere. È facile scoprirne l'origine

²² La decisione censurabile è quella del 25 maggio 1976 n. 1877, come ho cercato di dimostrare nello scritto citato alla nota 18. In senso critico, cfr. anche FRANCHI, *Sull'integrazione della convenzione arbitrale mediante richiamo extratestuale*, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 1551 e GAJA, «*La legge olandese ... è ignota a questa Suprema Corte*», in *Riv. dir. int.*, 1977, p. 401. In tale decisione, infatti, non soltanto si è valutata la validità della clausola alla luce della legge richiamata dall'art. 26 disp. prel. (per giunta applicando il diritto italiano per asserita mancanza di prova del diritto straniero competente), per il che valgono le considerazioni del testo, ma si è anche considerata invalida per asserito difetto di richiamo specifico una clausola in forma scritta, per il solo fatto che essa richiamava il regolamento arbitrale di un'associazione commerciale!

²³ Ciò discende dalla stessa funzione delle norme di conflitto. Nello stesso senso, si veda GAJA, *La deroga*, cit., p. 288, e «*La legge olandese*», cit., p. 401.

storica riflettendo sulla particolarità dei dati normativi d'origine, che hanno indotto la giurisprudenza più sensibile alle esigenze del commercio internazionale a far ricorso agli strumenti che apparivano, al momento, più idonei a superare gli ostacoli che impedivano il loro soddisfacimento: così il ricorso all'art. 26 disp. prel. risulta indubbiamente all'origine determinato dal desiderio di evitare l'applicazione degli artt. 1341 e 1342 cod. civ., che appariva, diversamente, necessaria. È egualmente facile rilevare un certo perdurare dell'influenza della precedente situazione normativa, nonostante sia ormai trascorso non poco tempo dal suo superamento.

Resta però il fatto che oggi da tale situazione è necessario prescindere completamente. Ciò a maggior ragione ove si tenga presente che l'applicazione concreta del diritto allora vigente non era affatto tale da garantire l'effettiva tutela delle esigenze che, in astratto, le norme volevano soddisfare: basti pensare al modo del tutto meccanico in cui venivano applicati gli artt. 1341 e 1342 cod. civ.

Una volta divenuto applicabile come norma fondamentale della materia l'art. II della convenzione di New York²⁴, ogni questione concreta va impostata e risolta su tale base. Egualmente su tale base va effettuato il controllo dell'effettiva rispondenza in concreto della «forma scritta» all'esigenza di assicurare il controllo della reale esistenza di un consenso circa il deferimento delle controversie ad arbitrato. Un simile accertamento, che può presentare aspetti anche assai delicati, richiede soltanto il vaglio della fattispecie concreta alla luce dei principi dell'art. II, tenendo correttamente presenti i motivi che stanno alla base del requisito della forma scritta. Nessuno spazio può invece essere lasciato alla ricerca ed all'applicazione di norme poste da fonti diverse, o di criteri abitualmente utilizzati in connessione con queste ultime²⁵.

Nell'operare la delicata valutazione cui si è accennato, può rivelarsi preziosa l'esperienza in corso di elaborazione in sede di applicazione dell'art. 17 della convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in specie da parte della Corte di

²⁴ Scarsa importanza ha, rispetto a tale norma, quella contenuta nell'art. 1, 2, della Convenzione di Ginevra sull'arbitrato commerciale internazionale del 21 aprile 1961: sia perché la sfera di applicazione della stessa è assai più limitata, sia perché, comunque, la norma in questione non è in grado di innovare sensibilmente rispetto allo stato del diritto italiano quale risultante dall'adattamento alla convenzione di New York. Non appare infatti innovativa rispetto all'art. II di quest'ultima la previsione che l'accordo possa essere concluso per telescrivente: cfr. in questo senso GAJA, *La deroga*, cit., p. 294. Vedi anche il mio studio, *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1971, p. 47. In senso diverso, RICCI, *Lodi pronunciati in Italia e lodi pronunciati all'estero di fronte alla convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 80, nota 18, il quale però non tiene conto delle conseguenze dell'adattamento del diritto interno alla convenzione di New York.

²⁵ Pertanto, anche l'elaborazione della nozione di «forma scritta» rispetto ai singoli casi concreti non dovrà essere compiuta alla luce dei criteri seguiti in sede di applicazione del diritto interno, come invece ha fatto la sentenza citata alla nota 17, ma sulla sola base dell'art. II interpretato alla luce delle esigenze da esso tenute presenti.

giustizia delle Comunità europee, competente ad interpretare la convenzione suddetta in virtù del Protocollo del 3 giugno 1971. Anche le norme contenute nell'art. 17 della convenzione, infatti, subordinano l'ammissibilità della proroga di giurisdizione nell'ambito convenzionale all'esistenza di una clausola scritta, o di una clausola verbale confermata per iscritto. La prassi in via di formazione in ordine a tale articolo²⁶, proprio perché libera da ogni condizionamento derivante da situazioni normative preesistenti o da tradizioni su queste fondate, è particolarmente illuminante circa le reali esigenze in gioco. Essa è chiarissima nell'indicare che la funzione primaria che il requisito formale deve svolgere consiste nell'accertamento che «la clausola attributiva «di competenza abbia effettivamente costituito oggetto del consenso delle «parti, consenso che deve manifestarsi in maniera sufficientemente chiara «e precisa»²⁷. In tal modo, la Corte di giustizia indica in modo inequivoco qual è la direzione che l'indagine deve assumere: al di là di controlli puramente formali, essa deve proporsi il fine di accertamento della realtà sostanziale dei rapporti contrattuali fra le parti, in una precisa visione degli interessi in gioco. Una direzione, dunque, notevolmente diversa da quella più comunemente seguita dalla giurisprudenza italiana, come l'esperienza qui sommariamente delineata sta a dimostrare.

²⁶ Ci si riferisce, in particolare, alle sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee in data 14 dicembre 1976, nelle cause 24 e 25/76 (*Estasis Salotti c. Riiwa Polstereimaschinen GmbH, e Galeries Segoura c. Soc. Rahim Bonakdarian*), in *Raccolta della Giurisprudenza della Corte*, 1976, pp. 1831 e 1851.

²⁷ Così la Corte di giustizia nelle due sentenze citate alla nota precedente, rispettivamente a p. 1841 e a p. 1860. Si veda anche la *Relazione* (della Commissione) *sulla convenzione concernente la competenza giudiziaria e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale*, suppl. 12/72 al *Bollettino Com. Europee*, spec. p. 65.

Il luogo di pronuncia del lodo arbitrale secondo la Convenzione di Ginevra del 1961 e l'art. 824 cod. proc. civ. *

1. La Convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961 sull'arbitrato commerciale internazionale, pur essendo entrata in vigore anche per l'Italia sin dal 1970 e pur avendo formato oggetto di alcuni commenti dottrinali¹, non ha ancora dato origine, a quanto risulta, ad applicazioni giurisprudenziali di qualche rilievo da parte della giurisprudenza italiana. Non è quindi possibile individuare, sino ad oggi, un qualsiasi orientamento giurisprudenziale in ordine all'incidenza che la Convenzione stessa esercita sul diritto italiano nella materia considerata. Tra gli autori che hanno avuto sinora occasione di dedicare la propria attenzione ai problemi che possono sorgere al riguardo, è peraltro già possibile individuare un netto contrasto di opinioni relativamente ad un punto centrale della materia: e precisamente circa la possibilità che un lodo arbitrale pronunciato al di fuori del territorio italiano venga reso esecutivo a seguito di deposito presso la cancelleria della Pretura, attraverso il procedimento di cui all'art. 825 cod. proc. civ.². La questione, che potrebbe apparire marginale e non dissimile da altra analoga sollevata nell'ambito dell'applicazione interna della Convenzione di New York del 10 giugno 1958, in-

* Pubblicato in *Studi in onore di G. Balladore Pallieri*, vol. II, Milano, 1978, pp. 361-371.

¹ Oltre al mio scritto, *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la Convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961*, «Riv. dir. int. priv. proc.», 1971, 47 ss., si vedano PIERGROSSI, *L'Italia e la convenzione di Ginevra del 1961 sull'arbitrato commerciale internazionale*, «Riv. dir. proc.», 1971, 707 ss.; MIGLIAZZA, in *Materielles Recht und Verfahrensrecht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Frankfurt am Main 1972, pp. 125 ss.; MIGLIAZZA-LUZZATTO, *Le convenzioni internazionali in tema di arbitrato e il diritto italiano*, «Riv. dir. proc.», 1973, 214 ss., e in *Archivio giuridico «Filippo Serafini»*, 1974, pp. 5 ss.

² In senso affermativo, si veda il mio lavoro sopra indicato, *Accordi internazionali ...*, pp. 80 ss., e MIGLIAZZA-LUZZATTO, *Le convenzioni internazionali ...*, pp. 238 s., nonché MIGLIAZZA, *Natura ed efficacia dell'arbitrato internazionale*, «Archivio giuridico», 1974, 65 ss., e «Riv. dir. int. priv. proc.», 1973, 733 ss. In senso contrario, RICCI, *La distinzione tra lodi «nazionali» e lodi «esteri» e la Convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961*, «Archivio giuridico», 1974, 145 ss.; *Lodi pronunciati in Italia e lodi pronunciati all'estero di fronte alla convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961*, «Riv. dir. proc.», 1975, 74 ss.; SACERDOTI, *Il diritto dell'arbitrato commerciale internazionale nei nuovi regolamenti della Camera di commercio internazionale e dell'UNCITRAL*, «Riv. dir. int. priv. proc.», 1976, 222 ss. alle pp. 252 ss.

veste in realtà l'essenza stessa del modo in cui la Convenzione si coordina, a seguito della sua esecuzione interna, con il diritto dello Stato, ed è opportuno che venga nei limiti del possibile chiarita prima che il contrasto insorto in sede dottrinale si estenda anche alla pratica applicazione giurisprudenziale. Le considerazioni che seguono intendono appunto recare un contributo in questa direzione.

2. Chi scrive si era sforzato di delineare, in uno studio apparso all'indomani dell'adesione italiana alla Convenzione, i caratteri essenziali di quest'ultima e le variazioni che essa veniva ad introdurre nel sistema giuridico del nostro paese³. In particolare, con riferimento alla completa libertà riconosciuta alle parti dall'art. IV della Convenzione per quanto attiene alla redazione delle clausole arbitrali e alla disciplina del procedimento, si era osservato che la possibile sostituzione delle norme processuali interne con quelle poste o designate dalle parti dell'arbitrato (o con quelle richiamate dalle norme convenzionali)⁴ conduceva alla conseguenza che qualsiasi procedimento arbitrale conforme alla Convenzione diveniva idoneo a concludersi con una sentenza arbitrale italiana, tale, cioè, da acquistare efficacia esecutiva attraverso il deposito del lodo in Pretura. E ciò perché, aderendo alla Convenzione, gli Stati si obbligavano a considerare come validi procedimenti arbitrali secondo il diritto interno tutti quelli che rispondessero ai requisiti stabiliti dalla Convenzione stessa.

Ulteriori corollari di tale affermazione erano che nell'ambito di applicabilità della Convenzione perdeva significato la distinzione fra arbitrato «italiano» e arbitrato «estero», posto che qualsiasi arbitrato ad essa rispondente poteva concludersi con una sentenza italiana; e che, sempre entro tale ambito, era impossibile, nella grande maggioranza dei casi, distinguere fra arbitrati che derogano alla giurisdizione italiana e arbitrati che derogano alla sola competenza del giudice ordinario⁵.

Tali affermazioni, condivise da alcuni, sono state da altri vivacemente contestate⁶. Ma tali critiche, a giudizio di chi scrive, in parte sono infondate, in parte –

³ *Accordi internazionali ...*, pp. 79 ss.

⁴ In certe ipotesi, infatti, la convenzione indica direttamente il diritto applicabile, per il caso che manchi una designazione delle parti: ad es., l'art. VI, 2. Non sembra però giustificato dedurne, come alcuni hanno voluto fare (GENTINETTA, *Befreiung der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit von der «nationalen Umklammerung»?*, in *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 1969, pp. 46 ss.; *Die lex fori internationaler Handelsschiedsgerichte*, Bern 1973, pp. 310 ss.), che la Convenzione di Ginevra implichi o comunque presupponga il normale collegamento di ogni procedimento arbitrale con il diritto del luogo in cui esso si svolge: lo spirito della convenzione è infatti nettamente nel senso di dare la priorità alla volontà manifestata dalle parti, e di richiamare il diritto statale a titolo meramente suppletivo.

⁵ LUZZATTO, *Accordi internazionali ...*, pp. 81 s. La riserva espressa nel testo con la frase «nella maggioranza dei casi» si riferisce, come si ricorderà anche oltre nel testo, all'ipotesi che per determinazione delle stesse parti litiganti o per altre circostanze obiettive un dato procedimento arbitrale venga sottoposto alla disciplina esclusiva di un dato ordinamento giuridico, come è ben possibile.

⁶ Si vedano gli scritti menzionati alla nota 2 e particolarmente RICCI, *Lodi pronunciati in Italia ...*, pp. 74 ss.

forse preponderante – si basano su di un equivoco, in quanto interpretano inesattamente il pensiero dei sostenitori dell'opinione che intendono criticare.

Conviene iniziare da questo secondo profilo per chiarire immediatamente come, asserendo che in base alla Convenzione di Ginevra perde di significato la distinzione fra arbitrato italiano e arbitrato estero, non si sia affatto inteso affermare l'esistenza di una completa equiparazione di trattamento giuridico fra le relative sentenze arbitrali. L'equiparazione ha luogo, infatti, fra i *procedimenti* arbitrali, e non fra le sentenze, che ne scaturiscono. Non vi è dubbio che, una volta che un lodo sia stato reso esecutivo con il procedimento dell'art. 825 cod. proc. civ., la sua condizione giuridica per quanto attiene alle vicende successive cui può essere sottoposto è ben diversa da quella che gli sarebbe propria se esso fosse stato invece riconosciuto, nell'ambito di un diverso ordinamento, con i meccanismi propri di quest'ultimo, e poi in Italia attraverso il procedimento di deliberazione. Non vi è dubbio, in particolare, che il lodo – ovunque pronunciato – che abbia acquisito il valore di sentenza arbitrale italiana in base al citato art. 825, è sottoposto alle possibilità di gravame di cui all'art. 828 cod. proc. civ. – sia pure per motivi parzialmente diversi da quelli elencati dall'art. 829, in quanto soccorre il necessario coordinamento con la disciplina convenzionale⁷ –, nonché della revocazione prevista dall'art. 831 cod. proc. civ.: così come appaiono esatte le considerazioni svolte da chi afferma la possibilità che il giudice italiano, che accolga l'impugnazione, proceda alla decisione della causa in via di giudizio rescissorio, ex art. 830, primo comma⁸. Tutto ciò altro non è che la normale conseguenza del fatto che si è di fronte ad un atto il quale, qualunque ne fosse l'origine, ha assunto il valore di sentenza arbitrale italiana in virtù dei procedimenti previsti a tale scopo dal sistema, e si trova dunque nell'identica situazione giuridica di ogni altro lodo che sia

⁷ In questo senso, esattamente, RICCI, *Lodi pronunciati in Italia ...*, pp. 80 ss.; e dello stesso autore, per un tentativo di determinazione dei motivi delineati dall'art. 829 cod. proc. civ. in relazione alla disciplina di Ginevra, *La distinzione fra lodi «nazionali» e lodi «esteri» ...*, p. 149 in nota. L'argomento meriterebbe un approfondimento maggiore di quello consentito in questa sede: mi limito ad accennare che al pensiero dell'autore ora menzionato va a mio giudizio apportata una correzione nel senso che, per ciò che riguarda questioni attinenti al procedimento e non considerate dalla Convenzione di Ginevra, la nullità ex art. 829 non può operare, se non nel caso che il diritto italiano sia stato espressamente reso applicabile dalle parti (ad es., per i motivi attinenti all'incapacità di essere arbitri al di fuori della nazionalità, espressamente considerata dalla Convenzione). A giudizio di chi scrive, infatti, anche in caso di *exequatur* pretorile il procedimento «commerciale internazionale» considerato dalla Convenzione di Ginevra rimane soggetto alle sole norme di questa, e i vizi di cui all'art. 829 possono operare soltanto per ciò che riguarda la sentenza come tale, e ciò come conseguenza del coordinamento fra una procedura tendenzialmente svincolata dal legame con un ordinamento giuridico statale ed il collegamento instaurato con il deposito.

Non mi sembra invece possibile concludere che i motivi di nullità siano soltanto quelli di cui all'art. IX della Convenzione (così MIGLIAZZA, *Natura ed efficacia ...*, p. 87), in quanto tale articolo si riferisce evidentemente ad un problema diverso, e d'altro lato alcuni dei motivi di cui all'art. 829 rimangono applicabili come conseguenza della volontaria sottoposizione del lodo come tale al diritto italiano: ad es., il mancato deposito nel termine di cui all'art. 825.

⁸ RICCI, *Lodi pronunciati in Italia ...*, pp. 82 ss.

stato recepito nello stesso modo⁹. Ma ciò accade, appunto, una volta che il lodo, *ovunque pronunciato*, sia stato reso esecutivo in Italia attraverso il procedimento pretorile. Ed è proprio sulla possibilità di una dichiarazione di esecutività siffatta quando il lodo sia stato reso all'estero, che le opinioni divergono, uscendosi dal semplice equivoco per entrare nel campo del dissenso: essendo, comunque, evidente che nella soluzione di questo diverso problema le argomentazioni relative alla differenza di regime fra sentenze arbitrali riconosciute *ex art.* 825 e 800 cod. proc. civ. non possono avere il benché minimo rilievo¹⁰.

3. L'argomento di base addotto contro la possibilità che un lodo emanato all'estero acquisti valore ed efficacia di sentenza arbitrale italiana attraverso l'*exequatur* pretorile consiste nell'assenza di qualsiasi disposizione, nel testo della Convenzione di Ginevra, sulla quale tale possibilità possa venire fondata¹¹. Così stando le cose, poiché un lodo emanato fuori del territorio italiano avrebbe il carattere di lodo estero in base ai criteri propri del sistema, non si potrebbe che far ricorso al normale principio per cui un lodo del genere può essere riconosciuto soltanto attraverso il procedimento di delibazione, disciplinato dalle norme comuni e da quelle di altre convenzioni internazionali¹².

⁹ Modifico, su questo punto, l'opinione incidentalmente espressa in MIGLIAZZA-LUZZATTO, *Le convenzioni internazionali ...*, pp. 238 ss. (e ribadita da MIGLIAZZA, *Natura ed efficacia ...*, pp. 86 s.), in quanto ritengo che allo stato attuale del diritto positivo l'esclusione della revocazione e del giudizio rescissorio (così come la parziale applicabilità dell'art. 829, di cui alla nota precedente), pur essendo logicamente coerente con la natura intrinseca dell'arbitrato commerciale internazionale come risultante dalla Convenzione di Ginevra, non possa ancora dedursi in sede di interpretazione del diritto positivo italiano. In realtà, in assenza di norme precise sul punto, il carattere internazionale del procedimento arbitrale e del lodo deve ancora fare i conti, una volta che si sia instaurato il contatto con un sistema giuridico statale, con le norme di quest'ultimo su cui la Convenzione di Ginevra non ha potuto direttamente incidere.

¹⁰ Per tale motivo non posso condividere quanto scrive RICCI, *Lodi pronunciati in Italia ...*, pp. 76 s., in merito alla difficoltà di conciliare con la tesi sostenuta l'esistenza di parziali differenze di regime fra lodi nazionali ed esteri.

¹¹ In tal senso, RICCI, *Lodi pronunciati in Italia ...*, p. 79. E cfr. anche, dello stesso autore, *La distinzione tra lodi «nazionali» ...*, pp. 145 ss. Il procedimento di cui all'art. 825 cod. proc. civ. sarebbe utilizzabile soltanto nell'ambito di applicazione della Convenzione di New York del 1958, qualora si ritenga possibile attribuire valore in questo senso all'art. in della stessa, secondo una tesi suggestivamente esposta, in un secondo tempo, da MINOLI, *L'entrata in vigore della convenzione di New York sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere*, «Riv. dir. proc.», 1969, 539 ss., alle pp. 555 ss. Chi scrive aveva già avuto occasione di esprimere un punto di vista negativo in proposito: si veda *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la convenzione di New York del 1958*, «Riv. dir. int. priv. proc.», 1968, 24 ss., a p. 46; MIGLIAZZA-LUZZATTO, *Le convenzioni internazionali ...*, p. 233; nonché i contributi di Bernini, Punzi e Gaja rispettivamente alle pp. 127 ss., 153 ss. e 159 ss. dell'«Archivio giuridico», 1974.

¹² Diverso argomento viene utilizzato da SACERDOTI, *Il diritto dell'arbitrato commerciale internazionale ...*, pp. 252 ss. Secondo tale autore, l'impossibilità di equiparare ai fini all'*exequatur* il lodo emesso in Italia a quello emesso all'estero deriverebbe dal fatto che una disparità di regime fra i due tipi di lodo è presupposta dall'art. IX della convenzione, per il quale i lodi emanati in Italia

Senonché tale argomentazione, apparentemente ineccepibile, trascura di collocare nella sua giusta prospettiva l'insieme normativo costituito dalla Convenzione di Ginevra, e non vi attribuisce pertanto l'esatto significato.

Chi consideri la Convenzione nel contesto normativo internazionale in cui ha avuto origine, e la interpreti, come si deve, alla luce dei principi applicabili nell'ambito internazionale¹³, si avvede facilmente che il suo scopo fondamentale è quello di disciplinare alcuni essenziali settori della procedura arbitrale indicando i requisiti alla presenza dei quali gli Stati contraenti sono tenuti ad ammettere il riconoscimento dell'arbitrato come mezzo di soluzione delle controversie inerenti al commercio internazionale nel senso definito dalla Convenzione¹⁴. Essa non intende certo imporre agli Stati contraenti l'adozione di una legge uniforme: ma soltanto evitare che le rispettive leggi interne, richiedendo requisiti maggiori e più gravosi, ostacolino l'efficacia delle procedure arbitrali impedendo che esse conseguano la propria funzione. Così facendo, essa incide però direttamente sulla configurazione dei singoli diritti interni degli Stati contraenti, modificandone le norme incompatibili con quelle in essa contenute. Ogni arbitrato che risponda ai requisiti indicati dalla Convenzione deve, nel suo ambito di applicabilità, essere considerato da ogni Stato contraente alla stregua dell'arbitrato previsto e disciplinato dal proprio diritto processuale interno, ed essere quindi ammesso a spiegare gli stessi effetti di quest'ultimo. Può ben darsi l'ipotesi che, così facendo, venga riservato al lodo un trattamento meno favorevole di quello che esso avrebbe avuto se fosse stato considerato come lodo estero: si pensi ad esempio alla possibilità di decisione della causa nel merito ad opera del giudice interno, a seguito dell'annullamento del lodo, esclusa come tale a proposito delle sentenze arbitrali straniere, almeno in base al regime della Convenzione di New York¹⁵. Ma la scelta dell'alternativa più favorevole in pratica spetterà in tali ipotesi alle parti interessate¹⁶,

sono soggetti a motivi di nullità diversi da quelli emanati all'estero. Senonché, tale argomentazione dà per dimostrato proprio il *quod demonstrandum*, perché dall'art. IX non sembra affatto potersi ricavare una conseguenza del genere (cfr. anche *supra*, nota 7), né comunque tale differenza sarebbe necessariamente ricollegabile al luogo di pronuncia del lodo: l'art. IX parifica infatti al diritto del luogo quello secondo il quale il lodo è pronunciato.

¹³ Cfr. MONACO, *L'interpretazione degli accordi internazionali ad opera del giudice interno*, «Giur. italiana», 1945, iv, 24. Quanto alle regole valide sul piano internazionale, si veda quanto dispone ora l'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 maggio 1969, in gran parte con effetto ricognitivo del diritto generale preesistente (in specie, il richiamo all'oggetto ed allo scopo del trattato).

¹⁴ Si veda, nel preambolo della Convenzione di Ginevra, il richiamo al desiderio degli Stati contraenti di eliminare certe difficoltà suscettibili di ostacolare l'organizzazione ed il funzionamento dell'arbitrato nei rapporti fra soggetti appartenenti a Stati diversi. Quanto all'origine della Convenzione si veda il mio scritto *Accordi internazionali ...*, pp. 48 ss. e l'ulteriore bibliografia ivi indicata.

¹⁵ Sul punto, si vedano le considerazioni di RICCI, *Lodi pronunciati in Italia ...*, pp. 84 s., in relazione al controllo ammesso in base alla Convenzione di New York anche da chi ritenga ammissibile il riconoscimento, *ex art. III* della Convenzione, con il ricorso al procedimento pretorile.

¹⁶ Le quali potranno ben ritenere preferibile correre il rischio rappresentato da un eventuale giu-

senza che considerazioni relative al tema possano incidere sulla costruzione del rapporto fra norme convenzionali e norme interne, che è funzione dell'interpretazione del sistema.

Che la portata degli obblighi internazionali imposti agli Stati contraenti dalla Convenzione sia nel senso ora sommariamente indicato, non sembra possibile dubitare. Testimonia in questo senso, oltre la stessa origine storica della Convenzione vista in rapporto a quella precedente di New York, la natura dell'insieme dei problemi che le norme convenzionali si preoccupano di disciplinare. Si tratta, infatti, di problemi che attengono in generale all'atteggiamento dei diritti processuali interni nei confronti dei procedimenti arbitrali considerati dalla Convenzione, ed ai comportamenti degli organi giurisdizionali interni nei confronti di questi ultimi: ben diversi da quelli considerati dalla Convenzione di New York, la quale si occupa dei problemi classici suscitati dalla presenza di procedimenti arbitrali esteri, come tali sottratti alla disciplina direttamente posta dalle norme del foro. Quando l'art. V della Convenzione di Ginevra regola il modo in cui può venire contestata la competenza arbitrale ed i poteri degli arbitri in materia, o quando gli articoli VII e VIII disciplinano il diritto applicabile da parte degli arbitri o la motivazione della sentenza, è evidente che essi si dirigono a procedure arbitrali che gli Stati contraenti considerano come proprie, ossia come oggetto di regolamento diretto ed immediato al pari di quelle cui si rivolge la disciplina dettata dai rispettivi diritti processuali interni. Immaginare il contrario, ed ipotizzare che la Convenzione intenda obbligare gli Stati contraenti a regolare in un certo modo ... procedure che per definizione sfuggono al loro controllo, perché sottoposte al diritto di altri Stati, è evidentemente un non senso, che renderebbe del tutto incomprensibile la struttura stessa dell'atto internazionale di cui trattasi.

Una sola eccezione allo stato di cose sin qui delineato è configurabile: e precisamente il caso in cui l'arbitrato, pur ricadendo nell'ambito di applicazione della Convenzione, sia stato dalle parti preventivamente disciplinato in modo diverso, anche per quanto riguarda l'acquisto di efficacia esecutiva da parte del lodo, oppure dalle stesse sottoposto, in virtù della libertà di cui dispongono, ad un diritto statale incompatibile – per quanto concerne questioni non direttamente regolate dal diritto ginevrino – con quello dello Stato in cui il lodo dovrebbe venire riconosciuto attraverso il meccanismo processuale riservato ai lodi direttamente da esso regolati¹⁷. Ma si tratta, come si vede, di ipotesi verosimilmente di scarsa frequenza in pratica, e comunque non idonee ad incidere sul principio in se stesso, posto che l'incompatibilità risale pur sempre alla volontà delle parti.

Se tutto ciò è esatto, ne deriva immediatamente la conseguenza che il luogo di pronuncia del lodo «commerciale internazionale» contemplato dalla Convenzione

dizio di annullamento del lodo, per ottenere un titolo immediatamente esecutivo in Italia. Sono insomma determinanti in materia considerazioni eminentemente pratiche, e non sembra possibile dire, con l'autore ricordato alla nota precedente (*ibidem*), che la possibilità di un trattamento più sfavorevole sembra «un esito ben strano per una convenzione internazionale».

¹⁷ Si vedano le considerazioni fatte sopra alla nota 5.

di Ginevra è, e *deve essere* in base alla Convenzione, del tutto irrilevante ai fini della sua qualifica come lodo appartenente all'uno o all'altro Stato aderente, e quindi come lodo italiano o straniero.

Da un lato, infatti, l'art. IV della Convenzione obbliga gli Stati a riconoscere alle parti litiganti la libertà di fissare il luogo dell'arbitrato, e quindi anche il luogo in cui il lodo dovrà essere pronunciato, ove esse credano opportuno. Dall'altro, la stessa Convenzione *impedisce* agli Stati contraenti di far dipendere dalla localizzazione di tale pronuncia il predicato di nazionalità del lodo stesso. Infatti, se un procedimento arbitrale conforme a quanto stabilito dall'art. IV – e quindi, in cui venga prevista l'emanazione del lodo all'estero – venisse considerato da uno Stato contraente come «estero» in funzione di tale sua caratteristica, ne conseguirebbe l'inapplicabilità di tutte quelle disposizioni convenzionali che presuppongono la sottoposizione del procedimento al diritto di uno Stato contraente, e quindi la violazione delle obbligazioni convenzionali da parte dello Stato che in tal modo lo considerasse. Si pensi ad un arbitrato svolto in Italia, il cui lodo venga pronunciato nel territorio di uno Stato non aderente alla Convenzione. Pure ipotizzando il procedimento come perfettamente conforme ai requisiti richiesti dalla stessa, e a lei sottoposto in virtù delle disposizioni relative ai suoi limiti di applicabilità, qualora in Italia tale procedimento potesse venire considerato non come nazionale, ma sottoposto al diritto dello Stato non contraente in cui il lodo deve essere emanato, ne potrebbe conseguire l'inapplicabilità di tutte le norme convenzionali riguardanti il procedimento e la sentenza, che non potrebbero venire sovrapposte a quelle dello Stato – per definizione estraneo alla Convenzione – in cui il lodo viene pronunciato. Né, ovviamente, potrebbe ipotizzarsi un'applicazione siffatta a procedimenti che siano qualificati come esteri, perché una simile qualifica, se deve conservare un senso, importa proprio l'estraneità del procedimento e del lodo come tale, sino a che non vengano recepiti dal sistema giuridico italiano con lo strumento processuale a ciò idoneo¹⁸.

La Convenzione di Ginevra, intesa nel suo insieme ed alla luce del processo storico che vi ha dato origine, impedisce dunque di operare, a proposito degli arbitrati che rientrino nel suo ambito di applicazione, qualsiasi distinzione in nazionali ed esteri, in specie in dipendenza del luogo di pronuncia del lodo. La conseguenza dell'avvenuta esecuzione del testo convenzionale in Italia non è dissimile, per quanto qui interessa, da quella che si sarebbe verificata in caso di abrogazione dell'art. 824 cod. proc. civ. Non vi è dubbio che, se questa fosse intervenuta, sarebbe caduta totalmente la possibilità di attribuire la «nazionalità» italiana o estera

¹⁸ Non potrebbe, così, venire garantita l'applicazione alla procedura arbitrale dell'art. V della Convenzione ginevrina, né quella dell'art. VII, né infine quella dell'art. VIII, posto che il diritto processuale italiano ne rimarrebbe per ipotesi al di fuori di ogni influenza in virtù del carattere estraneo del procedimento. Imponendo l'applicazione del proprio diritto processuale secondo il tenore originario, al riparo delle modificazioni introdotte dalla Convenzione, l'Italia verrebbe a compiere una violazione della stessa, posto che il luogo di pronuncia del lodo, *che le parti possono liberamente fissare* dove vogliono, non la legittimerebbe a tanto.

ad un arbitrato in virtù del luogo di pronuncia del lodo. L'esecuzione della Convenzione produce l'identica conseguenza, limitatamente, beninteso, al suo ambito di applicazione. Né si può sostenere che «la ormai sicura facoltà delle parti di fissare all'estero la sede dell'arbitrato ... altro non è, se non il riflesso dell'ormai avvenuto riconoscimento della clausola per arbitrato estero come impedimento processuale dell'azione giudiziaria eventualmente intrapresa in Italia»¹⁹, perché di ben altro si tratta: dell'incompatibilità, cioè, con l'insieme del testo convenzionale dell'esclusione di arbitrati contemplati dalla Convenzione dall'ambito di applicazione del diritto processuale italiano, in quanto diritto di uno Stato che alla Convenzione ginevrina ha aderito.

Il lodo che scaturisce dal procedimento contemplato dal testo ginevrino, ancorché reso all'estero, può venire reso esecutivo con il procedimento dell'art. 825 cod. proc. civ., non perché questo sia aperto in virtù del testo convenzionale anche a lodi stranieri, ma perché i lodi da esso considerati non sono qualificabili come esteri. Non può dunque avere alcun significato l'assenza di disposizioni espresse intese a rendere applicabile la procedura prevista per i lodi nazionali: anzi, l'inserzione di una norma apposita sarebbe stata necessaria, in questa prospettiva, al fine esattamente contrario²⁰, ossia al fine di escludere nei confronti dei lodi ginevrini quella che non è altro che la logica conseguenza del funzionamento del sistema.

4. Se i rilievi che precedono sono esatti, è facile concludere riaffermando idee già altrove espresse. Nell'ambito in cui, nel sistema italiano, è oggi applicabile la Convenzione di Ginevra del 1961, la distinzione tra lodi emessi in Italia e lodi emessi all'estero non ha più valore ai fini dell'attribuzione di efficacia ai lodi stessi con il procedimento di cui all'art. 825 cod. proc. civ., in quanto il luogo di pronuncia del lodo, determinante a norma dell'art. 824, perde rilievo ai fini dell'attribuzione di una nazionalità al lodo stesso. Certamente, una volta che il lodo sia stato reso esecutivo attraverso l'applicazione dell'art. 825, esso sarà soggetto ad una disciplina giuridica ben diversa da quella che gli sarebbe propria se fosse stato invece deliberato *ex art.* 800 cod. proc. civ. o in base alle norme della Convenzione di New York. Ma questa è soltanto una conseguenza di una determinata scelta dello strumento processuale di recezione, e non una premessa che imponga la scelta dell'uno o dell'altro. Che poi una simile irrilevanza del luogo di pronuncia del lodo ai fini della sua nazionalità abbia un rilievo pratico più o meno limitato, è considerazione che non può incidere sulla conclusione cui conduce una corretta impostazione del problema giuridico²¹. Basti osservare che non è proprio dato di vedere quale mai valore degno di tutela si possa salvaguardare, cercando di conservare a tutti i costi una distinzione, come quella fra arbitrati (e lodi) naziona-

¹⁹ Così, invece, RICCI, *La distinzione tra lodi «nazionali» ...*, p. 147.

²⁰ In questo senso, MIGLIAZZA, *Natura ed efficacia ...*, p. 90.

²¹ Dubbi in questo senso sono stati avanzati da RICCI, *Lodi pronunciati in Italia ...*, p. 91.

li e arbitrati (e lodi) esteri che sino ad oggi è riuscita a produrre soltanto il risultato della confusione delle lingue²², e che la Convenzione di Ginevra sin dal suo titolo mostra di voler felicemente ripudiare.

In ogni caso, le caratteristiche del movimento convenzionale contemporaneo, per quanto parziale ed incompleto esso possa essere, richiedono di essere valutate per ciò che esse realmente sono, senza che ci si lasci fuorviare dall'omaggio a principi tradizionali che per avventura risultino incompatibili con le caratteristiche stesse. Nel momento attuale, come si è cercato di mostrare, la realtà giuridica non può più essere adeguatamente descritta riducendo tutti i fenomeni arbitrati alla dicotomia fra procedimenti e lodi sottoposti al diritto nazionale e procedimenti e lodi sottoposti ad un diritto straniero. Una siffatta distinzione, certamente valida per quanto concerne le sentenze arbitrali risultanti dalla recezione, comunque attuata, da parte di un ordinamento giuridico statale, deve essere completata con la menzione del procedimento arbitrale e del lodo «ginevrino», che può validamente sussistere senza alcun collegamento stabile e predeterminato con un sistema processuale interno, rimanendo soltanto soggetto al diritto convenzionale. Tale diritto non si limita affatto ad incidere sui diritti interni degli Stati contraenti modificandoli qua e là, pur inserendosi nella loro unità sistematica: al contrario, esso delinea un procedimento autosufficiente, che può – in difetto di richiamo ad opera delle parti – porsi in luogo di quello considerato dal diritto processuale interno come valido mezzo di soluzione di controversie «commerciali internazionali», e godere dei mezzi di riconoscimento e garanzia statali previsti da tale diritto²³.

²² Per un panorama delle varie opinioni dottrinali in merito alla determinazione della «nazionalità» dell'arbitrato, e gli equivoci che ne derivano in vista dell'uso del termine in relazione a procedimenti, lodi e sentenze, si veda il mio studio *Questioni sulla rilevanza dell'arbitrato estero*, in *Comunicazioni e studi* dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano, vol. XI, Milano 1963, pp. 293 ss. Di recente, si veda l'opera di SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, vol. I, Tübingen 1975, pp. 182 ss., 610 ss.

²³ Per completi svolgimenti di siffatto punto di vista, cfr. MIGLIAZZA, *Natura ed efficacia ...*, pp. 80 ss. Data l'incompletezza della normativa di Ginevra rispetto a tutti i problemi che possono venire in considerazione, ne derivano la necessità di un non sempre facile coordinamento con la normativa interna rimasta applicabile (ad es., in tema di impugnazioni: *supra*, nota 7), e una serie di conseguenze non perfettamente armonizzabili con le esigenze dell'arbitrato internazionale come tale (revocazione, giudizio rescissorio, ecc.: *supra*, nota 9).

Arbitrato irrituale italiano e Convenzione di New York *

1. La coesistenza di un arbitrato di tipo rituale e di un arbitrato di tipo irrituale (o libero) costituisce, com'è ben noto, un fenomeno tipico, se non proprio esclusivo, del diritto italiano vigente. Va rilevato che non esistono in altri Paesi le particolari circostanze che hanno condotto nel nostro sistema giuridico alla creazione di queste due forme specifiche nell'ambito del fenomeno arbitrale in genere: in particolare, sono assenti le ragioni teoriche che hanno condotto all'accoglimento nella disciplina legislativa dell'arbitrato rituale di una concezione strettamente «giurisdizionale» dell'istituto, così come quelle pratiche (ed, essenzialmente, fiscali) che hanno contribuito in modo decisivo, accanto alla circostanza appena accennata, allo sviluppo dell'arbitrato di tipo irrituale.

Essendo dunque l'arbitrato irrituale italiano pressoché un *unicum* nel moderno panorama legislativo in materia di arbitrato, non può certamente stupire che esso incontri notevoli difficoltà ad essere colto ed apprezzato nella sua reale essenza da giuristi operanti nell'ambito di sistemi diversi, ai quali anche gli strumenti della comparazione giuridica offrono scarso aiuto per la precisa comprensione dei lineamenti specifici dell'istituto di cui si tratta. E non può stupire che le stesse difficoltà si manifestino allorché si deve stabilirne il trattamento alla luce di convenzioni internazionali la cui elaborazione è avvenuta avendo presenti esperienze giuridiche alle quali l'istituto dell'arbitrato irrituale, così come normalmente inteso in Italia, è di regola sconosciuto.

In concreto, un problema del genere si è posto negli ultimi anni soprattutto per quanto concerne l'applicabilità delle regole poste dalla Convenzione di New York del 10 giugno 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere agli arbitrati, ed ai lodi, di tipo irrituale. Preceduta da un certo dibattito dottrinale, nel quale le voci favorevoli all'applicabilità della Convenzione agli arbitrati irrituali tendevano a prevalere, senza riuscire tuttavia ad eliminare ogni ragione di dubbio, la questione è pervenuta ultimamente anche all'esame della giurisprudenza di alcuni Paesi, e gli elementi di cui si può disporre per la sua soluzione si sono pertanto arricchiti del contributo che deriva dal vaglio pratico delle soluzioni proposte. Prendendo lo spunto da tali decisioni, è dunque opportuno cercare di fissare brevemente i termini e lo stato della questione.

* Pubblicato in *Rass. arb.*, 1981, pp. 105-116.

2. La tesi favorevole all'applicabilità della Convenzione di New York agli arbitrati ed ai lodi di carattere irrituale è stata accettata, in Italia, dalla sentenza della Corte di cassazione n. 4167 del 18 settembre 1978, pronunciata a Sezioni unite¹. In questa decisione, la Corte si pronuncia decisamente a favore della tesi più estensiva, essenzialmente sulla base della considerazione che la formulazione della norma di cui all'art. V, n. 1, lett. *e* della Convenzione esclude che sia necessario ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione che la sentenza arbitrale abbia carattere «processuale», limitandosi a richiedere che essa sia vincolante (*obligatoire, binding*) per le parti. Così argomentando, la Corte accoglie la tesi già avanzata da parte della dottrina italiana, che può appoggiarsi anche sull'autorità del Minoli², ma che, tuttavia, ha incontrato resistenze da parte di altri scrittori. In particolare, la tesi ha suscitato perplessità in vista del livello esclusivamente obbligatorio cui l'efficacia del lodo arbitrale irrituale si colloca all'interno del sistema giuridico italiano: se in base a quest'ultimo, si argomenta, il lodo irrituale non è mai idoneo a formare la base di un procedimento esecutivo, a meno che esso non venga tradotto, con luna o l'altra tecnica, in un provvedimento esecutivo del giudice ordinario, appare molto difficile ritenere che in base alla Convenzione di New York possa venire imposto ad un altro Stato contraente l'obbligo di attribuire a quel lodo al proprio interno una efficacia – esecutiva – maggiore e diversa da quella che può ad esso conseguire nell'ambito del suo ordinamento di origine³.

Prescindendo per il momento da qualsiasi considerazione di merito in ordine alla conclusione raggiunta dalla Suprema Corte, vale la pena di notare che quest'ultima ha affrontato il problema che qui interessa in una prospettiva del tutto particolare. Alla Corte non si poneva infatti il problema di stabilire se fosse o meno riconoscibile un lodo irrituale italiano in un altro Stato contraente della Convenzione di New York – com'è del resto ovvio, trattandosi di questione che la Corte doveva affrontare dal punto di vista dell'ordinamento giuridico italiano –: ma soltanto quello di stabilire se fosse idonea ad impedire l'esercizio della giuri-

¹ Il testo completo della sentenza si legge in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1979, p. 524 ss.

² La tesi è stata esposta dall'Autore in una serie di scritti, tra i quali si cita uno dei primi, *The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, in *Unification of Law Yearbook*, 1958, p. 157 ss., a p. 189 ss. Cfr. anche MARMO, *La convenzione di New York sul riconoscimento delle sentenze arbitrali*, in *Riv. dir. int.*, 1959, p. 31 ss.; DAVID, *Le concept d'arbitrage privé et les conventions internationales*, in *Etudes juridiques offertes à L. Juillot de la Morandière*, Paris 1964, p. 147 ss.; BERNINI, *Osservazioni in tema di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze arbitrali straniere in Italia*, in *Archivio giuridico*, 1974, p. 65 ss.; FAZZALARI, *De l'arbitrage «marchand» à l'arbitrage international de droit privé*, in *Commercial Arbitration. Essays in Memoriam E. Minoli*, Torino 1974, p. 39 ss.; LUZZATTO, *International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit int. de la Haye*, vol. 157 (1977), p. 78 ss. In senso contrario, CUTRERA, *Gli arbitrati irrituali e la Convenzione di New York 1958*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 1105; WENGER, *Zum obligationsrechtlichen Schiedsverfahren im Schweizerischen Recht*, Basel 1968, p. 183 ss.

³ Cfr. sul punto GAJA, *Introduction*, in GAJA (ed.), *International Commercial Arbitration. New York Convention*, Dobbs Ferry 1978, I.C. 4.

sdizione italiana una clausola Compromissoria per arbitrato estero (e precisamente, secondo le regole della *London Corn Trade Association*) che, secondo la Corte di cassazione, aveva carattere di arbitrato irrituale secondo le nozioni proprie del sistema giuridico italiano.

Per tale ragione, la sentenza si espone facilmente alla critica di aver arbitrariamente applicato ad un procedimento e ad un lodo arbitrale svoltosi e formatosi secondo le regole di un sistema diverso da quello italiano concetti e classificazioni propri soltanto di quest'ultimo, quasi che attraverso il riconoscimento del lodo straniero dovesse entrare a far parte del sistema giuridico italiano come fatto destinato ad essere valutato dalle norme sostanziali appartenenti a questo, e non come valore giuridico venuto ad esistenza in base alle regole di un sistema diverso, e disciplinato da queste soltanto⁴. A parte ciò, la decisione si presta anche ad essere sminuita nella sua portata di precedente, in quanto è facile argomentare che essa non riguarda propriamente il riconoscimento e l'esecuzione di un lodo irrituale *italiano* all'estero, e dunque con riguardo a tale specifico problema può costituire al più un *obiter dictum*.

3. Oltre che dalla Corte di cassazione italiana, l'applicabilità della Convenzione di New York ad arbitrati di tipo irrituale è stata esaminata recentemente dalla giurisprudenza tedesca. Questa volta, la questione si è posta per così dire allo stato puro, in quanto si è trattato di valutare la possibilità di applicare le norme sul riconoscimento e l'esecuzione di sentenze arbitrali straniere poste dalla Convenzione di New York ad un lodo irrituale pronunciato in Italia. Sino ad ora sono intervenute sul punto due decisioni, in diversi gradi dello stesso giudizio: la prima del *Landgericht* di Amburgo, in data 18 gennaio 1979, che ha escluso l'applicabilità della Convenzione; la seconda dell'*Oberlandesgericht* della stessa città, in data 7 febbraio 1980, che tale possibilità ha invece ammesso, sia pure con alcune limitazioni⁵.

Il *Landgericht* ha escluso la possibilità di applicare la Convenzione ad un lodo irrituale sulla base della considerazione che ad esso non può essere attribuito all'estero un effetto maggiore di quello che esso ha all'interno del proprio ordinamento. Poiché secondo il diritto italiano al lodo irrituale non possono conseguire effetti esecutivi, se non in quanto esso sia fatto valere come titolo per ottenere un provvedimento esecutivo del giudice, il riconoscimento e l'esecuzione in altri Stati contraenti non sarebbe possibile neppure in base alla Convenzione di New York. Il lodo irrituale non sarebbe ricompreso, sempre secondo il *Landgericht*, nella nozione di sentenze arbitrali di cui all'art. 1 della Convenzione, e ciò sarebbe comprovato anche dal fatto che l'Italia, all'atto della adesione alla Convenzio-

⁴ Cfr. le osservazioni contenute nel mio lavoro citato sopra alla nota 2, e già in *Arbitrato di organismi stranieri permanenti e ordinamento italiano*, in questa *Rassegna*, 1967, p. 50 ss.

⁵ Per la sentenza del *Landgericht*, cfr. *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. VI (1981), p. 225 ss.; per quella di appello, v. il testo parzialmente riprodotto di seguito al presente scritto.

ne di New York, non ha fatto alcun cenno alla propria intenzione di considerare applicabile la Convenzione anche a tale tipo di lodi.

I giudici di appello sono invece pervenuti alla conclusione opposta. Secondo l'*Oberlandesgericht*, il significato dell'espressione «sentenza arbitrale» secondo l'art. 1 della Convenzione di New York non può essere determinato sulla sola base del diritto tedesco, ma deve essere ricavato in piena autonomia rispetto ad esso. D'altra parte, non sarebbe contestabile che il lodo irrituale costituisce una «sentenza arbitrale» in base al sistema giuridico italiano, in quanto esso vincola le parti in causa e la pretesa della parte vittoriosa può essere fondata sulla decisione del tribunale arbitrale. Poiché inoltre l'art. V, n. 1, lett. *e* della Convenzione non richiede, ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione della sentenza arbitrale, più che l'efficacia «vincolante» della stessa, non vi sarebbe alcuna ragione, secondo l'*Oberlandesgericht*, di escludere dall'applicazione delle norme convenzionali il lodo irrituale di diritto italiano, che costituisce una forma stabilmente affermata di procedimento con il quale vengono definite controversie al di fuori della sfera della giustizia statale.

Tuttavia, secondo i giudici d'appello, l'applicabilità della Convenzione di New York ai lodi irrituali potrebbe giustificare soltanto il riconoscimento all'estero, ma non la vera e propria esecuzione, in quanto diversamente si verrebbe ad attribuirvi effetti più ampi di quelli ad essi riconosciuti nell'ordinamento di origine. In concreto, un lodo arbitrale irrituale potrebbe essere riconosciuto in Germania al fine di renderlo incontestabile nell'ambito del sistema giuridico tedesco, ma non potrebbe essere dichiarato esecutivo in senso proprio, in quanto secondo il par. 1044 della *Zivilprozessordnung* una sentenza arbitrale straniera potrebbe essere resa esecutiva soltanto quando è equivalente ad una sentenza arbitrale tedesca, e cioè quando ha l'efficacia di una sentenza passata in giudicato e può essere dichiarata esecutiva⁶.

I giudici pervengono in tal modo ad una soluzione intermedia, che afferma la qualificabilità dei lodi arbitrali italiani come sentenze arbitrali secondo l'art. 1 della Convenzione di New York, ma esclude che da ciò possano trarsi tutte le conclusioni che la Convenzione stessa normalmente richiede.

4. Come risulta da quanto sin qui esposto, le incertezze cui il trattamento dell'arbitrato irrituale all'estero ha dato luogo sono notevoli, e non si possono considerare superate neppure dalla recente giurisprudenza appena considerata.

È tuttavia ferma opinione di chi scrive che una corretta considerazione delle reali caratteristiche dell'arbitrato irrituale quale risulta dall'ormai prevalente evoluzione giurisprudenziale in Italia, da un lato, e del significato e della portata della Convenzione di New York, dall'altro, consenta di pervenire facilmente al supera-

⁶ In senso non dissimile l'art. 800 c.p.c. La soluzione è fondata dall'*Oberlandesgericht* sulla tesi di SCHLOSSER, *Das Recht der international privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Berlin-Tübingen 1975, p. 606, n. 634.

mento di qualsiasi residua incertezza, affermando definitivamente che anche l'arbitrato irrituale rientra a pieno titolo nell'ambito di applicazione della Convenzione di New York.

Sotto il primo profilo, è necessario sottolineare immediatamente un punto di rilevanza fondamentale. L'arbitrato irrituale, com'è ben noto, è stato inquadrato da dottrina e giurisprudenza negli schemi teorici più vari, accentuando o minimizzando le differenze che l'istituto indubbiamente presenta rispetto all'arbitrato rituale, e così configurandolo di volta in volta come arbitraggio in una transazione o come mandato a decidere una vera e propria lite, come negozio dispositivo o di accertamento o come «processo» che, al pari di quello rituale, si inserisce in un più ampio *genus* costituito dal processo arbitrale in generale⁷. Peraltro, al di là di tali differenze anche profonde di impostazione teorica, non è possibile dubitare oggi, alla luce dell'evoluzione subita dall'istituto nella pratica degli affari, che esso costituisca un vero e proprio *modo di soluzione* di controversie attuali, che si attua in forme diverse da quelle proprie dell'arbitrato rituale e dà luogo ad un atto dotato di efficacia diversa da quella propria del lodo rituale (in quanto limitata al livello obbligatorio), ma che nondimeno ha in comune con esso l'attività logica del giudizio deferito agli arbitri. Sotto questo profilo, risulta nettissima la differenza che separa l'arbitrato irrituale dall'arbitraggio, nel senso che quest'ultimo non riguarda la soluzione di una controversia, ma soltanto la determinazione di un elemento del negozio sostanziale, negozio che invece è di per sé completo (ma oggetto di controversia, in sé o nella sua concreta esecuzione) nell'ipotesi dell'arbitrato irrituale.

Questo elemento fondamentale sta alla base degli orientamenti della più recente dottrina e giurisprudenza italiana: sia quando si sottolinea che il mandato conferito agli arbitri irrituali non è (o non è necessariamente) mandato a transigere, ma a *decidere*, o ammette la possibilità che la decisione avvenga secondo diritto, superando così dubbi a lungo coltivati⁸; sia quando si esclude qualsiasi differenza «ontologica o strutturale» fra arbitrato rituale e libero, o si costruiscono principi comuni destinati a regolare entrambi i tipi di processo arbitrale, soddisfacendo in tal modo esigenze vive nella pratica⁹. Si recupera, in tal modo, anche il legame di continuità che unisce fra di loro i fenomeni arbitrali dell'epoca contemporanea, e quelli più remoti nel tempo, con l'accentuazione dell'importanza dell'elemento dell'amichevole conciliazione della controversia che sta in ogni epoca alla base di tutti i tipi di arbitrato¹⁰, e che soltanto l'eccessiva insistenza sul carattere giurisd-

⁷ La bibliografia sul tema è vastissima: cfr. da ultimo, anche per tutti i riferimenti, RECCHIA, *Arbitrato irrituale*, in *Novissimo Digesto Italiano, Appendice*, Torino 1980, p. 362 ss.

⁸ Cfr. sul primo punto, BIAMONTI, *Arbitrato*, in *Enc. del diritto*, II, Milano 1958, p. 899 ss.; sul secondo, ad es., Cass. 6 giugno 1975 n. 2273.

⁹ Si vedano PUNZI, *L'arbitrato nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1973, p. 327 ss.; FAZZALARI, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 459 ss., e *Istituzioni di diritto processuale*, Padova 1975, p. 209 ss.

¹⁰ Si veda la famosa opera di SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano 1931 (rist. Milano 1971), e G. MARANI, *Aspetti negoziali e aspetti processuali dell'arbitrato*, Torino 1966.

zionale dell'arbitrato rituale ha contribuito ad oscurare, ma che risulta chiarissima nella prima decisiva manifestazione giurisprudenziale che, nell'ormai lontano 1904, riconosceva pieno diritto di cittadinanza all'arbitrato irrituale nell'ambito del nostro sistema giuridico¹¹.

Caduta quindi ogni falsa analogia con l'istituto dell'arbitraggio, l'arbitrato libero deve considerarsi per quello che esso realmente è nella pratica contemporanea, ossia come un mezzo di risoluzione di controversie al pari dell'arbitrato rituale, ancorché dotato di caratteristiche proprie e di effetti dal punto di vista formale più limitati.

Venendo ora al secondo profilo sopra indicato, importa osservare anzitutto che la determinazione della portata della nozione di sentenza arbitrale, ai fini dell'applicazione della Convenzione, va effettuata in base alle indicazioni contenute negli articoli I e V, n. 1, lett. *e* della Convenzione stessa. Da tali norme risulta, come più volte rilevato dalla dottrina, che il testo convenzionale non presuppone affatto che l'efficacia della sentenza arbitrale si collochi ad un livello, per così dire, giurisdizionale, ma si accontenta del carattere «vincolante» della decisione arbitrale. È ben vero che la norma contenuta nell'art. V, n. 1, lett. *e* è stata posta con un diverso fine, e cioè avendo di mira l'abolizione della necessità pratica di ottenere il c.d. doppio *exequatur*, ossia il riconoscimento a livello statale della decisione anche nello Stato di origine, secondo quanto avveniva – stando almeno alle tesi prevalenti – in base alla Convenzione di Ginevra del 1927. Ma la norma assume inevitabilmente la portata di escludere, non solo che sia impedito il riconoscimento di quelle decisioni arbitrali che, pur essendo state in astratto suscettibili di *exequatur* all'interno del sistema di origine, non lo siano state per qualsiasi ragione: ma anche che sia precluso il riconoscimento in base alla Convenzione di quelle decisioni che, pur essendo obbligatorie per le parti, non possano per loro natura ottenere *exequatur* alcuno secondo il diritto che le regola. In questo modo, il requisito del carattere «vincolante» per le parti assume necessariamente rilievo al fine della determinazione della nozione stessa di sentenza arbitrale secondo l'art. 1 della Convenzione, e permette di giungere alla conclusione che tale nozione prescinde dal carattere processuale della sentenza degli arbitri, ricomprendendo anche tutte quelle decisioni che nell'ordinamento di origine non abbiano, o non possano avere, effetti di tipo processuale, ma soltanto contrattuale¹².

Se tale conclusione può essere raggiunta sul piano puramente esegetico sulla base degli argomenti ora indicati, essa trova peraltro conferma anche in una più ampia riflessione sugli obiettivi e sui motivi ispiratori di fondo della Convenzione di New York. Per quanto essa risulti certamente da un compromesso fra tendenze contrastanti, come la storia della sua conclusione chiaramente dimo-

¹¹ Cass. Torino, 27 dicembre 1904 (*Ruschetti c. Butet Frères*), in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, p. 45. Sui temi indicati, cfr. anche MINOLI, *Il problema della natura giuridica dell'arbitrato (postilla a Schizzerotto)*, in questa *Rassegna*.

¹² Cfr. il mio lavoro *International Commercial Arbitration*, cit., p. 77 ss. e ivi altri riferimenti.

stra, non vi è dubbio che l'insieme delle sue disposizioni, considerate nel loro complesso ed alla luce dell'interpretazione che ne è stata data sinora nei vari Stati contraenti, è inteso ad assicurare la circolazione internazionale delle decisioni arbitrali che rispondano ai requisiti indicati nella stessa Convenzione, e non ad assicurare il riconoscimento e l'esecuzione da uno Stato contraente all'altro delle decisioni arbitrali assunte come proprie del primo, ed in quanto tali¹³. In altri termini, le norme convenzionali tendono ad assicurare la circolazione più ampia possibile di decisioni arbitrali assunte dalla Convenzione quale espressione di un ben definito fatto sociale, l'arbitrato commerciale internazionale, e non quale espressione della sovranità degli altri Stati contraenti. Se ciò è vero, occorre dunque guardare con attenzione a quanto è considerato come fenomeno arbitrale nei vari Stati e nelle varie cerchie sociali interessate, più ancora che agli specifici caratteri dei fenomeni giuridici rilevanti come tali nelle singole legislazioni nazionali.

5. Se tutto quanto precede è esatto, risulta chiaro che la soluzione favorevole all'applicabilità della Convenzione di New York alle sentenze arbitrali irrituali disciplinate dal diritto italiano, accolta in via di principio dalla Corte di cassazione italiana e dall'*Oberlandesgericht* di Amburgo, è senz'altro da condividersi.

Alla luce di quanto sinora esposto, gli argomenti fatti valere in contrario da una parte della dottrina, e dalla sentenza suindicata del *Landgericht* di Amburgo, possono essere facilmente superati. In parte, essi sono infatti basati su di una falsa analogia dell'arbitrato irrituale con l'arbitraggio, o con figure a quest'ultimo vicine proprie di alcune legislazioni straniere (come la *valuation* inglese, o il *bindend advies* del diritto olandese), che non colgono le reali caratteristiche dell'istituto quali sopra messe in luce. Manca in tali figure la nota essenziale del procedimento e dell'atto inteso alla soluzione di una controversia, che è invece essenziale e tipica dell'arbitrato irrituale e ne consente l'avvicinamento sotto questo profilo all'arbitrato rituale. Non è quindi possibile argomentare che i redattori della Convenzione di New York non si posero in alcun modo il problema del trattamento giuridico di forme vicine all'arbitrato, poiché si tratta proprio di stabilire se la nozione di arbitrato che la Convenzione ha presente sia idonea a ricomprendere l'arbitrato irrituale¹⁴.

Almeno a prima vista più difficile da superare sembra l'argomento, utilizzato dal *Landgericht* e già in precedenza fatto valere da parte della dottrina¹⁵, secondo il quale l'applicazione della Convenzione di New York agli arbitrati irrituali italiani dovrebbe essere esclusa, in quanto essa porterebbe ad attribuire ai relativi lodi in Paesi stranieri effetti maggiori di quelli che possono essere loro ricollegati nel paese

¹³ Si veda ancora il lavoro citato alla nota precedente, spec. ai parr. 2 ss. e 20 ss.

¹⁴ In questo senso, invece, SANDERS, in *Yearbook Commercial Arbitration*, IV (1979), p. 232 s.; VI (1981), p. 202 s.

¹⁵ Cfr. GAJA, *op. cit.* alla nota 3.

di origine¹⁶. Può in effetti sembrare che ciò costituisca una conseguenza esorbitante, e comunque estranea al concetto stesso del riconoscimento del lodo come tale.

Ad una considerazione più accurata, tuttavia, anche questo argomento si rivela più apparente che reale, e comunque non idoneo a superare la conclusione raggiunta.

Si è già osservato che nell'ottica della Convenzione di New York il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali, imposti agli Stati contraenti dalle norme in essa contenute, non hanno come punto di riferimento tanto un fenomeno giuridico che sia dotato di certe caratteristiche secondo le singole legislazioni nazionali di tali Stati, quanto una fattispecie direttamente definita dalle stesse norme convenzionali. Per questa ragione, ed in questa prospettiva, l'argomento perde tutta la sua forza, perché si tratta dunque di definire nei suoi lineamenti essenziali tale fattispecie: e se dalle norme della Convenzione non è dato trarre nulla più che le indicazioni desumibili dagli articoli I e V, già indicati, diviene del tutto arbitrario postulare l'esistenza di un completo parallelismo di effetti fra il sistema giuridico di origine del lodo e quello straniero in cui esso si vuol fare valere. Che, del resto, l'applicazione della Convenzione di New York non sia in generale condizionata alla reciprocità (almeno ove non sia stata formulata la riserva di cui all'art. 1, n. 3), è fatto ben noto.

Che poi l'attribuzione ad una sentenza arbitrale in un ordinamento diverso da quello in cui essa è venuta ad esistenza, di effetti maggiori di quelli dalla stessa prodotti in quest'ultimo sia fenomeno tutt'altro che eccezionale, risulta dalle considerazioni che seguono. Nel diritto dei Paesi anglosassoni è previsto a volte che una sentenza arbitrale possa non essere idonea a costituire la base per l'esecuzione forzata per particolari ragioni, o per decorso di un certo termine senza che si sia provveduto a «*enter a judgment upon the award*», oppure ancora perché si tratta di arbitrato non previsto come tale da una legge specifica (*non-statutory award*), ma soltanto dal *common law*¹⁷. In altri ordinamenti, come quello danese prima dell'entrata in vigore della legge del 1972, ad una sentenza arbitrale non era mai possibile attribuire direttamente efficacia esecutiva: in ogni caso, occorreva agire sulla base della stessa avanti al giudice ordinario, così come a proposito dei lodi irrituali italiani¹⁸. A proposito di tutte queste ipotesi, le giurisprudenze dei vari

¹⁶ Si vedano in proposito anche gli autori ricordati sopra alla nota 2. In pratica, comunque, è noto che alla previsione di una clausola compromissoria per arbitrato irrituale consegue un'eccezione di improponibilità dell'azione avanti al giudice ordinario e che un lodo irrituale preclude la revisione del merito da parte del giudice ordinario, salvo il caso di impugnativa del lodo medesimo per i motivi ammessi dalla giurisprudenza (su cui cfr. RECCHIA, *Arbitrato irrituale*, cit., p. 369 ed ivi ulteriori riferimenti).

¹⁷ Per gli Stati Uniti, si veda DOMKE, *The Law and Practice of Commercial Arbitration*, Mundelein 1968, p. 16 ss., 321 ss.; per la Gran Bretagna, RUSSELL, *On Arbitration*, 18th ed. by Walton, London 1970, p. 323 ss., e GILL, in *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. II (1977), p. 90 ss. a p. 109 s.

¹⁸ Cfr. per la situazione anteriore al 1972, HIEJLE, *Denmark*, in U.I.A., *Arbitrage international*

Paesi non hanno mai mostrato incertezze, a quanto risulta, nell'ammettere al riconoscimento ed all'esecuzione all'estero lodi arbitrali che, per luna o l'altra ragione, non fossero suscettibili di esecuzione diretta nello Stato di origine (ovviamente, a prescindere dalle ipotesi di nullità od impugnazione del lodo). Ciò dimostra che, ove il carattere di esecutività non sia espressamente richiesto, esso non può venire assunto quale presupposto essenziale per l'esecuzione ed il riconoscimento della sentenza arbitrale in un Paese diverso da quello in cui essa è stata emessa (o comunque, secondo il cui diritto si è formata). E conferma che i dubbi e le incertezze sorte a proposito del trattamento all'estero dei lodi arbitrali irrituali propri del diritto italiano non discendono tanto da principi attinenti al normale risultato del funzionamento della Convenzione di New York, o da difficoltà inerenti all'interpretazione delle norme in essa contenute, quanto piuttosto da un'inesatta valutazione delle caratteristiche dell'istituto di cui si tratta e da una sua non corretta assimilazione a strumenti giuridici diversi, per i quali valgono diversi principi¹⁹.

6. Sulla base di quanto precede, è possibile valutare più compiutamente la soluzione di compromesso raggiunta dall'*Oberlandesgericht* di Amburgo. Come si è detto, esso ha ritenuto la Convenzione di New York senz'altro applicabile anche ad un lodo di carattere irrituale. Considerando però impossibile attribuire in Germania a tale lodo una efficacia esecutiva di cui esso è privo in Italia, e ritenendo impossibile qualificarlo come «sentenza arbitrale» ai fini della norma tedesca applicabile all'esecuzione dei lodi stranieri (par. 1044 ZPO), i giudici hanno ritenuto necessario limitare l'applicazione della Convenzione di New York al riconoscimento del lodo. Questo verrebbe quindi reso «incontestabile» in base alla Convenzione, ove non ricorressero i motivi di rifiuto di cui all'art. V, restando affidata ad un'azione ordinaria avanti al giudice tedesco la possibilità di ottenerne l'esecuzione.

La soluzione, sulla cui fondatezza alla luce del diritto processuale tedesco non ci si vuole evidentemente esprimere qui, è certo ingegnosa, in quanto porta a riprodurre in certo modo all'interno del sistema tedesco la situazione giuridica esistente in Italia, evitando in tal modo l'argomento tratto da un'eventuale disparità di trattamento, che è apparso ai giudici insuperabile. Essa appare però molto discutibile dal punto di vista della Convenzione di New York. Anzitutto, appare inaccettabile il ricorso effettuato dai giudici alla norma interna (par. 1044 ZPO) ai fini di qualificazione del lodo: una volta stabilito che esso rientrava nella nozione di «sentenza arbitrale» di cui alla Convenzione, ogni ulteriore ricorso alle norme interne allo stesso fine appare del tutto fuori luogo, in quanto il diritto interno in-

commercial, I, Paris 1955, p. 154 ss.; e per l'epoca successiva, TROLLE, in *Yearbook. Commercial Arbitration*, vol. V (1980), p. 28 ss.

¹⁹ In particolare, da un'assimilazione all'arbitraggio, anche sulla scorta della dottrina e giurisprudenza che costruiscono l'arbitrato irrituale come arbitraggio in una transazione. Sembra influenzato da un simile punto di vista il SANDERS, *op. cit.* a nota 14.

terviene soltanto, in base all'art. III Conv., al fine di regolare lo svolgimento della procedura di riconoscimento, e non certo al fine di incidere sulla determinazione delle categorie di sentenze riconoscibili in base al testo internazionale. Ritenerne il contrario significa rendere la sfera di applicabilità della Convenzione *ratione materiae* dipendente dal modo di disporre del diritto interno, in contrasto con ogni principio in tema di rapporti fra diritto convenzionale e diritto interno degli Stati contraenti. Inoltre, la soluzione adottata dai giudici di Amburgo risulta contraria alla Convenzione in ciò che essa non fa conseguire ad una sentenza arbitrale, che in tesi viene riconosciuta compresa nella sfera di applicazione dell'art. 1, tutti gli effetti che le norme convenzionali (ed in particolare gli articoli V e VI) obbligano ad attribuirvi. Nel sistema della Convenzione di New York, non risulta infatti possibile distinguere fra «riconoscimento» ed «esecuzione» se non a fini puramente classificatori: entrambi gli effetti devono in ogni caso essere ricollegati alle sentenze che presentino i requisiti richiesti. Ancora, si può profilare un contrasto con l'art. III della Convenzione, in vista della profonda differenza del procedimento che verrebbe seguito per l'esecuzione delle sentenze nazionali e di quelle straniere.

Illecito internazionale e arbitrato internazionale di diritto privato *

SOMMARIO: 1. Il fatto internazionalmente illecito dello Stato come oggetto di giudizio nell'ambito di arbitrati internazionali di diritto privato. – 2. I tentativi di sottoporre il rapporto contrattuale fra Stati e stranieri a fonti diverse dal diritto statale. – 3. Segue. Il tentativo di sottoporre il rapporto contrattuale fra Stati e stranieri al diritto internazionale. – 4. Legge applicabile al rapporto contrattuale fra Stati e privati e conformità al diritto internazionale. L'art. 42.1 della Convenzione di Washington del 18 marzo 1965. – 5. Il controllo dell'arbitro internazionale di diritto privato sui comportamenti statali.

1. *Il fatto internazionalmente illecito dello Stato come oggetto di giudizio nell'ambito di arbitrati internazionali di diritto privato*

Il fatto internazionalmente illecito di uno Stato è definito dall'art. 3 del Progetto sulla responsabilità degli Stati, adottato in prima lettura dalla Commissione del diritto internazionale sulla scorta dell'art. 2 proposto dal relatore speciale Ago, come quello che risulta da un comportamento attivo od omissivo attribuibile secondo il diritto internazionale ad uno Stato, quando «ce comportement constitue une violation d'une obligation internationale de l'Etat»¹. Secondo gli articoli 17² e 19.1 del Progetto, non rilevano ai fini dell'esistenza del fatto illecito né l'origine (consuetudinaria, convenzionale od altra ancora), né l'oggetto dell'obbligazione violata. Al fatto così definito conseguono, naturalmente, le conseguenze tipiche e proprie della figura, quali ricollegate dalle norme internazionali generali a quest'ultima: e l'art. 1 del Progetto indica tali conseguenze con il richiamo tradizionale alla nozione di responsabilità internazionale dello Stato³.

* Pubblicato in *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, vol. III, Milano, 1987, pp. 167-186.

¹ Il testo dell'art. 3, sotto la rubrica «Eléments du fait internationalement illicite de l'Etat», è il seguente: «Il y a fait internationalement illicite de l'Etat lorsque a) un comportement consistant en une action ou en une omission est attribuable d'après le droit international à l'Etat; et b) ce comportement constitue une violation d'une obligation internationale de l'Etat».

² Il testo dell'art. 17 approvato in prima lettura dalla Commissione del diritto internazionale coincide in sostanza con quello dell'art. 16 proposto dal Relatore speciale Ago.

³ «Tout fait internationalement illicite d'un Etat engage sa responsabilité internationale».

L'applicazione di tali norme, con il relativo accertamento di responsabilità internazionale a carico di uno Stato, è ovviamente funzione appartenente all'ordinamento giuridico internazionale, esplicitata dagli organi capaci di svolgerla secondo le regole ad esso appartenenti. Tuttavia, ciò non esclude che un fatto internazionalmente illecito possa venire dedotto come produttivo di determinati effetti giuridici anche nell'ambito di rapporti appartenenti ad ordinamenti giuridici diversi. In particolare, ciò può accadere in relazione a rapporti fra Stati e privati stranieri, nei quali il fatto internazionalmente illecito può riflettersi immediatamente sui comportamenti rilevanti quali esecuzione dei rapporti medesimi. In caso di controversia fra i soggetti di un rapporto di questo genere, sottoposta normalmente ad arbitrato internazionale di diritto privato, il fatto internazionalmente illecito viene quindi ad assumere un'evidente rilevanza, che deve essere però precisata.

Va ovviamente escluso che possano rilevare sotto il profilo indicato le conseguenze proprie dell'illecito in termini di rapporti interstatali. A livello di rapporti fra organizzazioni politiche, le regole del diritto internazionale possono trovare applicazione soltanto ad opera di organi arbitrali o giurisdizionali internazionali. Quando si tratta invece di arbitrato internazionale di diritto privato, il rilievo dell'eventuale valutazione di illiceità di un comportamento statale, propria del diritto internazionale, può venire interamente ricondotto nell'ambito del rapporto contrattuale fra Stato e privato, oppure acquistare carattere autonomo⁴. Nel primo caso, essendo il rapporto contrattuale sottoposto per sua natura (come si dirà) ad un diritto statale, se questo diritto coincide, come normalmente accade, con quello dello Stato autore dell'illecito, e il comportamento illecito si traduce in provvedimenti – legislativi, amministrativi o giudiziari – operanti nell'ambito del suo ordinamento, ne consegue inevitabilmente che la portata degli obblighi contrattuali e la loro eventuale violazione devono essere determinate alla luce di quanto da quest'ultimo previsto, sicché l'esistenza di quei provvedimenti comporterà in via del tutto normale la legittimità del comportamento dello Stato secondo il suo ordinamento. La sola eccezione può essere data dall'eventualità che sia lo stesso ordinamento dello Stato autore dell'illecito a consentire un sindacato dell'atto sotto il profilo della sua conformità al diritto internazionale, ad esempio in applicazione di dispositivi automatici di adattamento del tipo dell'art. 10, primo comma, della Costituzione italiana⁵: ma anche in questo caso, la possibilità di sindacare il comportamento statale sotto il profilo del diritto internazionale non è incondizionata, dipendendo dall'insieme dei presupposti adottati dal diritto interno. Insomma,

⁴ Sugli equivoci nascenti dall'uso delle espressioni «responsabilità contrattuale degli Stati» o «responsabilità internazionale degli Stati in materia contrattuale», si vedano le chiare affermazioni del Relatore speciale Ago nel quinto rapporto sulla responsabilità internazionale degli Stati, intitolato «Le fait internationalement illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale (suite)», Doc. A/CN.4/291, in *Ann. Commission du droit International*, 1976, II, p. 3 ss., al par. 15.

⁵ O dei principi validi nell'ambito del sistema interno quanto ai rapporti fra le norme interne ed i trattati internazionali, nell'ipotesi che gli obblighi internazionali che vengono in considerazione abbiano carattere pattizio.

adottando questo punto di vista, il comportamento dello Stato, che si assuma internazionalmente illecito, viene valutato interamente nell'ambito dell'ordinamento dello Stato stesso, senza porre in discussione eventuali norme o provvedimenti operanti in tale ordinamento alla luce del diritto internazionale. Ed il risultato lascia ben poco spazio alla possibilità che la valutazione internazionale di illiceità possa trovare eco nell'ambito del procedimento arbitrale.

Ma la valutazione di illiceità di un dato comportamento statale può invece acquistare rilievo autonomo. Ciò accade quando l'arbitro internazionale di diritto privato non si limita ad apprezzare la condotta statale sotto il profilo dell'esatto adempimento degli obblighi contrattuali, rimanendo nell'ambito del sistema giuridico proprio dello Stato agente, ma la prende in considerazione sotto il profilo più ampio della sua coerenza rispetto agli obblighi internazionali. In questo caso, la prospettiva dell'arbitro viene ampliata e si svincola dalla stretta aderenza al punto di vista dell'ordinamento statale. Viene così operata una sintesi fra la valutazione puramente interna e quella internazionale, non più confinate ai rispettivi ordinamenti ma entrambe concorrenti nella disciplina di una medesima situazione concreta: così come lo Stato si trova in definitiva ad essere l'unico soggetto al comportamento del quale tali valutazioni si riferiscono.

In vista di queste caratteristiche, esiste nella prassi una evidente tendenza a predisporre strumenti idonei ad assicurare la possibilità del controllo di legittimità internazionale del comportamento statale in aderenza al secondo schema appena delineato. Tale tendenza si manifesta in una serie di direzioni diverse, e ha dato luogo sotto il profilo teorico ad un vivacissimo dibattito, ancora non esaurito nonostante l'abbondanza dei contributi dottrinali⁶. L'impostazione stessa che a tale dibattito viene generalmente data non appare, però, soddisfacente. Gli sforzi dottrinali – non privi, in realtà, di qualche riscontro nella pratica⁷ – sono infatti

⁶ Fra i contributi dottrinali al riguardo si devono segnalare: MANN, *The Law Governing State Contracts*, in *The British Year Book of Int. Law*, 1944, p. 11 ss.; VERDROSS, *Die Sicherung von ausländischer Privatreechten aus Abkommen zur wirtschaftlichen Entwicklung mit Schiedsklauseln*, in *Zeitschrift für ausl. Öff. Recht und Völk.*, 1957-58, p. 635 ss.; JENNINGS, *State Contracts in International Law*, in *The British Year Book of Int. Law*, 1961, p. 156 ss.; AMERASINGHE, *State Breaches of Contracts with Aliens and International Law*, in *American Journ. Int. Law*, 1964, p. 881 ss., e *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Oxford 1967, p. 66 ss.; SACERDOTI, *I contratti fra Stati e stranieri nel diritto internazionale*, Milano 1972; WENGLER, *Les accords entre Etats et entreprises étrangères sont-ils des traités de droit international?*, in *Rev. gen. droit int. public*, 1972, p. 313 ss.; VERHOEVEN, *Droit international des contrats et droit des gens*, in *Revue beige de droit int.*, 1978-79, p. 209 ss.; GIARDINA, *State Contracts: National versus International Law?*, in *The Italian Yearbook of Int. Law*, 1980-81, p. 147 ss.; J.F. LALIVE, *Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1983-III, p. 21 ss. Si vedano inoltre le indicazioni bibliografiche contenute alle note 7, 11 e 20 oltre.

⁷ Si pensi, ad esempio, alla notissima decisione resa dall'arbitro unico R.-J. Dupuy nel caso *California Asiatic Oil Company e Texaco Overseas Petroleum Company c. Repubblica Araba di Libia* in data 19 gennaio 1977, che si legge in *Journal du droit int. (Clunet)*, 1977, p. 350 ss. Negli altri casi concernenti le nazionalizzazioni libiche, peraltro, le soluzioni raggiunte non sono state identi-

orientati nel senso di individuare possibilità e strumenti di «delocalizzazione», «denazionalizzazione» o «internazionalizzazione» dei contratti fra Stati e stranieri, per utilizzare alcune fra le espressioni più largamente ripetute. Attraverso strumenti del genere, che fanno leva dunque sulla ricerca della possibilità di agire in certi modi sulla determinazione delle norme applicabili alla disciplina del rapporto contrattuale, ci si sforza di escludere l'applicabilità esclusiva delle norme statali, appartenenti all'ordinamento dello Stato che è parte del rapporto contrattuale, per lasciare spazio all'operatività di principi di diversa origine. Peraltro i risultati ai quali il dibattito è pervenuto non consentono di considerare raggiunto lo scopo in modo adeguato. Sembra perciò opportuno riesaminare i dati offerti dalla prassi sotto il profilo della stessa impostazione del problema.

2. I tentativi di sottoporre il rapporto contrattuale fra Stati e stranieri a fonti diverse dal diritto statale

Un esame della prassi relativa a tali rapporti contrattuali rivela l'esistenza di una molteplicità di clausole, intese a sottoporre il contratto nel suo complesso ad una disciplina che non si esaurisce in quella discendente dal diritto interno dello Stato che è parte del contratto, ma ne prescinde in tutto od in parte. Si tratta di pattuizioni intese a rendere applicabili, accanto od in luogo alla legge di tale Stato, principi generali di diritto, intesi come principi comuni ai vari ordinamenti giuridici statali nel senso dell'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia o, altre volte, come principi generali del diritto internazionale; oppure ancora come principi comuni ai sistemi di diritto ai quali le parti del rapporto sono sottoposte, o a questi e al diritto internazionale; oppure in altro modo ancora, secondo una combinazione di due o più fra i sistemi menzionati⁸.

che: si vedano le decisioni del 10 ottobre 1973 e del 1° agosto 1974 nel caso *BP Exploration Company (Libya) Ltd. c. The Government of the Libyan Arab Republic*, resa dall'arbitro Lagergren, in *Int. Law Reports*, vol. 53, 1979, p. 297 ss., e quella nel caso *Libyan American Oil Company (Liamco) v. The Government of the Libyan Arab Republic*, resa il 12 aprile 1977 dall'arbitro Mahmassani, in *Revue de l'arbitrage*, 1980, p. 132 ss., e *International Legal Materials*, 1981, p. 1 ss. Per commenti di tali decisioni, si vedano ad esempio STERN, *Trois arbitrages, un même problème, trois solutions*, in *Revue de l'arbitrage*, 1980, p. 3 ss.; VON MEHREN-KOURIDES, *International Arbitrations between States and Foreign Private Parties: The Libyan Nationalization Cases*, in *American Journ. Int. Law*, 1981, p. 447 ss.; WHITE, *Expropriations of the Libyan Oil Concessions. Two Conflicting International Arbitrations*, in *Int. Comp. Law Quarterly*, 1981, p. 1 ss.; WETTER, *The International Arbitral Process: Public and Private*, Dobbs Ferry-New York 1979, p. 432 ss.; VERHOEVEN, *Droit international des contrats*, cit., p. 209 ss.; J.F. LALIVE, *Contrats entre Etats*, cit., p. 83 ss.

⁸ Per una ampia rassegna della prassi contrattuale al riguardo si veda WEIL, *Principes généraux de droit et contrats d'Etat*, in *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris 1982, p. 387 ss. Per ipotesi in cui clausole contenenti rinvii del tipo indicato hanno dato luogo a procedimenti arbitrali, e sono state quindi oggetto del giudizio degli arbitri, si vedano ad esempio i tre casi relativi alle nazionalizzazioni libiche, citati sopra alla nota precedente, nei quali il rinvio era ai principi della legge libica comuni a quelli del diritto internazionale, ed in

Comune a tutte le ipotesi in questione è poi la sottoposizione delle controversie nascenti dal rapporto contrattuale ad arbitrato, organizzato nei modi più vari ma sempre nel modo più indipendente possibile rispetto alle parti ed alle rispettive organizzazioni statali⁹.

Prendendo spunto da tale prassi, e nell'intento di offrirne una ricostruzione e giustificazione in termini giuridici tale da costituirne, ad un tempo, il fondamento e la spiegazione della capacità a rispondere ad esigenze avvertite nelle relazioni internazionali – quali la tutela degli investitori appartenenti a Stati esportatori di capitali –, sono state sviluppate diverse costruzioni teoriche, tutte assai note e dibattute. In primo luogo, si è fatto ricorso all'idea del contratto c.d. autosufficiente, configurato come fenomeno sottoposto ad un sistema giuridico costituito dallo stesso contratto e non identificabile con alcun altro sistema, nazionale o internazionale, nel quale soltanto il contratto troverebbe il fondamento della propria validità¹⁰. Peraltro, è stato facile osservare contro una siffatta impostazione che nessun fenomeno contrattuale può esistere senza trovare il proprio fondamento in un sistema giuridico che in esso non si esaurisce, e dal quale la volontà delle parti possa trarre la idoneità a produrre effetti giuridici vincolanti¹¹; e che, comunque, al di là di qualsiasi considerazione di carattere teorico, è la stessa prassi interna-

assenza di principi comuni ai principi generali di diritto, compresi quelli applicati dai tribunali internazionali; il caso *Agip c. Governo della Repubblica Popolare del Congo*, deciso con sentenza del 30 novembre 1979 da un tribunale arbitrale operante nell'ambito del sistema CIRDI (oltre, par. 4 del testo), che si legge in *Riv. dir. int.*, 1981, p. 863 ss., e su di essa P. BERNARDINI, *Le prime esperienze arbitrali del Centro internazionale per il regolamento delle controversie relative agli investimenti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1981, p. 29 ss. (il rinvio era qui alla legge congolese, «complétée le cas échéant par tout principe de droit international»); il caso *Kuwait c. American Independent Oil Company (Aminoil)*, in *Int. Legal Materials*, 1982, p. 976 ss., e *Year Book Commercial Arbitration*, IX (1984), p. 71 ss. (riferimento ai «principles of law and practice prevailing in the modern world»); il caso *Elf Aquitaine c. NIOC*, decisione del 14 gennaio 1982, in *Revue de l'arbitrage*, 1984, p. 401 ss. (riferimento all'equità ed ai «generally recognized principles of law and International Law»). Infine, gli accordi di Algeri del 1982 fra Stati Uniti ed Iran prevedono che il Tribunale arbitrale internazionale stabilito dagli accordi stessi per il regolamento delle controversie nascenti dalla nota vicenda degli averi iraniani bloccati dagli Stati Uniti in seguito alla cattura del personale dell'ambasciata americana a Teheran, applicherà «such choice of law rules and principles of commercial and international law as the Tribunal determines to be applicable, taking into account relevant usages of the trade, contract provisions and changed circumstances». Il testo di tali accordi è in *Int. Legal Materials*, 1981, p. 223 ss.; circa i vari caratteri del tribunale arbitrale, cfr. RADICATI DI BROZOLO, *La soluzione delle controversie fra Stati e stranieri mediante accordi internazionali: gli accordi tra Stati Uniti e Iran*, in *Riv. dir. int.*, 1982, p. 299 ss., a p. 337 ss.

⁹ Per un esame della relativa problematica si veda REGLI, *Contrats d'Etat et arbitrage entre Etats et personnes privées*, Genève 1983, spec. p. 20 ss.

¹⁰ Cfr. in specie VERDROSS, *Die Sicherung von ausländischen Privatrechten*, cit., p. 635 ss. Sulla tesi cfr. ampiamente BONELL, *Le regole oggettive del commercio internazionale*, Milano 1976, p. 166 ss.

¹¹ Sul punto ZWEIGERT, *Verträge zwischen staatlichen und nichtstaatlichen Partnern*, in *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, 5, Karlsruhe 1964, p. 194 ss.: WEIL, *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1969-III, p. 101 ss., a p. 181.

zionale ad offrire una smentita della fondatezza di tesi del genere, posto che gli Stati appaiono ben lungi dal rinunciare alle proprie prerogative sovrane per quel tanto che sarebbe necessario al fine di consentire la delocalizzazione del rapporto contrattuale e la sua conseguente sottrazione alla sfera di applicazione del diritto interno. Nelle parole di una famosa sentenza della Corte di Cassazione di Francia, «tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat»¹²).

In una direzione diversa, è largamente sostenuta nella dottrina contemporanea la tesi che i contratti fra Stati e stranieri che presentino le caratteristiche sopra indicate siano perciò solo sottoposti al c.d. diritto transnazionale o *lex mercatoria*, considerata come complesso normativo autonomo e distinto rispetto, sia al diritto interno degli Stati, sia a quello internazionale. Tale diritto comprenderebbe tutta una serie di fenomeni normativi risultanti dall'attività degli stessi soggetti operanti nel settore del commercio internazionale, quali gli usi a questo relativi, ed i principi generali di diritto, peraltro assai variamente intesi, applicabili ai rapporti contrattuali a carattere internazionale. Esso costituirebbe il diritto di un vero e proprio ambiente sociale, la c.d. comunità internazionale dei commercianti, che disporrebbe di proprie specifiche fonti normative e di proprie forme di garanzia del diritto così autonomamente sviluppato: in virtù della loro esistenza e del loro vigore entro tale ambito sociale, le regole appartenenti a tale diritto si imporrebbero all'osservanza dei soggetti interessati a prescindere da qualsiasi riconoscimento e garanzia ad esse prestati da sistemi giuridici statali¹³.

L'indirizzo ora ricordato ha goduto e gode di largo seguito dottrinale, e non manca di qualche riconoscimento in alcune manifestazioni della prassi giurisprudenziale, a livello nazionale¹⁴ ed internazionale¹⁵. Tuttavia, numerose sono anche le voci discordi: ed in verità le obiezioni di fondo alle quali le varie tesi si espongono non appaiono superabili allo stato attuale dell'evoluzione giuridica della

¹² Cass. 21 giugno 1950 (*Messageries maritimes*), in *Rev. crit. droit int. privé*, 1950, p. 609, nota Batiffol; e sul problema in generale, LEVEL, *Le contrat dit sans loi*, in *Travaux du Comité français de droit int. privé*, 1964-66, Paris, 1967, p. 209 ss. Cfr. anche la famosa sentenza arbitrale del 23 agosto 1958 nel caso *Aramco (Saudi Arabia c. Arabian American Oil Company)*, in *Int. Law Reports*, 1963, vol. 27, p. 117 ss.; e in *Rev. crit. droit int. privé*, 1963, p. 272 ss. (a p. 312 sul punto che qui interessa).

¹³ A favore di una siffatta linea di pensiero cfr. ad esempio GOLDMAN, *Frontières du droit et lex mercatoria*, in *Arch. phil. droit*, 1964, p. 161 ss.; *Les conflits de loi dans l'arbitrage international de droit privé*, in *Recueil des cours*, cit., 1963-II, p. 474 ss.; *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international: réalités et perspectives*, in *Journal droit int.*, 1979, p. 475 ss.; KAHN, *La vente commerciale internationale*, Paris 1961; SCHMITTHOFF, *Das neue Recht des Welthandels*, in *Zeitschrift für ausl. int. Privatrecht*, 1964, p. 47 ss.; RENGELING, *Privatrechtliche Verträge*, Berlin 1971; J.F. LALIVE, *Contrats entre Etats*, cit., spec. p. 163 ss.

¹⁴ Si veda ad esempio, in Italia, la decisione della Corte di cassazione dell'8 febbraio 1982 n. 722 (*Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, p. 829 ss.) e la relativa nota di GIARDINA, *Arbitrato transnazionale e lex mercatoria di fronte alla Corte di Cassazione* (ivi, p. 754 ss.) che ne contiene una completa critica.

¹⁵ Cfr. le indicazioni del LEW, *Applicable law in International Commercial Arbitration*, Aalphen aan den Rijn, 1978.

realtà internazionale. Per quanto sentite siano le esigenze che stanno alla base del ricorso a teoriche del tipo ricordato, i lineamenti fondamentali dell'assetto giuridico del commercio internazionale non giustificano i postulati fondamentali accolti dalle tesi stesse. Anzitutto, la generalità delle regole che farebbero parte del presunto sistema della *transnational law*, o della *lex mercatoria*, è tale da impedire la loro costruzione adeguata in termini di vero e proprio sistema e le riduce a materiali normativi la cui applicazione – nella pratica certamente riscontrabile – deve essere spiegata in termini diversi¹⁶. Come è stato osservato, mentre i principi generali in se stessi sono già presenti in altri sistemi giuridici, dai quali vengono ricavati per astrazione, i c.d. usi del commercio internazionale sono a loro volta spesso ricavati dal diritto commerciale interno di vari Stati più che autonomamente elaborati a livello consuetudinario nell'ambito di un sistema diverso da quelli statali¹⁷. Inoltre, e soprattutto, non può non apparire assolutamente artificiosa la configurazione di una c.d. comunità dei commercianti, intesa come ambiente sociale che esprimerebbe un suo proprio diritto, diverso sia da quello statale sia da quello internazionale. Mal definita nelle sue componenti essenziali, priva di legami stabili e predeterminati fra i suoi componenti, una comunità siffatta non può che apparire come una mera astrazione, ipotizzata solo al fine di far salvo il presupposto della necessaria «socialità» di ogni fenomeno giuridico, ma incapace di dar ragione dello specifico fenomeno per spiegare il quale essa viene evocata¹⁸.

3. *Segue. Il tentativo di sottoporre il rapporto contrattuale fra Stati e stranieri al diritto internazionale*

Al fine di sottrarre i rapporti fra Stati e stranieri all'applicazione del diritto interno dei primi, evitando le difficoltà teoriche connesse alle posizioni esaminate nel precedente paragrafo, si è fatto largamente ricorso all'idea che i rapporti stessi siano in qualche modo sottoposti direttamente al diritto internazionale pubblico. Poiché ovviamente si tratta di un sistema giuridico dotato di una propria indiscussa sfera di efficacia, una prospettiva del genere si sottrae ad ogni critica sotto il profilo dell'individuabilità del sistema al quale si vuole fare rinvio. Peraltro essa si scontra con difficoltà rilevanti quando si tratta di spiegare in virtù di quali principi si possa giustificare l'applicazione di quel sistema giuridico.

Gli schemi proposti al riguardo sono sostanzialmente due. Secondo una prima

¹⁶ Si veda al punto GIARDINA, *State Contracts*, cit., p. 155 s. ed ivi ulteriori indicazioni bibliografiche.

¹⁷ Cfr. CURTI GIALDINO, *La volonté des parties en droit international privé*, in *Recueil des cours*, cit., 1972-III, p. 794 ss.; POPESCU, *Le droit du commerce international: une nouvelle tâche pour les législateurs nationaux ou une nouvelle lex mercatoria?*, in *New Directions in International Trade Law*, Dobbs Ferry 1977, I, p. 21 ss.; GIARDINA, *State Contracts*, cit., p. 156.

¹⁸ Sul punto GIARDINA, *Arbitrato transnazionale*, cit., p. 760; GIULIANO-SCOVAZZI-TREVES, *Diritto internazionale*², I, Milano 1983, p. 622 ss.

impostazione, il diritto internazionale potrebbe trovare applicazione in virtù di un vero e proprio rinvio, nell'abituale senso internazionalprivatistico, disposto dal sistema giuridico normalmente competente tutte le volte che la volontà delle parti sia indirizzata in tal senso¹⁹. Secondo un diverso ordine di idee, il diritto internazionale sarebbe invece direttamente applicabile ai contratti fra Stati e privati stranieri in presenza di un certo numero di condizioni, quali la stipulazione da parte dell'organo statale competente per la stipulazione dei trattati internazionali e l'adozione delle forme proprie di questi ultimi, l'esclusione dell'applicabilità al contratto del diritto interno dello Stato parte del contratto medesimo, l'imposizione allo Stato di determinati obblighi riguardo all'esercizio del suo potere legislativo ed amministrativo (c.d. clausole di stabilizzazione o *freezing clauses*), la previsione di un arbitrato non puramente interno quale mezzo di soluzione delle controversie nascenti dal rapporto²⁰. In questi casi, la parte privata verrebbe ad assumere una posizione particolare, quasi analoga alla vera e propria soggettività internazionale, che permetterebbe l'applicazione delle norme facenti parte di uno specifico settore dell'ordinamento internazionale, che viene indicato come «diritto internazionale dei contratti»²¹.

Non mancano le manifestazioni della prassi che sembrano portare conferma particolarmente al secondo punto di vista menzionato. Si ricorda in special modo la recente decisione arbitrale dell'arbitro unico Dupuy nel caso *Calasiatic e Texaco*²² nella quale si legge che «les contrats entre Etats et personnes privées peuvent ... sous certaines conditions, relever d'une branche particulière et nouvelle du droit international; le droit international des contrats» e che «l'ordre juridique dont dérive le caractère obligatoire du contrat est le droit international lui-même»²³: ma già in precedenza altre decisioni si erano orientate in senso sostan-

¹⁹ In questo senso è la tesi sostenuta da MANN, *The Law Governing State Contracts*, cit., p. 11 ss.; *State Contracts and International Arbitration*, in *The British Year Book of Int. Law*, 1967, p. 1 ss. (e *Studies in International Law*, Oxford 1973, p. 256 ss.); *The Theoretical Approach towards the Law Governing State Contracts between States and Private Persons*, in *Revue belge de droit int.*, 1975, p. 562 ss.

²⁰ In questo senso, fra i tanti: MCNAIR, *The General Principles of Law Recognised by Civilised Nations*, in *The British Year Book of Int. Law*, 1957, p. 1 ss.; JENNINGS, *State Contracts*, cit., p. 161 ss.; WEIL, *Problèmes relatifs aux contrats*, cit., pp. 101 ss., 189 ss., e *Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique*, in *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris 1974, p. 301 ss.; SACERDOTI, *I contratti*, cit., p. 195 ss.; FISCHER, *Die internationale Konzession*, Wien-New York 1974, p. 345 ss.; SEIDL-HONENVELDERN, *The Theory of Quasi-International and Partly International Agreements*, in *Revue belge de droit int.*, 1975, p. 567 ss.

²¹ Una completa illustrazione del punto di vista menzionato nel testo si ha nella nota decisione arbitrale di R.J. Dupuy nel caso *Texaco-Calasiatic*, citata supra alla nota 7. In relazione ad essa cfr. anche COHEN JONATHAN, *L'arbitrage Texaco-Calasiatic contre le Gouvernement Libyen*, in *Ann. français dr. int.*, 1977, p. 452 ss. Sulla nozione del «diritto internazionale dei contratti» cfr. anche WEIL, *op. cit.* alla nota 20.

²² *Supra*, nota 7.

²³ Su questa distinzione fra fondamento del carattere obbligatorio del contratto e legge regolatri-

zialmente analogo, come quelle dei casi *Lena Goldfields*²⁴, *Petroleum Development Ltd.*²⁵, *Ruler of Qatar v. International Marine Oil Co.*²⁶ e *Sapphire*²⁷, anche se non è sempre chiaro se gli arbitri abbiano voluto far riferimento al vero e proprio diritto internazionale pubblico o ad altri complessi normativi.

Nonostante ciò, le perplessità che tali impostazioni suscitano non appaiono facilmente superabili. Alla tesi che vede la giustificazione dell'applicabilità del diritto internazionale nel richiamo operato dalla volontà delle parti è agevole opporre che non appare consono al modo di operare delle norme interne di diritto internazionale privato il disporre un rinvio al diritto internazionale, anziché al diritto interno dell'uno o dell'altro Stato²⁸: ed il contrario non è mai stato dimostrato da alcuno. Ad entrambe le soluzioni menzionate, poi, si deve opporre la difficoltà di ritenere che la parte privata del rapporto contrattuale con lo Stato possa essere da questo elevata ad ente dotato dei requisiti necessari per divenire destinatario delle norme internazionali vere e proprie: anche a questo proposito, le costruzioni proposte non valgono a convincere che la struttura complessiva ed il modo di essere dell'ordinamento internazionale consentano ad uno Stato di ammettere una parte privata ad entrare a far parte della sfera soggettiva del sistema in virtù di una sorta di «riconoscimento costitutivo» che non sarebbe comunque in grado di consentire alla parte stessa di utilizzare direttamente l'apparato di garanzia proprio dell'ordinamento internazionale. La mancanza di soggettività internazionale della parte privata, pertanto, costituisce un ostacolo insuperabile all'accoglimento della tesi di cui si tratta, e la configurazione di una sorta di «ammissione» alla qualità di destinatario delle norme internazionali appare come un semplice espediente incapace di modificare un dato intrinsecamente connesso con la struttura e la stessa ragione d'essere del sistema giuridico internazionale²⁹.

Si aggiunga a quanto precede la considerazione che risulta anche assai dubbio che l'ordinamento internazionale contenga un insieme completo di regole idonee a disciplinare nel suo complesso il rapporto contrattuale fra Stato e straniero. Le

ce del medesimo, si vedano le considerazioni di REGLI, *Contrats d'Etat*, cit., p. 115 ss.; e MAYER, *Le mythe de «l'ordre juridique de base» (ou Grundlegung)*, in *Le droit des relations économiques internationales*, cit., p. 199 ss.

²⁴ La decisione risale al 2 settembre 1930 e si legge in *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1929-30, p. 3 s. e 426 ss.: su di essa NUSSBAUM, in *Cornell Law Quarterly*, 1950, p. 31 ss.

²⁵ *Petroleum Development Limited (Trucial Coast) c. Sheikh of Abu Dhabi*, 18 agosto 1951, in *Int. Law Reports*, 1951, vol. 18, p. 144 ss.

²⁶ La decisione, del 1953, si legge in *Int. Law Reports*, 1953, vol. 20, p. 534 ss.

²⁷ *Sapphire International Petroleum Ltd. c. NIOC*, in *Int. Law Reports*, 1957, vol. 35, p. 136 ss. La decisione è del 15 marzo 1963.

²⁸ Cfr. ad esempio CASSONI, *I contratti di concessione stipulati fra Stati o enti pubblici e società commerciali straniere*, in *Diritto internazionale*, 1965, p. 235 ss.

²⁹ RIGAUX, *Des dieux et des héros*, in *Revue crit. droit int. privé*, 1978, p. 435 ss.; *Contrats d'Etat et arbitrage transnational*, in *Riv. dir. int.*, 1984, p. 489 ss.; GIARDINA, *State Contracts*, cit., p. 149 ss.

frequenti affermazioni in contrario fanno leva sull'insieme di principi generali enunciati al riguardo dalla giurisprudenza arbitrale: ma si tratta di principi ricavati in via di astrazione dagli ordinamenti giuridici interni, che non appaiono idonei a costituire nel loro insieme un complesso normativo realmente internazionale³⁰.

Del resto, se si eccettua qualche manifestazione della pratica arbitrale che si è ricordata in precedenza, appare decisivo il fatto che gli Stati, all'atteggiamento dei quali evidentemente il modo di essere del diritto internazionale attuale deve essere ricollegato, si mostrano ben lontani dal rinunciare alle proprie prerogative sovrane per quel tanto che sarebbe necessario al fine di consentire la sottoposizione del rapporto contrattuale fra di essi e i soggetti privati al diritto internazionale. È sufficiente ricordare, al riguardo, le difficoltà di esecuzione con le quali si sono sempre scontrati i tentativi di eseguire nei confronti degli Stati le sentenze arbitrali «internazionalizzate» rese a favore di stranieri (come, ad esempio, nel ricordato caso *Sapphire*)³¹, e le resistenze mostrate nei confronti dello stesso strumento arbitrale, che della internazionalizzazione dovrebbe costituire il veicolo³². Non meno significativo è l'atteggiamento degli Stati in occasione dell'adozione da parte dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite della Carta dei diritti e doveri economici degli Stati (approvata con la Risoluzione 3281 (XXIX) del 12 dicembre 1974). Non soltanto nel testo finale del relativo art. 2 manca qualsiasi riferimento al diritto internazionale per ciò che attiene alla disciplina degli investimenti stranieri, ma è praticamente assente anche dai lavori preparatori qualsiasi accenno alla diretta applicabilità del diritto internazionale ai contratti fra Stati e stranieri, che di tali investimenti costituiscono la forma di realizzazione giuridica³³.

³⁰ Si veda il Quinto Rapporto Ago citato *supra* alla nota 4.

³¹ Si vedano ad esempio le decisioni olandesi rese nel caso *NV Cabolent c. NIOC*, del Tribunale distrettuale dell'Aja e della Corte d'Appello dell'Aja, in *Int. Legal Materials*, 1966, p. 477 ss. e 1970, p. 152 ss. La decisione arbitrale venne annullata dal Tribunale di Teheran per vari motivi, fra cui l'applicazione dei principi generali di diritto in luogo della legge iraniana: cfr. la decisione del 1° dicembre 1963 in *Int. Legal Materials*, 1970, p. 1118 ss. Dopo la vicenda *Sapphire*, il Governo iraniano impose nei successivi contratti di concessione con stranieri il ricorso alla procedura arbitrale iraniana (cfr. DOMKE-GLOSSNER, *The Present State of the Law Regarding International Commercial Arbitration*, in *ILA, The Present State of International Law*, Deventer 1973, p. 307 ss. a p. 318).

³² Dopo la conclusione del caso *Aramco*, il Consiglio dei ministri dell'Arabia Saudita decise nel 1963 di escludere qualsiasi ricorso all'arbitrato nei contratti statali, salvo casi eccezionali: cfr. *Int. Legal Materials*, 1964, p. 45 ss. D'altro canto l'art. 51 del Codice per gli investimenti stranieri fra i Paesi parti del Patto Andino pone il divieto di clausole intese a deferire controversie in materia di investimenti o di trasferimento di tecnologia ad organi diversi da quelli giurisdizionali interni: cfr. la decisione del 31 dicembre 1970 n. 24, in *Int. Legal Materials*, 1971, p. 166 ss. (*ivi*, 1977, p. 138 ss. il testo completo del Codice Andino).

³³ Sulla Carta cfr. in particolare CASTANEDA, *La Charte des «droits et devoirs économiques des Etats»*, in *Ann. français droit int.*, 1974, p. 30 ss. Secondo l'art. 2, ogni Stato ha il diritto di «regulate and exercise authority over foreign investments within its national jurisdiction in accordance with its laws and regulations and in conformity with its national objectives and priorities». Sulla problematica cfr. anche DE WAART, *Permanent Sovereignty over Natural Resources as a Cornerstone for International Economic Rights and Duties*, in *Nederlands Tijds. Int. Recht*, 1977, p. 304 ss.

4. *Legge applicabile al rapporto contrattuale fra Stati e privati e conformità al diritto internazionale. L'art. 42.1 della Convenzione di Washington del 18 marzo 1965*

I tentativi di sottoporre i rapporti contrattuali fra Stati e stranieri a norme diverse da quelle statali si rivelano pertanto infruttuosi allo stato attuale dei rapporti internazionali. Nonostante le critiche delle quali essa è stata fatta oggetto, la famosa affermazione della Corte permanente di giustizia internazionale, enunciata sin dal lontano 1929 nel caso dei *prestiti serbi e brasiliani*, può considerarsi ancora aderente alla realtà giuridica contemporanea: «tout contrat qui n'est pas un contrat entre des Etats en tant que sujets de droit international a son fondement dans une loi nationale. La question de savoir quelle est cette loi fait l'objet de la partie du droit qu'aujourd'hui on désigne le plus souvent sous le nom de droit international privé ou de théorie du conflit des lois»³⁴. Lo dimostrano, non soltanto le obiezioni alle quali vanno incontro tutte le diverse tesi sopra esaminate, ma anche la prassi statale e la giurisprudenza internazionale recente, che comprende decisioni quali quella del caso *Aramco*³⁵ e del caso *Liamco* (Libyan American Oil Company)³⁶.

Ciò non significa, peraltro, che le esigenze fondamentali tenute presenti da coloro che hanno sostenuto l'applicabilità di sistemi giuridici diversi dal diritto interno dello Stato contraente siano destinate a rimanere senza risposta alcuna. Fermo restando il principio fondamentale dell'applicabilità del diritto interno, il contenuto di quest'ultimo può essere integrato attraverso il richiamo, effettuato dalle clausole contrattuali in materia di scelta della legge applicabile, a principi desunti dall'uno o dall'altro sistema, o comuni a questi, secondo una larga tipologia nota alla pratica contrattuale³⁷. Tali richiami sono certamente possibili ed efficaci, sia pure nei limiti consentiti dal diritto interno applicabile: e possono valere ad imporre allo Stato contraente il rispetto di determinati obblighi anche al di là di quanto previsto dal suo diritto interno.

Rimane tuttavia il problema di assicurare la conformità del comportamento dello Stato contraente a quanto richiesto dal diritto internazionale. Una soluzione è offerta a questo riguardo dalla importante Convenzione di Washington del 18 marzo 1965 per la soluzione di controversie relative ad investimenti fra Stati e nazionali di altri Stati³⁸. L'art. 42.1 della Convenzione, nell'indicare la legge che il

³⁴ C.P.J.I., Série A, Nos. 20-21, p. 41. La Corte internazionale di giustizia ha implicitamente confermato lo stesso punto di vista nella sua decisione nel caso *Anglo-Iranian*, in cui venne negata la natura di accordo internazionale dell'accordo del 1933 fra Anglo-Iranian Oil Company e Stato persiano (I.C.J. Rep. 1952, p. 93 ss.).

³⁵ La sentenza è citata alla nota 12 *supra*.

³⁶ Cfr. nota 7.

³⁷ Si vedano i riferimenti indicati *supra* alla nota 8.

³⁸ Per tutti sulla Convenzione di Washington cfr. AMADIO, *Le contentieux international de*

Tribunale arbitrale istituito presso il Centro internazionale per il regolamento delle controversie relative agli investimenti (ICSID o CIRDI) deve applicare, stabilisce che «le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par le parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de lois – ainsi que les principes de droit international en la matière»³⁹.

Tale norma, che ha attratto l'interesse della dottrina per l'importanza della soluzione offerta al problema, pone diversi problemi interpretativi, che interessano solo in parte in questa sede⁴⁰. Alcune considerazioni vanno però sottolineate. In primo luogo, non sembra che la norma dell'art. 42.1 rechi alcun argomento a favore delle tesi tendenti alla denazionalizzazione dei contratti in questione, del tipo di quelle in precedenza esaminate: né consente di superare le obiezioni mosse contro di esse. In particolare, non sembra ammissibile che la libertà di scelta concessa alle parti contraenti dalla prima parte della norma consenta di designare come applicabile il diritto internazionale in via esclusiva, e ciò per le decisive ragioni ricordate in precedenza. Si può invece ammettere che un richiamo misto a diritti statali e a principi di diritto internazionale, secondo le varie possibilità rivelate dalla pratica contrattuale, debba essere tenuto in conto dall'arbitro che pronunci nell'ambito del Centro di Washington nonostante qualsiasi contraria previsione del diritto interno dello Stato contraente, che fosse altrimenti competente. E ciò perché il richiamo dell'art. 42.1 è in primo luogo alle «règles de droit» adottate dalle parti, e non ad un sistema giuridico statale determinato.

Inoltre, come è stato spesso ritenuto dalla dottrina, va sottolineato che la norma dell'art. 42.1 istituisce un sistema di controllo della legge interna indicata come applicabile alla luce del diritto internazionale, sotto il profilo della sua conformità con le regole proprie di quest'ultimo⁴¹. Ciò accade non soltanto nel caso,

l'investissement privé et la Convention de la Banque mondiale du 18 mars 1965, Paris 1967; BROCHES, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, in *Rec. des cours*, cit., 1972-II, p. 331 ss.; SUTHERLAND, *The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes*, in *Int. Comp. Law Quarterly*, 1979, p. 367 ss. Si vedano inoltre gli atti del Seminario Internazionale su Investimenti all'estero e risoluzione delle controversie secondo la Convenzione di Washington del 1965, in *Rassegna dell'arbitrato*, 1982, p. 3 ss.

³⁹ Sull'art. 42 si veda, in specie, GIARDINA, *La legge regolatrice dei contratti di investimento nel sistema ICSID*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, p. 677 ss., ed ivi ulteriori riferimenti (in particolare, FEUERLE, *International Arbitration and Choice of Law under Article 42 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes*, in *Yale Studies in World Public Order*, 1977, p. 103 ss.).

⁴⁰ Li si vedano analiticamente discussi in GIARDINA, *La legge regolatrice*, cit., p. 679 ss.

⁴¹ Come è stato efficacemente ritenuto, il Tribunale arbitrale deve «dispose of the relevant questions of international law as if it were an international tribunal sitting between States»: così E. LAUTERPACHT, *The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes*, in *Recueil d'études en hommage à Paul Guggenheim*, Genève 1968, p. 642 ss., a p. 658. Cfr. anche BROCHES, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States: Applicable Law and Default Procedure*, in *Int. Arbitration, Liber Amicorum M. Domke*, The Hague 1967, p. 12 ss.

menzionato dalla seconda parte della norma, che manchi una scelta delle norme applicabili effettuata dalle parti, ma anche ove tale scelta vi sia, e torni quindi applicabile la prima alternativa indicata dalla norma. La lettera dell'articolo potrebbe far sorgere qualche dubbio al riguardo, ma essi non hanno ragion d'essere di fronte ad una considerazione complessiva del sistema nel quale la norma dell'art. 42.1 si inserisce. Le relative caratteristiche portano infatti ad escludere che gli arbitri operanti nell'ambito del sistema convenzionale possano decidere sulla base di un contrasto con il diritto internazionale. Diversamente risulterebbero inspiegabili le limitazioni che gli Stati contraenti hanno volontariamente assunto, con l'accettazione degli obblighi convenzionali, e l'efficacia riconosciuta alle decisioni degli arbitri operanti nell'ambito del Centro anche all'interno dei singoli ordinamenti statali⁴².

Più in generale, il modo in cui la norma è formulata dimostra che l'intenzione dei redattori non è stata affatto quella di predisporre un richiamo al diritto internazionale inteso come diritto regolatore dei contratti fra Stati e stranieri considerati dalla Convenzione. Tali contratti rimangono sottoposti al diritto prescelto, od a quello dello Stato che ne è parte: ed i «*principes de droit International*» che i Tribunali arbitrali devono tenere presenti «*en la matière*» (o, nel testo inglese, «*as may be applicable*») non sono destinati ad assumere la disciplina della fattispecie contrattuale *sub judice*, ma semplicemente ad assicurare la conformità del diritto interno applicabile alle esigenze dell'ordinamento internazionale. Essi sono richiamati, insomma, nel loro proprio ambito di applicazione secondo le caratteristiche di tale ordinamento. In tal modo, la norma della Convenzione di Washington si inserisce perfettamente nel filone tradizionale di pensiero espresso dalla ricordata giurisprudenza della Corte permanente di giustizia internazionale: provvedendo però, in armonia con il carattere internazionale dell'arbitrato, che il sistema del CIRDI realizza, ad imporre agli arbitri operanti nell'ambito del suo sistema il compito di assicurare l'osservanza del diritto internazionale attraverso la disapplicazione della legge interna, altrimenti applicabile, nella parte in cui questa realizzasse una violazione delle norme internazionali, generali o particolari, che vincolano lo Stato parte del contratto.

La Convenzione di Washington, ed in particolare il suo articolo 42.1, in quanto intervenuta in un momento nel quale le tesi favorevoli alla sottoposizione al diritto internazionale pubblico erano già largamente note sul piano dottrinale, rappresenta una chiara manifestazione ulteriore – accanto a quelle già ricordate⁴³ – dell'estraneità di tali tesi all'atteggiamento reale degli Stati. Nel contempo, essa indica quale deve essere lo strumento da utilizzare al fine di assicurare il controllo della conformità dei comportamenti, e degli ordinamenti giuridici, degli Stati al diritto internazionale per ciò che concerne i rapporti con i contraenti privati.

⁴² P. BERNARDINI, *Le prime esperienze arbitrali*, cit., p. 36 ss.: GIARDINA, *La legge regolatrice*, cit., p. 687 ss.

⁴³ Cfr. il paragrafo precedente e le note 31-33.

5. *Il controllo dell'arbitro internazionale di diritto privato sui comportamenti statali*

Rimane da stabilire se la soluzione offerta al problema dalla ricordata disciplina della Convenzione di Washington del 1965 sia connessa alle peculiari caratteristiche della Convenzione stessa, ed incontri quindi i limiti di applicabilità che ad essa sono propri, oppure possa essere considerata valida sotto il profilo più ampio.

Dal punto di vista del carattere proprio dell'arbitrato previsto ed organizzato dalla Convenzione di Washington, la nota distintiva fondamentale è rappresentata dall'essere tale arbitrato interamente «internazionale», nel senso di trovare la propria disciplina esclusivamente in norme internazionali (ossia, quelle contenute nella Convenzione di Washington) senza alcun collegamento con sistemi giuridici statali, e di sfociare in sentenze arbitrali qualificabili anch'esse come internazionali, nel senso che esse traggono la propria forza vincolante esclusivamente dalle norme della Convenzione⁴⁴.

Senza dubbio, tali caratteristiche non sono tutte riscontrabili attualmente in alcun'altra forma di arbitrato inteso a risolvere controversie fra Stati e privati. Tuttavia, la figura dell'arbitrato internazionale di diritto privato – o arbitrato commerciale internazionale, come più frequentemente si dice nella pratica contemporanea –, oltre a costituire un'indubbia realtà dal punto di vista sociale sul piano delle relazioni fra soggetti appartenenti a diversi ordinamenti giuridici, trova anche importanti riconoscimenti a livello normativo, sia da parte di leggi interne⁴⁵, sia da parte di convenzioni internazionali. È sufficiente ricordare, a quest'ultimo riguardo, la Convenzione di New York del 10 giugno 1958 e quella di Ginevra del 21 aprile del 1961 per avere un'evidente prova del rilievo del fenomeno. Ora tale riconoscimento, pur non completo come l'internazionalizzazione attuata dalla Convenzione di Washington, si traduce però nella disciplina a livello internazionale – con la connessa imposizione di obblighi agli Stati parti di tali Convenzioni – di una figura di arbitrato non collegata ad alcun ordinamento statale da un legame predeterminato e costante, nella quale gli arbitri non operano muovendosi nell'ambito di tale ordinamento e realizzando i valori propri di esso. Così, le regole procedurali applicabili dagli arbitri possono non coincidere con quelle proprie dei diritti dei vari Stati; il merito della lite può essere valutato alla luce di norme di origine non statale; la decisione degli arbitri è presa in considerazione ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione nei vari Stati contraenti non come atto equiparato alle decisioni giurisdizionali dei singoli Stati contraenti, e perciò come ma-

⁴⁴ Mi sia consentito di rinviare al mio studio *International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States*, in *Recueil des cours*, cit., 1977-IV, p. 87 ss.

⁴⁵ Si pensi alla legge francese come modificata nel 1981 dal Décret no. 81-500 del 12 maggio 1981 (articoli 1492-1497 del nuovo codice di procedura civile). Sulle stesse linee è la legge di Gibuti del 13 febbraio 1984 (Code Djiboutien de l'arbitrage international).

nifestazione di sovranità di questi, ma nei suoi caratteri tipici ed essenziali⁴⁶.

Tutto ciò comporta la conseguenza che, così come nell'ambito degli arbitrati soggetti alla Convenzione di Washington, anche negli arbitrati commerciali internazionali sottoposti a regole diverse la posizione degli arbitri coincide nel senso che essi non sono collocati nell'ambito di un determinato ordinamento giuridico statale e non sono soggetti alle logiche ed ai valori propri di ciascuno di questi.

Pertanto il giudizio di tali arbitri dovrà svolgersi tenendo presente il diritto applicabile al rapporto contrattuale fra Stato e privato straniero secondo le determinazioni delle parti o secondo i principi altrimenti utilizzabili a questo fine, ma senza arrestarsi a quanto previsto da tale diritto. Esso dovrà estendersi ad una valutazione di quanto stabilito da quest'ultimo anche alla luce delle norme internazionali rilevanti e dei valori da queste tutelati.

La necessità di una tale estensione prescinde totalmente da quanto stabilito al riguardo dal diritto statale eventualmente applicabile. Anche qualora tale diritto attribuisca efficacia nel proprio ambito di applicazione al diritto internazionale, generale o pattizio, in virtù di appositi meccanismi di adattamento, l'applicazione che l'arbitro è tenuto a farne prescinde totalmente da tali meccanismi. Egli rileva e determina il diritto applicabile in quanto si muove nell'ambito, non di un singolo sistema statale, ma del diritto vigente nella comunità universale⁴⁷. Ne consegue che ai fini del suo giudizio gli eventuali limiti imposti dal diritto statale alla possibilità di sindacato di atti di Stato, nazionali o stranieri, rimarranno privi di rilievo in quanto ispirati esclusivamente dall'esigenza di tutela della sovranità di altri Stati, o di mantenimento di buone relazioni internazionali di uno Stato con l'altro, in una prospettiva tipicamente statale che, come tale, non può che rimanere del tutto estranea a quella propria dell'arbitrato internazionale di cui si tratta⁴⁸.

In virtù della peculiare posizione nella quale l'arbitro internazionale viene collocato dalla volontà delle parti del rapporto contrattuale fra Stato e privato, egli è in tal modo in grado di escludere qualsiasi contraddizione fra valutazioni appartenenti ad ordinamenti diversi – internazionale ed interno –, superando la separazione dualistica eventualmente fra di essi esistente dal punto di vista del diritto statale⁴⁹.

⁴⁶ Cfr. LUZZATTO, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 21 ss. ed ivi ulteriori riferimenti.

⁴⁷ Per la nozione di un «diritto comune internazionale», il quale «non è il diritto di una società di Stati, ma piuttosto di una società internazionale di cui gli Stati sono soltanto una delle componenti», si veda ZICCARDI, *Ordinamento giuridico (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Milano 1980, p. 766 ss., spec. p. 834 ss.

⁴⁸ Si pensi, ad esempio, alle limitazioni nascenti da principi come quello dell'*Act of State* nel diritto statunitense, od in genere a quelle che discendono dall'impossibilità per il potere giudiziario di sindacare il comportamento dell'esecutivo sul piano dei rapporti internazionali, o comunque di interferirvi.

⁴⁹ La prassi arbitrale mostra qualche esempio di sindacato da parte di arbitri internazionali di diritto privato sulla compatibilità di atti di Stati con il diritto internazionale, anche se non sempre la questione si presenta per così dire allo stato puro: sia perché esistono apposite clausole contrattuali

Nel senso precisato, l'internazionalizzazione dell'arbitrato è dunque la condizione che consente tale superamento e che permette all'arbitro di rilevare ed applicare tutte le norme vigenti a livello universale risolvendone gli eventuali contrasti⁵⁰. In quanto prevista da convenzioni internazionali e nell'ambito di applicabilità di queste, essa si traduce nel conferimento di rilevanza anche nell'ambito degli ordinamenti statali degli Stati partecipanti al sistema convenzionale alle valutazioni effettuate dall'arbitro, subordinatamente ai controlli più o meno penetranti previsti dalle convenzioni. Ne consegue il riconoscimento a livello statale del giudizio dell'arbitro e della sintesi da lui operata fra valori internazionali e valori statali, non come risultato dell'applicazione pura e semplice al rapporto contrattuale del diritto internazionale pubblico, ma come conseguenza dell'applicazione del diritto interno solo in quanto compatibile con quest'ultimo⁵¹.

in ordine al diritto applicabile, con richiami più o meno complessi a fonti extrastatali, sia perché gli arbitri si chiedono a volte se il diritto statale applicabile sia di per sé idoneo ad assicurare la conformità al diritto internazionale. Si vedano, ad esempio, il caso *SGTM c. East Pakistan Industrial Development Corporation* (CCI n. 1803/72) deciso il 15 febbraio 1972 (*Year Book Commercial Arbitration*, vol. V (1980), p. 177 ss. sentenza poi annullata dal Tribunale federale svizzero nel 1976, con decisione sulla quale cfr. P. LALIVE, *Arbitrage International et ordre public suisse. Une sorprendente décision du Tribunal fédéral*, in *Revue de droit suisse*, 1978, I, p. 529 ss.); nonché il caso *SPP (Middle East) Ltd. c. Arab Republic of Egypt* ed altro (CCI n. 3493 del 1983), deciso il 16 febbraio 1983 (testo in CRAIG-PARK-PAULSSON, *ICC Arbitration*, Dobbs Ferry 1983, App. IV, e parzialmente in *Year Book Commercial Arbitration*, vol. IX (1984), p. 111 ss.).

Considera il sistema dell'art. 42.1 della Convenzione di Washington del 1965 come «illustrative of a principle of wider application» il DELAUME, *State Contracts and Transnational Arbitration*, in *American Journ. Int. Law*, 1981, p. 784 ss. a p. 786.

⁵⁰ Non deve, in altri termini, trattarsi di arbitrato interno, sottoposto alla disciplina di un determinato ordinamento statale sin dall'inizio (e non soltanto disciplinato per l'uno o l'altro aspetto attraverso richiami a diritti statali). Nel caso *Revere Copper and Brass Inc. c. Overseas Private Investment Corp.*, deciso il 24 agosto 1978, proprio la natura interna od internazionale dell'arbitrato appare costituire il punto di dissidio fra maggioranza, che ritenne di dover tener conto dei principi di diritto internazionale, e minoranza, che considerava invece l'arbitrato puramente interno e contestava l'applicabilità di quei principi (cfr. *International Legal Materials*, 1978, p. 1321 ss.).

⁵¹ Per la possibilità che lo strumento dell'arbitrato costituisca il veicolo attraverso il quale valori giuridici non statali entrano a far parte degli ordinamenti degli Stati in forza delle convenzioni internazionali applicabili, si veda CARBONE-LUZZATTO, *I contratti del commercio internazionale*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, vol. XI, Torino 1984, p. 113 ss., a p. 156 ss.

Arbitrato commerciale internazionale*

SOMMARIO: I. L'arbitrato commerciale internazionale come fatto sociale e come istituto giuridico. – 1. Nozione di arbitrato commerciale internazionale. – 2. Il riconoscimento dell'arbitrato commerciale internazionale da parte del diritto statale. – 3. Il riconoscimento dell'arbitrato commerciale internazionale ad opera delle convenzioni internazionali. – II. La deroga alla giurisdizione statale. – 4. Il riconoscimento degli effetti della convenzione arbitrale. – 5. Il Protocollo di Ginevra del 1923. – 6. La Convenzione di New York del 1958. – 7. La Convenzione di Ginevra del 1961. – III. La procedura arbitrale. – 8. L'organizzazione dell'arbitrato ed i suoi problemi: principio di territorialità e principio di autonomia. – 9. Tendenze alla denazionalizzazione. – 10. La disciplina del Protocollo di Ginevra del 1923 e della Convenzione di New York del 1958. – 11. La disciplina della Convenzione di Ginevra del 1961. – 12. La legge applicabile al merito della controversia. – IV. La circolazione delle sentenze arbitrali. – 13. Esigenza di una regolamentazione internazionale. – 14. La Convenzione di New York del 1958 e la nozione di sentenza arbitrale riconoscibile. – 15. (Segue). I caratteri della sentenza arbitrale secondo la Convenzione di New York. – 16. Condizioni per il riconoscimento e l'esecuzione. – V. L'Italia e l'arbitrato commerciale internazionale. – 17. I caratteri tradizionali del sistema italiano in materia di arbitrato nazionale ed estero. – 18. La situazione attuale.

I. L'arbitrato commerciale internazionale come fatto sociale e come istituto giuridico

1. *Nozione di arbitrato commerciale internazionale*

L'espressione «arbitrato commerciale internazionale» è entrata largamente nell'uso negli ultimi decenni per indicare il mezzo di risoluzione delle controversie utilizzato dalla pratica delle relazioni commerciali internazionali. Si può dire che l'uso linguistico è venuto consolidandosi man mano che l'istituto arbitrale veniva acquistando sempre più largo riconoscimento negli ambienti commerciali interessati quale istituzione tipicamente destinata a risolvere le controversie relative alle operazioni del commercio internazionale, su di un piano diverso da quello del ricorso ai mezzi previsti al fine della soluzione delle controversie dai vari sistemi giuridici statali¹.

* Pubblicato in *Digesto*, IV ed., Sez. commerciale, I, Torino, 1987, pp. 192-215.

¹ Sul piano normativo, l'espressione è stata consacrata dalla Convenzione di Ginevra del 21-4-

La nota caratterizzante dell'istituto, in quanto realtà socialmente tipica, sta proprio nella sua collocazione, alla luce dell'intento tipicamente perseguito dalle parti del rapporto contrattuale e della controversia eventualmente a questo conseguente, su di un piano e ad un livello che non coincidono con quelli propri degli ordinamenti giuridici degli Stati. Tale intento di «denazionalizzazione», che si spiega facilmente in relazione all'esigenza di poter contare su di un mezzo di soluzione delle controversie «neutrale» rispetto agli Stati ai quali le parti appartengono, mette d'altro canto in luce uno dei vantaggi essenziali, e forse il più rilevante, che le parti stesse si ripromettono di ottenere nel pattuire la competenza di arbitri «internazionali»: esso sta nel riuscire ad evitare le incertezze e le complicazioni derivanti dall'esistenza di una pluralità di sistemi giurisdizionali degli Stati, la cui estensione, sotto il profilo della competenza giurisdizionale dei relativi giudici, oltre ad essere solitamente di non agevole determinazione, non è oggetto se non nell'ambito di sistemi assai limitati² di un coordinamento complessivo. Sotto questo profilo, l'arbitrato commerciale internazionale, inteso come mezzo di soluzione tipico delle controversie relative al commercio internazionale, va distinto dai vari istituti arbitrali disciplinati dai sistemi giuridici interni dei vari Stati, i quali risultano spesso per vari aspetti collegabili al sistema giurisdizionale di questi ultimi³. Parlando di realtà socialmente tipica, peraltro, non si intende qui far altro che prendere atto della diffusione contemporanea dell'istituto arbitrale a livello di relazioni commerciali internazionali, anche a seguito del sostegno offerto a tale diffusione dall'opera di alcune istituzioni operanti a livello internazionale, ma separatamente dagli Stati, come la Camera di commercio internazionale di Parigi⁴. Se questa constatazione è imposta da una semplice considerazione della pratica affermatasi a livello universale, senza distinzione di sistemi giuridico-politici o di blocchi ideologici⁵, essa non implica di per sé un'adesione al punto di vista,

1961 sulla quale si veda oltre nel testo. Sul piano dottrinale, si vedano CARABIBER, *L'évolution de l'arbitrage commercial international*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, XCIX (1961-I), 119 ss.; FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965; P. LALIVE, *Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial*, in *Recueil des cours*, CXX (1967-I), 573 ss.; SANDERS, *Trends in the Field of International Commercial Arbitration*, in *Recueil des cours*, CXLV (1975-11), 207 ss.

² Come quello della Convenzione di Bruxelles del 27-9-1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni, nell'ambito degli Stati membri originari della C.E.E. (esecutiva 1. 21-6-1971, n. 804), destinata ad essere estesa agli Stati che sono divenuti successivamente membri della Comunità.

³ A tali arbitrati si riferisce propriamente la qualifica di arbitrati nazionali od esteri. Sulle controversie concernenti la relativa definizione, nell'ambito dell'ordinamento italiano, si vedano: MIGLIAZZA, *Arbitrati nazionali e arbitrati esteri*, *RDIn*, 1954, 203 ss.; RICCI, *La nozione di arbitrato estero*, *RDPr*, 1961, 606 ss.; LUZZATTO, *Questioni sulla rilevanza dell'arbitrato estero*, in *Com. e studi Ist. dir. int. stran. Univ. Milano*, XI (1963), 239 ss.

⁴ La Camera di commercio internazionale, sorta nel 1919, organizza, com'è ben noto, un arbitrato istituzionalizzato fra i più diffusi nella pratica: su di esso si veda CRAIG, PARK AND PAULSSON, *ICC Arbitration*, Dobbs Ferry-New York, 1984.

⁵ Sulla diffusione dell'arbitrato commerciale internazionale cfr. in generale DAVID, *Rapport sur*

peraltro largamente sostenuto, secondo il quale l'arbitrato commerciale internazionale dovrebbe venir oggi considerato come una realtà giuridica espressa dalla cosiddetta *lex mercatoria* ed operante come tale nell'ambito di un ordinamento giuridico diverso da quello degli Stati⁶. Una simile conclusione appare, in realtà, eccessiva di fronte alla suddivisione della società universale in una pluralità di comunità organizzate a Stato, ed alla posizione ancor oggi determinante, anche se non più esclusiva, di cui gli Stati godono nel regolamento giuridico della vita sociale. La possibilità di isolare una realtà denominata arbitrato commerciale internazionale come fatto sociale ben individuato non va dunque confusa con la configurabilità di un autonomo istituto giuridico operante ed esistente a livello di una comunità umana in sé definita, la cosiddetta comunità internazionale dei commercianti, e dotata di una propria autonoma individualità in qualche modo contrapposta alle realtà giuridiche espresse dagli ordinamenti statali.

2. *Il riconoscimento dell'arbitrato commerciale internazionale da parte del diritto statale*

In realtà, la storia dell'arbitrato in generale mostra come esso sia da considerare il prodotto di società ed associazioni diverse dalla società statale, delle quali esso costituisce una particolare forma di auto-organizzazione: sicché la vicenda dell'istituto è, sempre ed ovunque, vicenda di riconoscimento, o invece di negazione e scontro, da parte dell'ordinamento dello Stato, in breve di «emersione» dell'arbitrato a livello del diritto di quest'ultimo⁷. A questa vicenda non si sottrae nemmeno l'arbitrato commerciale internazionale: ed il suo riconoscimento come vero e proprio istituto giuridico rispetto alle varie forme di arbitrato proprie dei singoli diritti statali può conseguire soltanto dalla posizione di una disciplina normativa, internazionale od interna, idonea ad assicurare tale risultato. Il ricono-

l'arbitrage conventionnel en droit privé. Etude de droit comparé, Roma, 1932; *Arbitrage du XIXe siècle et arbitrage du XX siècle*, in *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, 1965, 219 ss.; *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, 1982, e in versione inglese, *Arbitration in International Trade*, Deventer, 1985.

⁶ Sul punto si vedano GOLDMAN, *Frontières du droit et lex mercatoria*, in *Archives de philosophie du droit*, 1964, 185 ss.; FOUCHARD, *L'arbitrage*, cit.; BRUNS, MOTULSKI, *Tendances et perspectives de l'arbitrage international*, in *Rev. int. droit comparé*, 1957, 717 ss. In senso nettamente contrario alle impostazioni ricordate, cfr. MANN, *State Contracts and International Arbitration*, in *British Year Book of Int. Law*, 1967 e in *Studies of International Law*, Oxford, 1973, 256 ss.; *Lex Facit Arbitrum*, in *International Arbitration. Liber Amicorum M. Domke*, The Hague, 1967, 157 ss. Per una manifestazione giurisprudenziale cfr. Cass. 8-2-1982, n. 722, *RIPP*, 1982, 829 ss., e su di essa GIARDINA, *Arbitrato transnazionale e lex mercatoria di fronte alla Corte di cassazione*.

⁷ Si vedano MINOLI, *Studi e proposte per una legge uniforme sull'arbitrato*, in *Atti del Convegno internazionale per la riforma dell'arbitrato*, Milano, 1954, 39 ss.; FAZZALARI, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, *RDPr*, 1968, 459 ss. Cfr. altresì GLOSSNER, *Arbitration: A Glance Into History*, in *Hommage à Frédéric Eisemann*, Paris, 1978, 79 ss.

scimento dell'arbitrato commerciale internazionale come istituto giuridico a sé stante implica peraltro attribuzione di rilevanza giuridica a talune sue essenziali caratteristiche, in modo da permetterne l'esplicarsi con effetto per il diritto dello Stato. Questo risultato può naturalmente essere assicurato in modo più o meno completo. Lo è in modo completo, ove l'arbitrato possa aver luogo – dal suo inizio sino all'emanazione del suo atto conclusivo, ossia della decisione degli arbitri (o lodo, per usare il termine noto al diritto italiano) – senza alcun contatto con un determinato sistema giuridico statale, e sulla sola base di norme e principi diversi da quelli appartenenti a quest'ultimo. Ove ciò sia possibile, la realtà sociale dell'arbitrato commerciale internazionale viene interamente tradotta in realtà giuridica, ed il processo arbitrale ha luogo sulla sola base del suo naturale fondamento consensuale, ossia in virtù dell'autoregolamentazione attuata dalle parti, con o senza ricorso ad apparati preorganizzati (come nel caso dell'arbitrato «istituzionalizzato») ⁸. Ove ciò sia possibile, rimane estraneo al processo arbitrale qualsiasi connotato di «nazionalità», inteso come collegamento esclusivo con un determinato ordinamento statale. Una nazionalità potrà venire conferita, soltanto in un momento logicamente e giuridicamente successivo, alla decisione degli arbitri, là ove questa sia sottoposta ad una procedura nazionale di riconoscimento, ad esempio al fine di ricollegarvi effetti esecutivi. Ma ciò non toglie che l'arbitrato in sé conservi, in tal caso, il suo carattere di vero e proprio arbitrato internazionale nel senso che si è chiarito.

Ma il riconoscimento del carattere internazionale può essere soltanto parziale, nel senso che al processo arbitrale può venire riconosciuta rilevanza giuridica, ai vari fini che ad esso sono propri, soltanto in presenza di determinati collegamenti con l'ordinamento giuridico dell'uno o dell'altro Stato, o dell'applicazione del relativo diritto, oppure in presenza di determinati altri requisiti (come ad es., la differenza di nazionalità delle parti) ⁹. In queste ipotesi, la rilevanza del fatto sociale viene variamente condizionata in modo da «ritagliare» da esso le fattispecie alle quali si intende attribuire rilevanza, escludendone alcune. Per queste ultime, rimane fermo il carattere di procedimenti nazionali ossia appartenenti all'uno od all'altro Stato in virtù di un dato collegamento con la relativa disciplina giuridica: e sarà pertanto appropriata la definizione, dal punto di vista di ciascuno Stato, di arbitrati nazionali ed arbitrati esteri.

⁸ Per l'affermazione del fondamento consensuale dell'istituto arbitrale in genere, cfr. le decisioni della Corte costituzionale del 12-2-1963, n. 2 (*GiC*, 1963, 20 ss. nt. Barile) e 14-7-1977, n. 127 (*GiC*, 1977, 1103 nt. Andrioli). Sul tema si vedano anche le osservazioni di MIRABELLI (G.), *Arbitrato: fenomeno in evoluzione*, RA, 1982, 237 ss.

⁹ In questo senso alcune leggi interne di esecuzione della Convenzione di New York del 1958 hanno circoscritto l'applicazione interna della medesima a rapporti che non siano esclusivamente «interni», nel senso che le leggi stesse si preoccupano di definire: cfr. il § 202 dell'Arbitration Act americano del 31-7-1970 e l'Arbitration Act inglese del 25-2-1975. Leggi del genere non sono peraltro conformi a quanto richiesto dalla Convenzione di New York (cfr. GAJA, *Introduction*, I.A.3 in *International Commercial Arbitration. New York Convention*, Part. I, Dobbs Ferry 1978). Si veda anche la definizione della sfera di applicazione della Convenzione di Ginevra del 1961 (art. 1).

Stabilire in concreto fino a dove il riconoscimento si spinga è, naturalmente, compito da assolvere con riferimento ad ogni specifico sistema normativo, interno od internazionale. In via generale, può dirsi che, con poche eccezioni, i legislatori interni tendono ad ignorare la figura dell'arbitrato commerciale internazionale nelle regolamentazioni nazionali da essi direttamente poste in essere, limitandosi a lasciare spazio alla normativa internazionale convenzionale una volta che questa sia resa applicabile all'interno dello Stato in virtù dei consueti strumenti di adattamento. Alcuni importanti esempi in senso contrario sono tuttavia noti alla prassi recente, primo fra tutti quello francese: il *Décret* n. 81-500 del 12-5-1981 ha introdotto in Francia, fra l'altro, il libro IV del nuovo codice di procedura civile del 1975 comprendente un titolo V (artt. 1492-1497) intitolato all'arbitrato internazionale, definito dall'art. 1492 come quello «qui met en cause des intérêts du commerce international»¹⁰.

3. *Il riconoscimento dell'arbitrato commerciale internazionale ad opera delle convenzioni internazionali*

Il compito di assicurare più adeguato riconoscimento alla figura dell'arbitrato commerciale internazionale è affidato alle convenzioni internazionali. È noto che il movimento internazionale relativo all'arbitrato è iniziato in epoche ormai lontane, essendosi tradotto già all'epoca della Società delle Nazioni nella conclusione del Protocollo di Ginevra del 24-9-1923 sulle clausole arbitrali e della Convenzione di Ginevra del 26-9-1927 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere. Tali convenzioni, peraltro, risentivano di un punto di vista del tutto tradizionale nel considerare clausole arbitrali, arbitrati e sentenze da essi risultanti come necessariamente collegati con un sistema giuridico nazionale, e nell'imporre pertanto agli Stati contraenti l'obbligo di assicurarne il riconoscimento come espressione dei sistemi stessi, su di una base di stretta reciprocità. Arbitrati e lodi non potevano essere, in questa prospettiva, altro che collegati ad uno Stato dal vincolo della nazionalità, e nessun procedimento veniva considerato come idoneo a svolgersi al di fuori del controllo, quantomeno potenziale, delle norme appartenenti al sistema con il quale esso doveva essere collegato in base al criterio assunto come rilevante¹¹.

Del tutto diversa la prospettiva accolta dalle più recenti convenzioni interna-

¹⁰ Su questa normativa si vedano DERAIS, National Report France, in *Yearbook Commercial Arbitration*, VII, 1982, 3 ss.; FOUCHARD, *L'arbitrage international en France après le décret du 12 Mai 1981*, in *Journal dr. int.*, 1982, 395 ss.; e *La réforme de l'arbitrage international en France* (Atti del colloquio di Parigi del 23-9-1981), in *Revue de l'arbitrage*, 1981, 449 ss. Dispone in senso analogo anche il Code Djiboutien de l'arbitrage international (legge di Gibuti del 13-2-1984) il cui testo si può leggere in *RA*, 1984, 177 ss.

¹¹ Si vedano le considerazioni di cui oltre nel testo, e MIGLIAZZA-LUZZATTO, *Le convenzioni internazionali in tema di arbitrato e il diritto italiano*, *RDPr*, 1973, 214 ss.

zionali, ed in particolare da quella di New York del 10-6-1958 e da quella di Ginevra del 21-4-1961. In base a questi testi convenzionali, l'arbitrato viene riconosciuto nelle sue caratteristiche proprie, come fenomeno che si svolge nell'area assegnatagli dall'iniziativa delle parti e non come prodotto del diritto statale¹². La storia legislativa della prima convenzione citata, quella di New York, è particolarmente significativa in questo senso. L'iniziativa originaria per la stipulazione della convenzione risale infatti ad un progetto elaborato nel 1953 dalla Camera di commercio internazionale, intitolato al riconoscimento delle sentenze arbitrali «internazionali». In base al progetto, le sentenze arbitrali relative a controversie nascenti dal commercio internazionale, purché presentassero determinati requisiti, dovevano essere riconosciute dagli Stati contraenti come tali, in vista degli effetti che andavano loro ricollegati sulla sola base della volontà delle parti di ricorrere alla via arbitrale. Nessun collegamento con il sistema giuridico di uno Stato acquisiva rilevanza ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione della decisione: il progetto veniva, così, a garantire nel modo più ampio il riconoscimento del carattere internazionale dell'arbitrato e della sentenza, ponendo un obbligo per gli Stati che ne fossero divenuti parti di ricollegare effetti nell'ambito dei propri sistemi alle fattispecie direttamente descritte ed assunte come rilevanti dalle norme contenute nel progetto stesso, senza riguardo alcuno al fatto che tali fattispecie trovassero preventiva assunzione da parte del diritto di uno o dell'altro Stato¹³.

È noto, tuttavia, che la prospettiva adottata dal progetto della C.C.I. non venne interamente accettata dal Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite, chiamato a redigere la propria relazione sul progetto in questione, né dalla conferenza internazionale dalla quale uscì la Convenzione di New York. Il Consiglio, per parte sua, tentò infatti di ricondurre la prospettiva del nuovo testo a quella, tradizionale, già propria della Convenzione di Ginevra del 1927, facendo di ogni

¹² Sulla disciplina delle convenzioni internazionali in genere sotto il profilo indicato, si vedano MIGLIAZZA, *Natura ed efficacia dell'arbitrato internazionale*, RIPP, 1973, 733 ss.; BERNINI, *L'arbitrato internazionale*, RA, 1979, 133 ss.; sul movimento internazionale si vedano anche LALIVE, *Codification et arbitrage international*, in *Études offertes à B. Goldman*, Paris, 1983, 151 ss., e sull'atteggiamento della giurisprudenza interna nei confronti dell'arbitrato internazionale, DELAUME, *L'arbitrage transnational et les tribunaux nationaux*, in *Journal dr. int.*, 1984, 521 ss.

¹³ Si veda *L'exécution des sentences arbitrales internationales*, Rapport et avant-projet de convention adoptés par le Comité de l'arbitrage international à la session du 13 mars 1953, Brochure No. 174 della C.C.I.; e la dichiarazione fatta da Haight circa la posizione della C.C.I. alla Conferenza di New York (terza seduta del 21-5-1958, E/CONF/26/SR3), in *Int. Comm. Arbitration. New York Convention*, cit., III.C.10. In generale sulla storia legislativa della Convenzione, DOMKE, *The U.N. Conference on International Commercial Arbitration*, in *Am. Journal Int. Law*, 1959, 414 ss.; CONTINI, *International Commercial Arbitration, The U.N. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, in *American Journal Comp. Law*, 1959, 283 ss.; BERTHEAU, *Das New Yorker Abkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche*, Winterthur, 1965, 25 ss.; VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Deventer, 1981, 6 ss.

sentenza arbitrale l'espressione di una sovranità statale, che la nuova convenzione avrebbe dovuto imporre agli Stati contraenti l'obbligo di riconoscere. Ma la Conferenza segnò un ritorno, almeno parziale, all'originaria impostazione della C.C.I. Infatti, nel testo definitivo l'applicazione della Convenzione non è più condizionata alla reciprocità, perlomeno per quegli Stati che non si siano avvalsi della prima riserva prevista ed ammessa dall'art. I.3 della Convenzione¹⁴ (14). L'Italia, com'è noto, non ha formulato alcuna riserva all'atto dell'adesione alla Convenzione. Pertanto, in assenza di riserva, le sentenze arbitrali considerate dalla Convenzione (benché denominate, nel testo finale, «straniere» e non più internazionali) devono essere riconosciute ed eseguite a prescindere da qualsiasi collegamento con uno Stato che sia anch'esso parte della Convenzione: e ciò evidenzia una fondamentale differenza nei confronti delle tradizionali convenzioni sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere, alle quali quella di Ginevra del 1927 poteva invece essere assimilata. Inoltre, dal punto di vista della Convenzione di New York un determinato arbitrato non è più considerato come necessariamente collegato con un ordinamento giuridico interno sin dal suo inizio. Un collegamento è previsto dalla Convenzione soltanto a posteriori, nel senso che alcune norme della medesima richiedono che talune condizioni per il riconoscimento e l'esecuzione debbano essere valutate in base a leggi statali variamente determinate (cfr. art. V della Convenzione). Ma i sistemi giuridici così individuati non sono sistemi nell'ambito dei quali il fenomeno arbitrale debba venire *inquadrato* ai fini della sua riconoscibilità: si tratta al contrario di meri sistemi di *riferimento*, ai quali la Convenzione fa rinvio per la valutazione di singoli aspetti del complesso procedimento arbitrale, in assenza di regole convenzionali direttamente poste e secondo taluni orientamenti almeno in materia di procedura arbitrale il riferimento al diritto nazionale potrebbe essere interamente sostituito dal rinvio alla semplice volontà delle parti¹⁵.

La Convenzione di New York del 1958 segna così un decisivo distacco dall'impostazione tradizionale, pur mantenendo una certa ambiguità quanto all'estensione del riconoscimento del carattere internazionale dell'arbitrato: ed è sintomatico il fatto che l'espressione «arbitrato commerciale internazionale» sia ad essa ancora sconosciuta. Un progresso più deciso, sotto questo profilo, è segnato dalla Convenzione europea commerciale internazionale, conclusa a Ginevra nel 1961, la quale – oltre alla disciplina tendenzialmente uniforme di alcuni aspetti della procedura arbitrale – si preoccupa di fornire uno strumento idoneo ad assicurare

¹⁴ Sull'atteggiamento del Consiglio si vedano le opere citate alla nota precedente. La prima riserva prevista dall'art. 1(3) della Convenzione permette agli Stati di dichiarare all'atto della firma, ratifica o adesione che essi non applicheranno la Convenzione se non alle sentenze rese sul territorio di un altro Stato contraente. La seconda riserva prevista dalla norma riguarda invece la limitazione dell'applicazione della disciplina convenzionale ai rapporti considerati commerciali dalla legge nazionale. Su tali riserve, formate da molti Stati aderenti, si veda VAN DEN BERG, *The New York Arb. Conv.*, cit., 12 ss., 51 ss.

¹⁵ Sul punto si veda *infra*, par. 10.

la regolare organizzazione e lo svolgimento dell'arbitrato su di una base puramente internazionale, anche di fronte a clausole arbitrali cosiddette bianche ed all'eventuale inattività di una delle parti¹⁶.

La sfera soggettiva ed oggettiva di applicazione della Convenzione di Ginevra è tuttavia limitata, sicché essa non può assumere nella pratica quel significato che è proprio della sola Convenzione di New York, vero e proprio testo fondamentale in materia di arbitrato commerciale internazionale dal quale nessuno sviluppo futuro può ormai prescindere. Sul piano generale, nessun'altra realizzazione sin qui raggiunta, per quanto significativa, può assumere pari rilevanza. Così la Convenzione di Washington del 18-3-1965 sulla soluzione delle controversie in materia di investimenti fra Stati e privati stranieri, pure assai importante per essere riuscita ad organizzare un arbitrato istituzionalizzato del tutto indipendente da qualsiasi sistema giuridico statale, trova evidenti limitazioni nella specialità della materia considerata¹⁷: né il suo esempio, strettamente condizionato all'esistenza di una struttura istituzionale idonea ad amministrare l'arbitrato, appare suscettibile di condurre alla creazione di figure analoghe di arbitrato internazionale «amministrato», se non altro per il grande numero di istituzioni arbitrali attualmente esistenti.

La disciplina dello svolgimento delle procedure arbitrali internazionali rimane così affidata dalla normativa vigente essenzialmente all'autoregolamentazione delle parti, le quali in virtù dell'ampio spazio assicurato alla loro autonomia possono provvedere al riguardo sia direttamente, sia attraverso il riferimento a complessi normativi predeterminati¹⁸.

¹⁶ Sulla Convenzione si vedano, per tutti, KAISER, *Das europäische Uebereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961*, Zürich, 1967; LUZZATTO, *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la Convenzione di Ginevra del 1961*, RIPP, 1971, 47 ss.

¹⁷ Si vedano in generale BROCHES, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, in *Recueil des cours*. CXXXVI (1972-II). 331 ss.; CHERIAN, *Investment Contracts and Arbitration, The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes*, Leiden, 1975.

¹⁸ La tendenza del movimento internazionale attuale appare orientata nel senso di predisporre regole arbitrali uniformi o modelli di legge uniforme. Da segnalare al riguardo l'attività svolta dall'UNCITRAL (le regole uniformi da essa predisposte si leggono in *Int. Legal Materials*, 1976, 141 ss.; sul progetto di legge modello – poi approvato definitivamente dall'organizzazione nel 1985 – si vedano gli atti del Convegno dedicato al tema nel 1984 dall'International Council for Commercial Arbitration nel volume *UNCITRAL's Model Law on International Commercial Arbitration*, Deventer, 1985, e KERR, *Arbitration and the Courts: The UNCITRAL Model Law*, in *Intern. Comp. Law Quarterly*, 1985, 1 ss.). Norme uniformi nell'ambito dell'arbitrato delle Camere di commercio esistono anche nei Paesi socialisti facenti parte del COMECON: cfr. SCHMFTTHOFF (ed.), *International Commercial Arbitration*, cit., 7 ss. della Parte III.

II. La deroga alla giurisdizione statale

4. *Il riconoscimento degli effetti della convenzione arbitrale*

Il primo aspetto sotto il quale l'arbitrato commerciale internazionale, al fine di esplicitare adeguatamente la propria funzione, richiede di trovare riconoscimento da parte del diritto interno dello Stato, riguarda la possibilità che esso rimanga il solo mezzo rilevante di composizione della controversia. Perché ciò accada, occorre che le conseguenze della clausola o convenzione arbitrale (compromesso o clausola compromissoria) siano riconosciuti dal diritto dello Stato anche nel loro effetto comunemente denominato negativo o privativo: ossia, in quella particolare loro conseguenza che si concreta nel porre un impedimento allo svolgersi di un parallelo processo avanti all'autorità giurisdizionale dello Stato. È infatti sin troppo evidente che l'idoneità dell'arbitrato commerciale internazionale a risolvere in modo effettivo la controversia verrebbe ad essere gravemente frustrata, qualora fosse ammesso anche in presenza di valide clausole arbitrali il ricorso al giudice dello Stato in base alle normali regole di competenza giurisdizionale del medesimo.

Per quanto l'affermazione appena esposta possa apparire ovvia, i vari ordinamenti giuridici statali si sono spesso dimostrati lontani dall'ammettere incondizionatamente che la semplice manifestazione di una volontà privata di compromettere in arbitri le controversie nascenti dai rapporti del commercio internazionale fosse idonea di per sé sola ad escludere l'esercizio della giurisdizione dello Stato¹⁹. Particolarmente restrittivo al riguardo si è mostrato il legislatore italiano del 1942, il quale – nell'art. 2 del codice di procedura civile – ha ammesso la possibilità di derogare alla giurisdizione italiana in favore di arbitri che pronuncino all'estero soltanto in presenza di precisi ed intensi aspetti di estraneità delle parti, e cioè solo nel caso di rapporti fra stranieri oppure fra uno straniero ed un italiano non residente né domiciliato in Italia (e sempreché, naturalmente, la controversia riguardi la materia delle obbligazioni e la deroga risulti da atto scritto)²⁰.

Nella disciplina generale contenuta nell'art. 2 c.p.c., l'atteggiamento restrittivo dipende anzitutto dall'accoglimento di alcuni presupposti di carattere generale e teorico, quali l'idea del carattere universale della giurisdizione italiana, l'innammissibilità delle clausole di rinuncia alla medesima, e la negazione a qualsiasi

¹⁹ È significativo, sebbene appartenga ormai alla storia dell'istituto, l'atteggiamento del sistema francese sino al 1925 (a seguito di una nota pronuncia della Cassazione del 1843), nel senso di negare la validità delle clausole compromissorie, ammettendo il solo compromesso. Cfr. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage, Nature juridique, Droit interne et droit int. privé*, Paris, 1965, 20 ss.

²⁰ Sul tema GAJA, *La deroga alla giurisdizione italiana*, Milano, 1971; ed in generale MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*², Padova, 1954, 171 ss.; GIULIANO, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*², Milano, 1970, 179 ss.

procedimento estero, tanto giurisdizionale quanto arbitrale, dell' idoneità a costituire un mezzo rilevante di composizione delle controversie²¹. In altri sistemi, ispirati a tradizioni del tutto diverse, le limitazioni al pieno riconoscimento dell' effetto derogativo delle clausole arbitrali dipendono da motivi differenti, ma hanno un' incidenza assai rilevante sullo svolgimento dell' arbitrato. Si pensi, ad esempio, al tradizionale sistema inglese, nell' ambito del quale le corti erano dotate di un vasto potere discrezionale nella valutazione dell' opportunità di sospendere l' esercizio della propria giurisdizione in ordine a controversie per le quali sussistesse una convenzione arbitrale; ed al tradizionale sistema della «supervisory jurisdiction» delle corti inglesi, inteso a riservare alle medesime – nelle forme della «case stated procedure» – l' ultima parola in ordine alle questioni di diritto insorte nel corso del giudizio arbitrale²². In queste ipotesi, la riserva a favore del giudice statale nasce dall' intento di assicurare al medesimo il controllo sulla disciplina giuridica del settore del commercio internazionale, e quindi in ultima analisi il rispetto del diritto positivo posto in essere dalle fonti statali²³. Non vi è dubbio, tuttavia, che anche nell' atteggiamento di sistemi del genere l' arbitrato commerciale internazionale incontra notevoli limitazioni alla sua piena libertà di svolgimento, che postula l' idoneità della manifestazione di volontà privata contenuta nella convenzione arbitrale ad escludere il concorrente esercizio della giurisdizione degli Stati.

5. Il Protocollo di Ginevra del 1923

Al fine di assicurare la piena operatività delle clausole arbitrali di fronte ai vari atteggiamenti dei sistemi giuridici statali, appare così indispensabile l' intervento

²¹ CARNELUTTI, *Arbitrato estero e clausole di rinuncia alla giurisdizione italiana*, in *Studi di dir. processuale*, I, Padova, 1925, 3 ss., 159 ss. Si veda anche MIGLIAZZA, *Länderbericht Italien*, in *Materielles Recht und Verfahrensrecht in der int. Schiedsgerichtsbarkeit*, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Frankfurt, 1972, 113 ss.; LUZZATTO, *Questioni sulla rilevanza*, cit., 293 ss.

²² Su tale sistema e le sue caratteristiche, KERR, *The English Courts and Arbitration*, in SCHMITTHOFF (ed), *International Comm. Arbitration*, cit., 214 ss.; SCHMITTHOFF, *The Supervisory Jurisdiction of English Courts*, in *Int. Arbitration, Liber Amicorum M. Domke*, The Hague, 1967, 289 ss. Su tale sistema hanno profondamente inciso le modifiche apportate con l' Arbitration Act del 1979, il quale ha introdotto l' appello alla High Court sulle sole questioni di diritto ed ha abolito l' istituto cosiddetto dello *special case* (salvo casi limitati); su tali modifiche SCHMITTHOFF, *The U.K. Arbitration Act 1979*, in *Yearbook Commercial Arbitration*, V, 1980, 231 ss.; SANDERS, *Observations sur la loi britannique sur l' arbitrage («Arbitration Act 1979»)*, RA, 1979, 155 ss.

²³ Sotto questo profilo la questione è collegata con la tradizionale prassi di non motivare la sentenza arbitrale, riservando la motivazione ad un atto separato (prassi a sua volta connessa all' ampiezza del potere di annullamento delle corti). Sul tema cfr. KERR, *The English Courts*, cit., 214 ss.; e sulla motivazione DOMKE, *Arbitral Awards Without Written Opinions: Comparative Aspects in Int. Comm. Arbitrations*, in *XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in Honour of H.E. Yntema*, Leiden, 1961, 249 ss.

di una disciplina uniforme a livello internazionale, idonea ad imporre agli Stati contraenti l'adozione di norme uniformi adeguate, o perlomeno obblighi di risultato capaci di soddisfare le esigenze pratiche segnalate. Di ciò la prassi si è fatta carico sin da anni ormai lontani, con la conclusione del Protocollo di Ginevra sulle clausole arbitrali, concluso il 24-9-1923 sotto gli auspici della Società delle Nazioni²⁴. In base all'art. 1, il Protocollo si applicava ai compromessi ed alle clausole compromissorie conclusi da parti soggette rispettivamente alla giurisdizione di Stati contraenti diversi, mediante i quali le parti stesse si obbligavano a sottoporre ad arbitrato, in tutto o in parte, le controversie che potessero insorgere in relazione al contratto, in materia commerciale od in altra materia compromettibile, anche se l'arbitrato doveva aver luogo in un Paese diverso da quello alla cui giurisdizione ciascuna delle parti del contratto era soggetta. Di tali clausole, gli Stati contraenti erano tenuti a riconoscere la «validità»²⁵: e ciò, secondo l'art. 4 del Protocollo, implicava l'obbligo per i tribunali degli Stati contraenti aditi per una controversia relativa ad un contratto stipulato da persone considerate all'art. 1, di rinviare gli interessati, a domanda di uno di essi, alla decisione degli arbitri, sempreché l'accordo arbitrale fosse «suscettibile di essere applicato». Sempre secondo l'art. 4, tale deferimento non pregiudicava la competenza dei tribunali nel caso in cui, per un motivo qualsiasi, il compromesso, la clausola compromissoria e l'arbitrato fossero caducati o divenuti inoperanti.

Le norme contenute del Protocollo del 1923 furono indubbiamente di grande rilievo al fine di assicurare un efficace ricorso all'arbitrato commerciale internazionale nell'ambito degli Stati contraenti, evitando le difficoltà e gli ostacoli che i vari diritti interni, in vista delle più varie ragioni ed esigenze, potevano frapporre a tale ricorso. L'obbligo assunto dalle Parti contraenti di «rinviare le parti alla decisione degli arbitri», sancito dall'art. 4 del Protocollo, si dimostrò idoneo ad assicurare il risultato di evitare l'interferenza dei meccanismi giurisdizionali interni con lo svolgimento del procedimento arbitrale, attraverso l'applicazione delle norme interne utilizzabili allo scopo²⁶. Tuttavia, la disciplina di Ginevra non era

²⁴ Si veda il *Rapport du Comité d'experts juristes* nominato dalla Società, in *S.d.N. Journal Off.*, 1927, 890 ss.; e GREMINGER, *Die Genfer Abkommen von 1923 und 1927 über die internationale private Schiedsgerichtsbarkeit*, Winterthur, 1957.

²⁵ La nozione di «validità» non importa qui il rispetto di determinati requisiti di carattere formale o sostanziale, ma semplicemente la sussistenza dei presupposti indicati dallo stesso art. 1 del Protocollo. In senso tecnico, la validità dell'accordo arbitrale rimaneva sottoposta alla legge che regola lo svolgimento del procedimento arbitrale, secondo la tesi che appare preferibile; cfr. GIULIANO, *La giurisdizione*, cit., 220 ss. In certi Stati peraltro, e specialmente in Italia, è stata lungamente sostenuta la tesi del carattere processuale dell'atto (o comunque degli effetti del medesimo rilevanti in sede di giudizio circa la deroga alla giurisdizione), con la conseguenza che, in base al principio dell'art. 27 disp. prel. c.c., altre regole interne avrebbero dovuto essere applicate al fine di valutare l'operatività dell'accordo: sul punto si veda GAJA, *La deroga*, cit., 272 ss.

²⁶ Non vi è dubbio che il Protocollo stabilisse un obbligo a carico degli Stati contraenti, anche se poi le forme per assicurare il risultato voluto possono essere fra loro diverse in relazione alla struttura dei sistemi processuali interni.

sufficiente a garantire del tutto il raggiungimento delle finalità che i redattori si erano proposti sulla spinta delle esigenze della pratica. Va tenuto presente, a questo riguardo, che gli obblighi imposti dal Protocollo agli Stati contraenti riguardano le convenzioni arbitrali concluse fra «parti soggette rispettivamente alla giurisdizione di Stati contraenti diversi». Il che significa, da un lato, che le parti dell'accordo arbitrale devono appartenere a Stati diversi, e dall'altro che questi devono avere tutti la qualità di contraenti del Protocollo²⁷. Il carattere, proprio di quest'ultimo, di classico accordo internazionale strettamente condizionato alla reciprocità risulta, così, evidente. Se poi si ricorda che gli Stati contraenti del Protocollo sono circa una trentina, e che tra questi mancano alcuni fra i maggiori protagonisti del commercio internazionale come gli Stati Uniti d'America, appare chiaro che la disciplina di cui si tratta, ancorché assai significativa, è ancora lontana dall'offrire una risposta completa alle necessità che ne avevano sollecitato la creazione. E va ancora sottolineato che la disciplina in questione appare alquanto sommaria, e suscita problemi di non facile soluzione per quanto concerne il coordinamento fra regole convenzionali e norme interne. In particolare, è sempre stato assai controverso su quale base debba essere condotta la valutazione dei requisiti di validità della clausola arbitrale. Se essa deve essere compiuta in relazione ad una legge nazionale, come sembra inevitabile in mancanza di qualsiasi regola direttamente posta dal Protocollo, – il quale per «validità» intende, all'art. 1, il diverso fenomeno degli effetti positivi e negativi della clausola arbitrale – rimane però assai incerta la relativa individuazione²⁸: pur essendo, al riguardo, preferibile la tesi che va tenuta presente la legge dello Stato in cui l'arbitrato ha luogo, incluse le relative norme di diritto internazionale privato. È chiaro, comunque, che siffatte incertezze costituiscono un grave inconveniente insito nella disciplina convenzionale.

6. La Convenzione di New York del 1958

Una disciplina assai più compiuta e perfezionata si ritrova oggi nell'art. II della Convenzione di New York del 1958. Ancorché non del tutto esente da incertezze, il regime stabilito dalle norme comprese in tale articolo costituisce un notevole progresso, e dà una risposta nel complesso adeguata alle principali esigenze della materia, assicurando in misura completa l'esplicazione degli effetti propri delle clausole arbitrali pur nella garanzia del rispetto degli essenziali principi di certezza e di effettività del consenso delle parti²⁹.

²⁷ Cfr. sul punto BALLADORE PALLIERI, *L'arbitrage prive dans les rapports internationaux*, in *Recueil des cours*, LI (1935-1), 291 ss., 384 ss.; MORELLI, *Diritto processuale*, cit., 226.

²⁸ V. sopra quanto osservato alla nt. 25.

²⁹ E ciò nonostante il fatto che l'art. II sia stato introdotto nel testo della Convenzione soltanto in uno stadio assai avanzato della sua redazione, dando così origine ad alcuni problemi di coordina-

a) La norma contenuta nell'art. II (1) stabilisce che ogni Stato contraente «riconoscerà» la clausola arbitrale, a condizione che essa abbia la forma scritta e riguardi una questione suscettibile di essere risolta per via di arbitrato. L'obbligo imposto in tal modo agli Stati contraenti riguarda, anzitutto, l'effetto negativo o privativo della clausola in relazione all'esercizio della giurisdizione interna sulle controversie oggetto dell'accordo arbitrale. Tale effetto si può concretare, dal punto di vista tecnico, in uno qualsiasi degli strumenti noti ai vari diritti processuali interni: così, nel sistema italiano, si tratta di una limitazione al potere giurisdizionale dello Stato, ed il giudice deve dichiararsi carente di giurisdizione. Dal punto di vista del testo internazionale, si è ritenuto sufficiente riecheggiare i termini usati dal Protocollo di Ginevra, stabilendo che il giudice di uno Stato contraente, investito di una controversia rispetto alla quale le parti hanno concluso un accordo arbitrale secondo l'art. II, deve rinviare le parti all'arbitrato, senza che il giudice stesso possa esercitare al riguardo alcun potere discrezionale di apprezzamento, anche là ove il suo sistema processuale glielo consentirebbe³⁰. Nonostante sia stato sollevato in dottrina qualche dubbio al riguardo, appare da ritenere che la norma in questione imponga agli Stati contraenti anche il riconoscimento degli effetti cosiddetti positivi dell'accordo arbitrale, che si concretano nell'idoneità di quest'ultimo a formare la base giuridica del procedimento arbitrale ed il fondamento della competenza dell'arbitro. L'esclusione di tali effetti dall'ambito di applicazione dell'art. II non risulta, in realtà, giustificata, né sulla base del tenore letterale della norma, né sotto il profilo della sua ragion d'essere: anzi è ragionevole ritenere, in difetto di contrarie indicazioni che abbiano carattere univoco, che i redattori abbiano inteso conservare alla norma una portata non inferiore a quella che era già propria del Protocollo di Ginevra³¹. È peraltro da osservare che questa conclusione non significa affatto che l'art. II venga a sostituire interamente le norme interne relative ai requisiti richiesti per la validità dei compromessi e delle clausole compromissorie. Anche se la Convenzione di New York tace sul punto, è da ritenere che la disciplina in essa contenuta riguardi soltanto quegli accordi arbitrali che presentino un carattere di internazionalità obbiettiva, nel senso di essere collegati a Stati diversi in virtù di caratteri soggettivi delle parti (nazionalità, residenza, domicilio) o di elementi propri della procedura arbitrale (luogo di pronuncia del lodo, ecc.)³². Essa rimarrà dunque applicabile – ed imporrà l'at-

mento: cfr. per i vari testi preliminari GAJA (ed.), *Int. Comm. Arb. New York Convention*, cit. Part. III.A.1 e III.B.6. Per un quadro di insieme dell'applicazione di tale parte della disciplina convenzionale, si veda VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention*, cit., 121 ss.

³⁰ Tipico al riguardo il caso del sistema britannico, dove l'art. I (1) dell'Arbitration Act del 1975 inteso a dare esecuzione interna alla Convenzione di New York si preoccupa di affermare espressamente la mancanza di qualsiasi potere discrezionale delle corti al riguardo.

³¹ In senso contrario cfr. però GAJA, *Introduction*, cit., I.B.1.

³² Sul punto cfr. BERTHEAU, *Das New Yorker Abkommen*, cit., 25 ss. Gli elementi di internazionalità ricordati nel testo riproducono quelli che certe leggi di attuazione della Convenzione conside-

tribuzione alle clausole arbitrali dei loro effetti positivi e negativi – tanto nell'ipotesi di accordo inteso a dar vita ad arbitrato sottoposto ad un diritto diverso da quello dello Stato dal punto di vista del quale l'accordo viene in considerazione, quanto in quella di arbitrato regolato dal diritto di questo Stato, ma caratterizzato da più o meno intensi elementi di internazionalità nel senso appena chiarito.

Rispetto alla disciplina contenuta nella convenzione ginevrina del 1923, comunque, rimane ferma la fondamentale differenza costituita dal fatto che l'applicabilità della norma non è subordinata all'appartenenza dei soggetti a Stati diversi, né all'appartenenza di questi ultimi al sistema convenzionale: l'effetto dell'accordo arbitrale deve essere riconosciuto anche quando le parti siano cittadine dello stesso Stato, salvo quanto appena osservato a proposito dell'internazionalità obbiettiva dell'atto.

b) La norma convenzionale di cui si tratta non offre una definizione degli accordi arbitrali da essa considerati. Essa afferma peraltro che con tale accordo le parti si impegnano a sottoporre ad arbitrato tutte le controversie insorte fra di loro riguardo ad un determinato rapporto giuridico, contrattuale o non, od alcune fra di esse, e che tale rapporto deve riguardare una questione suscettibile di essere risolta per via arbitrale. Ne consegue che la norma considera tanto i compromessi, quanto le clausole compromissorie; che essa esclude accordi che riguardino qualsiasi controversia possa sorgere fra le parti senza riferimento ad un rapporto giuridico definito, e che vale il limite consueto dell'arbitrabilità della controversia. A quest'ultimo proposito, il silenzio della Convenzione in merito ai criteri applicabili al relativo giudizio rende inevitabile la conclusione che deve esservi applicata una legge nazionale: e precisamente, quella dello Stato nell'ambito del quale deve essere effettuato il riconoscimento degli effetti, positivi o negativi, della clausola arbitrale. In connessione con quanto previsto dall'art. II (3) della convenzione, poi, anche l'arbitrabilità di una determinata controversia in base ad una legge diversa può acquistare rilevanza ai fini del giudizio circa l'idoneità dell'accordo a produrre i suoi normali effetti³³.

c) L'accordo arbitrale deve inoltre essere redatto in forma scritta. Come tale si intende, secondo l'art. II (2), anche la clausola inserita in un contratto o l'accordo contenuto in uno scambio di lettere o di telegrammi, oltre naturalmente a quello regolarmente sottoscritto dalle parti.

La disciplina dell'aspetto formale degli accordi arbitrali rappresenta la soluzione di un problema assai delicato, che risulta dal necessario temperamento

rano rilevanti per circoscriverne in via generale la sfera di applicazione, con una limitazione che non si è ritenuta giustificata (cfr. *supra*, nt. 9).

³³ Sulla legge competente per l'accertamento dell'arbitrabilità della controversia cfr. KLEIN, *La Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, in *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1961, 229 ss.; MINOLI, *L'entrata in vigore della Convenzione di New York sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere*, *RDPr*, 1969, 539 ss.; LUZZATTO, *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la Convenzione di New York del 1958*, *RIPP*, 1968, 24 ss., 42; GAJA, *Introduction*, cit., I.B.2 ed *ivi* ulteriori riferimenti.

di esigenze contrastanti, entrambe degne di tutela: da un lato, l'esigenza di rapida ed agile conclusione di certi rapporti del commercio internazionale, e dall'altro quella di garantire la libertà del consenso della parte più debole, specie di fronte a condizioni generali di contratto predisposte dall'altro contraente che comprendano la clausola arbitrale, e più in generale di assicurare l'effettiva espressione di un consenso sul principio della soluzione delle controversie per via arbitrale. La soluzione convenzionale consacrata a New York tende ad assicurare adeguata tutela e tale libertà mantenendosi fedele al requisito tradizionale che il consenso venga espresso per mezzo della scrittura: il che esclude la sufficienza di una manifestazione puramente verbale, od il ricorso a presunzioni in caso di silenzio. Tuttavia, viene ammessa l'idoneità dello scambio di messaggi attraverso lettere o telegrammi, prescindendosi quindi in tali casi dal requisito della sottoscrizione delle parti dell'unico documento contenente l'accordo arbitrale³⁴.

La norma convenzionale non considera espressamente l'ipotesi, frequente nella pratica, di riferimento contrattuale a condizioni generali di contratto fra le quali è inserita la clausola arbitrale. Com'è noto la questione che si pone al riguardo è se sussista una valida sottoposizione all'arbitrato anche quando nel documento contrattuale sottoscritto dalle parti manca un riferimento esplicito alla clausola compromissoria. In Italia, ciò è stato costantemente escluso dalla giurisprudenza, sia pure con motivazioni diverse. Prima dell'adesione italiana alla Convenzione di New York, si riteneva spesso necessaria l'approvazione specifica per iscritto della clausola ex artt. 1341 e 1342 c.c.: ma anche a prescindere da tale più oneroso requisito, si considerava insufficiente a concretare il requisito della scrittura il mero riferimento generico fatto dalle parti ad un insieme di condizioni generali fra le quali figurasse la clausola compromissoria³⁵. La soluzione ha continuato ad essere affermata – a volte, con applicazioni eccessivamente rigide anche a volersi porre nell'ottica propria di tale giurisprudenza – anche in sede di applicazione dell'art. II della Convenzione di New York: è stato infatti ritenuto anche dalla giurisprudenza della Suprema Corte che al fine di determinare la portata della «forma scritta» di cui all'art. II, debba essere applicata la legge determinata in base all'art.

³⁴ Pertanto si ritiene che siano ricompresi nell'ambito di applicazione della norma anche lo scambio di una lettera con un telegramma o le comunicazioni con altre forme di scrittura, quali quelle a mezzo telescrivente. Sul punto GENTINETTA, *Die Lex Fori internationaler Handelsschiedsgerichte*, Bern, 1973, 305; SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, I. Tübingen 1975, 335; GAJA, *Introduction*, cit., I.B.3. Cfr. la sentenza dell'Oberster Gerichtshof austriaco del 17-11-1971, in *Juristische Blätter*, 1974, 629 ss. Per un ampio panorama dell'applicazione della Convenzione sul punto, cfr. VAN DEN BERG, *The New York Arb. Conv.*, cit. 170 ss.

³⁵ Per la ricostruzione delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali cfr. GIULIANO, *La giurisdizione*, cit., 182 ss.; GAJA, *La deroga*, cit., 272 ss.; MIRABELLI, *Clausole compromissorie per relationem e arbitrato commerciale internazionale*, RA, 1977, 77 ss.; LUZZATTO, *Una questione sempre aperta: la «forma» della clausola compromissoria per arbitrato estero*, in *Ann. Fac. Giur. Univ. Genova*, XVI (1977), 841 ss., e *DM*, 1977, 403 ss. Su di un piano comparativo cfr. POUURET, *La clause compromissoire par référence selon la Convention de New York et l'art. 6 du Concordat sur l'arbitrage*, in *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne, 1985, 523 ss.

26 disp. prel. c.c. con la conseguenza che, ove la legge sostanziale applicabile risulti essere quella italiana, sono i principi propri di quest'ultima a dover essere applicati³⁶.

Una soluzione del genere non può peraltro essere condivisa. In primo luogo, è chiaro che l'art. II della Convenzione di New York costituisce una norma che contiene un regolamento uniforme della materia considerata, e tale regolamento va determinato ed interpretato sulla sola base dei criteri applicabili all'interpretazione del testo convenzionale, senza richiamo alcuno ai principi appartenenti al sistema interno. Il richiamo internazionalprivatistico proprio dei singoli ordinamenti statali non può trovare a questo riguardo utilizzazione alcuna. La sovrapposizione di criteri desunti dalla legge interna non può che falsare l'interpretazione della norma convenzionale, contraddicendo le esigenze di applicazione uniforme di questa. Inoltre, sul piano della ricostruzione del significato e della portata «internazionale» della norma dell'art. II (2) l'adesione al principio tradizionale nell'ambito del diritto italiano in materia di negozi formali *per relationem* può apparire eccessivamente restrittiva, se il principio è applicato in modo assoluto: in effetti, tutto ciò che la norma richiede è la ragionevole garanzia dell'effettiva esistenza del consenso delle parti in ordine alla clausola arbitrale, ed essa può sussistere, a seconda dei casi, anche di fronte ad un richiamo generale alle condizioni generali di contratto³⁷.

d) L'obbligo degli Stati contraenti di attribuire efficacia agli accordi arbitrali considerati dalla Convenzione viene a cessare nelle ipotesi menzionate nell'art. II (3) della medesima: precisamente, quando l'accordo è invalido, inoperante o insuscettibile di essere applicato.

Le ipotesi individuate dall'art. II (3) non sono definite con termini dotati di un significato tecnico sufficientemente preciso, e lasciano qualche margine di dubbio. È certo, anzitutto, che la validità dell'accordo deve essere accertata con riferimento ad uno specifico diritto nazionale, posto che la Convenzione non ne contiene una disciplina esauriente. Peraltro, essa non contiene neppure elementi idonei ad assistere l'interprete nell'individuazione del diritto applicabile. Se però si tiene presente il significato ultimo della norma, che è quello di condizionare gli effetti negativi dell'accordo arbitrale alla sua idoneità a condurre ad una decisione da parte degli arbitri, appare logico tenere presente al riguardo la legge che regola il procedimento arbitrale, ossia quella in base alla quale la decisione dovrà espli-

³⁶ Cfr. ad esempio Cass. 13-12-1971, n. 3620, *RIPP*, 1972, 565. Come un caso limite va considerata Cass. 25-5-1976, n. 1877, *FI*, 1977, I, 1551, nt. Franchi, e *RIPP*, 1977, 88, che considera inefficace ai fini della deroga alla giurisdizione italiana una clausola compromissoria contenuta nell'accordo scritto stipulato dalle parti, ma rinviante alle regole di conciliazione ed arbitrato della C.C.I.

³⁷ Cfr. LUZZATTO, *Una questione*, cit., 841 ss.; MORVIDUCCI, *La forma della clausola compromissoria secondo la Convenzione di New York del 1958*, *RDI*, 1973, 732 ss.; RECCHIA, *An Italian Approach to International Conventions on Arbitration*, in *Commercial Arbitration. Essays in Memoriam E. Minoli*, Torino, 1974, 393 ss.; GAJA, *Introduction*, cit., I.B.3.

care i propri effetti (incluse, se del caso, le relative norme di diritto internazionale privato)³⁸. La stessa conclusione vale, naturalmente, anche per quanto riguarda l'accertamento della «inoperatività» e della «insuscettibilità di essere applicato» dell'accordo, ipotesi menzionate dalla norma in questione. Tali espressioni suscitano peraltro il problema preliminare del loro esatto significato. A questo proposito, se si parte dalla considerazione che la norma si preoccupa di assicurare la possibilità che il procedimento arbitrale si svolga validamente e conduca all'emanazione di un lodo capace di risolvere efficacemente la controversia, appare logico concludere che l'accordo arbitrale dovrà ritenersi inoperante od insuscettibile di essere applicato tutte le volte che la possibilità di svolgimento dell'arbitrato risulta esclusa o paralizzata per ragioni diverse dall'invalidità dell'accordo stesso. Ciò si verificherà, ad esempio, ove la controversia non sia suscettibile di soluzione arbitrale secondo la legge che regola la procedura, ove sopravvenga la morte o l'incapacità degli arbitri designati o venga meno la relativa competenza, e così via³⁹: non, invece, nel caso che la controversia sottoposta ad arbitrato sia connessa con altra portata alla cognizione dell'autorità giudiziaria (il che, secondo il tradizionale indirizzo della giurisprudenza italiana, provoca l'assorbimento della competenza arbitrale in quella del giudice, ove si tratti di arbitrato nazionale). Questa peculiare, e discussa, ipotesi di venir meno della competenza arbitrale non può considerarsi compresa nelle ipotesi previste dall'art. II (3), come del resto è stato riconosciuto dalla Corte di Cassazione⁴⁰.

Una ulteriore ipotesi di inoperatività o insuscettibilità dell'accordo di essere eseguito ai fini dell'art. II (3) sussiste quando risulti certo che la decisione risultante dall'arbitrato non sarà suscettibile di riconoscimento ed esecuzione nel territorio dello Stato nel quale vengono invocati gli effetti negativi dell'accordo arbitrale⁴¹. Invece, non sembra possa farsi rientrare in alcuna delle ipotesi previste da

³⁸ La soluzione indicata sembra preferibile ad altre individuate dalla dottrina, come ad esempio il ricorso alla legge indicata dall'art. V (1) (a) della Convenzione: si vedano al riguardo GIULIANO, *La giurisdizione*, cit., 226 ss.; LUZZATTO, *Accordi internazionali*, cit., 43 ss. Può naturalmente accadere che nessuna legge nazionale sia applicabile come tale alla procedura arbitrale (cfr. art. V (1) (d) della Convenzione ed *infra*, par. 10 del testo): in tal caso, tutto ciò che si dovrà accertare ai fini dell'art. II (3) sarà l'idoneità del procedimento a tradursi in un lodo arbitrale, salvi ovviamente gli ulteriori controlli che diverranno possibili in sede di circolazione internazionale della sentenza. Fino a tale momento, negare il dovere dei giudici degli Stati contraenti di spogliarsi della cognizione della controversia sarebbe contrario alla Convenzione.

³⁹ Sulla questione si veda KLEIN, *Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d'arbitrage international*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1961, 499 ss., 519.

⁴⁰ Cass. 15-9-1977, n. 3989, *RIPP*, 1978, 771 ss.; Cass. sez. un. 12-1-1982, n. 124, *RA*, 1982, 166. In precedenza il contrario era stato affermato da T. Milano, 22-3-1976, *Sopac Italiana c. Bukama e Fimm. RDP*, 1977, 556 ss. nt. Tamburini.

⁴¹ Entro questi limiti la sussistenza di un collegamento fra le regole convenzionali sul riconoscimento degli effetti dell'accordo arbitrale e quelle sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze è certamente da ammettere, ed è largamente affermata: cfr. BÜLOW, *Zwischenstaatliche Fragen der Schiedsgerichtsbarkeit nach dem UN-Uebereinkommen vom 10. Juni 1958*, in *Juristische Blätter*, 1961. 301 ss.: BERTHEAU, *Das New Yorker Abkommen*, cit., 26 ss.; MINOLI, *L'entrata in vigore*,

quella norma il caso in cui la decisione arbitrale debba essere resa in uno Stato che non sia parte della Convenzione di New York, ove lo Stato nel quale viene fatto valere l'effetto negativo dell'accordo arbitrale abbia formulato la prima riserva prevista dall'art. I (3) della Convenzione, in tal modo escludendo il proprio obbligo di dare riconoscimento ed esecuzione alla sentenza arbitrale⁴². Infatti, una tesi del genere verrebbe a restringere l'ambito di applicazione della Convenzione rispetto a quanto avveniva in base al regime del Protocollo di Ginevra, il che non appare plausibile. Inoltre, nulla esclude che, anche là ove non sussista un obbligo convenzionale, l'efficacia della sentenza arbitrale possa essere assicurata in base a trattati bilaterali od alle norme interne dello Stato in questione⁴³. Anche qui, appare da accogliere la tesi che la preclusione all'esercizio della giurisdizione verrà a cessare soltanto ove risulti certo che riconoscimento ed esecuzione della sentenza arbitrale non potranno comunque aversi⁴⁴.

7. La Convenzione di Ginevra del 1961

Qualche incidenza sulla disciplina della validità e degli effetti degli accordi arbitrati è idonea a spiegare anche la già ricordata Convenzione di Ginevra del 21-4-1961 sull'arbitrato commerciale internazionale. Per quanto intesa a risolvere soprattutto problemi inerenti alla procedura arbitrale, la Convenzione contiene qualche norma rilevante anche ai fini che qui interessano, e precisamente gli artt. I, IV, V e VI⁴⁵.

L'art. I (2) (a) stabilisce che si intende per convenzione di arbitrato, oltre alle clausole compromissorie ed ai compromessi firmati dalle parti o compresi in scambi di note, telegrammi e comunicazioni via telescrivente, anche – nei rapporti fra Paesi la cui leggi non impongono la forma scritta alla convenzione di arbitrato, – ogni convenzione conclusa nelle forme ammesse da dette leggi⁴⁶. La norma ha

cit., 545 ss.; SCHLOSSER, *Das Recht*, cit., 69 ss. È stato anche sostenuto (GAIA, *La deroga*, cit., 289 ss.; *Introduction*, cit., I.B.4) che il giudice adito dovrebbe valutare l'operatività dell'accordo arbitrale alla luce delle norme di conflitto di qualsiasi Stato che possa essere chiamato a dare effetto alla sentenza, ma ciò appare eccessivo.

⁴² Così MEZGER, *Nota*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1962, 133 ss.

⁴³ In virtù di quanto disposto dall'art. VII (1) della Convenzione di New York, che fa salva tale eventualità. Sul punto cfr. VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Conv.*, cit. 81 ss.

⁴⁴ Cfr. LUZZATTO, *Accordi internazionali*, cit., 43 e 56.

⁴⁵ È noto che la Convenzione di Ginevra del 1961 è frutto di un'iniziativa parallela a quella che ha condotto alla conclusione della Convenzione di New York, dovuta alla Commissione economica per l'Europa delle N.U. e che il contenuto della medesima venne limitato in considerazione dell'intervenuta conclusione della seconda. L'ottica fatta propria dai compilatori e il rapporto con la Convenzione di New York spiegano la peculiare determinazione dei temi affrontati dalla Convenzione di cui si tratta.

⁴⁶ Le leggi menzionate sono, secondo l'interpretazione preferibile, quelle dei luoghi di residenza abituale delle parti: cfr. MEZGER, *Das europäische Übereinkommen über die internationale Han-*

naturalmente scarso rilievo pratico dal punto di vista del sistema italiano, posto che essa riguarda soltanto gli effetti positivi dell'accordo arbitrale, e non quelli negativi, e che il diritto italiano non ammette com'è noto, un accordo arbitrale concluso in forma puramente verbale⁴⁷. In base all'art. IV (1), le parti hanno la più ampia libertà di deferire ad arbitrato tutte le loro controversie (e non soltanto quelle nascenti da un rapporto giuridico determinato), nonché di inserire o non inserire determinate indicazioni nell'accordo quanto alla designazione degli arbitri, alle regole di procedura da seguire, al luogo dell'arbitrato. La norma legittima così anche le cosiddette clausole arbitrali in bianco, comprendenti il solo impegno di sottoporsi all'arbitrato, ed incide sotto questo profilo sulla disciplina dell'art. 809 c.p.c., naturalmente nell'ambito di applicazione che è proprio della norma convenzionale⁴⁸.

L'art. V (3) della Convenzione stabilisce che l'arbitro la cui competenza sia contestata non deve disinteressarsi del caso, ma ha il potere di pronunciarsi sulla propria competenza e sull'esistenza o validità della convenzione di arbitrato o del contratto di cui tale convenzione fa parte. La norma va ricordata in questa sede in quanto risolve dal punto di vista pratico il problema più rilevante connesso alla questione della «separabilità» o autonomia della clausola compromissoria rispetto al contratto al quale essa accede⁴⁹.

Presupponendo il principio per il quale l'esistenza di una valida convenzione arbitrale impone al giudice di rinviare le parti all'arbitrato (art. II.3 Convenzione di New York), l'art. VI della Convenzione di Ginevra si sforza di porre norme uniformi relative all'esercizio della competenza arbitrale al riguardo. L'art. VI (1) disciplina il momento in cui l'eccezione tratta dall'esistenza della convenzione arbitrale deve essere sollevata⁵⁰; l'art. VI (2) si occupa della disciplina della vali-

delsschiedsgerichtsbarkeit, in *Rabels Zeitschrift*, 1965, 231 ss., 248; KAISER, *Das europäische Uebereinkommen*, cit., 40.

⁴⁷ Per quanto concerne il rapporto della norma in questione con l'art. II della Convenzione di New York, è evidente che si ha un'interferenza fra le due regole soltanto ove si ammetta che quest'ultima consideri anche l'efficacia positiva dell'accordo arbitrale e non nel caso contrario (*supra*, par. 6).

⁴⁸ Ciò peraltro non riguarda l'effetto preclusivo della convenzione arbitrale nei confronti dell'esercizio della giurisdizione statale, che rimane soggetto alla disciplina dell'art. II della Convenzione di New York.

⁴⁹ In generale sul tema dell'autonomia della clausola compromissoria nei confronti del contratto al quale accede, si vedano KLEIN, *Du caractère autonome de la clause compromissoire*, cit., 499 ss.; FOUCHARD, *L'arbitrage*, cit., 131 ss.; MEZGER, *Compétence-compétence des arbitres et indépendance de la convention arbitrale dans la Convention dite européenne sur l'arbitrage internationale*, in *Commercial Arbitration*, cit., 315 ss.; SANDERS, *L'autonomie de la clause compromissoire*, in *Hommage à Frédéric Eisemann*, Paris, 1978, 31 ss. La dottrina della separabilità è largamente accolta nei sistemi interni (cfr. anche, con riferimento agli Stati Uniti, COULSON, *Prima Paint: An Arbitration Milestone*, in *Arbitration Journal*, 1967, 237 ss.), ma è tutt'altro che certo che la norma in questione della Convenzione di Ginevra ne contenga una consacrazione espressa (FOUCHARD, *L'arbitrage*, cit., 152).

⁵⁰ La regola dispone che l'eccezione va sollevata prima oppure al momento della presentazione

dità della convenzione stessa⁵¹; l'art. VI (3) riserva agli arbitri la pronuncia sulla propria competenza obbligando i giudici statali ad astenersene, salvo gravi motivi⁵²; l'art. VI (4), infine, dichiara non incompatibile con la convenzione di arbitrato una domanda di misure provvisorie o cautelari indirizzata ad un giudice, escludendo che essa possa essere intesa come proposizione del merito della causa al giudice stesso.

III. La procedura arbitrale

8. *L'organizzazione dell'arbitrato ed i suoi problemi: principio di territorialità e principio di autonomia*

La disciplina giuridica del procedimento arbitrale è anzitutto di origine statale. Ciascun sistema processuale statale infatti provvede a fornire per proprio conto una regolamentazione, più o meno completa, del fenomeno arbitrale sotto l'aspetto processuale, disciplinando la costituzione del tribunale arbitrale, l'eventuale recusazione degli arbitri, lo svolgimento delle varie fasi del procedimento, e via dicendo. Accanto a tali legislazioni, peraltro, la pratica è venuta creando una notevole serie di regolamentazioni di origine privata, che trovano la propria fonte specialmente nell'auto-organizzazione ad opera di istituzioni specializzate, quali le varie associazioni commerciali e le Camere di commercio, nazionali o internazionali, e che si propongono di fornire una disciplina della procedura arbitrale più conforme alle esigenze pratiche avvertite dai circoli interessati. È chiaro però che i fenomeni normativi appena menzionati sono rilevanti, dal punto di vista degli ordinamenti statali, soltanto nell'ambito che venga loro riconosciuto in base ad una determinazione unilateralmente compiuta da ciascuno oppure in virtù di apposito impegno internazionalmente assunto⁵³.

delle difese di merito, a seconda che la legge del tribunale adito consideri l'eccezione di incompetenza come eccezione di procedura oppure di merito.

⁵¹ La legge applicabile è quella prescelta dalle parti, oppure quella del Paese in cui la sentenza deve essere resa, o – in mancanza di possibilità di individuazione delle precedenti – quella indicata dalle regole di conflitto del tribunale adito.

⁵² La regola era originariamente connessa con altra disposizione, poi non accettata dagli Stati in sede di redazione finale del testo convenzionale, in base alla quale i giudici degli Stati contraenti erano tenuti ad adottare le misure provvisorie o cautelari che le parti avrebbero potuto richiedere in base alla legge locale in caso di procedimento giurisdizionale pendente avanti ai giudici stessi. Sull'insieme della disciplina dell'art. VI, si veda KAISER, *Das europäische Uebereinkommen*, cit., 115 ss.

⁵³ Per l'arbitrato specializzato nel campo marittimo, assicurativo e delle materie prime, si vedano i dati raccolti in SCHMITTHOFF (ed.), *Intern. Comm. Arbitration*, cit., 304 ss.; per quello delle associazioni commerciali dei Paesi dell'Europa orientale, JAKUBOWSKI, *Arbitration in the CMEA*, *ivi*.

Dal punto di vista dell'ordinato svolgimento dell'arbitrato commerciale internazionale, acquistano così importanza determinante da un lato l'atteggiamento dei singoli ordinamenti statali con i quali i singoli procedimenti arbitrali si trovano ad essere volta per volta collegati, e dall'altro, la disciplina internazionale che viene a sovrapporsi, unificandoli, a tali atteggiamenti.

Tradizionalmente la prospettiva nella quale la procedura arbitrale viene considerata dalla normativa processuale interna può essere ispirata a due opposti principi, che trovano accoglimento ciascuno in un certo numero di sistemi. Il primo principio è quello *territoriale*. Esso implica che la fissazione della sede dell'arbitrato nel territorio di un determinato Stato importa l'applicazione delle norme processuali vigenti in tale ambito, e l'esistenza di un legame tra il procedimento e l'ordinamento giuridico dello Stato territoriale, idoneo a rendere il relativo arbitrato fornito della «nazionalità» di quest'ultimo. L'accoglimento di un principio territorialistico nel senso ora enunciato può essere determinato da fattori diversi, attinenti ad esempio ad impostazioni di carattere teorico relative alla natura dell'istituto arbitrale (come accade di frequente in Italia, ove è profondamente radicata l'idea dell'arbitrato come «equivalente giurisdizionale»), oppure a specifiche tradizioni nazionali (come quelle operanti nel diritto inglese)⁵⁴. Comunque, il principio si trova accolto in numerosi sistemi giuridici anche tra loro notevolmente diversi, come quello svedese⁵⁵, quello giapponese⁵⁶ e, sostanzialmente, nel sistema del concordato intercantonale svizzero del 1969⁵⁷, nonché in genere nell'ambito dei sistemi di derivazione anglosassone.

Il secondo principio menzionato è quello che fa leva sull'autonomia delle parti. Considerando l'arbitrato come il prodotto e l'espressione immediata di un potere di autonomia, scompare qualsiasi ragione che imponga di riconoscere la neces-

238 ss.; ed in generale NOBILI, *L'arbitrato delle associazioni commerciali*, Padova, 1957. Sul regolamento della C.C.I. cfr. SACERDOTI, *The New Arbitration Rules of ICC and UNCITRAL*, in *Journal of World Trade Law*, 1977, 248 ss.

⁵⁴ Si veda *supra*, nt. 21. Per ciò che concerne il diritto inglese. l'approccio territorialistico trova uno dei suoi più autorevoli sostenitori nel MANN, *Lex facit Arbitrum*, cit., 157 ss.; ID., *England Rejects «Delocalised» Contracts and Arbitration*, in *Int. Comp. Law Quarterly*, 1984, 107 ss.

⁵⁵ Cfr. *Arbitration in Sweden* (a cura della Camera di commercio di Stoccolma)², Stockholm, 1984; WETTER, *Sweden As a Location of International Arbitration Proceedings*, in *Private Investors Abroad-Problems and Solution in International Business*, New York, 1977, 223 ss.

⁵⁶ KITAGAWA, *Commercial Arbitration Law and Procedure*, in *Japanese Annual of Int. Law*, 1968, 59 ss.; ID., *Contractual Autonomy in International Commercial Arbitration, including a Japanese Perspective*, in *International Arbitration*, cit., 133 ss.

⁵⁷ Il Concordato è stato adottato nel 1969 e stabilisce una regolamentazione uniforme per i Cantoni svizzeri che l'hanno approvato a mezzo di apposita ratifica. Secondo Part. 1, il Concordato si applica a procedimenti avanti ai tribunali arbitrali la cui sede è in uno dei Cantoni aderenti. La nota all'art. 1 dichiara che, quando la sede è stata fissata in Svizzera, in uno dei Cantoni concordatari, la sentenza appartiene all'ordinamento giuridico di quel Cantone e deve essere considerata, in Svizzera ed all'estero, come una sentenza svizzera, sia essa depositata o no. Sembra però chiaro che il riferimento al trattamento della sentenza all'estero è fuori luogo, non potendo il Concordato (e le relative note) vincolare l'interprete situato nell'ambito di un diverso ordinamento giuridico.

sità di un collegamento fra l'arbitrato e la legge del luogo in cui esso si svolge, o dove è stata fissata la sua sede. Come comunemente riconosciuto per le obbligazioni nascenti da contratto, anche l'arbitrato potrebbe dunque sottostare alle norme designate dalle parti, quale che ne fosse il luogo di svolgimento, in base al normale giuoco dei principi di diritto internazionale privato. Di una tendenza siffatta sono rappresentanti i sistemi giuridici francese e tedesco, pur con diversità fra loro per ciò che concerne i motivi ispiratori delle rispettive soluzioni⁵⁸.

9. Tendenze alla denazionalizzazione

È opportuno rilevare che le differenze fra i due diversi atteggiamenti sommariamente ricordati sono radicali, non soltanto per ciò che attiene alla disciplina della procedura arbitrale in senso stretto, ma anche sotto il profilo delle norme applicabili al merito della controversia deferita alla cognizione degli arbitri. Seguendo un principio territorialistico, infatti, la legge applicabile al merito non può che essere determinata sulla base dei principi internazionalprivatistici contenuti nella legge del luogo in cui l'arbitrato si svolge, e la volontà delle parti può aver rilevanza unicamente nei limiti riconosciuti da tale legge⁵⁹. Viceversa, accogliendo il principio di autonomia nella sua più ampia portata, la determinazione del diritto applicabile alla sostanza della controversia viene a dipendere esclusivamente dalla volontà delle parti, anche sotto il profilo delle regole internazionalprivatistiche da porre a base della determinazione stessa⁶⁰. Comune ad entrambe le impostazioni descritte è, comunque, la tendenza ad inquadrare la realtà dell'arbitrato commerciale internazionale nell'ambito della bipartizione fra arbitrati nazionali ed arbitrati esteri ossia fra procedimenti collegati all'uno od all'altro sistema giuridico statale in virtù del criterio prescelto (sia esso il luogo di svolgimento dell'arbitrato o la volontà delle parti). In questo modo, viene sottolineato il carattere nazionale dell'arbitrato, quali che ne siano gli elementi di internazionalità in ciascun caso concreto, e le caratteristiche reali dell'istituto tendono ad essere comprese, sino al limite della deformazione, nelle categorie proprie di ciascun siste-

⁵⁸ Per la Francia cfr. FOUCHARD, *L'arbitrage*, cit., 324 ss.; e per la Germania, RIEZLER, *Internationales Zivilprozessrecht*, Berlin-Tübingen, 1949, 616; BAUMBACH, SCHWAB, *Schiedsgerichtsbarkeit*, München-Berlin, 1960, 264.

⁵⁹ Si veda al riguardo la risoluzione di Neuchâtel dell'Institut de droit international, in *Ann. Inst. Droit Int.*, Session de Neuchâtel, 1959, XLVIII, ed i Rapporti di Sauser-Hall, *L'arbitrage en droit international privé*, in *Ann. Institut*, XLIV-I, 1952, 459 ss.; XLVII-II, 1957, 394 ss.; XLVIII-II, 1959, 264 ss.

⁶⁰ Cfr. BALLADORE PALLIERI, *L'arbitrage privé*, cit., 310 ss.; KLEIN, *Autonomie de la volonté et arbitrage*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1958, 58 ss.; ID., *The Law to be Applied by the Arbitrators to the Substance of the Dispute*, in *The Art of Arbitration. Liber Amicorum P. Sanders*, Deventer, 1982, 189 ss. In generale sul tema, cfr. da ultimo FUMAGALLI, *La legge applicabile al merito della controversia nell'arbitrato commerciale internazionale*, RIPP, 1985, 465 ss.

ma statale. Un esempio tipico di tale tendenza è individuabile nell'esperienza giurisprudenziale italiana. Di fronte alla nota e caratteristica distinzione, propria del diritto italiano, fra arbitrato rituale e arbitrato irrituale o libero⁶¹, una corrente giurisprudenziale tende a farne applicazione a realtà del tutto diverse, quale quella dell'arbitrato di organismi permanenti stranieri (Camera di commercio internazionale o associazioni commerciali)⁶². Anche qualora ciò sia fatto nell'intento di favorire il riconoscimento di certe realtà arbitrali internazionali, non si può fare a meno di rilevare che l'inquadramento nelle categorie nazionali oltrepassa il limite entro il quale ciò può ritenersi giustificato, e si traduce in un vero e proprio riconoscimento dei caratteri effettivi di tali fenomeni⁶³.

È evidente che, se l'arbitrato commerciale internazionale nasce dall'esigenza avvertita dagli operatori di prestabilire un mezzo di soluzione delle controversie che si collochi su di un piano realmente internazionale perché separato e distinto rispetto ai vari sistemi giuridici statali, e se il suo fondamento ultimo risiede per ciò stesso nell'autonomia delle parti, è insita nella sua stessa ragion d'essere la necessità che a tale autonomia sia attribuito valore determinante nella regolamentazione di tutti gli aspetti processuali dell'arbitrato, in modo indipendente rispetto a quanto previsto dalle legislazioni nazionali. Ciò significa che alla volontà delle parti va riconosciuto il potere di organizzare il procedimento arbitrale in tutte le sue fasi sino all'emanazione della decisione, senza interferenza da parte dei singoli ordinamenti, se non in quanto queste siano richieste dalle stesse parti al fine di rendere più «effettivo» lo svolgimento della procedura (ad esempio, in materia di provvedimenti cautelari). È chiaro che un potere del genere va al di là del puro e semplice principio di autonomia in senso internazionalprivatistico, il quale si esaurisce nel conferimento del potere di determinare l'applicazione di un dato complesso di norme che sono di origine statale e che portano all'applicazione dell'ordinamento al quale appartengono nel suo complesso. Esso può essere garantito alle parti attraverso un'apposita normativa interna, come quella francese contenuta nel Décret n. 81-500 del 12-5-1981 in materia di arbitrato internazionale: il nuovo testo del codice di procedura civile conferisce il potere di nominare gli arbitri nella convenzione arbitrale o di determinarne le modalità di designazione direttamente o con riferimento ad un regolamento d'arbitrato (art. 1493) e di regolare nello stesso modo la procedura arbitrale, oppure di sottoporla ad una legge di procedura determinata (art. 1494, 1° co.); esso conferisce inoltre all'arbitro, nel

⁶¹ Su tale peculiare creazione giurisprudenziale si vedano, in generale, BIAMONTI, «Arbitrato irrituale, arbitraggio e perizia contrattuale», in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 934 ss.; SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio e arbitraggio*², Milano, 1965; RECCHIA, «Arbitrato irrituale», in *NN.D.I. App.*, I, Torino, 1980, 362 ss.

⁶² Si vedano le decisioni Cass. 18-12-1946, n. 1380 (inedita), riferita all'arbitrato secondo le regole della C.C.I.; 27-3-1954, n. 949, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1955, 511 ss.; 189-1978, n. 4167, *FI*, 1978, I, 2422, entrambe riferite all'arbitrato di associazioni commerciali.

⁶³ Per considerazioni critiche in questo senso, LUZZATTO, *Arbitrato di organismi stranieri permanenti e ordinamento italiano*, RA, 1967, 39 ss.

silenzio della convenzione arbitrale, il potere di regolare la procedura, per quanto necessario, sia direttamente, sia con riferimento ad una legge o ad un regolamento arbitrale (art. 1494, 2° co.)⁶⁴. Tuttavia discipline interne così avanzate non sono frequenti, e il compito di assicurare alle parti il potere descritto si trova piuttosto affidato alle convenzioni internazionali che a loro volta si impongono agli ordinamenti interni degli Stati contraenti⁶⁵.

10. *La disciplina del Protocollo di Ginevra del 1923 e della Convenzione di New York del 1958*

Il ruolo svolto a questo riguardo dalle convenzioni internazionali risulta così determinante. Un accenno, per la verità piuttosto timido, al rilievo della volontà delle parti in tema di organizzazione dell'arbitrato si trova già contenuto nell'art. 2 del Protocollo di Ginevra del 1923. Questa norma, nel sottoporre la procedura arbitrale, inclusa la costituzione del tribunale, alla volontà delle parti ed alla legge del Paese sul territorio del quale l'arbitrato ha luogo, pur nell'adesione (da considerarsi perlomeno probabile) al principio territorialistico, sottolinea che alla volontà delle parti deve essere riconosciuto un determinato ruolo nell'ambito della procedura arbitrale, e che gli Stati contraenti non possono negarlo del tutto⁶⁶. Ben più rilevante, comunque, la portata della disciplina fornita dalle Convenzioni di New York del 1958 e di Ginevra del 1961. La prima non considera, in realtà, la procedura arbitrale se non sotto il profilo dei requisiti necessari per il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza arbitrale: ma contiene in quest'ottica una norma di grande rilievo, destinata ovviamente ad essere tenuta presente anche in sede di organizzazione dell'arbitrato.

L'art. V (1) (d) della Convenzione stabilisce che il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza arbitrale possono essere rifiutate se la parte nei confronti della quale essa è invocata fornisce la prova che la composizione dell'autorità arbitrale e la procedura dell'arbitrato non sono state conformi all'accordo delle parti, o in mancanza di tale accordo, alla legge del Paese in cui l'arbitrato ha avuto luo-

⁶⁴ Sulla nuova normativa francese cfr. autori ed opere citate *supra*, nt. 10.

⁶⁵ E appena il caso di rilevare che il riconoscimento di un ruolo decisivo alla volontà delle parti non significa affatto ammissione che la volontà si muova in un ambito nel quale il diritto positivo non spiega i propri effetti, ma semplicemente che essa viene assunta come fattore decisivo dallo stesso ordinamento giuridico. Si veda la famosa sentenza della Cassazione francese del 21-6-1950, nel caso *Messagéries maritimes*, in *Revue crit., droit int. privé*, 1950, 609 ss. nt. Batiffol, e LEVEL, *Le contrat dit «sans loi»*, in *Trav. Comité franc., droit int. privé*, 1964-1966, 209 ss. Analogamente le esigenze basilari dell'equo processo sono sempre suscettibili di trovare garanzia attraverso il controllo esercitato a posteriori circa la compatibilità con l'ordine pubblico internazionale.

⁶⁶ Si veda sul punto BALLADORE PALLIERI, *L'arbitrage privé*, cit., 388 ss.; KLEIN, *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé*, Basel, 1955, 290 ss.; GREMINGER, *Die Genfer Abkommen*, cit. 33 ss.

go. Appare chiaro, alla luce di tale norma, che le parti possono pattuire, non soltanto l'applicabilità di una determinata legge nazionale o di un dato regolamento arbitrale proprio di un'istituzione arbitrale permanente, ma anche le stesse regole applicabili alla procedura in via diretta, senza riferimento ad alcun complesso di norme statali o di origine privata. La regola non richiede dunque l'applicazione di una qualsiasi legge nazionale, se non in via puramente suppletiva per il caso che le parti non abbiano disciplinato la questione⁶⁷.

La tesi contraria è stata sostenuta da alcuni autori⁶⁸, ma essa non appare accettabile di fronte al chiaro tenore dell'art. V (1) (d) ed alle regole di interpretazione ad esso applicabili⁶⁹. D'altronde, anche i dibattiti svoltisi in sede di elaborazione della Convenzione di New York depongono nel senso che i redattori vollero abbandonare il sistema precedentemente seguito dagli accordi ginevrini, al quale invece i sostenitori della tesi contraria vorrebbero sostanzialmente fare ritorno⁷⁰. Va perciò confermato che la violazione di norme processuali dello Stato territoriale, ove tali norme non siano di per sé applicabili, non può costituire motivo di rifiuto di riconoscimento in base all'art. V (1) (d) della Convenzione quale che sia il carattere della norma violata alla luce dell'ordinamento al quale appartiene: salva, naturalmente l'ipotesi che si tratti di violazione di principio, come quello fondamentale del contraddittorio, avente addirittura rilievo di ordine pubblico, e pertanto idoneo a venire in considerazione sotto questo diverso profilo⁷¹. D'altro lato, costituirebbe invece motivo di rifiuto del riconoscimento l'eventuale violazione di regole poste dalle parti o da esse indicate come applicabili, quando anche ciò non concretasse alcuna contrarietà con il sistema giuridico territoriale applicabile in mancanza di accordo⁷².

⁶⁷ In questo senso, cfr. ad es., MUENZBERG, *Die Schranken der Parteivereinbarungen in der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*. Berlin, 1970, 80 ss.; BAERMANN, *Limits of Arbitral Jurisdiction*, in *International Comm. Arbitration*, cit., 75 ss.; GAIA, *Introduction*, cit., I.C.3.

⁶⁸ Così KLEIN, *Autonomie de la volonté*, cit. 492; QUIGLEY, *Accession by the United States to the UN Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, in *Yale Law Journal*. 1960-1961. 1068 ss.; BÜLOW, *La convention des parties relative à la procédure d'arbitrage visée à l'article V, par. 1, litt. d) de la Convention de New York*, in *Commercial Arbitration*, cit. 81 ss.

⁶⁹ Si veda, in particolare, l'art. 31.1 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, che contiene la regola generale di interpretazione applicabile anche al caso in questione.

⁷⁰ La tesi più liberale è stata seguita dalla Corte di cassazione olandese (Hoge Raad) nel caso SEEE c. Jugoslavia nella sentenza del 7-11-1975 (*Nederlandse Jurisprudentie*, 1976. 775; ed estratto in lingua inglese in *Intern. Commercial Arbitration*, cit., V.35.1); anche se la sentenza ha poi considerato la norma convenzionale inapplicabile ad un accordo arbitrale concluso nel lontano 1932, ossia ben prima dell'entrata in vigore della Convenzione.

⁷¹ Sul punto cfr. VAN DEN BERG. *The New York Arb. Conv.*, cit., 326 ss.

⁷² Così VAN DEN BERG, *The New York Arb. Conv.*, cit. 327; in senso contrario, GENTINETTA, *Die Lex Fori*, cit., 302.

11. *La disciplina della Convenzione di Ginevra del 1961*

Alcune norme dirette a regolare uniformemente la procedura arbitrale sono state poste in essere dalla Convenzione di Ginevra del 1961, che ha preso in considerazione la materia arbitrale proprio sotto questo profilo. In particolare, l'art. IV della Convenzione pone in essere un sistema ideato al fine di rendere applicabili le convenzioni arbitrali mancanti di qualsiasi altro elemento ulteriore rispetto al principio del deferimento della controversia all'arbitrato, superando così le difficoltà e le incertezze che possono derivare dalla mancanza di collaborazione di una delle parti (ed anche a prescindere da eventuali problemi di invalidità della clausola alla luce dei vari diritti nazionali applicabili). In primo luogo, la norma dell'art. IV stabilisce la più ampia libertà delle parti nella determinazione delle regole applicabili alla procedura arbitrale, ivi compresa la nomina degli arbitri e la fissazione del luogo dell'arbitrato: ed in questo modo viene resa inapplicabile, nell'ambito di efficacia della Convenzione, qualsiasi contraria norma eventualmente accolta dai sistemi giuridici statali. In secondo luogo, l'art. IV instaura un meccanismo idoneo a supplire all'inerzia delle parti rispetto al procedimento arbitrale: i relativi poteri sono attribuiti al Presidente della Camera di commercio dello Stato in cui risiede la parte che non fa quanto richiesto per lo svolgimento dell'arbitrato. In caso di necessità è anche previsto il ricorso ad un Comitato speciale (regolato nell'Annesso alla Convenzione)⁷³. Tale meccanismo, ideato essenzialmente in vista delle particolari esigenze dell'arbitrato nelle relazioni fra Paesi dell'Europa occidentale e dell'Europa orientale, è stato successivamente escluso dall'applicazione nei rapporti fra Paesi occidentali parti della Convenzione di Ginevra, a mezzo di apposito accordo⁷⁴. Ciò ha comportato il ritorno al sistema, tradizionale anche in Italia, dell'integrazione del procedimento arbitrale mediante ricorso ai tribunali ordinari, e dimostra la riluttanza degli Stati a spogliarsi delle loro tradizionali attribuzioni anche in questo settore⁷⁵.

Nell'art. V (1) e (2) della Convenzione sono contenute poi alcune regole in ordine alla contestazione della competenza arbitrale. In particolare, si prescrive che

⁷³ Sul sistema organizzato dall'art. IV, cfr. per tutti MEZGER, *Das europäische Uebereinkommen*, cit., 257 ss.; cfr. anche CONETTI, *L'arbitrato commerciale internazionale nei rapporti con i Paesi socialisti dell'Europa orientale*, in *L'arbitrato nel commercio internazionale con l'Est europeo*. Trieste, 1969, 20 ss.

⁷⁴ Si veda l'accordo del 17-12-1962 fra Austria, Francia, Germania occidentale, Belgio e Italia (*European Treaty Series*, n. 42) e su di esso GOLSONG, *L'arrangement relatif à l'application de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international*, in *Ann. Français droit int.*, 1962, 741 ss.

⁷⁵ La portata essenziale dell'art. IV rimane perciò l'affermazione dell'incondizionata libertà delle parti nell'organizzazione dell'arbitrato: si noti che, a seguito dell'entrata in vigore della Convenzione, anche le regole di conciliazione ed arbitrato della C.C.I. sono state modificate (nella versione del 1975) nel senso di escludere la necessità di un riferimento ad un qualsiasi diritto nazionale (art. 11). Cfr. SACERDOTI, *The New Arbitration Rules*, cit., 258 ss.

l'eccezione fondata sull'invalidità dell'accordo di arbitrato debba essere sollevata al più tardi al momento della presentazione delle difese di merito, e quelle relative al fatto che le questioni litigiose eccedono i poteri dell'arbitro devono esserlo non appena sia stata sollevata nel corso del procedimento arbitrale la questione che eccede tali poteri (salvo il ritardo dovuto a giustificato motivo). Le eccezioni menzionate, inoltre, se non sollevate nei termini indicati, resteranno precluse nel giudizio arbitrale, se sollevabili soltanto dalle parti in base al diritto applicabile da parte dell'arbitro, ed egualmente non potranno essere sollevate nel corso di una procedura giudiziaria ulteriore sul merito o sull'esecuzione della sentenza arbitrale, qualora non si tratti di questione rilevabile d'ufficio in base alla legge applicabile. È fatta però salva la facoltà del giudice di controllare la decisione con la quale l'arbitro abbia constatato la tardività dell'eccezione.

12. *La legge applicabile al merito della controversia*

Particolarmente rilevante nella Convenzione di Ginevra la soluzione data al problema dell'individuazione della legge applicabile al merito della controversia dall'art. VII. Il problema non è regolato in alcun modo dalla Convenzione di New York, che lo mantiene del tutto estraneo alla prospettiva del riconoscimento e dell'esecuzione della sentenza arbitrale. D'altra parte è nota l'incertezza che domina nella dottrina in ordine al problema di cui si tratta, in relazione alle differenti posizioni assunte circa la determinazione della legge applicabile alla procedura arbitrale. L'incertezza è destinata a divenire ancora maggiore, se si ammette che la procedura non debba necessariamente essere collegata ad una sua particolare *lex fori*, comunque determinata, ma possa fondarsi esclusivamente sull'autonomia delle parti⁷⁶. Di fronte a queste incertezze, sta poi la tendenza, vivissima nella pratica arbitrale, ad evitare qualsiasi riferimento esclusivo o primario ad un diritto nazionale applicabile al merito, utilizzando al riguardo principalmente un insieme composito di regole di diversa origine, accomunate dal fatto di essere di origine non statale, quali principi generali, usi del commercio internazionale, regole di equità e così via⁷⁷.

In questa prospettiva, l'art. VII della Convenzione stabilisce anzitutto la regola che le parti possono determinare liberamente la legge applicabile al merito della controversia. Esso aggiunge che, in mancanza di indicazioni al riguardo ad opera delle parti, gli arbitri applicheranno la legge indicata dalle norme di conflitto che

⁷⁶ Sul punto cfr. in generale le opere indicate *supra*, nt. 60, e VON HOFFMANN, *Internationale Handelsschiedsgerichte. Die Bestimmung des massgeblichen Rechts*, Frankfurt a. M., 1970; LEW, *Applicable Law in International Commercial Arbitration. A Study in Commercial Arbitration Awards*, Aalphen an den Rjin-Dobbs Ferry, 1978.

⁷⁷ Cfr. SANDERS, *Trends*, cit., 238 ss.; FOUCHARD, *L'arbitrage*, cit., 401 ss.; DERAIS, *Le statut des usages du commerce International devant les juridictions arbitrales*, in *Revue de l'arbitrage*, 1973, 122 ss.

essi giudicheranno appropriate al caso. In ambedue i casi, statuisce infine l'art. VII, gli arbitri terranno in considerazione le stipulazioni contrattuali e le consuetudini commerciali. Invece, a norma del 2° co. dell'articolo in questione, il giudizio di equità è ammesso solo se tale è il desiderio delle parti e se la legge applicabile all'arbitrato lo permette.

Le regole così stabilite conferiscono agli arbitri una notevole discrezionalità nel determinare le norme applicabili in caso di assenza di una scelta ad opera delle parti. Tale discrezionalità, in base all'interpretazione preferibile ed in base alle indicazioni emergenti dalla prassi, non è neppure limitata alla possibilità di scegliere le regole di conflitto esistenti in un determinato sistema positivo, ma si spinge sino alla creazione della regola di conflitto più appropriata⁷⁸. Inoltre, la precisa indicazione degli usi del commercio internazionale come elemento che deve essere in ogni caso tenuto in considerazione, conduce praticamente alla prevalenza di tali usi sulle norme interne eventualmente contrastanti, attraverso il coordinamento affidato essenzialmente all'opera interpretativa degli arbitri. A prescindere da qualsiasi considerazione di carattere teorico in ordine alla cosiddetta *lex mercatoria* come sistema giuridico a sé stante, prospettiva questa che non sembra consentita nel sistema della Convenzione⁷⁹, non vi è dubbio che la soluzione adottata dalla Convenzione stessa finisce con l'aprire la strada all'applicazione di un insieme di materiali normativi prevalenti nella pratica del commercio internazionale, e ad un coordinamento degli stessi con le norme statali teoricamente applicabili in una prospettiva diversa rispetto a quella propria del sistema al quale tali norme appartengono. Se si tiene presente che, attraverso il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali, i principi di origine non statale così applicati vengono ad assumere il ruolo di principi applicabili alla materia decisa anche nell'ambito dell'ordinamento giuridico degli Stati contraenti alla Convenzione di New York, l'importanza della regola convenzionale contenuta nell'art. VII quale strumento per garantire l'applicazione effettiva dei principi propri del diritto del commercio internazionale risulta del tutto evidente.

Le norme poste dalla Convenzione di Ginevra in materia di procedura arbitrale e di determinazione del diritto applicabile al merito della lite hanno costituito negli ultimi anni il modello al quale si sono ispirati i regolamenti arbitrali più recenti, quali la versione del 1975 del regolamento della C.C.I. e le regole uniformi adottate dall'UNCITRAL nel 1976⁸⁰. Da un lato viene riaffermato nella sua portata più ampia il principio della libertà delle parti di regolare la procedura arbitrale

⁷⁸ Si veda, ad es., KAISER, *Das europäische Uebereinkommen*, cit., 150. Nel senso di un potere di individuare direttamente la legge sostanziale applicabile, conferito agli arbitri, dispone senz'altro la nuova legge francese del 1981: cfr. FOUCARD, *L'arbitrage international*, cit., 397 ss.; ROBERT, *L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé*⁵, Paris, 1983, 289.

⁷⁹ Ma si vedano le considerazioni di Cass. 8-2-1982, n. 722 (*supra*, nt. 6).

⁸⁰ Si vedano l'art. 33 (1) delle regole UNCITRAL, l'art. 13 (3) delle regole C.C.I. e l'art. 38 delle regole della Commissione N.U. per l'Europa.

anche senza riguardo ad alcuna legislazione nazionale; dall'altro, viene ribadito il potere degli arbitri di individuare le regole applicabili al merito della lite nel modo che si è visto, ed il dovere di tener conto comunque delle stipulazioni contrattuali e degli usi commerciali⁸¹⁻⁸².

Rimane da osservare che gli sforzi attualmente in corso sul piano internazionale verso un ulteriore miglioramento della disciplina dell'arbitrato commerciale internazionale appaiono prevalentemente rivolti verso la predisposizione di un modello di legge uniforme che disciplini i vari aspetti della procedura arbitrale, e che dovrebbe poi essere sottoposta agli Stati per l'adozione attraverso le apposite procedure interne. In questo senso sono orientati, dopo il sostanziale fallimento della Convenzione di Strasburgo conclusa nel 1966 nell'ambito del Consiglio d'Europa, gli sforzi dell'UNCITRAL, che nel 1985 ha adottato una legge modello sull'arbitrato commerciale internazionale⁸³.

⁸¹ Cfr. l'art. 33 (3) delle regole UNCITRAL (richiamo agli «usages of the trade applicable to the transaction»), l'art. 13 (5) delle regole C.C.I. («the arbitrator shall take into account the provisions of the contract and the relevant trade usages»). Si veda anche l'art. 1496 del c.p.c. francese. Naturalmente, ciò non significa che gli arbitri non siano vincolati da certe categorie di norme di applicazione necessaria, la cui inosservanza renderebbe con ogni probabilità la sentenza ineseguibile, quali le norme antitrust o le norme valutarie. Anche nel sistema della C.C.I., l'art. 26 impone agli arbitri di sforzarsi di assicurare l'eseguitività della decisione nell'ambito dell'ordinamento statale. Cfr. DE-RAINS, *Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale*. in *Mélanges offertes à B. Goldman*, cit., 29 ss.

⁸² Più cauto è l'approccio della Convenzione al problema della decisione arbitrale ex aequo et bono: secondo l'art. VII (2) una tale decisione è ammissibile solo se le parti vi hanno consentito e se la legge applicabile all'arbitrato autorizza gli arbitri ad allontanarsi dall'applicazione dello stretto diritto. Ove nessun diritto nazionale sia applicabile all'arbitrato, la tesi preferibile è nel senso che la questione vada valutata in base alla legge del luogo in cui l'arbitrato si svolge (KAISER, *Das europäische Uebereinkommen*, cit., 119).

⁸³ La Convenzione di Strasburgo del 20-1-1966 non è mai entrata in vigore, ed è applicata come diritto interno solo in Belgio che ne ha introdotto le norme nel codice di procedura civile (cfr. legge del 4-7-1982 e artt. 1676 a 1723 del Code judiciaire, nonché LOTTI, *La nuova disciplina dell'arbitrato in Belgio*, *RTPC*, 1982, 845 ss.). Sulla convenzione, che si legge in *European Treaty Series* n. 56, cfr. HERMENT, *L'arbitrage international en droit privé*, in *Rev. belge droit int.*, 1966, 370 ss.; ARNOLD, *Das europäische Uebereinkommen vom 20. Januar 1966 für Einführung eines einheitlichen Gesetzes über die Schiedsgerichtsbarkeit*, in *Neue Juristische Wochenschrift*. 1967, 142 ss. Sui lavori dell'UNCITRAL cfr. *supra*, nt. 18, e BONELL, *La Nazioni Unite e l'arbitrato commerciale internazionale*, *RIPP*, 1982, 269 ss.; LALIVE, *Codification et arbitrage*, cit., 151 ss. Il testo della legge-modello adottata dall'UNCITRAL è in *Int. Legal Materials*, 1985, 1302 ss.

IV. La circolazione delle sentenze arbitrali

13. *Esigenza di una regolamentazione internazionale*

La circolazione internazionale delle sentenze arbitrali, che si attua attraverso il loro riconoscimento e la loro esecuzione (ossia, l'attribuzione di forza vincolante e di effetti esecutivi) nell'ambito di ordinamenti giuridici diversi da quello di origine, richiede ovviamente che i vari sistemi giuridici statali interessati siano disposti a far prestare la necessaria cooperazione dai propri organi giurisdizionali. La disciplina dell'arbitrato commerciale internazionale non può prescindere interamente da tale collaborazione: pur essendo certamente vero che le decisioni arbitrali trovano esecuzione spontanea da parte degli interessati in una percentuale assai elevata di casi, anche in vista dell'efficacia di sanzioni di tipo «corporativo» proprie degli ambienti commerciali, è evidente che tale collaborazione rappresenta una garanzia necessaria per l'effettività dell'istituto arbitrale come mezzo di soluzione delle controversie attinenti al commercio internazionale. In vista del carattere internazionale del fenomeno, poi, la probabilità che la decisione degli arbitri debba ricevere riconoscimento ed esecuzione in più di un sistema giuridico (o comunque in un sistema diverso da quello al quale possa essere collegata a titolo primario) è notevolmente elevata. L'atteggiamento del diritto interno dei vari Stati riguardo al problema in esame è assai differenziato, in connessione del resto con le differenze esistenti nei modi di assicurare effetti alle sentenze arbitrali puramente interne. La decisione arbitrale può essere assimilata ad una sentenza emessa da un giudice straniero, ed essere pertanto assoggettata alle stesse procedure di riconoscimento proprie di questa: è il caso del sistema italiano quale risultante dal codice di procedura civile del 1942 (art. 800). Oppure essa può essere resa efficace con le stesse modalità ed alle stesse condizioni delle sentenze arbitrali interne, come in Francia, attualmente in base agli artt. 1498-1500 del nuovo codice di procedura civile, come introdotti dal Décret del 12-5-1981⁸⁴.

In vista di quest'insieme di circostanze, risulta evidente l'esigenza di una disciplina internazionale della circolazione, in armonia con il carattere eminentemente internazionale del problema, e ad essa si sono rivolti sin dagli anni Venti gli sforzi della pratica. Mentre il Protocollo di Ginevra del 1923 non conteneva disposizioni al riguardo⁸⁵, qualche anno più tardi, in data 26-9-1927, veniva conclusa sempre a Ginevra la Convenzione per l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, che ha costituito la più importante realizzazione normativa del settore

⁸⁴ Ma l'equiparazione era già affermata in precedenza: cfr. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage*, cit., 81 ss., 300 ss.

⁸⁵ L'art. 3 del Protocollo riguarda infatti soltanto le sentenze arbitrali nazionali e mostra che perfino all'esecuzione di queste potevano essere frapposti ostacoli che dovevano essere rimossi attraverso un apposito impegno internazionale.

sino alla stipulazione della Convenzione di New York del 1958⁸⁶. Essa obbliga gli Stati contraenti a riconoscere ed eseguire le sentenze arbitrali rese a seguito di accordi arbitrali considerati dal Protocollo del 1923, purché la sentenza arbitrale sia stata resa nel territorio di uno Stato contraente fra parti ciascuna soggetta alla giurisdizione di uno di questi⁸⁷. Secondo il punto di vista della normativa convenzionale, le sentenze arbitrali considerate sono ammesse al riconoscimento e all'esecuzione in quanto possano essere considerate come nazionali di uno degli Stati contraenti, e siano «definitive» secondo il diritto processuale di questo (nel senso che non devono essere soggette ad opposizione, appello o ricorso per cassazione). In pratica, tali requisiti si traducevano nella necessità per la parte interessata di ottenere un duplice riconoscimento attraverso una duplice procedura, sia nel paese in cui la sentenza era stata resa, sia in quello in cui l'esecuzione doveva aver luogo, al solo fine di poter invocare la sentenza in quest'ultimo in base alla Convenzione⁸⁸.

14. *La Convenzione di New York del 1958 e la nozione di sentenza arbitrale riconoscibile*

Come si è già ricordato, il punto di vista adottato dalla Convenzione di New York è completamente diverso⁸⁹. Pur non avendo la Convenzione mantenuto interamente l'impostazione iniziale del progetto della C.C.I., che mirava a dare riconoscimento alle sentenze arbitrali definibili come «internazionali» ed in tale loro peculiare carattere, essa evita comunque di aderire all'atteggiamento tradizionale e di considerare le sentenze arbitrali come oggetto di un obbligo di riconoscimento reciproco da parte degli Stati contraenti in quanto collegate con i sistemi processuali di questi. Vanno tenute presenti al riguardo le disposizioni contenute nell'art. I (1) della Convenzione, secondo le quali essa si applica al riconoscimento ed all'esecuzione delle sentenze arbitrali rese nel territorio di uno Stato diverso da quello nel quale il riconoscimento e l'esecuzione sono richiesti, ed anche alle sentenze non considerate come nazionali da quest'ultimo. Tali norme non richiedono, dunque, che la sentenza arbitrale sia stata resa nel territorio di uno Stato contraente della Convenzione: l'obbligo non è condizionato alla reciprocità. L'art. I (3)

⁸⁶ Cfr. il *Rapport du Comité d'experts juristes* nominato dalla Società delle Nazioni, in *Journal off.*, 1927, 890 ss.

⁸⁷ Manca quindi fra Protocollo e Convenzione un collegamento adeguato, perché la seconda non garantisce l'esecuzione di sentenze rese in seguito ad accordi arbitrali validi ed efficaci in base al primo: BALLADORE PALLIERI, *L'arbitrage privé*, cit., 391 ss.; BRACHET, *De l'exécution internationale des sentences arbitrales*, Paris, 1938, 181.

⁸⁸ Poteva infatti risultare assai arduo dare la prova della «definitività» della sentenza a prescindere da un deposito o da una omologazione da parte di organo pubblico competente. Cfr. BERTHEAU, *Das New Yorker Abkommen*, cit., 90 ss.

⁸⁹ Si veda *supra* al par. 3 del testo.

ammette però la possibilità che gli Stati contraenti escludano, a mezzo di apposita riserva, l'applicazione della Convenzione alle sentenze rese nel territorio di Stati non contraenti⁹⁰. Di tale facoltà molti Stati si sono in pratica avvalsi: l'Italia non è però fra questi.

Consegue a quanto ora osservato che la Convenzione non considera le sentenze arbitrali riconoscibile come prodotto della sovranità degli Stati contraenti e come risultato di procedimento strettamente collegati al diritto processuale di questi sin dal loro inizio. Al contrario, tali sentenze vengono considerate dalle norme convenzionali nei loro caratteri intrinseci, ed ammesse al riconoscimento ed all'esecuzione per il solo fatto di rispondere ai requisiti prescritti dalle norme stesse. La Convenzione dà in tal modo riconoscimento alla figura dell'arbitrato commerciale internazionale nel senso già indicato, pur non riuscendo a fornire una disciplina completa dell'istituto⁹¹⁻⁹².

La conclusione ora enunciata trova ulteriore conferma se si esaminano gli elementi desumibili dalla Convenzione circa l'individuazione della nozione di sentenza arbitrale riconoscibile. Tale nozione non riceve una definizione completa nelle norme convenzionali, ma esse contengono alcuni elementi significativi a tale fine. In primo luogo, l'art. I indica che la sentenza arbitrale deve riguardare controversie fra persone fisiche o giuridiche e può essere emanata da arbitri ad hoc oppure da istituzioni arbitrali permanenti, alle quali le parti si siano sottoposte. Ne

⁹⁰ La seconda riserva prevista dall'articolo in questione, relativa al carattere commerciale del rapporto che ha originato la controversia, non interessa dal punto di vista italiano.

⁹¹ Nel senso che a diversi fini essa fa riferimento al diritto nazionale dell'uno o dell'altro Stato. Peraltro tale riferimento non importa alcun legame dei singoli arbitrati con lo Stato il cui diritto è reso così applicabile.

⁹² In ordine alla sfera di applicazione della Convenzione, si è discusso se essa si applichi anche a sentenze rese sul territorio di Stati diversi da quello in cui viene richiesto il riconoscimento o l'esecuzione in sottoposte al diritto di quest'ultimo. In senso negativo, si veda KLEIN, *La Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, in *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1961, 229 ss. In senso contrario, si veda ad esempio MINOLI, *Adezione dell'Italia alla Convenzione di New York?*, *RA*, 1966, 86 ss. Questa seconda tesi appare preferibile, sia perché trova appoggio nei lavori preparatori, sia perché non appare fondato addurre in contrario l'impossibilità di escludere l'applicazione della legge dello Stato richiesto alle procedure di annullamento o di revoca della sentenza arbitrale: tale applicazione rimane perfettamente possibile anche in regime convenzionale, che non contiene nulla che la possa vietare. Cfr. FOUCHARD, *L'arbitrage*, cit., 535 ss. Ne consegue, naturalmente, la possibilità che una pluralità di impugnazioni sia esperibile, oppure che – in relazione al modo di essere dei diritti interni interessati – non lo sia alcuna. Altro punto discusso è quello consistente nello stabilire se la formulazione della prima riserva consentita dell'art. I (3) della Convenzione escluda l'obbligo di riconoscimento e di esecuzione delle sentenze rese nel territorio dello Stato che ha formulato la riserva, anche se soggette al diritto di un altro Stato contraente: in senso affermativo sul punto per tutti GAIA, *Introduction*, cit., I.A.4, e in senso contrario ad es. SCHLOSSER, *Das Recht*, cit., 66. La questione è assai dubbia, ma un'interpretazione complessiva della convenzione fa piuttosto propendere per quest'ultima soluzione. Sulla mancanza di applicazione pratica della norma convenzionale relativa alle sentenze rese nel territorio dello Stato richiesto, ma soggette ad altro diritto, cfr. VAN DEN BERG, *The New York Arb. Conv.*, cit., 22 ss.

risulta un evidente riferimento al carattere contrattuale della fonte del potere di giudicare di tali istituzioni, così come degli arbitri specificamente nominati⁹³. Inoltre, la Convenzione qualifica le sentenze riconoscibili come «straniere» nel senso che risulta dalla norma dell'art. I (1) relativa alla sfera di applicazione della Convenzione⁹⁴. Infine, l'art. V (1) (e) richiede che la sentenza arbitrale abbia carattere «vincolante» secondo il diritto del luogo in cui essa è stata emanata, o quello in base al quale è stata emanata. Ora, quest'insieme di caratteri appare tale da confermare la conclusione sopra enunciata, secondo la quale il carattere «straniero» della decisione arbitrale va inteso in senso negativo secondo gli elementi posti in risalto nell'art. I (1) – emanazione nel territorio, o secondo il diritto, di un altro Stato –, ma non in senso positivo, ossia nel senso che la decisione debba essere collegata con altro sistema processuale, che lo consideri come ad esso appartenente⁹⁵. In effetti, l'idea che la sentenza arbitrale risulti da un legame permanente ed esclusivo fra il procedimento del quale è la conclusione ed il diritto di uno Stato determinato – già accolta dalla Convenzione di Ginevra del 1927 – appare estranea alla Convenzione di New York: questa non impone alcun requisito strettamente processuale, e si accontenta del carattere vincolante della sentenza.

15. (Segue). *I caratteri della sentenza arbitrale secondo la Convenzione di New York*

Le considerazioni che precedono consentono ulteriori precisazioni. In primo luogo, ad onta delle contrarie opinioni anche autorevolmente espresse, non sembra che debbano essere di per sé escluse dalla sfera di applicazione della Convenzione quelle sentenze arbitrali che non siano state rese in applicazione di una determinata legge processuale nazionale (sentenze cosiddetti a-nazionali). Naturalmente, la loro riconoscibilità ed eseguibilità dovrà essere valutata in base alle regole convenzionali, con riferimento alle norme del diritto interno ove queste siano dichiarate competenti da tali regole: ma non si può ritenere che costituisca di per sé ragione di rifiuto di riconoscimento o di esecuzione il mero fatto che la sentenza non sia il risultato di un procedimento arbitrale considerato come nazionale da

⁹³ Vengono così superati i dubbi espressi talora in passato in merito al carattere arbitrale di certi organismi permanenti, quali quelli operanti nei Paesi dell'Est europeo, nei quali la libertà di scelta degli arbitri è ristretta alla scelta di nominativi inclusi in apposite liste. Cfr. FOUCHARD, *L'arbitrage*, cit., 206 ss., e LUZZATTO, *Arbitrato di organismi stranieri*, cit., 34 ss.

⁹⁴ Non rileva secondo la Convenzione né il carattere interno od internazionale della controversia, né la nazionalità delle parti: anche controversie fra parti aventi la medesima nazionalità danno origine a sentenze arbitrali contemplate dalla Convenzione. Nettezza dunque rinnovazione rispetto a quanto previsto dall'art. 800 c.p.c. Sul punto si veda VAN DEN BERG, *The New York Arb. Conv.*, cit., 17 ss.; cfr. anche MIRABELLI, *The Application of the New York Convention by the Italian Courts*, in *Yearbook Commercial Arbitration*, IV, 1979, 362 ss. Cfr. anche *supra*, nt. 9.

⁹⁵ In senso contrario, v. però GAIA, *Introduction*, cit., I.A.3.

un determinato ordinamento giuridico statale. In questo senso, del resto, sono orientate alcune significative decisioni giurisprudenziali⁹⁶. Si deve tuttavia riconoscere che l'importanza pratica di una tale affermazione di principio può risultare modesta, in vista dell'ampiezza dei riferimenti al diritto interno che la Convenzione prevede. Così, oltre al riferimento attuato dall'art. V (1) (e) per l'accertamento del carattere vincolante della decisione, può essere rilevante in questo contesto il richiamo compiuto dalla stessa norma al diritto del luogo in cui la sentenza è emanata (od a quello secondo il quale essa è emanata) al fine di valutare l'eventuale annullamento o sospensione degli effetti della sentenza arbitrale⁹⁷.

In secondo luogo, il fatto che la Convenzione ponga l'accento sul carattere vincolante della decisione, anziché su caratteristiche processuali della medesima, visto anche in connessione con l'indubbio fondamento contrattuale riconosciuto all'istituto arbitrale, consente di ampliare la nozione di sentenza arbitrale riconoscibile sotto un altro profilo. In particolare, cioè, consente di considerare ricompresa nella nozione di sentenza arbitrale riconoscibile anche la decisione che, pur avendo effetti obbligatori per le parti, non sia idonea ad acquistare vera e propria efficacia di sentenza, come è il caso della decisione di arbitri cosiddetti irrituali secondo il diritto italiano⁹⁸. Tale conclusione non è pacificamente accolta nella

⁹⁶ Si vedano le sentenze della Cassazione olandese del 26-10-1973 e del 7-11-1975 (*supra*, nt. 70): nella prima la Corte, annullando la sentenza della Corte di appello dell'Aja, ritenne che «neither the text nor the history of the Convention gives an indication ... that the competent authority of the country where recognition and enforcement are sought of an arbitral award given in the territory of another State should, before giving its decision, investigate the relation between the award and the law of the country where it was made and, failing such relationship, refuse recognition and enforcement»; nella seconda decisione la stessa Corte rifiutò peraltro l'esecuzione della sentenza arbitrale in questa era stata considerata dall'autorità competente del Cantone svizzero di Vaud come non soggetta a deposito nelle forme locali, e tale decisione, secondo la Cassazione olandese, doveva essere considerata come impeditiva ai fini dell'esecuzione in base all'art. V (1) (e) della Convenzione. Un riassunto di questa famosa controversia si legge in *Yearbook Comm. Arb.*, I, 1976, 195 ss. insieme ad estratti delle varie decisioni. In senso critico rispetto all'ipotesi della sentenza svincolata da qualsiasi legame con un sistema statale (a-nazionale) cfr. VAN DEN BERG, *The New York Arb. Conv.*, cit., 28 ss. Per la fase successiva della controversia avanti ai giudici francesi, cfr. App. Rouen, 13-11-1984, in *Rev. arb.*, 1985, 115.

⁹⁷ L'incidenza di questo richiamo risulta evidente nel caso SEEE c. Jugoslavia da quanto indicato nella nota che precede. Una questione non dissimile avrebbe potuto sorgere nel caso Götaverken c. General National Maritime Transport Company (GNMTC), oggetto di decisione da parte della Corte suprema svedese e della Corte di appello di Parigi: la sentenza della prima, in data 13-8-1979 (*Yearbook Comm. Arb.*, VI, 1981, 237) ammise l'esecuzione della sentenza arbitrale resa a Parigi secondo le regole della C.C.I., nonostante essa fosse stata fatta oggetto di impugnazione avanti al giudice francese; la decisione della seconda, in data 21-2-1980, respinse l'impugnazione sulla base della considerazione che la sentenza arbitrale non era soggetta alla legge francese (*Revue arb.*, 1980, 524, nt. Jeantet; *Journal droit int.*, 1980, 661, nt. Fouchard; *Rev. crit. droit int. privé*, 1980, 763, nt. Mezger). Se la decisione della Corte parigina avesse preceduto quella della Corte svedese, avrebbe potuto riprodursi la situazione del caso SEEE c. Jugoslavia. Per un commento generale del caso Götaverken, cfr. FERRANTE, *Sulla natura (nazionale o a-nazionale, contrattuale o giurisdizionale) delle sentenze arbitrali C.C.I. alla luce della Convenzione di New York, RA*, 1981, 213 ss.

⁹⁸ Sul punto cfr. LUZZATTO, *Arbitrato irrituale italiano e Convenzione di New York, RA*, 1981, 105 ss. e FERRANTE, *Sulla natura*, cit., 226 ss., ed *ivi* anche indicazioni di letteratura anteriore; suc-

dottrina e nella prassi: mentre essa è affermata dalla Corte di Cassazione italiana⁹⁹, è stata rifiutata dal Bundesgerichtshof germanico¹⁰⁰ e la dottrina è assai divisa. L'argomento più frequentemente addotto in senso contrario fa leva sull'impossibilità di ammettere che vengano ricollegati alla decisione degli arbitri irrituali nell'ambito di un ordinamento diverso da quello in cui è stata emanata effetti più ampi di quelli che possono prodursi in quest'ultimo. Ne conseguirebbe che, essendo riconosciuta in Italia al lodo irrituale un'efficacia puramente contrattuale, non sarebbe ammissibile ricollegarvi in altro Stato efficacia di sentenza, ed in particolare efficacia esecutiva, che in Italia esso non potrebbe mai avere¹⁰¹.

Un argomento siffatto, però, sembra provare troppo, in quanto l'ipotesi di attribuzione ad una decisione arbitrale di effetti maggiori di quelli che essa può produrre nell'ambito del suo sistema di origine non è fatto eccezionale: basti pensare al caso di sentenze emanate in Paesi nei quali esse non sono idonee a spiegare effetti esecutivi, ad esempio per decorso di un certo termine. A tali sentenze non potrebbe, senza violazione della Convenzione di New York, negarsi riconoscimento ed esecuzione in un altro Stato per la sola circostanza segnalata¹⁰². In generale, poi, va ribadito che l'ammissibilità del riconoscimento e dell'esecuzione dei lodi irrituali deve essere valutata esclusivamente sulla base dei requisiti e delle nozioni propri del regime convenzionale, alla luce delle caratteristiche reali proprie dell'istituto dell'arbitrato irrituale secondo il diritto italiano. Ed in questa prospettiva la nozione di sentenza arbitrale riconoscibile, che si desume dalla Convenzione di New York, deve ritenersi idonea a ricomprendere anche la decisione di arbitri irrituali. Questa decisione è sicuramente vincolante per le parti, quale risultato di un procedimento arbitrale che non differisce, da un punto di vista ontologico o strutturale, da quello previsto come arbitrato rituale dal codice di procedura civile; preclude la cognizione del merito della lite da parte di qualsiasi giudice italiano, in virtù dell'accordo compromissorio stipulato dalle parti, e si inquadra senza difficoltà nell'ambito della nozione espressa dalle norme convenzionali, che prescinde da ogni carattere processuale della sentenza degli arbitri¹⁰³.

cessivamente WALTER, *Das Schiedsverfahren im deutsch-italienischen Rechtsverkehr*, in *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1982, 693 ss.; WENGER, *Zur Anwendbarkeit des New Yorker Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche auf einen «freien» Schiedsspruch (lodo irrituale) des italienischen Rechts*, *IPRax*, 1982, 135.

⁹⁹ Cass. S.U. 18-9-1978, n. 4167, *RIPP*, 1979, 524; Id. 6-7-1982, n. 4039, *ivi*, 1983, 854; Cass. 15-12-1982, n. 6915, *ivi*, 1984, 148 ss.

¹⁰⁰ Nella sentenza dell'8-10-1981, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1982, 1224 (cfr. anche *Yearbook Comm. Arbitration*, VIII, 1983, 366 ss.). Per le precedenti decisioni nello stesso caso cfr. LUZZATTO, *Arbitrato irrituale*, cit., 105 ss.

¹⁰¹ Così la decisione citata alla nota precedente. In dottrina cfr. GAJA, *Introduction*, cit., I.C.4; SANDERS, in *Consolidated Commentary*, in *Yearbook Comm. Arbitration*, IV, 1979, 232 ss.

¹⁰² Sul punto cfr. FERRANTE, *Sulla natura*, cit., 226 ss.

¹⁰³ Appare pacifico che la Convenzione di New York non richiede il carattere esecutivo della sentenza arbitrale; cfr. MINOLI, *Adesione dell'Italia*, cit., 89 ss.; MIRABELLI, *Application of the New York Convention*, cit., 371.

16. Condizioni per il riconoscimento e l'esecuzione

Per le sentenze arbitrali rientranti nell'ambito della nozione utilizzata, il sistema convenzionale prevede una sorta di presunzione di riconoscibilità ed eseguibilità, in forza della quale è posta a carico della parte contro la quale riconoscimento ed esecuzione sono richiesti l'onere di provare l'esistenza di eventuali cause impeditive. A carico dell'attore sta soltanto l'onere di produrre l'originale od una copia dell'accordo arbitrale e della sentenza, con eventuale traduzione (art. IV)¹⁰⁴, mentre chi si oppone alla richiesta di esecuzione ha l'onere di dimostrare l'esistenza delle cause impeditive previste dall'art. V (1), ossia (a) l'incapacità delle parti della convenzione arbitrale o l'invalidità della medesima in base alla legge scelta dalle parti od in mancanza di scelta a quella del luogo in cui la sentenza è stata resa¹⁰⁵; (b) la mancata informazione della designazione dell'arbitro o della procedura arbitrale da parte di colui contro il quale la sentenza è invocata, o l'impossibilità di far valere le proprie difese per altre ragioni; (c) la violazione dei limiti della convenzione arbitrale, ossia il fatto che la decisione sia intervenuta su controversie o questioni al di là dei limiti di questa, salva la possibilità di separazione dei vari capi della decisione; (d) la mancata conformità della costituzione del tribunale o della procedura arbitrale all'accordo delle parti, o in mancanza di questo alla legge del luogo in cui l'arbitrato ha avuto svolgimento; (e) il carattere non ancora vincolante della sentenza fra le parti, o l'annullamento o la sospensione della medesima da parte di un'autorità competente del Paese nel quale, o secondo il diritto del quale, la sentenza è stata resa¹⁰⁶. Se poi l'annullamento o la sospensione della sentenza sono stati richiesti all'autorità competente, il giudice richiesto del riconoscimento e dell'esecuzione può, secondo l'art. VI della Convenzione, rinviare la decisione oppure ordinare alla parte richiedente di fornire idonee garanzie¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Sul punto cfr. in generale FOUCHARD, *L'arbitrage*, cit., 512 ss.; VAN DEN BERG, *The New York Arb. Conv.*, cit., 246 ss.

¹⁰⁵ Come ritenuto da GAJA, *Introduction*, cit., I.C.2. ai fini della norma citata nel testo deve essere tenuto presente anche il requisito della forma scritta di cui all'art. II della Convenzione. Cfr. sul punto Cass. 17-3-1982, n. 1727, *RIPP*, 1983, 615; VAN DEN BERG, *The New York Arb. Conv.*, cit., 170 ss., 282 ss.

¹⁰⁶ Si veda *supra*, nt. 96. La mancanza del requisito in questione può essere dubbia in certe situazioni, ma la valutazione deve essere condotta sulla base del principio che il carattere di «obbligatorietà» è stato introdotto nel testo convenzionale in luogo di requisiti strettamente processuali quali la «definitività» della sentenza, sicché una sentenza arbitrale può essere vincolante pur essendo ancora possibili nei suoi confronti ricorsi di vario genere, che non ne paralizzino gli effetti vincolanti secondo la legge applicabile in base all'art. V (1) (e) per il solo fatto di poter ancora essere proposti. Certamente può essere vincolante anche la decisione che non abbia ancora effetti esecutivi, anche ad esempio perché ne sia stata ordinata la sospensione dell'esecuzione (in senso contrario, ma isolato, LEW, *The Arbitration Act 1975*, in *Int. Comp. Law Quarterly*, 1975, 870 ss.). Nella prassi internazionale è emersa la tendenza a favorire un'interpretazione «autonoma» del termine «vincolante» usato dalla Convenzione, che prescindendo da una stretta aderenza al dettato della legge indicata dall'art. V (1) (e) della medesima: cfr. VAN DEN BERG, *The New York Arb. Conv.*, cit., 337 ss. e giurisprudenza *ivi* richiamata.

¹⁰⁷ Questione assai dubbia è quella di stabilire se una sentenza arbitrale che sia stata «merged» in una sentenza di un giudice secondo le procedure proprie dei sistemi anglosassoni sia ancora sottoposta al regime convenzionale come sentenza arbitrale, oppure debba essere trattata alla stregua di una sen-

Nell'ambito di applicazione della Convenzione di Ginevra del 1961, l'ampiezza delle disposizioni dell'art. V (1) (e) è stata ristretta, nel senso che l'annullamento della sentenza ne impedisce il riconoscimento e l'esecuzione in altri Stati soltanto se esso è stato pronunciato per le ragioni indicate nell'art. IX (1) della stessa Convenzione di Ginevra, ragioni che coincidono con quelle indicate nell'art. V (1) (a-d) della Convenzione di New York¹⁰⁸. Gli unici requisiti della sentenza che i giudici dello Stato richiesto hanno il potere di controllare d'ufficio, secondo l'art. V (2) della Convenzione di New York, sono l'arbitrabilità della controversia e la non contrarietà della sentenza all'ordine pubblico, che costituiscono limiti tradizionali in materia. A proposito dell'ordine pubblico, va rilevato che il relativo controllo non può comportare in alcun caso un qualche riesame del merito, o un controllo del diritto applicato dagli arbitri al merito della lite¹⁰⁹: esso può investire, in determinati casi limite, anche gli essenziali principi relativi al rispetto del contraddittorio (peraltro già considerati dall'art. V (1) (b)¹¹⁰, ma non il requisito della motivazione della sentenza¹¹¹.

La procedura da applicare al riconoscimento ed all'esecuzione delle sentenze arbitrali non è definita dalle norme convenzionali, che rinviano al diritto locale e si limitano a prevedere al riguardo, nell'art. III, un generico (e non self-executing) obbligo degli Stati contraenti di non imporre condizioni sensibilmente più rigorose e spese sensibilmente più elevate di quelle imposte per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali nazionali. A tale obbligo l'Italia è probabilmente inadempiente, in considerazione delle notevoli differenze esistenti fra il sistema dell'exequatur pretorile e quello dell'ordinario giudizio di delibazione: ma la regola convenzionale che lo impone non appare di per sé idonea a dar vita alle norme interne necessarie per rendere applicabile l'art. 825 c.p.c. anche alle sentenze straniere¹¹².

tenza dell'autorità giudiziaria. Nel primo senso, MINOLI, *L'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere in Italia*, RA, 1972, 66 ss.; PIERGROSSI, *L'arbitrato commerciale negli Stati Uniti d'America e i suoi rapporti con l'ordinamento italiano*, Milano, 1974, 276 ss.; cfr. anche VAN DEN BERG, *The New York Arb. Conv.*, cit., 346 ss.; AKSEN, *Application of the New York Convention by United States Courts*, in *Yearbook Comm. Arbitration*, IV, 1979, 353 ss.

¹⁰⁸ Sul punto si vedano BERTHEAU, *Das New Yorker Abkommen*, cit., 120 ss.; MEZGER, *Das europäische Übereinkommen*, cit., 285 ss.

¹⁰⁹ Sotto il primo profilo cfr. Cass. 2-2-1978, n. 459, *Gl*, 1978, I, 1, 1008; sotto il secondo, Cass. olandese 7-11-1975 cit. *supra*. nt. 96.

¹¹⁰ FOIS, «Arbitrato estero», in *NN.I.D. App.*, I, Torino, 1980, 360.

¹¹¹ Sul punto si vedano DOMKE, *The United States Implementation of the United Nations Arbitral Convention*, in *Am. Journal Comp. Law*, 1971, 581; MINOLI, *L'esecuzione delle sentenze*, cit., 73. Va ricordato che la Convenzione di Ginevra del 1961 (art. VIII) – che pone però una norma non direttamente applicabile in caso di delibazione di sentenze arbitrali straniere – stabilisce che una sentenza arbitrale non è invalida per mancanza di motivazione se le parti sono state d'accordo su tale mancanza, sia per mezzo di dichiarazione espressa, sia attraverso la sottoposizione ad una procedura arbitrale secondo la quale la motivazione non sia abituale (e salvo, in questo caso, che la motivazione non sia stata espressamente richiesta).

¹¹² MIGLIAZZA, LUZZATTO, *Le convenzioni internazionali*, cit., 233; MIRABELLI, RECCHIA, ZUCCONI GALLI FONSECA, *I giudici italiani e l'arbitrato commerciale internazionale*, RA, 1978, 41 ss. In senso contrario, MINOLI, *L'esecuzione*, cit., 76 ss.

V. L'Italia e l'arbitrato commerciale internazionale

17. *I caratteri tradizionali del sistema italiano in materia di arbitrato nazionale ed estero*

Le Convenzioni di New York e di Ginevra sono state rese esecutive in Italia con le leggi del 19-1-1968, n. 62¹¹³ e del 10-5-1970, n. 418, sicché oggi la figura dell'arbitrato commerciale internazionale, in quanto disciplinata da tali convenzioni, trova riconoscimento anche nell'ambito del diritto italiano. Tale riconoscimento ha comportato un radicale mutamento di alcune caratteristiche tipiche del sistema italiano in precedenza vigente, che – per quanto ormai almeno parzialmente superate – è opportuno richiamare brevemente: anche in vista del fatto che alcune fra le più significative norme che esprimono tali caratteristiche continuano ad essere formalmente incluse nel codice di procedura civile, sebbene la loro applicazione sia ormai praticamente minima, come l'art. 2 e l'art. 800 di tale codice.

Caratteristica tipica del sistema italiano, quale risultante dal codice del 1942 (ma risalente ad epoca anteriore), è la netta distinzione fra arbitrati e sentenze arbitrali nazionali, da un lato, e arbitrati e sentenze arbitrali straniere, dall'altro, sia per quanto riguarda gli effetti dei relativi accordi arbitrali in ordine alla giurisdizione italiana, sia per quanto concerne requisiti e forme del riconoscimento della decisione a livello statale. Tutto ciò dipende dalla considerazione dell'arbitrato come procedimento che si inserisce nell'ambito della funzione giurisdizionale nelle sole materie non riservate ai giudici statali, il che è a sua volta conseguenza propria di una concezione statalistica del diritto e dell'accertamento giudiziale. Pertanto, anche gli arbitrati disciplinati da regole diverse da quelle nazionali vengono considerati come strettamente collegati alla funzione giurisdizionale di uno Stato straniero, ed inseriti nell'ambito di questa. Cosicché qualsiasi procedimento e qualsiasi sentenza arbitrale sono considerati, in base a tale concezione, come collegati ad un sistema giuridico determinato, che conferisce loro, dal suo punto di vista, una determinata «nazionalità»: e al di fuori di tale collegamento, il fenomeno rimane privo di rilevanza giuridica.

D'altro lato, sotto l'influenza di una concezione che attribuisce carattere universale al diritto ed alla giurisdizione statale, viene sostanzialmente negata la libertà delle parti di ricorrere ad arbitrati esteri, così come lo è quella di derogare alla giurisdizione italiana ricorrendo a procedimenti giurisdizionali stranieri. Dunque, sotto tutti i profili, l'efficacia dell'arbitrato nazionale è nettamente distinta e diversa rispetto a quella dell'arbitrato estero, e ciò esclude qualsiasi possibilità di dare accoglimento anche parziale all'idea del carattere privato del feno-

¹¹³ Per le vicende di tale legge si vedano i resoconti pubblicati in *RIPP*, 1966, 901 e 1968, 217, nonché MIGLIAZZA, LUZZATTO, *Le convenzioni internazionali*, cit., 225 ss.

meno arbitrale. Pur essendo ben noto lo sviluppo di quell'istituto tipico del sistema italiano che è il cosiddetto arbitrato irrituale o libero, gli effetti del medesimo sono stati sempre limitati al livello puramente privatistico, precludendo in tal modo la possibilità di elaborare una figura unitaria di arbitrato idonea a superare la stessa contrapposizione fra arbitrato nazionale ed arbitrato estero. D'altronde, il modo di essere del sistema italiano del 1942 comportava una rigida chiusura dell'arbitrato rituale nei confronti di qualsiasi elemento di estraneità, sia per la necessità della nazionalità italiana degli arbitri, sia per il requisito che il lodo venisse deliberato in Italia. Conseguiva da ciò l'estrema difficoltà che potessero aver luogo in Italia, secondo le norme locali, arbitrati in base alle regole di organismi stranieri a carattere permanente¹¹⁴.

Tutto ciò comportava inevitabilmente la conseguenza che l'arbitrato commerciale internazionale non trovava adeguato riconoscimento nell'ambito del sistema italiano, che tendeva ad inquadralo in categorie del tutto contrastanti con le sue caratteristiche reali e con le esigenze ad esso proprie.

18. *La situazione attuale*

L'adesione dell'Italia alle convenzioni internazionali di New York e di Ginevra 1961 ha comportato radicali mutamenti in questa situazione, come è del resto dimostrato dalle fortissime resistenze che vennero opposte alla adesione italiana alla Convenzione di New York¹¹⁵. Basti qui ricordare che viene interamente superato il limite soggettivo risultante dall'art. 2 c.p.c., essendo ormai pienamente ammissibile la deroga alla giurisdizione in favore di arbitri «internazionali» anche fra parti che abbiano entrambe la cittadinanza italiana. Egualmente cancellata è l'esigenza che la sentenza arbitrale straniera sia equiparata, quanto agli effetti, ad una sentenza dell'autorità giudiziaria, o sia emanata fra parti di diversa cittadinanza (art. 800 c.p.c.). La disciplina di New York si sovrappone interamente, data la mancanza di qualsiasi riserva da parte italiana, alle regole derivanti dalle norme menzionate del codice di procedura civile. Più in generale, con il riconoscimento della figura dell'arbitrato internazionale di diritto privato viene superato l'inquadramento di tutto il fenomeno arbitrale nella dicotomia arbitrato nazionale-arbitrato estero, che risulta ormai espressione di una realtà normativa non più attuale.

Sotto il profilo della possibilità di svolgimento in Italia di arbitrati commerciali internazionali, va rilevata l'incidenza spiegata dalle norme della Convenzione di Ginevra del 1961, pur nel loro limitato ambito di applicazione. Particolarmente significativa, da questo punto di vista, la possibilità che un lodo venga reso al-

¹¹⁴ Cfr. in generale MIGLIAZZA, *Länderbericht Italien*, cit. 113 ss.; MIGLIAZZA, LUZZATTO, *Le convenzioni internazionali*, cit., 215 ss. Cfr. anche MINOLI, *Adesione dell'Italia*, cit., RA, 1966, 81 ss.

¹¹⁵ Si veda, per tutti, lo scritto di MARMO, *La convenzione di New York sul riconoscimento delle sentenze arbitrali*, RDIn, 1959, 31 ss.

l'estero conservando la possibilità di acquistare valore di sentenza arbitrale in Italia mediante il deposito in Pretura¹¹⁶. Sempre in questa prospettiva, deve essere ricordata qui anche la profonda incidenza delle norme introdotte con l. 9-2-1983, n. 28, che ha modificato in taluni importanti punti la disciplina dell'arbitrato rituale prevista dal codice di procedura civile. Pur non riguardando specificamente l'arbitrato commerciale internazionale, tale normativa, consentendo la nomina di arbitri stranieri ed attribuendo al lodo efficacia vincolante tra le parti dalla data della sua ultima sottoscrizione¹¹⁷, a prescindere dal deposito (previsto ormai soltanto ai fini dell'esecuzione)¹¹⁸, produce importanti conseguenze anche a livello internazionale. Essa consente infatti la circolazione all'estero delle decisioni rese in Italia sulla base della disciplina della Convenzione di New York, a prescindere dal deposito e perciò dall'inquadramento formale nel sistema attraverso l'acquisto dell'efficacia di sentenza¹¹⁹, eliminando così una delle più rilevanti divergenze del sistema italiano rispetto alla situazione normativa propria dei Paesi stranieri più evoluti in campo arbitrale¹²⁰.

¹¹⁶ Possibilità negata da RICCI, *La distinzione fra lodi «nazionali» e lodi «esteri» e la Convenzione di Ginevra del 1961*, AFS, 1974, 145 ss.; ID., *Lodi pronunciati in Italia e lodi pronunciati all'estero di fronte alla Convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961*, RDPr, 1975, 74 ss. In senso affermativo si veda LUZZATTO, *Il luogo di pronuncia del lodo arbitrale secondo la Convenzione di Ginevra del 1961 e l'art. 824 c.p.c.*, in *Studi in onore di G. Balladore Pallieri*, II, Milano, 1978, 361 ss.

¹¹⁷ Art. 2. 2° co., della legge che aggiunge all'art. 823 c.p.c. un ultimo co. per il quale il lodo ha efficacia vincolante fra le parti dalla sua ultima sottoscrizione.

¹¹⁸ Art. 3 della legge, che modifica il 1° co. dell'art. 825 del codice.

¹¹⁹ La precisa portata del «carattere vincolante» attribuito al lodo prima del deposito, e le relative conseguenze specie ai fini delle impugnazioni, sono oggetto di acceso dibattito in dottrina. Per tutti si vedano, sul tema, RICCI, *Modificazioni alla disciplina dell'arbitrato*, NLCC, 1983, 733 ss.; ID., *Sull'efficacia del lodo arbitrale rituale dopo la legge 9 febbraio 1983, n. 28*, RDPr, 1983, 635 ss.; ID., *Problemi sulla recezione all'estero dei lodi rituali italiani*, RDPr, 1986, 117 ss.; TARZIA, *Efficacia ed impugnabilità del lodo nell'arbitrato rituale*, RA, 1985, 1 ss.; GARBAGNATI, *Sull'efficacia di cosa giudicata del lodo arbitrale rituale*, RDPr, 1985, 425 ss.

¹²⁰ Per le caratteristiche della nuova disciplina dell'arbitrato in una prospettiva internazionale, cfr. GIARDINA, *La nuova disciplina dell'arbitrato in Italia*, RA, 1983, 5 ss.; RECCHIA, *Nuove prospettive dell'arbitrato commerciale in Italia*, RA, 1983, 41 ss.; BERNINI, *La legge 9 febbraio 1983 n. 28 e la modifica dell'arbitrato: prospettive internazionali*, RA, 1984, 193 ss.

Sulla circolazione dei lodi arbitrali italiani all'estero *

SOMMARIO: 1. Premessa. La circolazione internazionale dei lodi arbitrali e la Convenzione di Ginevra del 1927. – 2. La Convenzione di New York del 1958. – 3. I lodi italiani secondo il codice del 1942 e la legge del 1983. – 4. Lodi non depositati e Convenzione di New York. – 5. Conclusione.

1. *Premessa. La circolazione internazionale dei lodi arbitrali e la Convenzione di Ginevra del 1927*

Per quanto esatta possa essere la consueta affermazione che le decisioni di arbitri internazionali godono di un coefficiente di osservanza spontanea notevolmente elevato, che ne rende spesso inutile l'esecuzione forzata, non vi è dubbio che la predisposizione degli strumenti idonei ad assicurare la possibilità di una tale esecuzione costituisce un problema assai sentito a livello internazionale. Da un lato, il fatto stesso che si tratti di arbitrato commerciale a carattere internazionale rende notevolmente elevata la probabilità che la decisione degli arbitri sia destinata a ricevere riconoscimento ed esecuzione in più di un sistema giuridico, e comunque nell'ambito di un sistema diverso da quello al quale essa può essere collegata a titolo primario; dall'altro, la varietà dell'atteggiamento dei singoli diritti interni al riguardo – del resto, connessa alle differenze esistenti nel modo in cui può essere assicurata l'esecuzione di sentenze arbitrali puramente nazionali – è senz'altro rilevante, potendo andare dall'estremo che assimila la posizione della sentenza arbitrale straniera a quella della sentenza emanata da un giudice straniero (come l'art. 800 c.p.c. italiano) a quello, opposto, che l'assoggetta a regole identiche a quelle che riguardano l'esecuzione della sentenza nazionale (come fanno gli artt. 1498-1500 del nuovo codice di procedura civile francese, come introdotti nel 1981)¹.

* Pubblicato in *Diritto del commercio internazionale*, 1987, pp. 307-320.

¹ Il *Décret n. 81-500* del 12 maggio 1981 ha introdotto, fra l'altro, il libro IV del *Nouveau Code de Procedure civile* del 1975, il quale comprende un titolo V (artt. 1492-1497) intitolati all'arbitrato commerciale internazionale, definito come quello «qui met en cause des intérêts du commerce international».

Su questa normativa si vedano, per tutti, Y. DERAIS, *National Report France*, in *Yb.C.A.*, VII (1982), p. 3 ss.; P. FOUCHARD, *L'arbitrage International en France après le décret du 12 Mai 1981*, in *Clunet*, 1982, p. 395 ss. L'equiparazione fra esecuzione di sentenze arbitrali francesi ed estere era,

L'esigenza di una disciplina internazionale della circolazione delle decisioni arbitrali risulta, così, evidente ed alla creazione di una tale disciplina si sono rivolti, com'è noto, sin dagli anni venti gli sforzi della pratica internazionale del settore. Mentre la prima convenzione internazionale multilaterale che interessa la materia, il Protocollo di Ginevra del 1923, non conteneva disposizioni a questo riguardo², qualche anno più tardi veniva conclusa, sempre a Ginevra, l'importante Convenzione per l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere del 26 settembre 1927, la quale obbligava gli Stati contraenti a riconoscere ed eseguire le sentenze arbitrali rese a seguito di accordi arbitrali considerati dal Protocollo del 1923, purché la sentenza fosse stata resa nel territorio di uno Stato contraente fra parti soggette alla giurisdizione di uno di questi. Secondo la Convenzione, le sentenze arbitrali considerate dalla normativa in essa contenuta sono ammesse al riconoscimento ed all'esecuzione in quanto abbiano la «nazionalità» di uno degli Stati contraenti, e siano considerate «definitive» secondo il diritto processuale di questi (nel senso che non devono essere soggette ad opposizione, appello o ricorso per cassazione). In concreto, questa disciplina costituisce – se considerata sullo sfondo della regolamentazione sino ad allora fornita dalle varie normative interne – un notevole progresso, in quanto sottraeva la disciplina della materia all'unilaterale e variabile normativa interna degli Stati e la rendeva soggetta a regole uniformi nell'ambito di applicazione della Convenzione. Tuttavia, non indifferenti inconvenienti potevano continuare a derivarne. Il più rilevante di tali inconvenienti risiede, come la pratica si incaricò ben presto di porre in luce, nel fatto che la parte interessata all'esecuzione in uno Stato diverso da quello al quale la sentenza fosse collegata a titolo primario si vedeva spesso costretta a richiedere un duplice riconoscimento (c.d. duplice *exequatur*) sperando le procedure richieste a tal fine tanto nello Stato con il quale la decisione era anzitutto collegata, quanto in quello nel quale l'esecuzione doveva essere compiuta, e ciò al solo fine di quest'ultima, anche se l'esecuzione nel primo territorio non presentasse alcun pratico interesse. Ma una tale conseguenza era inevitabile, in vista del fatto che la Convenzione considera la decisione arbitrale alla stregua di un atto giurisdizionale dello Stato di provenienza, riconoscibile ed eseguibile all'estero a condizione di reciprocità, e pertanto richiede che essa sia dotata di un certo grado di stabilità nel proprio sistema d'origine. L'apprezzamento di un tale grado di stabilità, espresso dalle norme convenzionali mediante ricorso all'idea di «definitività» dell'atto, non poteva spesso compiersi se non ove la decisione fosse concretamente fatta oggetto di deposito od omologazione da parte di un organo pubblico, secondo i diversi sistemi accolti al riguardo dai vari sistemi nazionali.

del resto, già affermata sotto il regime previgente: si veda J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage, Nature juridique, Droit interne et droit international*, Paris, 1965, p. 81 ss., 300 ss.

² La sola disposizione in materia di esecuzione delle sentenze arbitrali, quella dell'art. 3, impegnava gli Stati contraenti all'esecuzione delle sole sentenze arbitrali rese sul loro territorio.

2. La Convenzione di New York del 1958

A diverse conclusioni conduce l'esame delle norme rilevanti della Convenzione di New York del 10 giugno 1958, la quale costituisce oggi, come si sa, lo strumento internazionale di base in materia di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze arbitrali straniere³.

La prospettiva adottata dalla Convenzione di New York per quanto concerne l'identificazione della stessa nozione di sentenza arbitrale ammessa al riconoscimento ed all'esecuzione si distacca, infatti, da quella più tradizionale, che fa sentire i suoi effetti nella disciplina della Convenzione di Ginevra. In relazione all'impostazione inizialmente fatta propria dal progetto della Camera di commercio internazionale⁴, la Convenzione di New York considera le sentenze arbitrali nei loro caratteri intrinseci, e non come risultato di procedimenti strettamente collegati con i sistemi processuali degli Stati sin dal loro inizio, e pertanto, come prodotto della sovranità di questi⁵. È significativo, a questo riguardo, che il testo della Convenzione non ne condizioni l'applicazione alla reciprocità, nel senso che gli Stati non assumono l'obbligo di riconoscere le sole sentenze collegate in virtù dell'uno o dell'altro criterio con gli altri Stati contraenti (a meno che non abbiano formulato l'apposita riserva, che la Convenzione considera ammissibile: ma l'Italia non l'ha fatto). Un riferimento ai vari diritti nazionali può naturalmente essere necessario, nel sistema convenzionale, al fine di valutare l'esistenza di certi requisiti necessari per il riconoscimento e l'esecuzione: ma tale riferimento è soltanto un mezzo per valutare i caratteri intrinseci della decisione, e non per assicurarne l'aderenza ai requisiti processuali propri dei singoli Stati.

Importanza fondamentale, nel quadro dei requisiti di riconoscibilità indicati nell'art. V della Convenzione, assume quello previsto nella lettera (e) del relativo paragrafo 1. Questa norma prevede, secondo il caratteristico sistema di inversione dell'onere probatorio accolto dalla Convenzione⁶, che la decisione arbitrale non possa essere riconosciuta ed eseguita, qualora la parte contro la quale essa è invo-

³ In generale sulla Convenzione di New York del 1958, sulla sua storia legislativa e sulla sua applicazione ed interpretazione nei diversi Stati contraenti, si veda A.J. VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards A Uniform Judicial Interpretation*, Deventer-Antwerp-Boston-London-Frankfurt, 1981.

⁴ Si vedano al proposito il *Rapport e l'Avant-Projet* intitolato *L'exécution des sentences arbitrales internationales*, adottato dal Comitato dell'arbitrato internazionale il 13 marzo 1953 (brochure No. 174 della C.c.i.). Per la storia legislativa della Convenzione su questo punto, A.J. VAN DEN BERG, *op. cit.*, p. 12 ss.

⁵ Su questo specifico aspetto si vedano i miei scritti *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la Convenzione di New York del 1958*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1968, p. 24 ss.; *International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit int. de la Haye*, 1977-IV, vol. 157, p. 13 ss.

⁶ Per il quale incombe al convenuto nel giudizio tendente al riconoscimento ed esecuzione della sentenza arbitrale l'onere di dare la prova della mancanza delle condizioni richieste dalla Convenzione ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione: A.J. VAN DEN BERG, *op. cit.*, p. 264 ss.

cata fornisca la prova che la decisione non è ancora divenuta vincolante (*obligatoire, binding*) oppure è stata annullata o sospesa da un'autorità competente del paese nel quale, o secondo la legge del quale, la decisione è stata resa. Il carattere vincolante o meno della sentenza diviene perciò determinante ai fini del giudizio circa la riconoscibilità e l'eseguibilità della stessa.

Nella dottrina e nella giurisprudenza internazionali la determinazione dell'esatto significato e dell'esatta portata della nozione è stata oggetto di notevoli incertezze, e neppure i lavori preparatori della Convenzione offrono elementi tali da risolverle in modo univoco. In via generale, le opinioni espresse oscillano fra quella di chi tende a far coincidere la nozione di vincolatività con qualche nozione processuale, e quella di chi, invece, ritiene necessario accontentarsi di un livello di obbligatorietà che prescinde da qualsiasi riferimento a connotazioni di tipo processuale. Ci si chiede, inoltre, se il carattere vincolante debba essere determinato con riferimento integrale alle norme della legge alla quale l'art. V (1) (e) fa rinvio, oppure sia possibile individuarne un significato autonomo rispetto a tali leggi.

Va rilevato, al riguardo, che le espressioni utilizzate dalla norma in questione (*obligatoire, binding*) per definire gli effetti che le sentenze arbitrali devono avere per poter circolare in altri Stati secondo la Convenzione, sono state consapevolmente prescelte dai redattori per indicare un certo tipo di effetti senza riferimento diretto alle norme dei singoli ordinamenti statali, che normalmente non fanno ricorso a nozioni del genere. È quindi da ritenere che a tali espressioni vada attribuito un significato proprio ed autonomo, da desumersi unicamente dalla norma convenzionale per gli scopi propri della medesima. Sostanzialmente, tale significato indica la caratteristica della sentenza arbitrale di decidere definitivamente la controversia, senza che sussista la possibilità di ulteriore decisione sul merito della lite (come accade, per esempio, nell'ipotesi di possibilità di appello ad altro organo arbitrale o ad un giudice statale), in modo vincolante per le parti. Invece rimane estranea alla nozione qualsiasi implicazione in termini di esecuzione forzata della decisione: nonostante qualche opinione in contrario, appare sufficientemente chiaro anche dalla storia della Convenzione che i redattori vollero escludere il requisito dell'eseguibilità, al fine di evitare la necessità del c.d. doppio *exequatur* del quale in precedenza si è detto. In questo quadro, il riferimento alle varie leggi nazionali ha soltanto la funzione di consentire di accertare se, in concreto, esistano i presupposti della vincolatività della sentenza così come intesa dalla norma convenzionale secondo la nozione da essa autonomamente delineata: non, invece, quella di ricondurre a tali leggi per la stessa determinazione della nozione⁷.

Il carattere vincolante della decisione rileva dunque, ai fini dell'art. V (1) (e) della Convenzione di New York, in primo luogo al fine di indicare l'efficacia che essa deve possedere, dal punto di vista dello svolgimento del procedimento, per

⁷ Questa esigenza di interpretazione «autonoma» sulla base delle sole norme convenzionali è affermata ora da A.J. VAN DEN BERG, *op. cit.*, p. 337 ss., che richiama al riguardo numerosi esempi di applicazione della norma da parte dei giudici degli Stati membri del sistema convenzionale.

essere suscettibile di riconoscimento ed esecuzione all'estero. Accanto a questa funzione, esso ne svolge però un'altra più generale: esso contribuisce infatti a delimitare la nozione di sentenza arbitrale riconoscibile secondo la Convenzione, dal punto di vista degli effetti che questa è suscettibile di produrre in relazione alle proprie intrinseche caratteristiche⁸.

Il fatto che la nozione generale di sentenza arbitrale desumibile dall'insieme delle norme convenzionali non comprenda alcun riferimento a caratteristiche processuali, consente di considerare ricomprese nell'ambito della nozione stessa quelle forme di decisione arbitrale che, pur spiegando effetti obbligatori per le parti, non siano idonee ad acquistare vera e propria efficacia di sentenza, ossia un'efficacia in tutto pari a quella dell'atto emanato dall'autorità giurisdizionale. In particolare, consente di ricomprendervi le decisioni di arbitri irrituali secondo il diritto italiano, tutte le volte almeno che queste risultino da un procedimento arbitrale vero e proprio (e non, per esempio, dal c.d. biancosegno), la cui esistenza in base all'accordo compromissorio delle parti precluda la cognizione della lite da parte di qualsiasi giudice italiano⁹.

Questa conclusione, accolta anche dalla giurisprudenza della Corte di cassazione italiana¹⁰, è stata oggetto di notevoli resistenze, ed è stata rifiutata da una nota decisione del *Bundesgerichtshof* tedesco¹¹. L'argomento portato in contrario

⁸ Si veda il mio scritto *Arbitrato irrituale italiano e Convenzione di New York*. in *Rass. arbitr.*, 1981, p. 105 ss. ed ivi ulteriori riferimenti.

⁹ Il punto è, notoriamente, assai discusso: per la tesi favorevole, oltre al mio scritto citato alla nota precedente, E. MINOLI, *The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, in *Unif of L. Yb.*, 1958, p. 157 ss.; G. BERNINI, *Osservazioni in tema di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze arbitrali straniere in Italia*, in *Arch. giur.*, 1974, p. 65 ss.; E. FAZZALARI, *De l'arbitrage «marchands» à l'arbitrage international de droit privé*, in *Commercial Arbitration. Essays in Memoriam E. Minoli*, Torino, 1974, p. 39 ss.; M. FERRANTE, *Sulla natura (nazionale o a-nazionale, contrattuale o giurisdizionale) delle sentenze arbitrali C.C.I. alla luce della Convenzione di New York*, in *Rass. arbitr.*, 1981, p. 213 ss. All'estero si vedano W. WENGER, *Zur Anwendbarkeit des New Yorker Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche auf einen «freien» Schiedsspruch (lodo irrituale) des italienischen Rechts*, in *IPrax (Praxis des int. Privat- und Verfahrensrechts)*, 1982, p. 135 ss.; P. SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Tübingen, 1975, I, p. 604; P. SANDERS, *Consolidated Commentary*, in *Yb.C.A.*, IV, 1979, p. 332 (contrario alla riconoscibilità ed eseguibilità del lodo irrituale sulla base della Convenzione di New York); A.J. VAN DEN BERG, *op. cit.*, p. 44 ss.

¹⁰ Si vedano le sentenze del 18 settembre 1978, n. 4167, Pagnan c. Butera, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1979, p. 524 ss.; 6 luglio 1982, n. 4039, Soc. Colella c. Carey Hirsch Lumber Co., *ivi*, 1983, p. 854 ss.; 15 dicembre 1982, n. 6915, Rocco Giuseppe & Figli C. Federal Commerce and Navigation Ltd. *ivi*, 1984, p. 148 ss. Naturalmente queste sentenze non riguardano l'esecuzione di lodi italiani all'estero, ma gli effetti sulla giurisdizione italiana di accordi arbitrali intesi a dar vita a procedimenti arbitrali destinati a concludersi, secondo la Corte, con atti aventi effetti negoziali (il che, naturalmente, è discutibile, non apparendo possibile applicare ad arbitrati regolati da norme straniere la distinzione, tutta italiana, fra arbitrati rituali ed arbitrati irrituali).

¹¹ *Bundesgerichtshof*, 8 ottobre 1981, Comitass ed a. c. S.o.v.a.g., in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1982, p. 1224 ss. (e cfr. *Yb.C.A.*, VIII, 1983, p. 366 ss.). Per le precedenti decisioni nello stesso caso si veda il mio scritto citato sopra alla nota 8.

consiste, soprattutto, nell'osservazione che, se si ammettesse l'applicazione della Convenzione agli arbitrati irrituali, si verrebbe a ricollegare ai lodi irrituali nell'ambito di un ordinamento straniero un'efficacia diversa e maggiore di quella che essi sarebbero mai capaci di ottenere nell'ambito del proprio ordinamento di origine: ossia, quell'efficacia esecutiva che essi non sono idonei ad ottenere nell'ambito del sistema italiano.

L'argomento tuttavia sembra provare troppo, come è stato altrove osservato¹². Infatti, l'attribuzione ad una decisione arbitrale di effetti maggiori di quelli che essa è capace di produrre nel proprio ordinamento di origine non è fenomeno sconosciuto, né eccezionale: basta pensare al caso di sentenze emanate in Paesi nei quali esse non possono spiegare effetti esecutivi per decorso di un certo termine, ed alle quali non si potrebbe, nell'ambito della Convenzione di New York, negare per ciò solo riconoscimento ed esecuzione. Vero è che a ciò si potrebbe obiettare che queste ultime sentenze sarebbero state astrattamente idonee a sortire effetti esecutivi, mentre i lodi irrituali non lo sarebbero mai per la loro stessa natura. Ma, a questo riguardo, va ancora una volta considerato che le norme della Convenzione di New York non sono intese ad attribuire alle sentenze arbitrali in Paesi diversi da quello di origine gli stessi effetti che esse spiegano in quest'ultimo.

Al contrario, lo spirito di tali norme è nel senso di ricollegare determinati effetti (riconoscimento-esecuzione) agli atti definibili come sentenze arbitrali in virtù delle caratteristiche intrinseche di essi, a prescindere dagli effetti spiegati nel sistema di origine. Non si tratta, insomma, di estendere altrove gli effetti già spiegati all'interno di uno Stato, ma di ricollegare autonomamente determinati effetti alle sentenze arbitrali che rispondano ad una certa nozione ed a certi requisiti, comunque poi esse possano essere teoricamente inquadrate o trattate nell'ambito del sistema di origine¹³.

3. *I lodi italiani secondo il Codice del 1942 e la legge del 1983*

In relazione a tali caratteristiche della disciplina della Convenzione di New York va ora considerata la situazione dei lodi arbitrali emanati in base alla legge italiana, e non considerati come propri da altri ordinamenti¹⁴, prescindendo dall'ipotesi che il trattamento del lodo italiano all'estero sia soggetto ad altre normati-

¹² Infatti l'ipotesi di attribuzione ad un lodo arbitrale all'estero di effetti maggiori di quelli che esso può produrre nell'ambito del suo sistema di origine è tutt'altro che eccezionale. Sul punto cfr. il mio scritto citato sopra alla nota 8, e M. FERRANTE, *op. cit.*, p. 226 ss.

¹³ Si veda il mio scritto *International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States*, *cit.*, p. 70 ss.

¹⁴ Poiché non esiste un coordinamento a livello internazionale fra i criteri utilizzati dalle varie legislazioni al fine di determinare la nazionalità degli arbitrati e delle sentenze arbitrali, è chiaro che uno stesso lodo può essere considerato sottoposto alla propria legge da più di uno Stato, a seguito dell'operatività di diversi criteri nei confronti della stessa pronuncia arbitrale.

ve, di origine internazionale (come convenzioni bilaterali, fatte salve dalla Convenzione di New York se più favorevoli) od interna.

Sino all'entrata in vigore della l. 9 febbraio 1983, n. 28 (Modificazioni alla disciplina dell'arbitrato), il lodo rituale emanato secondo le disposizioni contenute nel codice di procedura civile rimaneva sprovvisto di qualsiasi effetto se non depositato entro cinque giorni dalla data della sua sottoscrizione nella cancelleria della Pretura del luogo in cui era stato pronunciato, e successivamente dichiarato esecutivo dal Pretore con decreto (art. 825 c.p.c.). Il decreto del Pretore, secondo l'art. 825, comma 3°, c.p.c. conferiva al lodo efficacia di sentenza. In base a tale disciplina, non sembra dubbio che un lodo non depositato tempestivamente o non dichiarato esecutivo con il decreto pretorile non era suscettibile di alcun riconoscimento od esecuzione all'estero in base alla Convenzione di New York, in quanto privo del carattere vincolante richiesto dall'art. V (1) (e) della Convenzione stessa. A tale conclusione portava inevitabilmente la considerazione che il lodo non depositato o non dichiarato esecutivo non poteva spiegare alcun effetto secondo il sistema italiano, il quale non conosceva l'ipotesi di un lodo rituale capace di spiegare una qualche efficacia per le parti, ma non esecutivo¹⁵.

La situazione è però diversa in base alla normativa attuale. Infatti l'ultimo comma dell'art. 823 c.p.c., aggiunto con la citata l. n. 28/83, stabilisce ora che il lodo ha efficacia vincolante fra le parti dalla data della sua ultima sottoscrizione, ed il deposito in Pretura, insieme al decreto del Pretore, sono previsti dal nuovo testo dell'art. 825 soltanto nel caso che una parte intenda fare eseguire il lodo nel territorio della Repubblica. Il deposito, com'è noto, deve aver luogo entro il termine perentorio di un anno dal ricevimento del lodo¹⁶.

L'attuale disciplina legislativa configura, pertanto, una duplicità di effetti del lodo: da un lato l'efficacia vincolante tra le parti, che consegue alla sola sottoscrizione del lodo da parte degli arbitri, e dall'altro, l'efficacia esecutiva, che consegue invece all'acquisto della piena efficacia di sentenza conferita come per l'innanzi con il decreto del Pretore in seguito al deposito.

Questa disciplina ha rimosso una notevole serie di ostacoli all'utilizzazione della legge italiana come regolatrice di arbitrati a carattere internazionale, ed all'utilizzazione dell'Italia e delle associazioni arbitrali italiane come sedi di tali arbitrati, e ciò anche in vista delle conseguenze di carattere fiscale. Mentre in precedenza l'acquisto di qualsiasi efficacia da parte del lodo comportava l'applicabilità dell'imposta di registro, ora la normativa contenuta nel nuovo testo unico sul-

¹⁵ In senso diverso sembra esprimersi A.J. VAN DEN BERG, *op. cit.*, p. 337 ss., p. 346, sulla base della distinzione fra interpretazione della nozione di lodo «vincolante» (*binding*) secondo la Convenzione di New York, e determinazione del momento in cui tale carattere viene in essere secondo la legge interna: ma la tesi non appare accettabile di fronte al dato della mancanza di qualsiasi effetto del lodo non depositato in base al sistema originario del codice di procedura civile.

¹⁶ In generale sulla disciplina stabilita dalla legge del 1983, si vedano per tutti E.F. RICCI, *L. 9 febbraio 1985, n. 28*, in *Nuove leggi civ.*, 1983, p. 733 ss., ed i vari saggi contenuti nella raccolta *L'arbitrato secondo la l. 28 del 1985*, Napoli, 1985.

l'imposta di registro (d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131)¹⁷, ha tratto le necessarie conseguenze dalla scissione fra efficacia vincolante ed efficacia esecutiva del lodo, configurata dal legislatore del 1983. E così mentre è confermata la tassazione dei provvedimenti che dichiarano esecutivi i lodi arbitrali (art. 8 tariffa all. A, parte prima), nell'art. 2 della tariffa, all. A, parte seconda, è stata inserita un'apposita disposizione che assoggetta i lodi non dichiarati esecutivi con decreto pretorile all'imposta soltanto in caso d'uso: in tal modo, in pratica, sottraendo all'imposta i lodi tutte le volte che le parti vi diano esecuzione spontanea, oppure quando l'interesse all'esecuzione riguardi soltanto un Paese straniero¹⁸.

La norma contenuta nell'ultimo comma dell'art. 823 c.p.c. utilizza la stessa nozione di «vincolatività» introdotta dall'art. V (1) (e) della Convenzione di New York, con palese richiamo a quest'ultima: ed i redattori della l. n. 28/83 non hanno fatto mistero del loro intento di predisporre una disciplina idonea a favorire il riconoscimento e l'esecuzione del lodo all'estero, a prescindere dall'*exequatur* di cui all'art. 825 c.p.c.

Tale constatazione sembrerebbe a prima vista idonea a rimuovere qualsiasi dubbio in ordine alla possibilità che il lodo dotato dell'efficacia vincolante, ma privo dell'*exequatur* pretorile (sia perché non ancora richiesto, sia perché non più ottenibile per scadenza del termine annuale) sia ammesso al riconoscimento ed all'esecuzione nell'ambito degli Stati che aderiscono alla Convenzione di New York.

Invece, nel primo lasso di tempo intercorso dall'entrata in vigore della disciplina del 1983, si è verificata nella dottrina e nella giurisprudenza italiana una situazione singolare. Da un lato, è sorto in dottrina un vivacissimo dibattito in ordine al significato dell'efficacia vincolante attribuita al lodo sottoscritto dagli arbitri dall'art. 823, ultimo comma: e le opinioni espresse sono state le più varie, ma la maggioranza tende a dare un'interpretazione alquanto riduttiva di quell'efficacia. Dall'altro, nelle prime manifestazioni giurisprudenziali relative alla questione sembra emergere l'idea che al lodo non depositato debba essere riconosciuta un'efficacia di tipo negoziale.

Gli orientamenti dottrinali sul punto sono stati in un recente studio raggruppati in tre diverse categorie. Secondo un primo orientamento, il lodo sottoscritto, ma non depositato ha efficacia di accertamento giurisdizionale, ed il decreto del Pretore è necessario soltanto al fine della formazione di un titolo esecutivo¹⁹. Per un

¹⁷ In *Suppl. ord. Gazz. Uff.*, n. 99 del 30 aprile 1986.

¹⁸ Sulla nuova disciplina fiscale dell'arbitrato si vedano le considerazioni di R. NOBILI, *I costi fiscali dell'arbitrato in Italia: sviluppi recenti*, in *Rass. arbitr.*, 1986, p. 13 ss.

¹⁹ Lo studio menzionato nel testo è quello di E.F. RICCI, *Problemi sulla recezione all'estero dei lodi rituali italiani*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, p. 117 ss.; ed il primo filone ricordato fa capo precisamente all'opinione manifestata dallo stesso autore, già in *L. 9 febbraio 1983, cit.*, p. 740 ss., valendosi inoltre dell'adesione di G. FRANCHI, *Brevissime osservazioni sulla l. 9 febbraio 1983 n. 28 contenente modificazioni alla disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 219 ss. e di altri autori tra i quali G. TARZIA, *Efficacia ed impugnabilità del lodo nell'arbitrato rituale*, in *Rass. arbitr.*, 1985, p. 1 ss.

altro indirizzo, tale lodo avrebbe efficacia puramente negoziale, analoga a quella propria del lodo arbitrale irrituale: ed a seconda delle varie tesi, diversamente viene poi configurato il valore dell'*exequatur*, che può venire inteso come aggiunta dell'efficacia esecutiva al negozio, o come attribuzione di vera e propria efficacia di sentenza²⁰. Infine, secondo altri scrittori, il lodo non depositato non avrebbe neppure l'efficacia vera e propria di un negozio, ma un'efficacia in un certo senso ancora minore²¹.

Dal canto suo, la giurisprudenza, nelle poche occasioni in cui ha avuto sino ad ora occasione di prendere posizione sul problema si è prevalentemente orientata, come si è detto, verso l'interpretazione dell'efficacia «vincolante» come efficacia di tipo negoziale. Così, la Corte di appello di Genova, nella decisione del 3 gennaio 1986 (*Soc. Coedi c. Europetrol e Ronzano*)²², nel dichiarare improponibile l'impugnazione per nullità secondo gli artt. 827 ss. c.p.c. di un lodo arbitrale non depositato, condivide l'orientamento di coloro che ritengono che l'efficacia vincolante che il lodo consegue al momento della sua ultima sottoscrizione si risolva in un'efficacia di tipo negoziale, che in nessun caso conferisce all'atto l'efficacia di sentenza: e ciò in quanto insuperabili dati testuali relativi al tenore degli artt. 823 e 825 imporrebbero di distinguere nettamente l'efficacia vincolante fra le parti del lodo non depositato dall'efficacia di sentenza che allo stesso lodo è, ancora oggi, conferita soltanto dal deposito e dal successivo *exequatur*. Secondo la Corte, «è la legge ... che ricollega alle due figure in raffronto effetti tipologicamente distinti in relazione a due momenti cronologicamente e processualmente diversi e che considera oggetto dell'impugnazione per nullità solo la sentenza arbitrale. E ciò, non perché in questa il lodo assuma una essenza ed un contenuto intrinsecamente diversi da quelli che aveva prima del deposito, ma unicamente perché il lodo con l'*exequatur* pretorile consegue quella speciale efficacia che gli arbitri non avevano il potere di attribuirgli». Dal canto suo, la Corte suprema di Cassazione, in una decisione a sezioni unite in data 9 giugno 1986 (n. 3835) su questione diversa (impugnabilità del lodo parziale insieme a quello definitivo)²³ ha incidentalmente, ma non perciò meno chiaramente, dichiarato che «l'efficacia vincolante

²⁰ In questo senso si vedano C. PONZI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 78 ss.; E. FAZZALARI, *Una buona «Novella»*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 6 ss.; F. MAZZARELLA, *Sull'efficacia e impugnabilità del lodo dopo la legge di riforma del 9 febbraio 1983*, in *Foro it.*, 1984, V, c. 181 ss.

²¹ Ad esempio, L. MONTESANO, *Sugli effetti e sulle impugnazioni del lodo nella recente riforma dell'arbitrato rituale*, in *Foro it.*, 1983, V, c. 160 ss.; *Negoziato e processo nel nuovo arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 214 ss.; F. CARPI, *Gli aspetti processuali della riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 47 ss.; V. ANDRIOLI, *La novella sull'arbitrato*, in *Dir. e giur.*, 1983, p. 249 ss.; E. GARBAGNATI, *Sull'efficacia di cosa giudicata nel lodo arbitrale rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 425 ss.

²² La si legge in *Rass. arbitr.*, 1985, p. 251 ss. con note di C. PUNZI ed E.F. RICCI, *ivi*, pp. 237 e 242.

²³ In *Foro it.*, 1986, I, c. 1625 ss.

antecedente all'omologazione ha, palesemente, natura negoziale». Si tratta di un *obiter dictum*, non accompagnato da una qualsiasi discussione del problema e degli argomenti che sono stati portati a sostegno dell'opinione contraria, che appare tuttavia significativo.

4. *Lodi non depositati e Convenzione di New York*

Gli argomenti recati in dottrina e giurisprudenza a sostegno della tesi del carattere negoziale dell'efficacia del lodo non depositato non appaiono in realtà insuperabili, imperniati come sono, da un lato, su dati di carattere testuale derivanti dall'imperfetto coordinamento delle norme introdotte con la l. 28/38 con quelle preesistenti contenute nel testo del codice, e dall'altro sull'assioma – evidentissimo, ad esempio, nella motivazione della decisione dei giudici genovesi – che la mera attività degli arbitri non sia mai idonea a conferire alla loro decisione una vera e propria efficacia di accertamento giurisdizionale. Appaiono persuasivi, in contrario, gli argomenti recati da chi ritiene che nulla si opponga, nel diritto positivo, al conferimento di un'efficacia siffatta al lodo degli arbitri, e che, in conformità con la più generale esperienza europea, in tal senso debba essere costruita quell'efficacia vincolante, della quale l'art. 823, ultimo comma, fa menzione²⁴. E non vi è dubbio che, costruendo in questo diverso modo la nozione di «efficacia vincolante», lo scopo primario dell'introduzione della novella del 1983 verrebbe realizzato appieno, in quanto un lodo dotato di piena efficacia di accertamento sarebbe senz'altro ricompreso nella categoria delle sentenze arbitrali riconoscibili secondo la Convenzione di New York, e non potrebbe non considerarsi *obligatoire* (*binding*) nel senso dell'art. V (1) (e) di quest'ultima.

Dell'orientamento giurisprudenziale che va delineandosi, tuttavia, non si può evidentemente fare a meno di tenere conto, tanto più che, agganciato come appare a postulati di carattere generalissimo, esso non si presenta facilmente aperto a mutamenti sulla base di semplici operazioni interpretative. Ed allora appare importante che venga ribadita un'interpretazione delle norme rilevanti della Convenzione di New York, che sia idonea a garantire nella massima misura possibile la circolazione internazionale dei lodi italiani non depositati, sulla base del loro carattere «vincolante». È pur vero che, sull'interpretazione delle relative norme nell'ambito degli ordinamenti degli altri Stati contraenti, gli interpreti che operano nell'ambito italiano non possono direttamente influire²⁵: ma è anche vero che spetta loro il compito di elaborare nozioni relative ai lodi governati dal diritto italiano che siano facilmente e chiaramente utilizzabili all'estero, evitando sottigliezze dogmatiche sicuramente idonee a rendere più difficile, se non a fuorviare del tutto, la comprensione dell'istituto regolato dal diritto nazionale. D'altra parte,

²⁴ È la tesi di E.F. RICCI, *supra*, nota 19.

²⁵ E.F. RICCI, *Problemi sulla recezione*, cit., p. 124 s.

l'evoluzione della giurisprudenza italiana in materia arbitrale e specialmente in materia di applicazione della Convenzione di New York non è priva di rilievo anche al fine dell'applicazione di questa in altri Stati, anche in vista dell'elevato numero di casi portati alla cognizione dei giudici italiani nella materia e dell'ampia diffusione che alla giurisprudenza è assicurata da apposite pubblicazioni²⁶.

In questa prospettiva, si deve ribadire che la costruzione dell'efficacia vincolante quale efficacia di tipo negoziale, per quanto discutibile essa possa apparire, non può sicuramente valere a condurre il lodo fuori della sfera di applicazione della Convenzione di New York.

Non lo può, innanzitutto, sotto il profilo della nozione stessa di sentenza arbitrale riconoscibile, adottata dalla Convenzione, in quanto quest'ultima non richiede altro che l'esistenza di un atto vincolante per le parti, che conclude un procedimento di tipo arbitrale fondato sulla volontà compromissoria delle parti, in modo da precludere ulteriori accertamenti in ordine all'oggetto della controversia: senza, però, che sia elemento essenziale di tale nozione l'efficacia di accertamento giurisdizionale. Ma neppure lo può sotto il profilo del carattere *obligatoire* (*binding*) dell'atto, perché un tale carattere non può essere comunque negato al lodo sottoscritto dagli arbitri secondo l'art. 823 c.p.c.: come si è già visto, la qualifica di «vincolante» esprime l'idoneità del lodo arbitrale a produrre gli effetti suoi propri dal punto di vista della stabilità dell'atto, in relazione anche alle possibilità di impugnazione, ma certamente non esclude che un'efficacia di carattere negoziale sia sufficiente a concretare quanto richiesto dalla norma convenzionale.

Naturalmente, quanto ora detto può apparire ovvio, qualora si condivida l'idea che anche i lodi italiani di tipo «irrituale» possano essere riconosciuti ed eseguiti in virtù delle norme della Convenzione. Ma ciò su cui occorre ora insistere è che, anche qualora non si ritenga di poter giungere a tale conclusione, gli argomenti che si opporrebbero a quest'ultima non consentirebbero affatto di escludere dal riconoscimento anche il lodo rituale non depositato, sulla base del suo ritenuto carattere negoziale.

Tali argomenti, infatti, si fondano sulla riluttanza che si prova ad ammettere l'attribuzione al lodo di effetti maggiori e diversi in ordinamenti stranieri, rispetto a quelli che esso potrebbe produrre nel suo sistema d'origine: e consistono, in particolare, nell'affermare che al lodo non potrebbero mai essere ricollegati all'estero effetti che, per loro natura, esso non può sortire secondo il diritto che lo regola. Ma così dicendo ci si riferisce, naturalmente, agli effetti esecutivi, che al lodo irrituale non possono essere direttamente ricollegati in Italia. Ed a parte le considerazioni che si possono opporre in via generale a questo ordine di idee, sembra evidente che quegli argomenti sono inidonei ad ostacolare l'attribuzione di effetti anche esecutivi al lodo rituale, il quale è ben suscettibile, in astratto, di produrli anche in Italia, una volta intervenuto il deposito. Ed anche ove il termine annuale

²⁶ In particolare, dalla pubblicazione annuale *Yb.C.A.*, edita a cura dell'International Council for Commercial Arbitration (ICCA).

per il deposito sia trascorso invano, non si può affermare che la situazione, sotto questo profilo, sia cambiata: si tratta pur sempre di un atto, che per i propri caratteri sarebbe stato del tutto idoneo a sortire effetti esecutivi in Italia, pur se in concreto questo non possa più accadere per decorso del termine. Non si può ritenere, peraltro, che l'*attuale* esecutività di un atto nell'ordinamento di origine condizioni la riconoscibilità ed eseguibilità all'estero in base alla Convenzione, per le ragioni già in precedenza ricordate, ed essenzialmente in vista dell'indiscusso intento dei redattori di abolire la necessità del c.d. doppio *exequatur*.

Nulla invece sembra giustificare, nel sistema della Convenzione, l'idea che l'efficacia di accertamento giurisdizionale sia una componente della stessa nozione di sentenza arbitrale riconoscibile utilizzata dalla Convenzione medesima: né le obiezioni avanzate nei confronti del riconoscimento dei lodi irrituali italiani sembrano fondate su tale ordine di idee, ma piuttosto sulla mancanza di efficacia esecutiva.

Notevole incidenza sulla possibilità di dare riconoscimento ed esecuzione all'estero a lodi arbitrali italiani secondo la Convenzione di New York potrebbe avere, invece, l'accoglimento di quelle tesi che vedono nell'efficacia vincolante attribuita al lodo non sottoscritto dall'art. 823 c.p.c. un *quid minus* rispetto allo stesso valore negoziale dell'atto²⁷. Interpretazioni del genere non sembrano però, sino ad oggi almeno, penetrate nella giurisprudenza italiana: e indubbiamente l'impoverimento degli effetti del lodo, che ne consegue, costituisce motivo da solo sufficiente per guardarvi con notevole diffidenza. D'altra parte non sembra dubbio che l'effetto «vincolante» voluto dal legislatore non può senza artificio essere trasformato in una mera protezione da *condictio indebiti* in caso di adempimento spontaneo, o nella mera facoltà di promuovere l'azione tendente al riconoscimento all'estero; facoltà che ovviamente non è la legge italiana a poter concedere, ma solo quella straniera²⁸.

5. Conclusione

Indubbiamente, taluni orientamenti che si sono andati diffondendo in Italia a seguito della modifica delle norme sull'arbitrato rituale introdotta nel 1983 presentano qualche aspetto preoccupante dal punto di vista della circolazione internazionale dei lodi pronunciati secondo il diritto italiano. E poiché uno degli scopi principali delle modifiche in questione è stato precisamente quello di favorire tale circolazione, appare più che giustificato che, al momento di interpretare ed applicare la legge interna, si guardi anche alle conseguenze che l'interpretazione accol-

²⁷ Si tratta, in particolare, delle tesi ricordate *supra* alla nota 21, che vengono analizzate da E.F. RICCI, *Problemi sulla recezione*, cit., p. 117 ss.; e in precedenza in *Sull'efficacia del lodo rituale dopo la l. 9 febbraio 1983*, n. 28, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 635 ss.

²⁸ Riduce a tale facoltà la nozione di «vincolatività» E. GARBAGNATI, *op. cit.*, p. 425 ss., p. 441.

ta può avere per il trattamento dei lodi all'estero, senza che una simile prospettiva possa essere respinta sul piano del mero *jus condendum*²⁹.

Dal punto di vista della disciplina della Convenzione di New York, tuttavia, il dibattito teorico in corso non appare particolarmente rilevante, sino a che esso si limiti ad investire il quesito se l'efficacia «vincolante» del lodo vada intesa in termini di efficacia di accertamento giurisdizionale, o di tipo negoziale. Appare, però, importante tener fermo il principio che la disciplina convenzionale, fondata com'è su di una nozione generale di sentenza arbitrale che non deriva dalle realtà normative e sistematiche dei singoli Stati contraenti, prescinde dalla rigida aderenza all'una o all'altra di queste, per utilizzare un modello che è direttamente tratto dalla realtà concreta dell'arbitrato commerciale internazionale. E tale modello deve restare estraneo all'influenza delle singole tradizioni legislative nazionali e delle particolarità di ciascun sistema, se si vuole che la Convenzione continui a svolgere il ruolo che le è affidato di carta fondamentale della giustizia privata internazionale.

²⁹ Come vuol fare L. MONTESANO, *Negozio e processo*, cit., p. 221: ma vedi, in contrario, E.F. RICCI, *Problemi sulla recezione*, cit., p. 134 s.

L'arbitrato internazionale e i lodi stranieri nella nuova disciplina legislativa italiana *

SOMMARIO: 1. La riforma del 1994 e il quadro internazionale. – 2. L'arbitrato internazionale come oggetto di disciplina interna. – 3. Caratteri generali della disciplina italiana. – 4. I presupposti di applicazione della nuova disciplina: a) la sede dell'arbitrato. – 5. *Segue:* b) i caratteri di internazionalità rilevanti. – 6. La forma della clausola compromissoria. – 7. Il diritto applicabile al merito della controversia. – 8. La lingua dell'arbitrato. – 9. La ricasazione degli arbitri. – 10. La deliberazione del lodo. – 11. L'impugnazione del lodo. – 12. I lodi stranieri. – 13. Le disposizioni transitorie.

1. *La riforma del 1994 e il quadro internazionale*

Con la legge n. 25 del 5 gennaio 1994 («Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale») ¹ è stata introdotta anche nel diritto italiano una disciplina apposita dell'arbitrato denominato «internazionale», seguendo così un esempio sempre più diffuso nella prassi contemporanea. Secondo molte opinioni, si tratterebbe addirittura di uno dei tratti più rilevanti e caratteristici della riforma complessiva dell'istituto arbitrale attuata dalla legge in questione ². Sta di fatto che a partire dalla riforma francese del 1981 la creazione di norme interne intese a fornire una disciplina apposita per gli arbitrati che presentino determinate caratteristiche di internazionalità quanto alle parti o all'oggetto della controversia (in base ad elementi variamente definiti nei diversi casi) è divenuta procedimento via via più frequente al fine di adeguare la disciplina dello strumento arbitrale a quelle che normalmente si ritengono essere le esigenze proprie e specifiche della soluzione delle controversie attinenti al commercio internazionale in senso lato ³. A ciò ha notevolmente contribuito anche l'azione della Commis-

* Pubblicato *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1994, pp. 257-280.

¹ In *Gazz. Uff.*, n. 12 del 17 gennaio 1994 e in questo fascicolo della *Rivista*, p. 446 ss. A norma dell'art. 28 della legge essa è entrata in vigore «novanta giorni dopo la sua pubblicazione», ossia il 17 aprile 1994.

² Così ad esempio P. BERNARDINI, *La recente riforma dell'arbitrato in Italia*, in *Dir. comm. int.* 1994, p. 3 ss., a p. 13.

³ Tali esigenze essendo poi identificate specialmente nella mancanza di formalismo, nella speditezza dei traffici ed in genere nella stabilità del lodo di fronte alle impugnative proposte nell'ambito dei singoli sistemi giuridici: ma è il caso di notare che il soddisfacimento di tali esigenze non deve

sione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL) che, com'è noto, ha elaborato un apposito testo di legge-modello (approvato il 21 giugno 1985), della quale poi è stata raccomandata l'adozione ai vari Stati membri in sede di Assemblea generale. Si può anzi dire che l'azione degli organismi internazionali in materia arbitrale sia oggi diretta, non tanto e non più alla predisposizione di convenzioni internazionali – come tali, destinate a porre norme vincolanti fra gli Stati che ne sono parti, con tutte le difficoltà a ciò connesse – quanto piuttosto al perfezionamento della disciplina interna degli Stati al riguardo⁴. Si ritiene infatti che la disciplina internazionale esistente, e principalmente quella della convenzione di New York del 1958 che riunisce un numero assai elevato di Stati⁵, sia sostanzialmente adeguata al fine di assicurare, sui punti fondamentali, un funzionamento soddisfacente dello strumento arbitrale nei rapporti privati internazionali. Ed è d'altra parte assai difficile pensare di poter oggi predisporre uno strumento convenzionale più articolato e penetrante rispetto alla convenzione di New York, che sia in grado di raccogliere un consenso altrettanto generalizzato.

2. *L'arbitrato internazionale come oggetto di disciplina interna*

Tale essendo il quadro generale nel cui ambito la riforma italiana si colloca, occorre esaminarne in questa sede, da una parte il rapporto con la disciplina internazionale esistente, e dall'altra – soprattutto – le specifiche caratteristiche.

Il primo profilo va sia pur rapidamente esaminato al fine di evitare equivoci, non infrequenti in questa materia nella pratica. La nuova disciplina si preoccupa da parte sua di ribadire in più punti la preminenza delle convenzioni internazionali (si vedano i nuovi artt. 832, secondo comma e 840, sesto comma cod. proc. civ. introdotti dall'art. 24 della nuova legge: «Sono in ogni caso salve le norme stabilite in convenzioni internazionali»), Questo, però, può da un lato apparire superfluo, alla luce dei consueti principi quanto ai rapporti fra diritto interno e diritto internazionale convenzionale⁶; dall'altro, non chiarisce interamente la situazione,

sacrificare quanto è necessario per assicurare un'adeguata tutela delle parti (in generale sul punto cfr. HABSCHIED, *L'arbitrato internazionale in Svizzera e in Germania*, in *Riv. arb.*, 1994, p. 47 ss.). In generale su queste esigenze e sugli atteggiamenti dei diversi ordinamenti giuridici contemporanei al riguardo, si vedano i dati ed i commenti in P. BERNARDINI, *La recente riforma cit.*, p. 13 ss.; GIARDINA, *L'arbitrato internazionale*, in *Riv. arb.*, 1992, p. 21 ss., e BRIGUGLIO, *La nuova disciplina dell'arbitrato internazionale (L. 5 gennaio 1994 n. 25)*, in *Giust. civ.*, 1994, II, p. 83 ss.

⁴ Per considerazioni al riguardo si può vedere il mio studio *International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States*, in *Recueil des Cours*, t. 157. 1977-V, p. 21 ss. La tendenza allora rilevata si è ulteriormente rafforzata negli anni successivi al lavoro citato.

⁵ Si trattava di novanta Stati al marzo 1993 (cfr. *Year Book Commercial Arbitration*, XVIII, 1993, p. 323 ss.).

⁶ In base ai quali, a prescindere dall'esatto inquadramento teorico del problema, la prevalenza delle norme di origine internazionale appare comunque assicurata (per l'Italia v. per tutti, CONFORTI, *Diritto internazionale*, 4^a ed., Napoli, 1992, p. 298 ss.).

in quanto non risulta esplicitato il rapporto fra la figura dall'arbitrato internazionale introdotta dalla nuova legge e quella dell'arbitrato internazionale già nota alla prassi, ancorché sinora in Italia priva di specifica disciplina normativa di fonte interna. È noto infatti che di arbitrato internazionale si parlava, anche in Italia, ben prima dell'entrata in vigore della nuova legge. A giudizio di chi scrive, non si trattava soltanto di un uso linguistico, ma di una denominazione idonea a rispecchiare con esattezza e in modo immediato le caratteristiche dell'istituto arbitrale in quanto oggetto di disciplina – per l'uno o per l'altro aspetto, e in direzioni non interamente coincidenti – ad opera di fonti internazionali quali le convenzioni di New York del 1958, di Ginevra del 1961 o di Washington del 1965⁷. D'altronde, la denominazione «arbitrato commerciale internazionale» si trova utilizzata da una di tali convenzioni, e precisamente da quella di Ginevra del 21 aprile 1961. In estrema sintesi, la figura dell'arbitrato internazionale emergente da tale complessiva disciplina è caratterizzata dal fatto di collocarsi accanto a quelle riflesse dalla tradizionale distinzione fra arbitrato nazionale e arbitrato estero, che tradizionalmente veniva considerata tale da esaurire la realtà del fenomeno arbitrale. In particolare, la figura dell'arbitrato internazionale viene connotata, in questo senso, dal fatto di non essere – a differenza di quelle dell'arbitrato nazionale ed estero – vincolata ad un unico ordinamento giuridico statale in base ad un legame predefinito e costante, in modo da assumere il carattere di strumento di composizione delle controversie previsto e disciplinato dal legislatore nazionale accanto alla giurisdizione dello Stato.

L'arbitrato internazionale così inteso assume il ruolo ed il significato di mezzo di soluzione di controversie tipico della vita giuridica internazionale, e del relativo commercio: la disciplina posta in essere dalle fonti internazionali lo fa emergere a livello giuridico, vincolando gli Stati che ne fanno parte al suo riconoscimento per gli effetti determinati dalle convenzioni. Il riferimento alle norme nazionali, ancora largamente presente nelle convenzioni, acquista così il significato, non già di incardinare i singoli arbitrati nell'uno o nell'altro ordinamento, facendone assumere loro la «nazionalità», ma di fornirne una disciplina attraverso il semplice rinvio ad esse, per quegli specifici aspetti che la disciplina internazionale non giunge a considerare direttamente essa stessa («riferimento», dunque, e non «inquadramento»). Il tutto, poi, sulla base ed alla luce del riconoscimento del ruolo essenziale di fondamento ultimo dell'istituto arbitrale alla volontà delle parti, che la disciplina internazionale opera.

Nel senso indicato, l'internazionalità dell'arbitrato deriva dunque, sia (a) dal

⁷ Mi permetto di rinviare al mio scritto *Arbitrato commerciale internazionale*, in *Digesto comm.*, I. Torino, 1987, p. 193 ss. Per diverse considerazioni al riguardo cfr. GIARDINA, *L'arbitrato internazionale* cit., p. 21 ss.; BROGGINI, *Il lodo nell'arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. arb.*, 1992, p. 627 ss.; MARENGO, *Profili dell'arbitrato commerciale internazionale*, *ibidem*, 1993, p. 597 ss. Si vedano anche RUBINO SAMMARTANO, *L'arbitrato internazionale*, Padova, 1989, p. 66 ss.; P. BERNARDINI, *L'arbitrato internazionale*, 2^a ed., Milano, 1994, p. 3 ss.

fatto che esso è assunto ad oggetto della disciplina giuridica internazionale proprio in quanto strumento sviluppato ed affermato nella vita internazionale e non (soltanto) in quanto strumento previsto dal diritto interno dei vari Stati; sia (b) dal fatto che, in correlazione a ciò, tale disciplina non lo considera come realtà propria dei singoli sistemi nazionali, ma come strumento da essa stessa direttamente recepito dalla realtà sociale sul piano giuridico; sia ancora (c) dal fatto che esso non è esclusivamente collegato ad alcuno specifico sistema nazionale. A questa nozione di internazionalità se ne può poi aggiungere un'altra, per così dire di secondo grado, di carattere strettamente procedurale, ma in se stessa non necessaria ai fini della qualifica dell'istituto come internazionale. Questo accade quando l'arbitrato è interamente sottoposto ad una disciplina di carattere internazionale nei suoi aspetti procedurali: che è ciò che si verifica, ad esempio, nell'arbitrato ICSID disciplinato dalla convenzione di Washington del 1965 senza alcun riferimento a regolamentazioni nazionali⁸.

Quale dunque la relazione fra la figura dell'arbitrato internazionale, così come sin qui delineata, e quella che risulta dalla nuova disciplina italiana? Certamente quest'ultima non intende – così come non intendevano fare le discipline nazionali che l'hanno preceduta in altri Stati – cancellare od ignorare la realtà suindicata, ma si inserisce nel più ampio quadro che questa comporta. Del resto, la stessa «salvezza» delle convenzioni internazionali, ripetutamente menzionata dalla legge, ne è un chiaro sintomo. La nuova disciplina intende semplicemente porre in essere una regolamentazione specifica e completa per quegli arbitrati, internazionali nel senso e nei limiti sopra indicati, che siano collegati con l'ordinamento italiano in base ai criteri che esso, liberamente, determina, e che presentino le caratteristiche che esso, in modo egualmente discrezionale, prevede e descrive. Si ha in questo modo la creazione di una figura di arbitro, che è internazionale nel senso e nel modo che si è detto, e che però l'ordinamento italiano in presenza di certe circostanze assume come oggetto di regolamento diretto e sottopone ad una propria regolamentazione speciale e parzialmente diversa rispetto a quella generale propria dell'arbitrato puramente interno. L'arbitrato internazionale nel senso della nuova legge costituisce dunque una speciale categoria di arbitro sottoposto al diritto italiano il quale dà per i propri fini una specifica regolamentazione dell'istituto a livello interno attribuendo in questo modo rilevanza ad una particolare classe di arbitrati internazionali in senso più ampio, che con esso presentano i collegamenti individuati dalla legge⁹.

⁸ Oppure in altre ipotesi disciplinate da fonti di carattere internazionale, specie in relazione ad eventi eccezionali della vita internazionale quale la controversia tra Iran e Stati Uniti d'America risolta dagli accordi di Algeri del 1981, sui quali cfr. per tutti RADICATI DI BROZOLO, *La soluzione delle controversie tra Stati e stranieri mediante accordo internazionale: gli accordi tra Stati Uniti ed Iran*, in *Riv. dir. int.*, 1982, p. 299 ss.

⁹ Cfr. FAZZALARI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1994, p. 1 ss. a p. 17: l'arbitrato «internazionale» considerato nell'ambito del nostro ordinamento «è una specie dell'arbitrato rituale». La determinazione dei criteri di appartenenza e delle caratteristiche degli arbitrati internazionali dei

Al di fuori di quelli, così espressamente ricondotti all'ordinamento italiano, continueranno naturalmente ad esistere arbitrati che possono – e a giudizio di chi scrive, devono – essere correttamente definiti come internazionali (e non semplicemente «esteri») per le ragioni in precedenza chiarite. Tali arbitrati sfuggono alla disciplina della nuova legge, non avendo nulla a che fare con il diritto italiano sotto il profilo della definizione e dei criteri rilevanti secondo le previsioni della legge stessa. Basti pensare a titolo di esempio all'ipotesi di arbitrati, magari anche riguardanti controversie di cui sono parti soggetti italiani, che si svolgono secondo le regole della Camera di commercio internazionale ed in base ad una legge diversa da quella italiana per quanto riguarda gli aspetti procedurali (ed anche se poi, per altri aspetti, il diritto italiano risultasse invece applicabile). Arbitrati del genere potranno venire in considerazione, dal punto di vista della nuova legge, soltanto in quanto si tratti di dare effetti ai lodi che ne risultino come lodi stranieri in base ai nuovi artt. 839 e 840 cod. proc. civ. (inseriti nel codice dall'art. 24 della nuova legge)¹⁰.

3. Caratteri generali della disciplina italiana

L'indirizzo seguito in via generale dalla nuova disciplina relativa all'arbitrato internazionale è quello, seguito del resto anche negli altri Stati che hanno scelto la strada della regolamentazione apposita, che consiste nell'attenuazione delle esigenze di controllo da parte del giudice statale, e dell'accentuazione della garanzia di ampi spazi di autonomia per le parti: il tutto in considerazione della presenza di certi elementi di internazionalità della controversia, vista sul più ampio sfondo del rapporto sottostante¹¹.

La tecnica legislativa adottata al fine indicato consiste nel sancire in via gene-

quali si voglia assumere direttamente la disciplina nel senso indicato nel testo è poi, naturalmente, risultato di una scelta discrezionale di ciascun sistema. Così come lo è – correlativamente – la maggiore o minore ampiezza dei procedimenti che si vogliono ricondurre alla sfera di applicazione della legge interna, eventualmente anche attraverso il ricorso al meccanismo delle norme di conflitto. Così ad esempio in Francia la disciplina degli artt. 1492 ss. del nuovo cod. proc. civ. si applica, in via di principio, anche ad arbitrati sottoposti ad un diritto diverso da quello francese; in Svizzera, purché la sede del tribunale arbitrale sia in territorio locale, la procedura arbitrale può essere sottoposta dalle parti a qualsiasi diritto straniero (art. 182 comma 1 della nuova legge di diritto internazionale privato del 1987).

¹⁰ E sui quali si veda *infra*, par. 12.

¹¹ Si veda al riguardo BRIGUGLIO, *La nuova disciplina* cit., p. 87 ss. anche per riferimenti ad ordinamenti stranieri. E si noti che la definizione contenuta nell'art. 832 cod. proc. civ., introdotto dalla nuova legge, attribuisce valore all'eseguità all'estero di una parte rilevante delle prestazioni nascenti dal «rapporto al quale la controversia si riferisce», in ciò seguendo l'indicazione dell'art. 1 par. 3 lett. b (ii) della legge modello dell'UNCITRAL che fa riferimento al luogo «where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed». Cfr. anche *infra*, par. 5.

rale l'applicabilità della disciplina posta per l'arbitrato interno, peraltro con le deroghe e gli adattamenti consigliati dalla presenza dei suddetti elementi di internazionalità. A volte, queste modifiche rispetto al regime generale sono previste dallo stesso legislatore; altre volte, sono rimesse all'esercizio dell'autonomia delle parti; altre ancora, sono previste legislativamente in via generale, salvo che le parti non ne escludano l'applicazione ritornando al regime generale.

Le deroghe e gli adattamenti menzionati riguardano i seguenti argomenti, a ciascuno dei quali la legge dedica un apposito articolo:

- la forma della clausola compromissoria (art. 833 cod. proc. civ.);
- il diritto applicabile al merito (art. 834 cod. proc. civ.);
- la lingua dell'arbitrato (art. 835 cod. proc. civ.);
- la ricusazione degli arbitri (art. 836 cod. proc. civ.);
- la deliberazione del lodo (art. 837 cod. proc. civ.);
- l'impugnazione del lodo (art. 838 cod. proc. civ.).

Nei successivi due articoli, ricompresi nel nuovo capo VII del titolo VIII (Dell'arbitrato) del libro IV del codice, viene disciplinata invece la materia del riconoscimento e dell'esecuzione dei lodi stranieri¹².

4. *I presupposti di applicazione della nuova disciplina: a) la sede dell'arbitrato*

Preliminare all'esame dei singoli punti ricordati è la definizione di ciò che si deve intendere per arbitrato internazionale secondo la nuova disciplina. Si tratta di identificare i presupposti di applicabilità di quest'ultima; in mancanza dei quali un qualsiasi arbitrato, pur definibile come «internazionale» secondo i criteri indicati al precedente par. 2, rimarrà estraneo alla disciplina posta dal legislatore italiano (se non, si ripete, per quanto possa riguardare l'efficacia del lodo).

a) Tali presupposti sono soltanto parzialmente enunciati dal nuovo art. 832 cod. proc. civ. Quest'articolo infatti precisa soltanto i criteri in presenza dei quali un arbitrato viene sottratto alla disciplina generale contenuta nel codice, per sottoporlo a quella speciale del capo VI del titolo VIII, ma non si preoccupa di indicare anche quelli che giustificano l'applicazione delle norme che contemplano quella disciplina generale. Da questi ultimi occorre partire per avere il quadro completo di ciò che la legge intende per arbitrato internazionale.

Si tratta di arbitrato di carattere *rituale*, restando estraneo alla disciplina del codice l'arbitrato c.d. irrituale secondo la nozione che comunemente se ne dà in Italia¹³, e di

¹² Nell'ottica seguita dalla nuova legge può non apparire del tutto proprio che tali due articoli siano stati inseriti nell'art. 24 sotto la rubrica «Arbitrato internazionale», posto che un lodo straniero considerato da tali norme potrebbe anche essere un lodo puramente interno rispetto all'ordinamento dal quale proviene (cfr. *infra*, par. 12).

¹³ Si veda al riguardo CECELLA, *L'arbitrato*, in *Giur. sist. dir. proc. civ.*, Torino, 1991, p. 42 ss.

arbitrato *italiano* nel senso che deve rientrare nella sfera di applicabilità della legge italiana in base ai criteri propri di quest'ultima¹⁴. Ci si deve pertanto chiedere quali sono tali criteri, ossia in base a quale elemento il diritto italiano assume un determinato arbitrato come oggetto della propria disciplina. Il problema così enunciato riguarda, evidentemente, la sfera di applicazione con riguardo allo spazio delle norme italiane in materia di arbitrato nel loro insieme, e non solo di quelle relative all'arbitrato c.d. internazionale: e poteva porsi, e di fatto si poneva, anche nel vigore della precedente disciplina. In tale situazione legislativa, si riteneva generalmente che il criterio determinante fosse quello del luogo di pronuncia del lodo, argomentandosi in base al disposto dell'art. 824 cod. proc. civ. che imponeva la deliberazione del lodo nel territorio dello Stato, rimanendo oggetto di disputa soltanto se tale criterio potesse e dovesse essere bilateralizzato divenendo così un vero e proprio criterio di attribuzione di nazionalità all'arbitrato e dunque collegando ogni procedimento arbitrale con l'uno e l'altro ordinamento¹⁵.

La situazione è però ora profondamente mutata. La nuova legge ha infatti disposto l'abrogazione dell'art. 824 cod. proc. civ., e con essa la cancellazione del requisito della pronuncia del lodo in Italia; ed ha invece introdotto con il nuovo testo del primo comma dell'art. 816 cod. proc. civ. (art. 8 della legge), un nuovo requisito consistente nella determinazione della *sede* dell'arbitrato in Italia ad opera delle parti, o in mancanza da parte degli arbitri nella loro prima riunione¹⁶. La determinazione della sede, oltre ad essere requisito del lodo prescritto a pena di nullità (artt. 823 n. 5 nel nuovo testo in relazione all'art. 829 n. 5)¹⁷, costituisce anche la base della competenza in materia di deposito ed impugnazione del lodo (artt. 825, 828 e 831).

Nel nuovo sistema è dunque la sede in Italia dell'arbitrato, e non più il luogo di pronuncia del lodo, che assume il ruolo di elemento di determinazione della sfera di efficacia delle norme italiane nello spazio. Anche qui, peraltro, come già – secondo l'opinione di chi scrive – nel sistema precedente, non si tratta di un cri-

¹⁴ Cfr. BRIGUGLIO, *La nuova disciplina* cit., p. 84 ss.

¹⁵ Per l'approfondimento della tesi cfr. RICCI, *La nozione di arbitrato estero*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 606 ss.; e per la questione se la situazione fosse diversa, nell'ambito della convenzione di Ginevra del 1961, che riconosce alle parti completa libertà per quanto attiene fra l'altro alla disciplina del procedimento arbitrale, cfr. RICCI, *Lodi pronunciati in Italia e lodi pronunciati all'estero di fronte alla Convenzione di Ginevra del 1961*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 74 ss.; LUZZATTO, *Il luogo di pronuncia del lodo arbitrale secondo la Convenzione di Ginevra del 1961 e l'art. 824 cod. proc. civ.*, in *Studi in onore di Giorgio Ballardore Pallieri*, Milano, 1978, II, p. 361 ss.; e FAZZALARI, *Processo arbitrale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 312 ss.

¹⁶ L'abrogazione dell'art. 824. disposta dall'art. 16 comma 2 della legge, comporta la conseguenza che l'esigenza della collocazione della sede dell'arbitrato in Italia non condiziona minimamente il luogo di pronuncia del lodo: cfr. BRIGUGLIO, *La nuova disciplina* cit., p. 86.

¹⁷ Rimane peraltro difficile da comprendere per quale ragione oltre alla mancata indicazione della sede costituisca ancora motivo di nullità del lodo, ex art. 829 n. 5, anche la mancata indicazione del luogo e del modo in cui esso è deliberato, norma questa applicabile sia all'arbitrato interno sia a quello internazionale.

terio bilateralizzabile, in quanto esso non serve a collegare ciascun arbitrato ad un dato sistema, ma funziona in senso unilaterale al solo fine di determinare a quali di essi la legge italiana vuole essere applicata¹⁸.

Nell'imporre la determinazione della sede dell'arbitrato in Italia, la legge non la vincola peraltro alla presenza di particolari collegamenti di carattere materiale, né allo svolgimento di particolari attività. Potrebbe quindi darsi l'ipotesi limite di un arbitrato sottoposto al diritto italiano, in cui alla fissazione della sede in Italia non corrispondesse altro che l'atteggiamento volontario delle parti, restando l'intera attività istruttoria e deliberativa localizzata all'estero. Poiché nulla, nella nuova disciplina, autorizza ad escludere una tale ipotesi considerandola contraria ad un qualsiasi principio di legge, risulta inevitabile concludere che la nozione di sede finisce così per coincidere con la pura e semplice sottoposizione volontaria delle parti al diritto italiano per quanto concerne la disciplina della procedura arbitrale. Essa si traduce così in un collegamento posto in essere dalla stessa volontà delle parti, in modo diretto ove sia da esse fissata, o indiretto ove la determinazione sia ad esempio attribuita agli arbitri da un regolamento arbitrale cui le parti abbiano rinviato¹⁹.

D'altronde, proprio il carattere appena posto in evidenza che è proprio del criterio della sede dell'arbitrato impone una precisazione ulteriore. Ove la sede dell'arbitrato sia collocata in Italia, ma le parti abbiano in modo non equivoco inteso sottoporre l'arbitrato stesso – nei suoi aspetti procedurali – alla disciplina di un ordinamento straniero, il quale dia a questo intendimento delle parti rilievo decisivo anche in mancanza di sede nel territorio, nulla giustificerebbe l'applicabilità del diritto italiano: alla direzione della volontà delle parti dovrebbe darsi effetto ammettendo la sottoposizione dell'arbitrato al diritto designato²⁰.

L'ipotesi di fissazione in territorio italiano della sede di un arbitrato con prevalenti collegamenti con altri Stati non è, presumibilmente, destinata a verificarsi con frequenza, ma non può quindi essere esclusa. Ove ciò avvenga, ci si potrà naturalmente trovare di fronte ad arbitrati sottoposti al diritto italiano, e quindi da esso considerati nazionali, con prevalenti collegamenti con ordinamenti giuridici diversi: i quali potrebbero, ove non considerassero la sede criterio determinante, ed ammettessero che la propria disciplina si estenda anche ad arbitrati con sede all'estero, tentare di estendervi la propria «presa» con rilevanti conseguenze, ad esempio, in materia di impugnazione del lodo²¹.

¹⁸ Per la giustificazione di questo punto di vista mi permetto di rinviare al mio studio *Questioni sulla rilevanza dell'arbitrato estero*, in *Comunicazioni e Studi*, XI, Milano, 1963, p. 293 ss.

¹⁹ Ad esempio l'art. 12 del regolamento della CCI attribuisce il potere di fissazione della sede alla Corte di arbitrato.

²⁰ Ciò è del resto coerente con il principio di autonomia, che domina la materia arbitrale e costituisce lo stesso fondamento nell'istituto, e con l'assenza di qualsiasi requisito di carattere materiale assegnato dalla legge alla nozione di sede. Per il ruolo fondamentale dell'autonomia, cfr. RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 13 ss.

²¹ L'esempio più noto di ordinamento che valorizza a questi fini l'aspetto volontaristico piuttosto

5. Segue: b) *i caratteri di internazionalità rilevanti*

b) L'arbitrato rituale sottoposto al diritto italiano in virtù della fissazione in Italia della sua sede (salvi i casi indicati al paragrafo precedente) viene considerato «internazionale», in base al nuovo art. 832 cod. proc. civ., ove sussistano l'una o l'altra delle seguenti condizioni:

a) che alla data della sottoscrizione della clausola compromissoria o del compromesso almeno una delle parti risieda o abbia la propria sede effettiva all'estero, oppure

b) debba essere eseguita all'estero una parte rilevante delle prestazioni nascenti dal rapporto al quale la controversia si riferisce.

Questi requisiti di internazionalità danno rilievo ad elementi già utilizzati agli stessi fini da leggi di altri paesi, oltre che dalla già ricordata legge-modello UNCITRAL, combinandoli fra loro in modo tale da fare assumere alla categoria dell'arbitrato internazionale un'estensione assai notevole²². Si noti, al riguardo, che il requisito dell'esecuzione all'estero di una «parte rilevante» (non necessariamente la «più» rilevante o quella «caratteristica») delle prestazioni va riferita al rapporto sottostante, e non alle prestazioni oggetto della controversia e dedotte in arbitrato²³.

È evidente che il riferimento all'esecuzione all'estero di una parte rilevante delle prestazioni nascenti dal rapporto trova la propria giustificazione nell'idea che si tratti di elemento idoneo a rivelare il carattere di internazionalità del rapporto stesso, ossia nella sua attinenza al commercio internazionale in senso lato. Si tratta quindi di un aspetto attinente al modo di essere del rapporto nella sua realtà materiale. Ciononostante è possibile che la determinazione del luogo di esecuzione delle prestazioni richieda il ricorso a principi giuridici, fissati da norme quali quella dell'art. 1182 cod. civ. In questa ipotesi, trattandosi di stabilire dove certe prestazioni dovessero essere in fatto eseguite, nulla giustificerebbe l'esclusivo ricorso alle regole appartenenti al diritto italiano: si dovrebbe invece tener presente il luogo di esecuzione risultante dalle regole proprie del diritto applicabile al rapporto, tenuto conto anche delle norme di diritto internazionale privato italiane²⁴.

che quello della sede è quello dell'ordinamento tedesco, per quale cfr. SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2. Aufl., Berlin-Tübingen, 1989, p. 569 ss. Cfr. per considerazioni al riguardo BRIGUGLIO, *La nuova disciplina cit.*, p. 86 s.

²² Per cenni comparativi cfr. MARENGO, *Profili dell'arbitrato cit.*, p. 602 ss.; e v. anche BRIGUGLIO, *La nuova disciplina cit.*, spec. p. 89, per un giudizio complessivo sull'equilibrio raggiunto dalla novella fra esigenze di liberalità e di controllo.

²³ Cfr. *supra*, nota 11.

²⁴ Non potendo certo valere qui le – pur assai discutibili – ragioni addotte in contrario dalla giurisprudenza italiana in sede di applicazione dell'art. 4 n. 2 cod. proc. civ., le quali si fondano sulla necessità di tener conto di una *lex fori* che, nel caso, trattandosi di arbitrato non può dirsi esistente in senso proprio.

Rimane da precisare che i vari elementi ora ricordati devono ritenersi presupposto essenziale per l'applicabilità della nuova disciplina, nel senso che, in mancanza, la mera volontà delle parti non potrebbe valere quale sufficiente elemento di «internazionalità» dell'arbitrato: questo rimarrebbe sottoposto esclusivamente alla regolamentazione dell'arbitrato interno.

6. La forma della clausola compromissoria

Sulla forma della clausola compromissoria, il nuovo art. 833 rappresenta un esempio significativo dell'intendimento legislativo di venire incontro ad esigenze assai avvertite nella pratica attenuando gli oneri formali in considerazione delle particolari caratteristiche dei rapporti internazionali.

La norma contenuta nel primo comma dell'articolo risolve definitivamente un vecchio problema escludendo – a proposito della clausola contenuta in condizioni generali di contratto oppure in moduli o formulari – il requisito dell'approvazione specifica per iscritto stabilita dagli artt. 1341 e 1342 cod. proc. civ. Tale soluzione corrisponde pienamente a quanto previsto in sede internazionale dall'art. II della convenzione di New York, ma non era mai riuscita in precedenza a trovare accoglimento incontrastato nella prassi italiana, a causa di perduranti incertezze giurisprudenziali nell'applicazione della norma internazionale e dei dubbi circa la sua effettiva portata²⁵.

Ancor più opportuno risulta comunque l'intervento legislativo realizzato con il secondo comma dell'art. 833. La norma prevede qui la validità della clausola contenuta in condizioni generali che siano «recepite» in un accordo scritto delle parti, purché le parti abbiano avuto conoscenza della clausola, oppure avrebbero dovuto conoscerla usando l'ordinaria diligenza. La portata del principio si coglie tenendo presente la vicenda giurisprudenziale nella quale il legislatore ha evidentemente inteso inserirsi. Questa vicenda vedeva la giurisprudenza normalmente negare la validità della clausola (anche ove le fosse applicabile la convenzione di New York) contenuta in condizioni generali alle quali le parti avessero fatto riferimento, senza specificamente menzionare la clausola stessa (c.d. *relatio imperfecta*) ammettendola soltanto in caso di richiamo specifico (c.d. *relatio perfecta*)²⁶. La

²⁵ Si veda, per una puntualizzazione del problema alla luce della giurisprudenza italiana. BONELLI, *La forma della clausola compromissoria per arbitrato estero*, in *Rass. arb.*, 1989, p. 141 ss. In particolare, com'è noto, la giurisprudenza ha sempre rivelato incertezze nell'applicazione dell'art. II della convenzione di New York, specie per quanto concerne il suo valore quale norma uniforme intesa ad escludere l'applicazione delle regole di conflitto proprie dei singoli Stati contraenti.

²⁶ Sul tema v. MIRABELLI, *Clausole compromissorie per relationem e arbitrato commerciale internazionale*, in *Rass. arb.*, 1977, p. 57 ss., e LA CHINA, *Variazioni sul tema della clausola compromissoria stipulata per relationem*, in *Dir. mar.*, 1984, p. 327 ss. In giurisprudenza, fra le più recenti sentenze della Cassazione che confermano il tradizionale punto di vista. Cass. 3 giugno 1985 n. 3285, in *Dir. mar.* 1986, p. 407 ss. e 28 marzo 1991 n. 3362, in questa *Rivista*, 1992, p. 360 ss. e in *Riv. arb.*, 1992, p. 47 ss., nota BUONCRISTIANI.

nuova norma – nonostante l'incertezza terminologica insita nell'uso del termine «recepite»²⁷ – prende posizione su questa disputa, ammettendo la validità della clausola anche in caso di *relatio imperfecta*, con il limite della non conoscibilità o non conoscenza della clausola in questione. La frattura in precedenza esistente fra la situazione italiana, in relazione alla presenza degli artt. 1341 e 1342 cod. civ., e l'esperienza della generalità degli altri paesi in questa materia risulta, così, finalmente del tutto eliminata.

7. Il diritto applicabile al merito della controversia

Per ciò che riguarda la determinazione del diritto applicabile al merito della controversia da parte degli arbitri, il nuovo art. 834 prende posizione su di un tema controverso, divenuto classico nell'arbitrato commerciale internazionale.

In passato, la controversia si è sviluppata intorno a diversi aspetti: sia quello relativo alla determinazione di una sorta di *lex fori* dell'arbitro, alla quale questi fosse tenuto a far riferimento al fine di ricavarne le regole da tener presenti nella sua decisione per il tramite delle relative norme di conflitto; sia quello attinente all'individuazione di tali regole, ed in particolare alla possibilità di prescindere, in vario modo, dall'applicazione in via esclusiva di un diritto statale determinato²⁸.

Il primo aspetto non riguarda, ovviamente, la disciplina dell'art. 834. Questo, in quanto applicabile ad arbitrati che sono per definizione, nel senso già indicato, arbitrati italiani, ossia sottoposti al diritto italiano, presuppone che l'arbitro debba partire dai principi di determinazione del diritto applicabile propri del diritto italiano (salvo, s'intende, quanto previsto da convenzioni internazionali, come quella di Ginevra 1961²⁹). Su tali principi, peraltro, le norme introdotte dall'art. 834 incidono in misura non indifferente.

In primo luogo, viene stabilito il ruolo preminente che assume, anche a questi fini, l'autonomia delle parti: le quali «hanno facoltà di stabilire d'accordo tra loro le norme che gli arbitri debbono applicare al merito della controversia, oppure di disporre che gli arbitri pronuncino secondo equità». A prescindere dal richiamo dell'equità – che riproduce la disposizione già sancita in via generale dall'art. 822, applicabile, se non espressamente derogato, anche all'arbitrato internazionale

²⁷ Cfr. FRIGO, *Commento all'art. 833*, in corso di stampa su *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, per quanto concerne la determinazione dei fatti idonei e far ritenere avvenuta la «recepzione» di cui la norma fa menzione.

²⁸ Gli elementi essenziali del problema si possono vedere discussi in P. LALIVE, *Le droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage*, in *Rass. arb.* 1977, p. 1 ss., e *Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse*, in *L'arbitrage international privé et la Suisse. Colloque des 2 et 3 avril 1976*, Genève, 1976, p. 58 ss.: FUMAGALLI, *La legge applicabile al merito della controversia nell'arbitrato commerciale internazionale*, in questa *Rivista*, 1985, p. 465 ss. e *Commento all'art. 834*, in corso di stampa su *Nuove leggi civ. comm.*, 1994.

²⁹ Art. VII par. 1 ricordato oltre nel testo.

– il potere di determinare convenzionalmente le norme applicabili al merito concreta un apposito principio di diritto internazionale privato proprio dell'arbitrato, e quindi valevole anche in ipotesi non raggiunte dalle norme di conflitto che fanno uso del principio dell'autonomia³⁰. Inoltre, in quanto principio destinato ad applicarsi in sede arbitrale, esso comporta la conseguenza che l'autonomia può esercitarsi anche in senso diverso, e/o in momento successivo, rispetto a quanto eventualmente pattuito in uno strumento contrattuale³¹.

L'attribuzione alle parti del potere di stabilire (non la legge, ma) le «norme» applicabili al merito, introdotta in una fase avanzata dell'elaborazione della legge, consente di affermare che l'autonomia delle parti può estendersi sino a rendere applicabili diversi sistemi normativi, anche non coincidenti con un ordinamento statale o con uno solo di questi³². Per questa ragione, un lodo in diritto che fondasse la sua soluzione soltanto su norme non nazionali non potrebbe, per questa sola ragione, essere considerato invalido per eccesso di potere da parte degli arbitri³³.

L'articolo prosegue poi stabilendo che «se le parti non provvedono, si applica la legge con la quale il rapporto è più strettamente collegato».

Il criterio sancito dalla norma riconduce immediatamente al sistema della convenzione di Roma del 1980 (art. 4), e ciò permette di ritenere che, pur in mancanza di ulteriori specificazioni, le previsioni di quest'ultima possano assumere rilievo – seppur non immediatamente precettivo – anche ai fini dell'interpretazione dell'art. 834³⁴. A parte ciò, anche questa norma concreta un vero e proprio meccanismo di conflitto, sia pure certo semplificato rispetto al sistema, in molte fonti previsto³⁵, c.d. del doppio passaggio: secondo il quale agli arbitri è rimesso anzitutto il compito di determinare la norma di conflitto applicabile, e successivamente, in base ad essa, le regole di carattere sostanziale. Ma la semplificazione non giunge sino al punto di attribuire agli arbitri in via diretta il potere di determinare le norme sostanziali applicabili, al di fuori di qualsiasi operazione di «localizza-

³⁰ La sfera delle controversie arbitrabili potendo in effetti estendersi al di là di quella entro la quale il sistema vigente ammette l'*electio iuris* ad opera delle parti.

³¹ Cfr. al riguardo il principio di cui all'art. 5 par. 2 della convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

³² Il punto è espressamente sottolineato dalla relazione della seconda Commissione permanente (Giustizia) del Senato, comunicata alla Presidenza il 30 luglio 1993: per altri riferimenti cfr. FUMAGALLI, *Commento all'art. 834 cit.*, nota 35.

³³ Secondo una soluzione già raggiunta dalla Corte di cassazione francese nella nota decisione *Valenciana* (22 ottobre 1991, in questa *Rivista*, 1992, p. 645 ss.).

³⁴ Ad esempio, e pur con la dovuta cautela, per ciò che attiene al rilievo della prestazione caratteristica e della residenza della parte che deve fornirla, previsto dall'art. 4 par. 2 della convenzione di Roma.

³⁵ A partire dall'art. VII par. 1 della convenzione di Ginevra, il relativo sistema del doppio passaggio, attraverso la regola di conflitto ritenuta appropriata dagli arbitri, è stato largamente accolto anche in regolamenti arbitrali, a partire da quello della CCI nelle sue edizioni più recenti (art. 13 par. 3), nonché dalla legge modello UNCITRAL (art. 28 par. 2).

zione» del rapporto e sulla sola base del contenuto di esse³⁶. La questione può acquistare rilievo in sede di impugnazione del lodo, soprattutto ove questa sia ammissibile per violazione di norme di diritto *ex art.* 829, secondo comma in relazione al nuovo art. 837³⁷. Va infine rilevato che la specifica utilizzazione della parola «legge» nell'ipotesi di mancanza di designazione convenzionale ad opera delle parti, se vista in relazione al ricorso al termine «norme» per il caso che tale designazione vi sia stata, induce a ritenere che l'utilizzazione di fonti soltanto extrastatali sia qui esclusa. Non sembra invece sia esclusa la possibilità di un frazionamento del rapporto contrattuale con la contemporanea sottoposizione a diverse leggi statali, così come ammesso – sia pure in via eccezionale – dall'art. 4 par. 1 della convenzione di Roma del 1980.

Il secondo comma dell'art. 834 riprende infine un principio largamente diffuso in leggi straniere e in regolamenti di istituzioni arbitrali, sulla scorta dell'archetipo dell'art. VII, par. 1 della convenzione di Ginevra del 1961. Stabilendo che gli arbitri tengono conto in ogni caso delle indicazioni del contratto e degli usi del commercio, la norma impone in sostanza agli arbitri che operano sul piano della vita giuridica internazionale e ne recepiscono direttamente i valori senza la mediazione degli ordinamenti statali, di dare effetto al rapporto fra le parti così come queste lo hanno voluto, e nella fisionomia che la realtà praticata in ambito commerciale gli ha impresso. In questo modo, dal punto di vista degli arbitri, anche gli usi vengono a porsi su di un piano di perfetta parità rispetto alle norme di legge applicabili. Naturalmente, peraltro, né le disposizioni contrattuali, né gli usi del commercio potranno derogare a principi di ordine pubblico od a norme di applicazione necessaria, che venissero in considerazione dal punto di vista del giudice chiamato a valutare sotto questo profilo il lodo in sede di impugnazione. Di principi e norme del genere, del resto, è spesso fatto almeno indirettamente obbligo agli arbitri di tener conto, sotto il profilo dell'eseguibilità futura del lodo da essi reso³⁸.

8. *La lingua dell'arbitrato*

Il legislatore della riforma ha ritenuto di dedicare un'apposita norma al problema linguistico, disponendo – all'art. 835 – che «se le parti non hanno diversamente convenuto, la lingua del procedimento è determinata dagli arbitri, tenuto conto delle circostanze».

³⁶ La logica appare dunque ancora quella internazionalprivatistica, con esclusione di qualsiasi scelta discrezionale degli arbitri sulla sola base del merito intrinseco delle norme determinate come applicabili.

³⁷ Per l'affermazione della sindacabilità in sede di impugnazione della determinazione del diritto applicabile da parte degli arbitri, proprio – e giustamente – sulla base della mancanza di discrezionalità in capo ai medesimi, v. BRIGUGLIO, *La nuova disciplina cit.*, p. 97.

³⁸ Si veda l'art. 26 del regolamento CCI, che fa obbligo agli arbitri di fare «every effort» per rendere il lodo «enforceable at law».

Ci si potrebbe chiedere, e ci si è chiesti³⁹, se il contenuto precettivo della norma non potesse già considerarsi incluso nell'art. 816, secondo e terzo comma: dove la facoltà di adottare norme apposite per il procedimento si trova attribuita, in via generale, alle parti e, in mancanza, agli arbitri. Al riguardo appare corretta l'opinione affermativa, che considera la norma dell'art. 835 come pleonastica, con la conseguenza che la facoltà di determinazione della lingua del procedimento da parte degli arbitri, in mancanza di specifico diverso accordo delle parti, va senz'altro ammessa anche nell'arbitrato domestico⁴⁰. E d'altronde è ovvio che, data la definizione dei caratteri di estraneità contenuta nell'art. 832, la sede di elezione in cui il problema è suscettibile di porsi è proprio quella dell'arbitrato internazionale, il che – dal punto di vista empirico – spiega la scelta legislativa. A proposito della quale va poi rilevato che, a differenza di quanto accade in sede di arbitrato interno, ove certo non occorre una specifica determinazione da parte degli arbitri quanto alla lingua, anche in mancanza di qualsiasi disciplina ad opera delle parti, qui gli arbitri sono tenuti a provvedere, ove manchi l'accordo dei litiganti.

La determinazione degli arbitri è, naturalmente, in larga misura discrezionale, pur muovendosi nell'ambito delle circostanze della situazione concreta e dovendo quindi attribuire il debito peso alla lingua del contratto o dell'accordo compromissorio, a quella che ha contrassegnato i precorsi rapporti fra le parti ed alle altre esigenze dell'equo svolgimento del giudizio⁴¹. È certo possibile, poi, che siano tenute presenti, e dichiarate utilizzabili, anche più lingue.

9. La ricusazione degli arbitri

Una norma apposita si rinviene, in materia di ricusazione degli arbitri, nel nuovo art. 836. Come in altre situazioni, il legislatore attribuisce anche qui alle parti il potere di porre in essere consensualmente una disciplina del tema divergente rispetto a quella legale, che è costituita nel caso da quella dell'art. 815 cod. proc. civ. (rinvio all'art. 51 quanto ai motivi e disciplina procedurale propria, modificata dalla nuova versione del secondo comma introdotta dall'art. 7 della legge 25/94).

L'importanza del principio si coglie facilmente pensando alla frequenza della disciplina apposita della ricusazione contenuta nei regolamenti di istituzioni arbitrali permanenti, che affidano a propri specifici organi il compito di pronunciarsi in materia⁴². Per quanto concerne l'arbitrato interno, a tali discipline può certo es-

³⁹ BRIGUGLIO, *La nuova disciplina* cit., p. 98.

⁴⁰ *Op. loc. cit.* alla nota che precede.

⁴¹ Si veda al riguardo FRIGO, *Commento all'art. 835*, in corso di pubblicazione su *Nuove leggi civ. comm.*, 1994.

⁴² Il panorama della prassi è assai ampio: si pensi, per tutti, al regolamento CCI (art. 2, comma ottavo), ed a quello della Camera arbitrale milanese (art. 21 del regolamento internazionale).

sere dato apposito rilievo in base a riferimenti attuati dalle parti nell'accordo compromissorio: ma, com'è stato esattamente posto in rilievo, soltanto in quanto meccanismi integrativi di costituzione dell'organo arbitrale, pattiziamente adottati dalle parti, e non già in quanto inammissibili deroghe alla disciplina dell'art. 815⁴³. Insomma, in materia di arbitrato interno la disciplina della ricusazione può venire, in qualche modo, resa più severa mediante il richiamo a regolamenti privati, ma non resa meno stringente rispetto a quanto previsto dal regime legislativo.

Viceversa, per quanto concerne l'arbitrato internazionale, l'autonomia privata può spingersi sino a modificare, in tutto od in parte, il contenuto della disciplina di legge vigente in materia di motivi di ricusazione, attribuendo il potere di pronunciarsi al riguardo ad organi privati e determinandone le modalità di esercizio, oppure ancora ad escludere del tutto la ricusabilità degli arbitri⁴⁴. Non sarà invece possibile incidere altrimenti sullo svolgimento della funzione giurisdizionale prevista dall'art. 815, ad esempio modificando competenza, procedimento o motivi di ricusazione quando rimanga ferma la competenza del giudice statale⁴⁵.

10. *La deliberazione del lodo*

Assai importante risulta la disciplina della deliberazione del lodo contenuta nel nuovo art. 837.

Secondo tale articolo «il lodo è deliberato a maggioranza di voti dagli arbitri riuniti in conferenza personale, anche videotelefonica, salvo che le parti abbiano deliberato diversamente, ed è quindi redatto per iscritto».

La norma deve venir letta sullo sfondo delle altre applicabili alla deliberazione del lodo in via generale nel quadro della disciplina dell'arbitrato interno, e dunque di quelle contenute nell'art. 823 cod. proc. civ. (come modificato dall'art. 16 della legge 25/94), in quanto non derogate dallo stesso art. 837⁴⁶. Per tutto ciò che concerne i requisiti del lodo e la sua sottoscrizione, l'art. 823, secondo e terzo comma rimane pertanto applicabile, e non risulta derogabile dalle parti: se non per quanto riguarda l'eventualità che, venuto meno – per accordo delle parti – il presupposto della conferenza personale degli arbitri, cada necessariamente anche quella parte

⁴³ Si veda BRIGUGLIO, *Die Schiedsrichterablehnung im italienischen Recht und nach den Regeln der ICC-Schiedsordnung*, in *Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit*, 1988, p. 23 ss.; e *La nuova disciplina cit.*, p. 100.

⁴⁴ Ancora BRIGUGLIO, *La nuova disciplina cit.*, p. 101.

⁴⁵ Come si è esattamente posto in luce, infatti (*op. loc. cit.* alla nota precedente), una cosa è escludere certi interventi della funzione giurisdizionale ordinaria in base ad un potere espressamente attribuito dalla legge, ed altra cosa è modificare forme e modi di esercizio di quella funzione al di fuori di qualsiasi norma autorizzativa.

⁴⁶ Su tali requisiti nella nuova disciplina v. FAZZALARI, *La riforma cit.*, p. 1 ss., e in BRIGUGLIO, FAZZALARI, MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato. Commentario*, Milano, 1994, p. 158 ss.; e in precedenza, per un ampio panorama, CECHELLA, *L'arbitrato cit.*, p. 167 ss.

della disciplina a ciò collegata (e precisamente, l'attestazione che esso è stato redatto appunto in conferenza personale di tutti gli arbitri, art. 823, terzo comma).

La possibilità di diverso accordo delle parti⁴⁷ è dunque riferibile essenzialmente:

– all'obbligo della conferenza personale per la deliberazione, che può essere escluso sia lasciando agli arbitri la piena libertà di determinazione delle modalità, sia stabilendo queste ultime nell'accordo compromissorio, direttamente o *per relationem* (circolazione di progetto di lodo, conferenza telefonica): ed è evidente l'utilità di una disposizione del genere, specie in ipotesi di controversia di modesto valore e di arbitri residenti in paesi distanti l'uno dall'altro;

– allo stesso principio maggioritario, sia nel senso di stabilire la necessità della deliberazione unanime, sia – più verosimilmente – in quello di attribuire la possibilità di deliberare il lodo al solo presidente del Collegio in caso di assenza di maggioranza, secondo una regola del resto non inconsueta nei regolamenti arbitrali.

E invece lo stesso legislatore a prevedere la possibilità che gli arbitri, senza necessità di alcuna specifica pattuizione delle parti, deliberino in conferenza personale videotelefonica (quindi, non semplicemente telefonica): possibilità che è stata invece esclusa per quanto riguarda l'arbitrato interno⁴⁸. A questo proposito, il rilievo del diverso accordo delle parti potrà essere soltanto negativo, nel senso cioè di escludere quella facoltà di ricorrere alla conferenza videotelefonica, che dalla legge è pienamente riconosciuta quale idonea forma di conferenza personale.

11. *L'impugnazione del lodo*

La materia dell'impugnazione del lodo è forse quella ove più si può considerare giustificata la posizione di una disciplina *ad hoc* per l'arbitrato internazionale, e comunque dove più emerge l'intento legislativo di assicurare stabilità al lodo ponendolo quanto più possibile al riparo da attacchi, anche a scapito di una rigida tutela delle parti ove queste si dimostrino disposte a rinunciarvi.

In queste finalità generali la nuova normativa aderisce agli indirizzi seguiti da molte recenti legislazioni straniere, dalle quali però si discosta per la via prescelta per raggiungerle. Infatti, a differenza di soluzioni accolte in altri paesi, essa non esclude *in toto* la possibilità di impugnazione contro il lodo «internazionale»: ma sceglie di limitarla, escludendone revocazione ed opposizione di terzo – salvo che le parti non le abbiano appositamente ammesse – e circoscrivendo motivi e conseguenze del normale rimedio dell'impugnazione per nullità, salvo che le parti non abbiano pattuito l'applicazione della normale disciplina applicabile all'arbitrato interno⁴⁹.

⁴⁷ L'art. 837 parla, in verità, di diversa «deliberazione» («salvo che le parti abbiano deliberato diversamente»): ma non sembra possibile pensare ad altro che ad una semplice improprietà di linguaggio.

⁴⁸ Cfr. per queste vicende BRIGUGLIO, *La nuova disciplina* cit., p. 103.

⁴⁹ Per un panorama generale delle varie questioni e soluzioni offerte a livello internazionale, cfr.

Ne risulta un regime articolato e flessibile, nel quale le parti possono, se vogliono, convenire l'applicabilità dei normali rimedi previsti contro il lodo risultante da arbitrato interno, ma dove – in mancanza di tale accordo delle parti – il lodo risulta particolarmente protetto contro le impugnazioni. Risulta infatti normalmente esclusa l'impugnazione per violazione di regole di diritto (art. 838 in relazione all'art. 829, secondo comma cod. proc. civ.), nonché la possibilità della pronuncia c.d. rescissoria nel merito della causa da parte della corte d'appello, che abbia annullato il lodo (per una delle ragioni indicate dall'art. 829, primo comma oppure per violazione di regole di diritto ove le parti abbiano così convenuto). In quest'ultima ipotesi, permarrà la competenza degli arbitri, salva l'ipotesi che motivo dell'annullamento sia stato un vizio dello stesso accordo compromissorio (art. 829, primo comma n. 1), nel qual caso sarà competente il giudice ordinario individuato secondo le regole normali (non, dunque, la corte d'appello).

Qualche zona d'incertezza non manca. Ci si è chiesti ad esempio, per ciò che concerne la non impugnabilità del lodo per mancata osservanza delle regole di diritto, se ciò escluda anche ogni possibilità di far valere in sede di impugnazione la violazione da parte degli arbitri, in sede di decisione, di norme e principi inderogabili, appartenenti anche alle categorie delle norme c.d. di applicazione necessaria o facenti parte dell'ordine pubblico internazionale⁵⁰. Poiché la giurisprudenza sembra ammettere sin qui il sindacato del lodo sotto il profilo della violazione di norme inderogabili, anche in caso di arbitrato secondo equità⁵¹, chi condivida tale orientamento non potrebbe facilmente individuare ragioni capaci di condurre a quell'esclusione: e d'altronde, la tutela degli interessi che stanno alla base di quelle norme di carattere cogente non potrebbe essere esclusa facilmente neppure in nome delle ragioni che inducono a proteggere l'arbitrato internazionale nei confronti delle impugnazioni. Tuttavia, non è difficile attendersi un periodo di incertezza, sino a che non vengano a formarsi in giurisprudenza indirizzi sufficientemente consolidati in ordine ai parametri utilizzabili nel sindacato di conformità del lodo rispetto alle norme di applicazione necessaria ed ai principi di ordine pubblico internazionale da tener presente a questo fine. E ciò in particolare se si pensa alla nuova, articolata disciplina introdotta dall'art. 834 per quanto riguarda

LATTANZI, *L'impugnativa per nullità nell'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 1989. Riferimenti alle soluzioni accolte dalle più recenti legislazioni straniere si trovano in MARENGO, *Profili dell'arbitrato*, cit., p. 613, e BRIGUGLIO, *La nuova disciplina* cit., p. 104 s. Viene normalmente rilevato come le soluzioni più estensive nel senso della protezione del lodo «internazionale» nei confronti delle impugnazioni, e quindi più preoccupate della sua stabilità, sono di solito correlate ad una nozione più restrittiva dell'arbitrato internazionale di quanto non sia quella accolta dalla nuova legge italiana.

⁵⁰ BRIGUGLIO, *La nuova disciplina* cit., p. 105.

⁵¹ Cfr. ad esempio App. Roma, 24 gennaio 1991, *Mondadori e Formenton c. Soc. Cir ed a.* (in *Foro it.*, 1991, I, 1861 nota CASO, ove anche numerosi riferimenti alla costante giurisprudenza anteriore della Cassazione sul punto specifico); successivamente si veda Cass. s.u., 3 novembre 1993 n. 10827, in *Foro it. Mass.*, 1993, 986.

le norme applicabili al merito, ed allo stretto collegamento che la questione presenta con quella della compromettibilità in arbitri⁵². Tutto questo induce a chiedersi – ma si tratta, ovviamente, di considerazione valida solo a livello di *ius cōndendum* – se il legislatore non avrebbe fatto meglio a rinunciare allo stretto parallelismo con l'impugnazione del lodo interno per seguire esempi consolidati di discipline straniere, che modellano l'annullamento del lodo sulla disciplina dei motivi di rifiuto del riconoscimento di lodi stranieri, con ricorso quindi alla ben collaudata nozione di ordine pubblico internazionale oggetto di notevole elaborazione in dottrina e giurisprudenza⁵³.

Come si è detto, le norme degli artt. 829, secondo comma, 830, secondo comma e 831 possono tornare applicabili per effetto di accordo delle parti. La presenza di tale diverso accordo di queste ultime appare peraltro destinata a costituire l'eccezione, e non certamente la regola, particolarmente per quanto riguarda il rimedio dell'opposizione di terzo⁵⁴. Ove, comunque, le parti intendano provvedere ad una siffatta disciplina convenzionale, appare logico ritenere che sia loro possibile, non solo dichiarare l'applicabilità dell'uno o dell'altro rimedio altrimenti escluso, ma anche provvedere ad una disciplina di questo divergente rispetto al modello legale (ad esempio, ammettendo la revocazione per certe ipotesi, e non per altre)⁵⁵.

12. I lodi stranieri

L'art. 24 della l. 5 gennaio 1994 n. 25, sotto la rubrica unica «Arbitrato internazionale», introduce in realtà nel libro quarto del codice di procedura civile – dopo il capo VI, che all'arbitrato internazionale nel senso indicato in precedenza è appunto dedicato – anche un capo VII, che riguarda i lodi stranieri. Tale capo comprende i nuovi artt. 839 e 840, dedicati rispettivamente alla procedura ed alle condizioni per il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi stranieri ed alla procedura di opposizione al provvedimento del giudice cui riconoscimento ed esecuzione siano richiesti.

⁵² Collegamento dato dalla nozione di «indisponibilità» dei diritti, che mentre connota le norme di ordine pubblico costituisce il limite alla compromettibilità *ex art.* 806 cod. proc. civ. e 1966 cod. civ.

⁵³ È infatti frequente nelle legislazioni straniere la tendenza a formulare le norme sull'impugnazione del lodo secondo la falsariga di quelle sul riconoscimento dei lodi stranieri, facendo così riferimento alla tradizionale nozione di ordine pubblico: si vedano, ad esempio, gli artt. 1502 del nuovo cod. proc. civ. francese e 190 della legge svizzera sul diritto internazionale privato del 1987.

⁵⁴ Del resto la previsione introdotta riguardo all'opposizione di terzo in materia di arbitrato internazionale ha suscitato ben giustificate perplessità: scrive FAZZALARI che la salvezza della diversa volontà delle parti appare «derisoria», poiché «per definizione, il terzo deve potersi procurare da solo la propria tutela, e contro le parti» (*La riforma cit.*, p. 19).

⁵⁵ Così BRIGUGLIO, *La nuova disciplina cit.*, p. 107.

Va subito precisato che i lodi stranieri, contemplati dalle norme appena menzionate, non sono quelli che risultano da un arbitrato qualificabile come «internazionale» secondo i criteri utilizzati dalla legge n. 25, quest'ultimo essendo infatti un vero e proprio arbitrato rituale italiano⁵⁶.

Nonostante gli equivoci che potrebbero essere provocati dalla rubrica dell'art. 24 della legge, neppure essi sono identificabili nei soli lodi che risultino da un arbitrato qualificabile come «internazionale» alla luce di criteri eventualmente ricavabili dal diritto straniero che lo disciplina. In realtà l'area ricoperta dalle norme considerate coincide con quella dell'art. 800 del codice di procedura, che ora l'art. 24 comma 2 della legge n. 25/94 fa oggetto espresso di abrogazione: e comprende pertanto tutti i lodi non qualificabili come lodi italiani, secondo i criteri propri del diritto italiano (di cui subito si dirà), anche se per avventura privi di qualsiasi elemento d'estraneità rispetto all'ordinamento al quale appartengono⁵⁷.

Come tali dovranno considerarsi:

a) tutti i lodi risultanti da arbitrati la cui sede sia stabilita in territorio estero: oppure,

b) la cui sede non sia stata fissata in alcun modo dalle parti o dagli arbitri, ma risultino collegati in modo non equivoco con un ordinamento straniero⁵⁸; ed ancora,

c) i lodi che risultino da arbitrati con sede in Italia, ove in modo inequivoco risulti che le parti ne hanno voluto la sottoposizione ad un ordinamento straniero, che dal canto suo ne assume la disciplina, ammettendo che le proprie norme si applichino anche a procedimenti con sede all'estero⁵⁹.

Ciò posto, ad onta delle apparenze, la nuova disciplina non comporta, rispetto a tali lodi, modifiche rilevanti quanto alla sostanza, ossia quanto alle condizioni del riconoscimento e dell'esecuzione. La differenza è certo nettissima quanto all'art. 800 cod. proc. civ., che il nuovo art. 840, come si è detto, abroga in modo espresso: ma è ben noto che, sin dal 1969, la disciplina dell'art. 800 era resa praticamente inapplicabile dall'intervenuta ratifica ed esecuzione della convenzione di New York del 10 giugno 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere⁶⁰, tanto da potersi considerare sostanzialmente oggetto di abro-

⁵⁶ Come precisato nel testo, *supra*, par. 4.

⁵⁷ Naturalmente, rimangono ormai del tutto privi di rilievo gli altri requisiti previsti dall'art. 800, come gli elementi di estraneità oggettiva delle parti ed il luogo di pronuncia del lodo, nonché l'efficacia di sentenza che il lodo doveva avere ai fini di quella norma.

⁵⁸ Potrebbe darsi egualmente l'ipotesi che il lodo non risultasse collegato con nessun ordinamento in modo tale da farlo considerare «nazionale» di uno di essi: ma anche in tal caso, ove sussistessero i requisiti richiesti dalla norma, il lodo dovrebbe poter essere riconosciuto e reso esecutivo come lodo straniero. Il problema qui evocato è quello del c.d. lodo anazionale, oggetto di vive controversie in dottrina: da ultimo si veda AVANESIAN, *The New York Convention and Denationalised Arbitral Awards*, in *Journal Int. Arb.*, 1991, p. 5 ss.

⁵⁹ Per il ruolo della sede dell'arbitrato nelle sue varie direzioni si veda *supra* nel testo, par. 4.

⁶⁰ La convenzione è stata resa esecutiva con l. 19 gennaio 1968 n. 62 (*Gazz. Uff.*, n. 46 del 21 febbraio 1968), ed è entrata in vigore per l'Italia il 1° maggio 1969.

gazione tacita sin dall'entrata in vigore della convenzione per l'Italia⁶¹.

Con riferimento dunque alle norme convenzionali, che devono costituire il termine di raffronto, è facile constatare come gli artt. 839 e 840 introdotti dalla nuova legge riproducano quale proprio contenuto quello degli artt. IV e V della convenzione di New York, per quanto attiene agli oneri di produzione da parte di chi agisce per ottenere il riconoscimento e l'esecuzione del lodo, ai motivi ostativi oggetto di controllo d'ufficio da parte del giudice ed ai motivi di rifiuto di riconoscimento ed esecuzione del lodo che sono oggetto di onere probatorio a carico di colui contro il quale riconoscimento ed esecuzione sono richiesti. La nuova disciplina, conformandosi all'obbligo nascente dalle norme internazionali, riproduce pertanto il caratteristico meccanismo previsto da questa secondo il quale il lodo relativo a materia compromettibile (secondo la *lex fori*) e non contrario all'ordine pubblico gode di una sorta di presunzione di riconoscibilità, che può essere vinta soltanto dalla prova, a carico della parte contro la quale il lodo è fatto valere, della positiva sussistenza dei motivi di rifiuto tassativamente previsti.

Tali motivi di rifiuto, dal canto loro, coincidono con quelli previsti dall'art. V della convenzione di New York: e nell'interpretazione delle relative norme sarà pertanto non solo possibile, ma anche necessario alla luce dei principi che presiedono ai rapporti fra diritto interno e diritto convenzionale internazionale, valersi dell'elaborazione giurisprudenziale ormai notevole sviluppatasi nei paesi aderenti alla convenzione in sede di applicazione dell'art. V⁶².

La portata innovativa degli artt. 839 e 840 si coglie, non già sul piano sostanziale, ma su quello processuale, nel senso che con tali norme il legislatore italiano ha finalmente provveduto a stabilire un'apposita procedura per la recezione dei lodi stranieri, conformandosi anche al precetto di cui all'art. III della convenzione di New York⁶³. Rispetto a tale precetto, l'Italia doveva ritenersi inadempiente, in quanto la procedura di delibazione prevista dagli artt. 796 ss. cod. proc. civ. era indubbiamente più onerosa e costosa del procedimento di deposito del lodo nazionale inteso a fargli acquistare l'efficacia «di sentenza» secondo l'art. 825 cod. proc. civ. (vecchio testo), procedimento del resto non più richiesto dopo la l. 9

⁶¹ Sulle conseguenze nel nostro ordinamento dell'entrata in vigore per l'Italia della convenzione di New York si vedano in particolare GIARDINA, *L'applicazione in Italia della convenzione di New York sull'arbitrato*, in questa *Rivista*, 1971, p. 268; MIRABELLI, RECCHIA e ZUCCONI GALLI FONSECA, *I giudici italiani e l'arbitrato commerciale internazionale*, in *Rass. arb.*, 1978, p. 29 ss.

⁶² Sulla disciplina di New York nella parte che interessa, e sulla sua applicazione negli Stati contraenti, si veda VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Deventer, 1981, spec. p. 246 ss., nonché la rubrica giurisprudenziale che appare annualmente sullo *Year Book Commercial Arbitration*.

⁶³ Secondo il quale gli Stati contraenti non devono imporre per il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi stranieri condizioni sensibilmente più rigorose o spese sensibilmente più elevate di quelle previste per il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi nazionali: tale norma veniva quasi unanimemente ritenuta non immediatamente applicabile, e non risulta mai in effetti applicata dalla giurisprudenza italiana al fine di utilizzare lo strumento del deposito seguito da omologazione nei confronti di lodi stranieri.

febbraio 1983 n. 28, per quanto concerneva l'efficacia «vincolante» del lodo medesimo. Le nuove norme configurano, ai fini del riconoscimento ed esecuzione⁶⁴ del lodo, un procedimento ispirato a quello previsto nella sentenza straniera dalla convenzione di Bruxelles del 1968, articolato sul ricorso al presidente della corte di appello del luogo di residenza di colui contro il quale il lodo viene fatto valere (o, in mancanza, a quella di Roma), e sul decreto presidenziale emesso *inaudita altera parte*. Così come nella convenzione di Bruxelles, è prevista la facoltà di proporre opposizione contro il decreto che accorda o nega l'efficacia del lodo, da proporsi con citazione avanti alla corte di appello. A seguito dell'opposizione il giudizio si svolge a norma degli artt. 645 ss., ossia secondo le norme in tema di opposizione a decreto ingiuntivo, in quanto applicabili. Il contraddittorio è dunque anche qui, come già nel sistema di Bruxelles, posticipato ed eventuale.

Rispetto al modello della convenzione di Bruxelles, è evidente che – a prescindere dalla mancanza di qualsiasi diversità di trattamento per quanto riguarda riconoscimento da una parte ed esecuzione del lodo dall'altra – la differenza principale risiede nel fatto che l'art. 840 non contiene alcuna disposizione circa gli effetti del lodo straniero del quale sia stata accordata l'efficacia con decreto, in pendenza del termine per proporre opposizione, o del relativo procedimento⁶⁵. Tale lacuna provoca il principale problema interpretativo della nuova disciplina in materia di lodi stranieri: quali sono gli effetti del decreto che accorda efficacia al lodo, quando sia stata proposta opposizione, o sia ancora pendente il termine per proporla?

Nel silenzio del testo, appare coerente con il sistema ammettere che il decreto presidenziale conferisca senz'altro al lodo l'efficacia non solo di accertamento ma anche esecutiva, che è insita nella nozione di riconoscimento ed esecuzione del lodo: e che tale efficacia possa peraltro, in caso di opposizione, essere sospesa dal giudice in applicazione analogica dell'art. 649 cod. proc. civ. relativo al decreto ingiuntivo dichiarato provvisoriamente esecutivo a norma dell'art. 642. La contraria tesi è stata sostenuta, tra l'altro, sulla base della considerazione che apparirebbe strano concedere ai lodi un trattamento di maggior favore rispetto alle sentenze degli Stati comunitari in base alla convenzione di Bruxelles⁶⁶. Ma tale considera-

⁶⁴ La distinzione fra riconoscimento ed esecuzione, tradizionale nelle convenzioni internazionali in materia di effetti di atti giurisdizionali stranieri, è stata mantenuta in conformità alle norme della convenzione di New York, anche se la mancanza di qualsiasi differenza di trattamento fra le categorie di effetti cui i due termini si riferiscono ne rende dubbia l'opportunità: e del resto, lo stesso testo delle nuove norme aderisce poi alla terminologia degli artt. 796 ss. in materia di efficacia delle sentenze straniere là dove, all'art. 840, primo comma, si parla di «efficacia» del lodo straniero senza alcuna distinzione.

⁶⁵ Com'è noto, invece, l'art. 39 della convenzione di Bruxelles e di quella di Lugano del 1988 prevede che, in pendenza del termine per proporre l'opposizione e sino a che non sia stata adottata alcuna decisione in materia, può procedersi solo a provvedimenti conservativi sui beni della parte contro cui è chiesta l'esecuzione, aggiungendo poi che il decreto che accorda l'esecuzione implica l'autorizzazione a procedere ai suddetti provvedimenti.

⁶⁶ Per questo argomento BRIGUGLIO, in BRIGUGLIO, FAZZALARI, MARENGO, *La nuova disciplina*

zione, valida o meno che sia *de iure condendo*, non sembra sufficiente a superare il dettato legislativo, che appare inequivoco nel configurare il decreto presidenziale – nel caso di accoglimento del ricorso – quale atto che «accorda l'efficacia» del lodo straniero (art. 840, primo comma). Non a caso tale espressione è parallela a quella utilizzata dall'art. 797 cod. proc. civ. a proposito della sentenza della corte di appello che «dichiara l'efficacia» di una sentenza straniera: e non è facile vedere su quale base, mancando una norma equivalente a quella dell'art. 39 della convenzione di Bruxelles, il mero fatto di proporre l'opposizione potrebbe produrre l'effetto di degradare tale efficacia a mera potenzialità, sottoposta ad una sorta di condizione costituita dalla decisione di rigetto dell'opposizione.

13. *Le disposizioni transitorie*

Un cenno infine alle disposizioni transitorie.

Secondo l'art. 27 comma 5 della legge n. 25/94, le disposizioni relative all'arbitrato internazionale si applicano anche qualora l'accordo compromissorio sia stato stipulato anteriormente all'entrata in vigore della legge, purché però il procedimento arbitrale non sia stato già iniziato in base alla legge precedente⁶⁷. E comunque sempre applicabile l'art. 833 in tema di forma della clausola compromissoria, se l'arbitrato deve essere considerato internazionale in base ai criteri di cui all'art. 832 cod. proc. civ.

Può essere singolare rilevare che ad un lodo risultante da un arbitrato qualificabile come internazionale secondo l'art. 832, che venga pronunciato dopo l'entrata in vigore della nuova legge in un procedimento iniziato anteriormente a tale

cit., p. 283 s.: il quale peraltro lo adduce a conferma della soluzione raggiunta sulla base di altre considerazioni, quali il diverso tenore letterale degli artt. 839 e 840, il principio dell'art. 474 cod. proc. civ. nonché l'idea che l'immediata esecutorietà presupporrebbe l'esecutorietà del lodo nel paese di origine. Neppure queste ragioni sembrano peraltro decisive: la differenza testuale fra gli artt. 839 e 840 riconduce semplicemente al sistema del codice, da una parte (la «dichiarazione di efficacia» essendo la nozione usata dal legislatore per il tradizionale procedimento di delibazione), ed a quello della convenzione di Bruxelles, dall'altra: l'«espressa attribuzione» di esecutività di cui all'art. 474, secondo comma, n. 1 viene normalmente interpretata in senso assai estensivo; e quanto all'esecutorietà del lodo nel paese di origine, non sembra in realtà che essa possa venire richiesta, alla luce del tenore dell'art. V della convenzione di New York e dell'art. 840 cod. proc. civ., e che possa pertanto portare ad alcuna differenziazione fra i vari lodi stranieri. Al lavoro citato si può comunque far riferimento per quanto attiene ad un esame complessivo dei vari problemi suscitati dagli articoli 839 e 840, per i quali cfr. anche FUMAGALLI, *Commento agli articoli 839 e 840*, in corso di stampa su *Nuove leggi civ. comm.* cit.

⁶⁷ Com'è noto, si individuava in genere tale momento in quello dell'accettazione dell'incarico da parte degli arbitri e della costituzione del collegio arbitrale, con una costruzione che non appare ora del tutto coerente con quanto risulta dalle disposizioni della legge n. 25/94 a proposito dell'interruzione della prescrizione e della trascrizione (sul punto cfr. MIRABELLI, GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato. Nozioni generali*, Napoli, 1994, p. 42 ss.: ma che appare ancora applicabile al fine di determinare il momento di inizio del procedimento ai fini della norma di cui si tratta.

data, si applicano, in base alle disposizioni transitorie dell'art. 27, le nuove norme relative all'arbitrato interno in materia di deliberazione ed impugnazione, ma – in virtù della norma sopra citata (art. 27 comma 5) – non quelle concernenti l'arbitrato internazionale. In altre parole, il carattere «internazionale» dell'arbitrato diviene rilevante soltanto per i procedimenti iniziati dopo la data di entrata in vigore della nuova disciplina, mentre la natura processuale delle disposizioni della legge ne comporterà, di regola, l'applicazione immediata anche ai procedimenti in corso⁶⁸.

Infine, per quanto concerne i lodi stranieri, l'art. 27 comma 6 della legge n. 25/94 stabilisce che le nuove norme poste dagli artt. 839 e 840, di cui al precedente par. 12, si applicano anche ai lodi pronunciati anteriormente alla data di entrata in vigore della legge, purché non ne siano stati ancora richiesti il riconoscimento o l'esecuzione a norma della legislazione in vigore anteriormente a quella data. Il criterio decisivo è dato dunque qui dal momento di instaurazione del giudizio inteso alla dichiarazione di efficacia in Italia da parte della corte d'appello competente, in base agli artt. 796 ss. cod. proc. civ. Poiché era questo, come si è visto, il procedimento ritenuto in precedenza applicabile, non ha spiegazione la possibilità alternativa apparentemente considerata dalla norma transitoria, quando menziona il riconoscimento «o» l'esecuzione del lodo straniero.

⁶⁸ Sulle disposizioni transitorie della nuova legge si vedano in generale FAZZALARI, *La riforma* cit., p. 20 ss.; BRIGUGLIO, *La nuova disciplina* cit., p. 109 s.; MARENGO, in BRIGUGLIO, FAZZALARI, MARENGO, *La nuova disciplina* cit., p. 307 ss.

L'impugnazione del lodo arbitrale internazionale *

SOMMARIO: 1. L'impugnazione del lodo arbitrale e le convenzioni internazionali. – 2. La disciplina dell'impugnazione come oggetto di norme interne. – 3. L'impugnazione del lodo «internazionale». – 4. La disciplina italiana del 1994. – 5. *Segue*: i motivi di impugnazione comuni. – 6. *Segue*: la violazione di norme imperative e l'ordine pubblico. – 7. *Segue*: le varie ipotesi ed i limiti del controllo.

1. *L'impugnazione del lodo arbitrale e le convenzioni internazionali*

Il tema dei rimedi esperibili avanti agli organi giurisdizionali dello Stato nei confronti dei lodi che risultino da un procedimento arbitrale qualificabile come «internazionale»¹ è rimasto quasi interamente estraneo alla disciplina normativa internazionale. Essa è riuscita appena a lambirlo, con le regole enunciate nell'art. IX della convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961, che si collocano esclusivamente nell'ottica del riconoscimento e dell'esecuzione del lodo². Mancano, invece, a tutt'oggi, regole convenzionali internazionali intese ad uniformare le discipline nazionali in questa materia, vincolando gli Stati ad un trattamento unitario. La mancanza non è naturalmente casuale, né può spiegarsi con una carenza d'interesse al riguardo: il tema è infatti ben presente ed oggetto di discipline articolate in testi, quale la convenzione di Washington del 18 marzo 1965 (art. 52), in cui tutto il procedimento arbitrale – incluse le impugnazioni – è regolato a livello internazionale, o quale la c.d. legge modello UNCITRAL (art. 34), dove però la minuziosa regolamentazione ha il carattere di semplice proposta rivolta ai legislatori nazionali³.

* Pubblicato in *Collisio Legum. Scritti per Gerardo Broggin*, 1996, pp. 263-281; e in *Rivista dell'arbitrato*, 1997, pp. 19-36.

¹ La qualificazione va intesa qui nel senso più ampio, come comprensiva di qualsiasi arbitrato destinato a risolvere una controversia di natura privatistica con caratteri di estraneità, tanto soggettiva, quanto oggettiva.

² L'art. IX della convenzione di Ginevra intende infatti limitare la rilevanza, in sede di riconoscimento ed esecuzione del lodo arbitrale nell'ambito di uno Stato contraente, dell'annullamento intervenuto in altro Stato contraente, circoscrivendola a quattro categorie di motivi: sulla norma cfr. il mio studio *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1971, p. 47 ss., e LATTANZI, *L'impugnativa per nullità nell'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 1989, pp. 9 e 34.

³ Sulla legge modello cfr. BERNARDINI, *L'arbitrato internazionale*, 2^a ed., Milano, 1994, p. 48

Proprio la presenza dei due esempi appena ricordati offre la spiegazione della carenza riscontrata a livello internazionale. Ciò che le convenzioni internazionali non sono riuscite a fare è incidere in modo significativo sul momento del controllo da parte degli Stati sul risultato finale dell'attività degli arbitri internazionali di diritto privato. La *vindicatio in libertatem*, che l'arbitrato internazionale è riuscito ad effettuare nei confronti di regolamentazioni nazionali restrittive, considerate come indebito impaccio rispetto alle sue esigenze, ha dovuto arrestarsi di fronte al momento del controllo che lo Stato effettua con il proprio potere giurisdizionale sul lodo emanato dagli arbitri. Come è stato scritto, «la impugnabilità appare infatti come il punto di maggior resistenza della pretesa statale di controllo dell'autonomia delle parti in ordine alla regolamentazione delle controversie commerciali internazionali»⁴. Si ha qui, nell'ambito della disciplina convenzionale, una sorta di zona franca, nella quale tale disciplina si astiene dall'entrare, per spiegare invece nuovamente il proprio intervento nella fase successiva della circolazione internazionale del lodo. Questa, peraltro, può essere a sua volta condizionata dagli interventi nazionali in sede di impugnazione, e dal loro risultato: come dimostra l'art. V par. 1 lett. e) della convenzione di New York del 10 giugno 1958⁵.

È significativo che la disciplina contenuta in quest'ultima convenzione in materia di riconoscimento ed esecuzione dei lodi arbitrali «internazionali» finisca per articolarsi – per ciò che attiene ai possibili motivi di rifiuto di riconoscimento ed esecuzione – su di una serie di vizi, che in gran parte riproducono nella sostanza le cause di impugnazione note a livello nazionale. Essi si raggruppano tutti attorno all'ipotesi di eccesso di potere degli arbitri, a quella di violazione di norme fondamentali di procedura o dell'accordo delle parti, a quelle infine di non arbitrabilità della controversia o di contrarietà all'ordine pubblico. Particolarmente sintomatica è la riproduzione, spesso letterale, da parte dell'art. 34 della legge modello UNCITRAL del testo dell'art. V della convenzione di New York⁶. Sulla stessa linea del resto è anche l'art. 52 della convenzione di Washington del 1965, che peraltro si differenzia – in armonia con le caratteristiche particolari dell'arbitrato da essa organizzato, a livello della sola organizzazione internazionale che l'amministra – per la mancanza di qualsiasi riferimento a nozioni puramente nazionali, come l'ordine pubblico, e per l'esplicito richiamo all'esigenza della motivazione del lodo (art. 52 n. 1 lett. e)⁷. Questa coincidenza rende evidente come,

ss., e BONELL, *Una nuova disciplina modello sull'arbitrato commerciale internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 1987, p. 3 ss. (a p. 16 ss. per la materia delle impugnazioni del lodo).

⁴ Così BROGGINI, *Il lodo nell'arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. arbitrato*, 1992, p. 627 ss. a p. 646.

⁵ Come è noto, la norma menzionata ammette il rifiuto di riconoscimento ed esecuzione per il lodo arbitrale che sia stato, fra l'altro, annullato o sospeso da un'autorità competente del paese nel quale, o secondo la legge del quale, esso è stato reso.

⁶ Si veda al riguardo, BONELL, *Una nuova disciplina*, cit., p. 16 ss.

⁷ Per qualche considerazione generale sulla convenzione di Washington ed il suo inquadramento nella tematica generale dell'arbitrato internazionale, BERNARDINI, *L'arbitrato internazionale*, cit., p. 159 ss.

ferma restando la sostanziale identità dell'oggetto del controllo, la disciplina convenzionale lo colloca nella prospettiva della circolazione del lodo, lasciando alla regolamentazione nazionale il compito di effettuarlo nella direzione e nella forma dell'attacco contro il lodo come atto che definisce la controversia. Di qui la duplice valenza degli stessi eventuali vizi, e la possibilità che essi vengano valutati nell'ambito di ordinamenti diversi, ed alla luce di regole non interamente coincidenti.

Un coordinamento delle due prospettive è tentato dal noto art. IX della convenzione di Ginevra del 1961, già ricordato, che limita ai vizi ivi espressamente elencati l'efficacia preclusiva del riconoscimento e dell'esecuzione del lodo in altro Stato contraente derivante dall'annullamento del lodo medesimo pronunciato dall'autorità giurisdizionale di uno Stato parte della convenzione⁸.

2. La disciplina dell'impugnazione come oggetto di norme interne

Dati i caratteri della disciplina internazionale, quale ha potuto venire a formarsi a seguito del movimento convenzionale successivo alla conclusione della seconda guerra mondiale⁹, la libertà dei singoli ordinamenti statali in materia di impugnazioni dei lodi arbitrali con caratteri di internazionalità rimane pressoché intatta. E ciò in una duplice direzione. Da una parte, nella determinazione dei lodi sottoponibili ai controlli previsti da ciascun ordinamento: e quindi, nell'attribuire la propria «nazionalità» ai lodi medesimi. Dall'altra, nel determinare quali sono i vizi che possono dare adito all'annullamento del lodo da parte dell'autorità giurisdizionale nazionale, e quali le relative conseguenze.

Sotto il primo profilo, è stato peraltro posto in rilievo come la prassi degli ordinamenti contemporanei tenda sempre più a convergere nel senso dell'attribuzione di rilevanza, ai fini dell'impugnazione, al fattore di localizzazione costituito dal luogo in cui la decisione degli arbitri viene pronunciata¹⁰. Ma è chiaro che si tratta qui di una convergenza dettata da ragioni soprattutto pratiche, e del resto non assoluta, che non elimina la possibilità di sovrapposizioni e divergenze fra i vari sistemi accolti dai diversi ordinamenti: con la possibile conseguenza di lodi «bipoliti» e quindi sottoposti all'eventualità di controlli plurimi magari sulla base di parametri tra loro diversi¹¹.

⁸ Sul tema si veda *supra*, alla nota 2: in coerenza con la prospettiva adottata, l'art. IX par. 2 della convenzione dispone che nei rapporti fra gli Stati contraenti, che siano parti anche della convenzione di New York., la norma ha l'effetto di limitare alle sole cause enumerate nell'alt. IX par. 1 l'applicazione dell'art. V par. 1 lett. e) della convenzione stessa.

⁹ Per una sintesi si veda il mio studio *International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States*, in *Recueil des Cours*, 1977-IV, t. 157, p. 21 ss.

¹⁰ Si veda LATTANZI, *L'impugnativa per nullità*, cit., spec. p. 83 ss.

¹¹ L'ipotesi è prospettabile con riferimento a sistemi che utilizzino, rispettivamente, come criterio di appartenenza del lodo il luogo della sua pronuncia e quello della volontà delle parti: per consi-

Sotto il secondo profilo, poi, è pur vero che la *ratio* del controllo da parte del giudice in sede di impugnativa si può considerare rispondente a motivi di fondo relativamente uniformi, che stanno alla base della stessa disciplina che le convenzioni internazionali dettano nella diversa prospettiva del controllo in sede di circolazione del lodo da un paese all'altro. Ma è indubbio che le particolarità della disciplina, ed ancor più le differenze nell'interpretazione ed applicazione, possono variare, così come possono variare le conseguenze ricollegate dai diversi sistemi all'eventuale caducazione del lodo a seguito dell'accertamento dell'esistenza dei vizi previsti dalla legge.

Tutto ciò è poco rispondente a quelle che si ritengono normalmente le esigenze proprie dell'arbitrato commerciale internazionale, intese come l'espressione degli interessi dei quali gli ambienti interessati all'istituto si fanno portatori. Risponde a quelle esigenze, ed a questi interessi, che all'autonomia privata sia assicurato il maggior spazio possibile nell'organizzazione e nello svolgimento dell'arbitrato, e che al lodo che ne risulterà sia assicurata la maggior stabilità possibile limitando i controlli statali all'essenziale ed evitando, comunque, di attribuire spazio e peso, nell'ambito di questi controlli, a punti di vista particolaristici dei singoli ordinamenti ed a valori non generalmente condivisi. È difficile considerare che questi obbiettivi siano raggiungibili in modo adeguato in un assetto nel quale il regime delle impugnazioni del lodo rimanga affidato alla disciplina unilateralmente stabilita dai singoli ordinamenti per tutti i lodi ad essi collegati, senza riguardo all'appartenenza della controversia e dell'arbitrato ad un ambiente più ampio di vita giuridica internazionale.

3. *L'impugnazione del lodo «internazionale»*

Al fine di cercare di soddisfare le istanze provenienti dagli ambienti interessati all'arbitrato commerciale internazionale, senza peraltro rinunciare alla pretesa dell'esclusività della disciplina nazionale in materia di impugnazione del lodo, si è venuta diffondendo negli ultimi anni una diversa impostazione. Parallelamente al diffondersi in vari paesi di una regolamentazione nazionale apposita per l'arbitrato contraddistinto da elementi di internazionalità, si è iniziato a dettare una disciplina più liberale delle impugnazioni dei lodi risultanti da tale arbitrato.

Anche questa tendenza si sviluppa su base puramente unilaterale, al di fuori di qualsiasi coordinamento fra i vari sistemi: se si eccettua quel tanto, o quel poco, che deriva da un certo spirito di imitazione che sembra aver ispirato i vari legislatori a questo riguardo. Ma tale imitazione si limita in realtà al principio generale, ossia all'idea che l'impugnazione del lodo internazionale debba essere governata da regole più liberali rispetto a quelle che sono applicabili riguardo ai lodi pura-

derazioni al proposito cfr., in relazione ad un caso concreto, BRIGUGLIO, *Appunti sulla distinzione fra arbitrato interno ed arbitrato estero*, in *Riv. arbitrato*, 1991, p. 343 ss.

mente interni. Diversi continuano ad essere invece i vari motivi di impugnazione previsti, e diverse le stesse condizioni di applicabilità della disciplina, e più in generale la definizione stessa di ciò che si intende per arbitrato, e lodo internazionale¹². Neppure può dirsi che il raggiungimento dell'uniformità sia stato, o possa essere in avvenire, favorito in grado rilevante dalla legge modello UNCITRAL del 1985: anche qui, infatti, l'utilizzazione da parte degli ordinamenti più evoluti in materia di arbitrato è avvenuta, dove pure ha avuto luogo, soltanto a livello di indirizzi generali, ma non attraverso la recezione interna della disciplina che funge da modello in tutti i suoi particolari¹³.

Così l'esame comparativo ci mostra l'esempio di ordinamenti – come quello francese, notoriamente il capostipite per quanto concerne la disciplina autonoma dell'arbitrato «internazionale» a livello di diritto interno –, che definiscono in modo estremamente ampio la nozione di arbitrato internazionale, come quello che «met en cause les intérêts du commerce international» (art. 1492 del *Nouveau code de procédure civile*), mantenendo nel contempo la possibilità di controllo del lodo «internazionale» attraverso l'impugnazione, ma escludendo da tale controllo qualsiasi revisione nel merito della decisione, anche sotto il profilo della violazione delle norme giuridiche applicate dagli arbitri (art. 1504 ss.)¹⁴. Analogo sistema è seguito anche dall'art. 34 della legge modello UNCITRAL.

Altri esempi restringono invece in modo più radicale la possibilità di impugnazione, ma limitano al tempo stesso l'ambito di applicazione della disciplina più liberale. È notissimo il caso del Belgio: qui l'art. 1717 par. 4 del codice di procedura civile, come modificato con legge del 27 marzo 1985, esclude la possibilità di esperire azioni tendenti all'annullamento di un lodo arbitrale avanti ai tribunali belgi, se almeno una delle parti della controversia decisa dal lodo non è cittadina belga, o non risiede in Belgio (oppure, non è una persona giuridica costituita in Belgio o vi ha una succursale od una qualunque sede di attività)¹⁵.

La legge portoghese del 29 agosto 1986 n. 31/86 sull'arbitrato volontario, dopo aver definito l'arbitrato internazionale con la stessa formula utilizzata dal legislatore francese (art. 32), dichiara «non ricorribile» la decisione del tribunale arbitrale in tale arbitrato, salvo che le parti non abbiano pattuito la possibilità di ricorso e ne abbiano regolato i termini (art. 34)¹⁶.

¹² Per considerazioni al riguardo cfr. BRIGUGLIO, *La nuova disciplina dell'arbitrato internazionale* (L. 5 gennaio 1994 n. 25), in *Giust. civ.*, 1994, IV, p. 83 ss., ed il mio studio *L'arbitrato internazionale e i lodi stranieri nella nuova disciplina legislativa italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 257 ss.

¹³ Per qualche indicazione v. BERNARDINI, *L'arbitrato internazionale*, cit., p. 48 ss.

¹⁴ Per l'ordinamento francese si veda, da ultimo, FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996, p. 901 ss.

¹⁵ Cfr. VAN HOUTTE, *La loi belge du 27 mars 1985 sur l'arbitrage international*, in *Rev. arbitrage*, 1986, p. 29 ss.; PAUSLSSON, *Arbitration Unbound in Belgium*, in *Arb. International*, 1986, p. 86 ss.

¹⁶ V. CRUZ, MOURA VICENTE, *Portugal*, in *Handbook of International Arbitration*, Binder II, Deventer-Boston, Suppl. 1991.

Infine, la legge federale svizzera di diritto internazionale privato del 1987 ammette che l'impugnabilità delle decisioni arbitrali sia esclusa, per qualsiasi motivo o solo per alcuni di quelli previsti dall'art. 190 n. 2, con dichiarazione espressa delle parti nel patto di arbitrato o in successivo accordo scritto, qualora esse non abbiano il domicilio, la dimora abituale o una stabile organizzazione in Svizzera (art. 192). È interessante rilevare che la possibilità di totale esclusione, così prevista, non ricopre tutte le ipotesi rientranti, secondo la disciplina legislativa, nella nozione di arbitrato internazionale. Secondo l'art. 176, è infatti tale l'arbitrato che si svolge avanti a tribunali arbitrali con sede in Svizzera, quando almeno una parte non è domiciliata né dimora abitualmente in Svizzera¹⁷.

4. *La disciplina italiana del 1994*

Sullo sfondo che si è sommariamente descritto si innesta la disciplina creata dal legislatore italiano con la riforma dell'arbitrato attuata con la legge 5 gennaio 1994 n. 25¹⁸. Anteriormente a questa, com'è ben noto, la disciplina dell'impugnazione di qualsiasi lodo, nazionale o internazionale che fosse secondo i criteri oggi accolti, ma allora del tutto irrilevanti, era sottoposta ai medesimi principi stabiliti dal codice di procedura civile agli artt. 827-831, e riguardava tutte le decisioni arbitrali disciplinate dalla legge italiana. In base al tenore dell'art. 824 cod. proc. civ. nel testo allora vigente, insomma, tutti i lodi che venissero pronunciati in territorio italiano¹⁹. In questo modo, qualsiasi lodo che venisse pronunciato in Italia, quali che ne fossero gli elementi di internazionalità sotto il profilo dell'appartenenza della controversia decisa al commercio internazionale o comunque del suo collegamento con la vita reale di altri Stati, era soggetto al controllo da parte dell'autorità giurisdizionale italiana. In caso ne venisse pronunciato l'annullamento, poi, la controversia rimaneva comunque soggetta al potere di tale autorità di deciderla, quale semplice ed automatica conseguenza dell'annullamento stesso.

Le modifiche intervenute nel 1994 mirano a tenere conto delle esigenze più sentite dalla pratica internazionale in materia di impugnazione del lodo e differenziano – conformandosi in ciò alle tendenze di cui sopra si è detto – il trattamento

¹⁷ Cfr. LALIVE, POUURET, REYMOND, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne, 1989, p. 257 ss., a p. 445 ss.

¹⁸ Sulla nuova disciplina italiana si vedano in generale BRIGUGLIO, FAZZALARI, MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato. Commentario*, Milano, 1994, p. 257 ss. per il commento all'art. 838; TARZIA, LUZZATTO, RICCI, *Legge 5 gennaio 1994 n. 25*, Padova, 1995, p. 251 ss.

¹⁹ Al quali dovevano essere aggiunti i lodi emanati secondo la convenzione di Ginevra del 1961, qualora si accogliesse la tesi da me sostenuta in *Il luogo di pronuncia del lodo arbitrale secondo la Convenzione di Ginevra del 1961 e l'art. 824 cod. proc. civ.*, in *Studi in onore di G. Balladore Pallieri*, Milano, 1978, II, p. 361 ss. (ed in precedenza nel lavoro citato sopra, nota 2). In senso contrario RICCI, *Lodi pronunciati in Italia e lodi pronunciati all'estero di fronte alla convenzione di Ginevra del 1961*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 74 ss.

dei lodi risultati da arbitrati qualificabili come «internazionali» secondo i criteri indicati dalla legge di riforma da quello di tutti gli altri, privi di tali caratteri. Esse vanno naturalmente inquadrare nell'ambito della nozione di arbitrato internazionale posta dalla nuova disciplina. Qui è solo il caso di sottolineare che tale nozione comporta la presenza di alcuni presupposti, che non sono tutti esplicitati dall'art. 832 cod. proc. civ. Questa norma indica infatti, quali presupposti dell'applicabilità della disciplina speciale propria dell'arbitrato internazionale, la residenza o la sede effettiva di una delle parti all'estero alla data della sottoscrizione dell'accordo compromissorio, oppure il fatto che una parte rilevante delle prestazioni nascenti dal rapporto al quale la controversia si riferisce debba essere eseguita all'estero. Ma, prima ancora che all'esistenza di questi requisiti, per potersi parlare di arbitrato internazionale nel senso degli articoli 832 ss. ci si deve trovare di fronte ad un arbitrato sottoposto al diritto italiano, ossia che rientra nell'ambito della sfera di applicazione della legge italiana secondo i criteri che essa pone, e ad un arbitrato di carattere rituale dal punto di vista della medesima legge²⁰. Prescindendo qui da quest'ultima qualifica, va sottolineato che, in base al nuovo testo del primo comma dell'art. 816 cod. proc. civ. (come modificato dall'art. 8 della legge n. 25/94), il criterio che determina la sottoposizione di un arbitrato al diritto italiano – e dunque, al tempo stesso, l'ambito di efficacia nello spazio delle norme italiane – è quello della sede in Italia dell'arbitrato²¹. È dunque soltanto l'arbitrato con sede in Italia, che sia considerato come rituale in base ai normali criteri di interpretazione della volontà delle parti, che sarà disciplinato dalle regole degli artt. 832 ss. cod. proc. civ. ove sussistano le condizioni previste dallo stesso art. 832²².

Il lodo, che risulti da un arbitrato sottoposto alla legge italiana ma internazionale nel senso ora precisato, è soggetto ad impugnazione per nullità soltanto per i motivi indicati nell'art. 829, primo comma cod. proc. civ. (nonché – in materia di lavoro e nei casi previsti dall'art. 808, secondo comma – per violazione e falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi; art. 829, terzo comma). Non è invece soggetto a impugnazione per nullità per mancata osservanza delle regole di diritto da parte degli arbitri, come previsto per i lodi nazionali dall'art. 829, secondo comma cod. proc. civ., a meno che le parti non abbiano diversamente convenuto prevedendo espressamente tale possibilità (art. 838 cod. proc. civ.). Neppure è soggetto, a norma dell'art. 838 e sempre che le parti non abbiano diversamente convenuto, a revocazione ed opposizione di terzo.

²⁰ Per più ampi svolgimenti mi permetto di rinviare al mio studio *citato supra*, nota 12.

²¹ Sul nuovo istituto della sede dell'arbitrato, cui conferisce rilevanza il nuovo testo dell'art. 816 cod. proc. civ., cfr. per tutti RICCI, in TARZIA, LUZZATTO, RICCI, *Legge 5 gennaio 1994*, cit., p. 84 ss. ed *ivi* ulteriori riferimenti; e, nella più specifica prospettiva della rilevanza della sede ai fini della qualificazione del lodo come italiano o straniero, RICCI, *La nozione di lodo straniero dopo la legge n. 25/1994*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 331 ss.

²² Ossia, i caratteri di «estraneità» della controversia per ragioni soggettive (residenza o sede effettiva all'estero di almeno una delle parti) od oggettive (esecuzione all'estero di una parte rilevante delle prestazioni nascenti dal rapporto al quale la controversia si riferisce).

Una terza differenza di trattamento rispetto al lodo nazionale sta nel fatto che secondo l'art. 838 (ed anche qui, salva la contraria volontà delle parti) la Corte di appello che accoglie l'impugnazione per nullità del lodo non è competente a pronunciare sul merito della lite in base alla regola generale del secondo comma dell'art. 830. Sopravvive infatti in questo caso la competenza degli arbitri, pattuita dalle parti. Naturalmente però tale sopravvivenza non si può configurare, quando la nullità del lodo sia stata pronunciata per l'invalidità dello stesso accordo compromissorio. In questo caso, comunque, vista l'inapplicabilità del secondo comma dell'art. 830 espressamente stabilita dall'art. 838, si dovrà ritenere che, ferma restando la competenza dell'autorità giudiziaria, questa debba determinarsi secondo le regole ordinarie²³: a meno che le parti non abbiano diversamente convenuto, fruendo dell'autonomia riconosciuta loro a questo riguardo dalla legge²⁴.

5. Segue: *i motivi di impugnazione comuni*

Nella disciplina italiana il carattere internazionale del lodo non rileva dunque al fine delle impugnazioni per quanto riguarda i vizi elencati dall'art. 829, primo comma cod. proc. civ.: tali vizi inficiano di nullità qualsiasi lodo arbitrale sottoposto al diritto italiano. Trattandosi di elementi comuni a qualsiasi lodo, non è il caso di farne in questa sede un commento particolareggiato²⁵. Basterà ricordare che si tratta di vizi riconducibili a tre categorie fondamentali. La prima riguarda la validità della volontà compromissoria delle parti, che costituisce il fondamento stesso del potere degli arbitri di giudicare della controversia, e la determinazione dei suoi limiti (art. 829, primo comma, nn. 1 e 4). La seconda riguarda la nomina e la qualità degli arbitri, la costituzione del collegio arbitrale ed il rispetto delle regole di procedura compresi alcuni elementi formali del lodo (art. 829, primo comma, nn. 2, 3, 5, 6, 7). La terza infine concerne il rispetto del principio del contraddittorio (art. 829, primo comma, n. 9) nonché la coerenza della decisione raggiunta dagli arbitri con i requisiti essenziali di quella che l'ordinamento considera quale decisione di una controversia, sotto il profilo della sufficienza (art. 829, primo comma, n. 5) e della non contraddittorietà sia della motivazione, sia delle disposizioni contenute nel lodo (nn. 4 e 5 dell'articolo menzionato). Quest'ultima categoria attiene dunque alla tutela dei valori fondamentali che caratterizzano qualsiasi procedimento inteso alla soluzione, giurisdizionale e non, di una controversia, e che devono pertanto essere pienamente rispettati anche nello strumento arbitrale, perché esso possa conseguire gli effetti alla produzione dei quali è inteso.

²³ Cfr. BRIGUGLIO, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 260 ss.

²⁴ Sulla forma e sul tempo delle eventuali pattuizioni fra le parti cfr. BRIGUGLIO, *La nuova disciplina*, cit., p. 109.

²⁵ Sulla disciplina delle impugnazioni in generale nel nuovo diritto dell'arbitrato, si veda LUISO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. arbitrato*, 1995, p. 13 ss.

Riconducibile, in qualche modo, all'ultima categoria ricordata è anche il motivo di invalidità previsto dall'art. 829, primo comma, n. 8, consistente nella contrarietà del lodo ad altro lodo precedente e non più impugnabile, o a precedente sentenza passata in giudicato fra le parti (purché la relativa eccezione sia stata dedotta nel giudizio arbitrale)²⁶. La norma, introdotta dalla riforma del 1994, è evidentemente ispirata ad un principio fondamentale del sistema espresso dalla regola *ne bis in idem*, ed opera nel senso della equiparazione tra lodo e sentenza del giudice ai fini della preclusione di una nuova decisione nella controversia.

La tecnica, seguita dal legislatore italiano nella determinazione dei casi di nullità sin qui ricordati – e comuni, come si è detto, ai lodi nazionali e internazionali – si discosta parzialmente da quella più comune sul piano comparativo, specie nei sistemi che riservano una disciplina distinta all'arbitrato internazionale. Infatti l'elencazione dei casi di nullità ha carattere più analitico, con minore ricorso alle clausole generali, in particolare con l'esclusione del richiamo alla nozione generale di contrarietà all'ordine pubblico. Tale richiamo è frequente nell'esperienza internazionale, come dimostrano – fra gli altri – gli esempi francesi (articoli 1502 e 1504), svizzero (art. 190 n. 2, lett. e), olandese (art. 1065 n. 1, lett. e) e spagnolo (art. 35 n. 5, legge 36/1988), esempi a loro volta, a seconda dei casi, influenzati o riflessi dalla legge modello UNCITRAL (art. 34 n. 2, lett. b (ii)).

La differenza di carattere tecnico ora ricordata non toglie, peraltro, che le ragioni di fondo che si trovano alla base delle diverse regolamentazioni nazionali siano in larga parte comuni, e rispondano a valori generalmente accettati. Essa non è, però, priva di conseguenze, in particolare per quanto concerne il trattamento del lodo internazionale in sede di impugnazione per violazione di regole di diritto da parte degli arbitri, esclusa – salvo convenzione contraria delle parti – dall'art. 838 cod. proc. civ. Di ciò si dirà al paragrafo seguente.

6. Segue: la violazione di norme imperative e l'ordine pubblico

Nelle ipotesi, che è da presumere siano destinate a rappresentare in pratica la normalità, in cui l'impugnazione per violazione di regole di diritto non è consentita nei confronti del lodo internazionale in virtù di quanto previsto dall'art. 838 cod. proc. civ., rimane da vedere se rimanga del tutto esclusa qualsiasi revisione del *decisum* sotto il profilo dell'eventuale violazione di norme imperative.

Nel silenzio dei testi normativi, il problema nasce dal fatto che la giurisprudenza italiana ha costantemente ammesso l'impugnabilità per violazione di norme imperative anche nei lodi in equità: nei confronti dei quali l'art. 829, secondo comma, escludeva, come esclude, la nullità per mancata osservanza delle regole di diritto²⁷.

²⁶ Al riguardo si veda per tutti TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 631 ss.

²⁷ Nel senso dell'impugnabilità è una lunga serie di giudicati, da ultimo Cass., 4 maggio 1994 n.

In considerazione di tale orientamento, ci si è chiesti se la stessa soluzione debba considerarsi giustificata anche in relazione al lodo internazionale, per il quale l'art. 838 detta un'esclusione analoga a quella del secondo comma dell'art. 829²⁸.

A prima vista, l'assimilazione delle due situazioni al fine del trattamento in sede di impugnazione può apparire giustificata. È però necessario spingere lo sguardo un po' più lontano, interrogandosi sulle ragioni e sulle conseguenze della soluzione giurisprudenziale affermatasi.

Nessun elemento definito può certo essere tratto dal testo dell'art. 838, che si limita a dichiarare inapplicabili, fra l'altro, «le disposizioni dell'art. 829, secondo comma» (meglio si direbbe «della prima parte di tale norma», ossia della parte che prevede che l'impugnazione per nullità è ammessa se gli arbitri nel giudicare non hanno osservato le regole del diritto). Poiché il risultato pratico di tale inapplicabilità assimila il trattamento del lodo equitativo a quello del lodo internazionale, occorre stabilire se l'assimilazione debba essere spinta sino a comprendere il limite alla non impugnabilità stabilito dalla giurisprudenza.

Una ragione spesso invocata a sostegno della soluzione giurisprudenziale sta nell'asserito collegamento tra la necessità di osservare le norme di ordine pubblico e il carattere indisponibile dei diritti che ne derivano. Nelle parole usate da una recente sentenza della Corte suprema, «non è dubbio che, anche negli arbitrati di equità, gli arbitri ... hanno il dovere di osservare le norme di ordine pubblico, e cioè quelle norme cogenti, dettate in vista di interessi generali, non derogabili dalla volontà delle parti e non suscettibili, come tali, di formare oggetto di compromesso ...»²⁹. Più propriamente, alcuni autori hanno riportato l'invalidità del lodo ad un vizio del compromesso, «che consiste nell'aver le parti portato alla decisione degli arbitri una materia che non può formare oggetto di transazione»³⁰.

Altre volte l'invalidità del lodo equitativo pronunciato in violazione di norme inderogabili è stata ricondotta ai motivi previsti dai numeri 1 e 4 del primo comma dell'art. 829, assumendo che si avrebbe invalidità del patto compromissorio ove la disapplicazione di tali norme sia riferibile ad un'autorizzazione data agli arbitri delle parti, e pronunciata al di là dei limiti del patto ove tale autorizzazione non vi sia³¹. Anche questa soluzione, come la precedente, ha la caratteristica di

4330, in *Riv. arbitrato*, 1994, p. 499 ss. con nota di LUISSO, *L'impugnazione del lodo equitativo per violazione di norme inderogabili*: *ivi*, alla nota 1, numerosi altri riferimenti.

²⁸ In argomento v. BRIGUGLIO, *La nuova disciplina*, cit., p. 105; e in BRIGUGLIO, FAZZALARI, MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 259.

²⁹ Così Cass., 4 maggio 1994 n. 4330, cit. alla nota 27.

³⁰ Si vedano, al riguardo, GRASSO, *Questioni vecchie e nuove in materia di arbitrato*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1952, II, p. 872 s.; CRISCUOLO, *Arbitrato d'equità e norme inderogabili*, in *Riv. arbitrato*, 1992, p. 329 ss.

³¹ Cfr. Cass., 31 maggio 1950 n. 1343, in *Foro it.*, 1950, I, 813; Cass., 8 novembre 1984 n. 5637, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1958, I, p. 138. Si veda anche PUNZI, *Arbitrato*, I, *Arbitrato rituale e irrituale*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, p. 31 s.

trovare il suo fondamento in altre norme contenute nell'art. 829, e non in quella del secondo comma di quest'articolo.

Ora, sembra chiaro che, se si considera fondata l'una o l'altra di queste posizioni, non si potrebbe legittimamente negarne l'estensione anche all'ipotesi dell'impugnazione del lodo internazionale, proprio in quanto le ipotesi del primo comma dell'art. 829 vizioano, come si è visto, quest'ultimo al pari di quello puramente interno³².

Tuttavia le tesi esposte sono state giustamente sottoposte a critica, soprattutto in quanto incapaci di dare adeguata giustificazione dei risultati che si vogliono raggiungere sulla base delle medesime. Infatti, da un lato non vi è totale coincidenza tra la sfera delle norme inderogabili e quella dei diritti indisponibili. Dall'altro, se la violazione delle norme di ordine pubblico inficiasse la validità del lodo in base alle norme dei numeri 1 e 4 del primo comma dell'art. 829, si dovrebbe dedurre da ciò la conseguenza della nullità del lodo, non solo in caso di violazione di quelle norme, ma anche nelle ipotesi che gli arbitri ne avessero fatto corretta applicazione: e ciò in quanto l'indisponibilità del diritto, l'invalidità del compromesso o l'eccesso rispetto ai limiti di questo colpiscono la decisione in sé stessa, quale che ne sia il contenuto. E viceversa, la distinzione fra violazione e corretta applicazione è costantemente utilizzata dalla giurisprudenza in materia³³.

Per le ragioni indicate, il risultato giurisprudenziale è stato, più di recente, giustificato su altri presupposti, e precisamente ritenendo che l'impugnazione per nullità del lodo equitativo debba essere ammessa ove vi sia di fronte a violazione di norme inderogabili, limitando così l'esclusione prevista dal secondo comma dell'art. 829³⁴. Non si sarebbe qui dunque di fronte ad una preclusione assoluta del controllo, quanto piuttosto ad una limitazione – alle sole norme imperative – della rilevanza delle norme di diritto quale metro di giudizio che gli arbitri sono tenuti ad applicare.

Ove si consideri fondata la spiegazione ora esposta, come sembra giustificato fare, il parallelismo fra il trattamento del lodo equitativo e di quello internazionale viene rimesso in discussione. Se infatti la ragione della nullità viene riferita al contenuto del giudizio degli arbitri, e non già a vizi che colpiscano la decisione in quanto tale, si viene ricondotti al di fuori dell'ambito di applicazione delle regole sull'impugnazione comuni a lodi interni ed internazionali (primo comma dell'art. 829 cod. proc. civ.). Si tratta di stabilire se alla luce dell'art. 838 possa essere giustificata l'estensione al lodo internazionale del principio giurisprudenziale che fa salva l'impugnazione del lodo equitativo per violazione delle norme inderogabili, o di ordine pubblico.

³² I primi commenti appaiono, infatti, nettamente orientati nel senso dell'estensione del controllo dell'osservanza delle norme inderogabili all'ipotesi del lodo internazionale: si veda BRIGUGLIO, *opp. cit.*, alla nota 28.

³³ Si veda LUISO, *L'impugnazione del lodo equitativo*, cit., p. 501 s.

³⁴ *Op. cit.* alla nota precedente, p. 503, che richiama FAZZALARI, in BRIGUGLIO, FAZZALARI, MARENCO, *La nuova disciplina*, cit., p. 213.

7. Segue: le varie ipotesi ed i limiti del controllo

La risposta al quesito deve, a mio giudizio, prendere le mosse da quanto stabilisce l'art. 834 cod. proc. civ. a proposito delle norme applicabili al merito della controversia. Le regole poste da tale articolo, utilizzando la tecnica internazionale-privatistica, conferiscono alle parti il potere di determinare le norme applicabili al merito da parte degli arbitri, oppure di disporre che questi pronuncino secondo equità³⁵. In mancanza di determinazione ad opera delle parti, dovrà essere applicata la legge con la quale il rapporto è più strettamente collegato. Si aggiunge poi che in entrambi i casi gli arbitri tengono conto delle indicazioni del contratto e degli usi del commercio³⁶.

In base all'art. 834 può dunque verificarsi una serie di ipotesi in cui gli arbitri sono tenuti a fare applicazione di norme sostanziali desunte da sistemi diversi da quello italiano³⁷. In tutte queste ipotesi, subordinare la validità della decisione al rispetto di quanto previsto dalle norme sostanziali italiane di carattere meramente imperativo appare contrario alla logica ed alle esigenze del meccanismo internazionale-privatistico adottato dal legislatore. Si tratterebbe infatti di una restrizione dell'ambito di funzionamento di tale meccanismo, per la quale è difficile individuare una qualsiasi giustificazione.

Per minimizzare il significato del rilievo ora svolto non sarebbe sufficiente sottolineare, come è stato fatto, che stabilendo l'incensurabilità della decisione arbitrale in caso di violazione di regole di diritto si viene, in sostanza, ad autorizzare implicitamente gli arbitri a decidere secondo equità³⁸. È indubbio che l'esclusione dell'impugnabilità comporta una non indifferente diminuzione della garanzia del carattere effettivo dell'applicazione delle norme giuridiche sostanziali, ma ciò non toglie che le norme dell'art. 834 vincolino gli arbitri e che la loro applicazione sia pertanto obbligatoria, anche se garantita in misura certo minore di quanto accadrebbe se fosse data la possibilità di impugnazione per violazione delle regole di diritto³⁹. L'equiparazione del lodo internazionale, sotto questo profilo, al lodo in equità non è dunque di per sé giustificata.

Neppure sarebbe possibile utilizzare, come fa la giurisprudenza a proposito del lodo in equità, l'argomento che «diritto positivo ed equità non costituiscono ordinamen-

³⁵ Sul tema si vedano GAJA, *Sulle norme applicabili al merito secondo la nuova disciplina dell'arbitrato internazionale*, in *Riv. arbitrato*, 1994, p. 433 ss., e FUMAGALLI, in TARZIA, LUZZATTO, RICCI, *Legge 5 gennaio 1994*, cit., p. 213 ss.

³⁶ Si tratta di formula ripresa dal noto art. VII della convenzione di Ginevra del 1961: per ampie considerazioni riguardo alla sua portata si veda FUMAGALLI, *op. cit.*, alla nota precedente, p. 224 ss.

³⁷ Ed anche non statali, se si accetta la tesi che l'art. 834, riferendosi alle «norme» e non alla «legge» quale possibile oggetto di scelta delle parti, abbia ammesso questa possibilità: in tal senso FUMAGALLI, *op. cit.*, p. 228 s., e in senso parzialmente diverso GAJA, *Sulle norme applicabili*, cit., p. 438 s.

³⁸ Così RICCI, nell'intervento riportato in *Rass. arbitrato*, 1989, p. 197 ss.

³⁹ GAJA, *Sulle norme applicabili*, cit., p. 442.

ti incompatibili e in antitesi», ma «coesistenti e in parte coincidenti»⁴⁰. Quando sia applicabile un ordinamento straniero, le norme semplicemente inderogabili del sistema sono messe fuori gioco dalla norma di conflitto, e non è certo possibile parlare di coesistenza e parziale coincidenza fra l'uno e l'altro complesso normativo.

Evidenti ragioni di coerenza con i principi che determinano l'efficacia interna dei valori giuridici stranieri inducono invece a ritenere che l'impugnazione per nullità debba essere ammessa quando la decisione degli arbitri è contraria a norme italiane, non semplicemente imperative, ma di vera e propria applicazione necessaria, secondo la nozione ora legislativamente recepita dall'art. 17 della legge 31 maggio 1995 n. 218⁴¹ oppure a principi attinenti all'ordine pubblico⁴². Ma deve trattarsi qui di ordine pubblico inteso come complesso dei principi fondamentali dell'ordinamento, e non quale sinonimo di norme inderogabili⁴³. Le norme, di origine statale o non⁴⁴, applicabili al merito in virtù dell'art. 834, devono certamente armonizzarsi con i valori fondamentali tutelati dall'ordinamento italiano, che stanno alla base delle due nozioni ora ricordate. Come gli arbitri non devono decidere in base a norme di origine straniera che contrastino con tali valori, così appare giustificato ritenere che l'incensurabilità del lodo internazionale sul piano dell'applicazione delle norme non giunga sino a porre il lodo al riparo dall'impugnazione anche in ipotesi di questo genere.

Se la conclusione cui si è giunti è giustificata, non vi è ragione di allontanarsene nell'ipotesi che gli arbitri, nel rispetto dei criteri imposti loro dall'art. 834, abbiano deciso la lite applicando il diritto italiano, o norme giuridiche di origine non statale. Una discriminazione di queste ipotesi rispetto a quelle in cui deve venire applicato un diritto straniero risulterebbe del tutto illegittima. Anche qui dunque l'impugnazione dovrà considerarsi ammessa per violazione di norme di applicazione necessaria o per contrarietà all'ordine pubblico, ma non per semplice violazione di norme imperative. Rispetto all'analogia con il caso del lodo equitativo prevale quella con l'ipotesi del lodo internazionale che abbia fatto applicazione di un diritto straniero.

La situazione ora delineata può peraltro indurre a chiedersi se il diverso metro, che viene proposto per l'impugnazione, rispettivamente, del lodo in equità e di

⁴⁰ Considerazione, questa, contenuta nelle decisioni della Cassazione dell'8 novembre 1984 n. 5637 e del 4 maggio 1994 n. 4330 (*supra*, note 27 e 31).

⁴¹ Ossia la nozione di norme che «in considerazione del loro oggetto e del loro scopo, devono essere applicate nonostante il richiamo alla legge straniera»: sull'art. 17 si veda TREVES, in *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: legge 31 maggio 1995 n. 218 – Commentario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, p. 986 ss.

⁴² Il riferimento è qui, ora, all'art. 16 comma 1 della legge 218/95: cfr. MOSCONI, in *Riforma del sistema italiano*, cit., p. 979 ss.

⁴³ Ossia, ciò che tradizionalmente si indicava come «ordine pubblico internazionale» come contrapposto a «ordine pubblico interno» (MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, 12^a ed., Napoli, 1982, p. 83 ss.): tale espressione viene ora evitata dalla nuova legge, fra l'altro per i motivi posti in luce da MOSCONI, *op. cit.*, p. 982, nota 3, ma ciò non elimina ovviamente l'esigenza del chiarimento concettuale.

⁴⁴ Cfr. *sopra*, nota 37.

quello internazionale, sia giustificato. La risposta è, probabilmente, negativa. Ma la riduzione ad unità va ricercata, in considerazione di quanto sin qui osservato, nell'attenuazione dei controlli nei confronti del primo, ammettendo anche per esso l'impugnazione soltanto per la violazione di norme di applicazione necessaria e per contrasto con l'ordine pubblico (nel senso dell'art. 16 della legge 218/95)⁴⁵.

Del resto la conclusione ora esposta risulta del tutto coerente con lo stesso atteggiamento che l'ordinamento dello Stato assume, anche dal punto di vista storico, nei confronti del fenomeno arbitrale. La storia di quest'ultimo è la storia della progressiva «emersione» a livello di quell'ordinamento di un fenomeno nato nell'ambito di gruppi sociali diversi⁴⁶; l'efficacia attribuita al lodo ed al procedimento arbitrale è il risultato della valutazione di congruenza di un valore originariamente estraneo rispetto all'ordinamento. Così come nei confronti di qualsiasi altro valore giuridico cui si tratta di riconoscere efficacia, è logico che anche riguardo al lodo internazionale operi quello stesso vaglio di compatibilità con i propri valori essenziali che l'ordinamento predispone, pur se tale lodo non proviene da un sistema giuridico diverso ma è, apparentemente, il risultato di un procedimento direttamente organizzato dallo stesso ordinamento.

Va infine rilevato che, se l'impugnazione per la semplice violazione di regole di diritto è esclusa per il lodo internazionale, salvo patto contrario, ciò non significa che la determinazione delle norme applicabili, e quindi l'eventuale violazione dei criteri posti dall'art. 834 siano sempre irrilevanti. Una cosa è infatti far cattiva applicazione, nella decisione, delle regole sostanziali applicabili al merito della lite, ed altro disattendere i criteri determinati dalle parti per l'individuazione di tali regole. Decidere la lite in equità senza averne l'autorizzazione dalle parti, applicare un sistema giuridico diverso da quello determinato dalle parti, decidere in diritto là dove le parti abbiano voluto un lodo in equità, significa incorrere in un eccesso di potere, che si riflette sulla validità del lodo in virtù dell'art. 829, primo comma, n. 4 cod. proc. civ.⁴⁷. Diversa la situazione ove gli arbitri abbiano male applicato l'art. 834 per la parte in cui stabilisce l'applicazione della legge con la quale il rapporto è più strettamente collegato. Qui, al di fuori dell'ipotesi di assoluta mancanza di motivazione in ordine alla scelta (censurabile ex art. 829, primo comma, n. 5), la valutazione degli arbitri non risulta sindacabile, né per quanto riguarda l'accertamento in fatto dei presupposti del collegamento, né in relazione alla valutazione del carattere del medesimo, al di là del caso di pattuita applicabilità del secondo comma dell'art. 829⁴⁸.

⁴⁵ Un'indicazione di questa possibilità è anche in BRIGUGLIO, *La nuova disciplina*, cit., p. 105.

⁴⁶ Si veda FAZZALARI, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 459 ss.

⁴⁷ Sul tema cfr. Cass., 25 maggio 1981 n. 3414, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 122 ss. nota MONTELEONE, *Eccesso di potere degli arbitri per inosservanza dei criteri di giudizio fissati dalle parti*. Si veda anche BRIGUGLIO, *La nuova disciplina*, cit., p. 98, ed *ivi* numerosi altri riferimenti sul tema.

⁴⁸ Per la prospettazione di una tesi diversa, che ammette il controllo circa l'eventuale disapplicazione della regola di conflitto che utilizza il criterio del collegamento più stretto ex art. 834 cod. proc. civ. (escludendolo però in ordine all'accertamento ed alle valutazioni fattuali compiuti dagli arbitri in questa prospettiva), si veda BRIGUGLIO, *La nuova disciplina*, cit., p. 97.

A proposito del momento attuale dell'arbitrato commerciale internazionale *

Il quadro che nel mondo di oggi si presenta all'osservatore in materia di arbitrato commerciale internazionale è caratterizzato da elementi parzialmente contraddittori. Vi è anzitutto, da una parte, la sempre crescente diffusione dell'arbitrato come strumento di elezione per la soluzione delle controversie in materia di rapporti del commercio internazionale in senso lato, diffusione che ne comporta il riconoscimento da parte di un sempre più largo numero di ordinamenti giuridici, senza limitazione di carattere politico, di appartenenza geografica o di diverso stadio di sviluppo degli Stati. Non per nulla la Convenzione di New York, definita non a torto la "Magna Charta" dell'arbitrato privato internazionale, ha raggiunto ormai un elevatissimo numero di ratifiche ed adesioni, portando ad oltre centoquaranta il gruppo degli Stati che appartengono al sistema da essa posto in essere. A questa diffusione si accompagna, tra l'altro, il grande sviluppo di quella categoria particolare di arbitrato internazionale che riguarda le controversie in materia di investimenti: nata e sviluppatasi nell'ambito del sistema della Convenzione di Washington del 1965, questa tipologia di arbitrato ha finito per assumere nel corso del tempo certe caratteristiche proprie, particolari al rapporto tra Stato e investitore straniero, che lo contraddistinguono soprattutto ove esso sia fondato su di un impegno pattizio assunto dagli Stati attraverso la stipulazione degli accordi bilaterali per la protezione degli investimenti, i c.d. Bit (*Bilateral Investment Treaties*).

Il quadro normativo internazionale in materia appare dunque, in quest'inizio del secolo XXI, sufficientemente completo e consolidato. È vero che le grandi convenzioni internazionali in materia – New York 1958, Ginevra 1961, Washington 1965 – disciplinano soltanto alcuni dei molti e complessi rapporti e situazioni che lo svolgimento dell'arbitrato pone in essere. Ma si tratta dei fondamentali capisaldi della disciplina, che tracciano le linee di base entro le quali l'istituto arbitrale è capace di trovare la propria concreta realizzazione al riparo da eventuali ostacoli che vi si possano frapporre sulla base del diritto interno dell'uno o dell'altro Stato e sia in un modo o nell'altro interessato dal suo svolgimento. E dunque da questo insieme di norme esce delineata la figura di un istituto inteso alla soluzione delle controversie relative al commercio internazionale, che si fonda es-

* Pubblicato in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, pp. 441-444.

senzialmente sull'autonomia delle parti garantita dalla normativa rilevante, e trova la propria disciplina anzitutto in questa stessa autonomia, tanto per gli aspetti procedurali quanto per quelli attinenti alle regole da applicare al merito della controversia. In questo quadro, i riferimenti all'uno od all'altro ordinamento giuridico statale vengono considerati come il risultato dell'autonomia delle parti, o come rimedio al mancato esercizio della stessa, ma non comportano affatto un necessario inquadramento dell'istituto nell'ambito di uno solo di tali ordinamenti statali. Nell'ambito del sistema internazionale così tracciato, poi, la decisione degli arbitri quali fissata nel lodo viene garantita nella sua possibilità di esecuzione attraverso l'imposizione a tutti gli Stati contraenti dell'obbligo di assicurare al lodo stesso tutti gli effetti dei quali esso è capace.

Nel corso degli anni, poi, la disciplina dell'istituto arbitrale posta soltanto per grandi principi dalle fonti convenzionali internazionali si è arricchita via via per effetto dell'attività di numerose fonti di c.d. *soft law* e per la progressiva spontanea armonizzazione delle prassi comunemente seguite dai tribunali arbitrali. E così la legge modello Uncitral 1985, oltre ad essere stata recepita da numerosi ordinamenti statali divenendo così vera e propria fonte di diritto positivo nell'ambito di questi, ha fornito l'esempio di numerosi principi e norme che, al di là degli obblighi normativi assunti da uno Stato, si sono tradotti in motivi ispiratori capaci di indirizzare la pratica seguita dai tribunali arbitrali. Nella stessa direzione hanno operato inoltre i lavori di alcune organizzazioni private, quali l'IBA (*International Bar Association*), che ha dedicato notevole attenzione allo studio dei problemi relativi allo svolgimento dei procedimenti arbitrali sotto vari aspetti, quali l'indipendenza degli arbitri, l'organizzazione delle udienze, l'assunzione delle prove e via dicendo.

Il risultato complessivo dell'operare di tutti questi diversi fattori è facilmente constatabile nella pratica arbitrale odierna. Vi è un notevole grado di armonizzazione nella disciplina dei procedimenti arbitrali sotto i diversi profili rilevanti, che vede l'applicazione di regole largamente comparabili in procedimenti che si svolgano in ambienti giuridici pure tra loro notevolmente differenziati. Sicché si ritrova nella prassi l'adozione tendenziale di un modello uniforme di procedimento arbitrale, che unisce certi aspetti tipici del processo di *common law* (quali ad esempio l'uso dei *witness statements*, la centralità dell'udienza, e via dicendo) ad altri in cui predomina invece l'influsso dei sistemi continentali, ad esempio per quanto riguarda il rilievo riconosciuto allo scambio di difese scritte. E spesso è proprio il contemperamento dei vari sistemi a fornire la chiave per la pratica soluzione di alcuni problemi temperando gli eccessi possibili secondo certi sistemi normativi, come ad esempio accade nelle regole abitualmente seguite, anche su impulso dell'IBA, in materia di esibizione di documenti (la c.d. *discovery* dei sistemi anglosassoni).

La prassi arbitrale sembra dunque seguire a livello internazionale percorsi sempre più uniformi, sia per l'operare di norme analoghe, sia soprattutto per lo spontaneo adeguamento degli operatori a standard e principi generalmente accet-

tati. Chi peraltro esamini con attenzione la realtà dell'arbitrato internazionale nel mondo di oggi deve avvedersi anche dell'esistenza di certi fattori che tendono ad indirizzare la prassi in senso opposto a quello sopra segnalato.

Vi è in particolare la tendenza a tener conto ben più che in passato degli aspetti teorici generali che la materia dell'arbitrato propone in larga misura all'interprete. Sino a non molto tempo addietro lo studio di tale categoria di arbitrato era prevalentemente opera di specialisti pratici della materia, ben più interessati al funzionamento pratico dell'istituto che non all'approfondimento teorico dei molti problemi cui esso poteva dar luogo. Né, dal canto loro, internazionalisti e processualisti dedicavano particolare attenzione a tale approfondimento, salvo poche eccezioni. La tendenza in questione è verosimilmente dovuta in primo luogo all'infittirsi degli studi e dei contributi specificamente dedicati all'arbitrato internazionale, che ha prodotto un indubbio approfondimento degli strumenti concettuali utilizzati e dei problemi di fondo della materia. Ma nello stesso senso hanno operato anche una serie di situazioni problematiche, il cui verificarsi nella pratica arbitrale ha indotto gli studiosi ad interrogarsi su come, ed in che senso, la soluzione dei problemi concreti rivelati da quelle situazioni fosse determinata dalle posizioni assunte in via generale al fine dell'inquadramento della materia. Vanno qui ricordate, a titolo di esempio, le situazioni conseguenti all'interferenza di provvedimenti di autorità statali nello svolgimento di procedimenti arbitrali ed al trattamento all'estero di lodi oggetto di decisioni di annullamento nel paese di origine: problemi tutti che non possono trovare la loro soluzione senza comportare una presa di posizione, anche soltanto implicita rispetto ad alcuni nodi centrali della disciplina dell'arbitrato internazionale.

Sintetizzando al massimo, può dirsi che il punto fondamentale, dal quale qualsiasi considerazione relativa all'impostazione e alla soluzione dei vari problemi specifici non può prescindere, consiste nella determinazione del preciso rapporto che intercorre fra l'arbitrato internazionale ed in vari ordinamenti giuridici statali con i quali esso si trovi ad essere a vario titolo collegato. È proprio dalla posizione che venga, espressamente o implicitamente, adottata a proposito di questo fondamentale aspetto, che dipende la soluzione dei più vari problemi applicativi che la disciplina dell'arbitrato internazionale propone. E quella posizione si riduce in definitiva alla scelta tra due opzioni di fondo. Una prima, che vede in un arbitrato, pur se di carattere internazionale, un valore giuridico necessariamente ricollegato ad un determinato ordinamento statale, dal quale è espresso e sul quale poggia il proprio fondamento giuridico. Una seconda, che fa invece dell'arbitrato internazionale un fenomeno autonomo ed indipendente rispetto a quegli ordinamenti, fondata sull'autonomia delle parti che tali ordinamenti sono tenuti, in virtù degli impegni internazionali assunti dagli Stati, a rispettare e garantire.

Non si tratta qui tanto di prendere posizione sulla scelta tra le due opzioni. Sarà sufficiente rilevare, a riguardo, che un esatto inquadramento dei termini del problema non può prescindere dalla accurata ricostruzione della portata e del significato del quadro normativo quale risulta soprattutto dalla citata convenzione

di New York. Questa indubbiamente esclude la fondatezza di ogni punto di vista che voglia ridurre ciascun arbitrato e ciascun lodo arbitrale a valore giuridico che sia la mera espressione dell'ordinamento di un dato Stato: e presuppone invece una figura di arbitrato internazionale che si fonda sugli effetti riconosciuti dallo stesso sistema convenzionale all'autonomia delle parti, e sui diversi riferimenti a l'uno o all'altro ordinamento disposti dalla stessa Convenzione.

Ma ciò che interessa qui rilevare è che l'adozione dell'uno o dell'altro punto di partenza, oggi sempre più consapevolmente operata dagli studiosi dell'arbitrato internazionale, conduce inevitabilmente a differenziare, non soltanto la costruzione teorica dell'istituto, ma anche e soprattutto la soluzione di tutta una serie di problemi concreti. La progressiva armonizzazione internazionale della disciplina, che la pratica rivela, viene così ad essere contrastata dalle divergenti impostazioni che possono di volta in volta prevalere nei diversi sistemi. Basti pensare al riguardo alla diversità delle concezioni prevalenti nell'ambito di sistemi quali quello francese e quello svizzero. Nel primo prevale, com'è ben noto una concezione dell'arbitrato internazionale quale fenomeno del tutto autonomo ed indipendente – “non integrato” – rispetto all'ordinamento giuridico statale secondo la teorizzazione che ne ha recentemente offerto Emmanuel Gaillard nel suo lavoro su *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage International* (Leiden-Boston, 2008). Nel secondo invece prevale l'idea del ruolo preminente da riconoscere alla c.d. *lex arbitri* quale fondamento necessario di ciascun procedimento arbitrale. Queste radicali differenze di impostazione, che non possono evidentemente essere superate e risolte da semplici interventi sul piano normativo, impediscono che la disciplina dell'arbitrato internazionale raggiunga una vera e propria completa uniformità a livello internazionale.

5. Diritto dell'Unione europea

Industrial Property Rights in the EEC: an International Law Approach *

1. Much has been written concerning the status of so-called industrial property rights under the rules of the Treaty of Rome, and particularly their relation to the rules regarding free competition within the Common Market (Articles 85 and 86). It is not the intention of the present writer to examine the whole subject once again from the mere standpoint of material rules, either municipal or international, concerning the question.¹ The approach taken by the Court of Justice in this respect, as it now emerges from a long line of decisions, has been widely criticised in legal literature, both from the point of view of municipal laws and from the impact of Community law thereon. But such disputes would seem to have become a somewhat academic exercise in view of the firm position taken by the Court in its most recent judgments, while it must in any case be admitted that simple criticism of the reasoning of the Court or of the consequences to which the decisions are likely to lead would at best be unrealistic, in view of the position of the Court of Justice as the jurisdictional organ of the Community and the role of its decisions, which is of course quite different from that of the internal courts of States.²

The purpose of this paper will therefore be to define as precisely as possible the content and the scope of the case-law of the Court in this matter, and to consider it from the standpoint of the relationship between Community and national laws.³ This will result, as it will appear, into some criticism of the position adopted by the Court, but not so much from the point of view of the consistency of the

* Pubblicato in *Italian Yearbook of International Law*, vol. I, 1975, pp. 112-131.

¹ This explains why no attempt is made here to give an exhaustive bibliography listing the various essays concerning the subject-matter. Essays which are particularly relevant from the point of view of the questions examined in the text will only be indicated.

² For a thorough examination of the role of the Court of Justice in the Community legal system, see MIGLIAZZA, *La Corte di giustizia delle comunità europee*, Milano 1961, pp. 343 *et seq.*, and TIZZANO, *La Corte di giustizia delle comunità europee*, Napoli 1967, pp. 29 *et seq.*

³ It is easy to note that the majority of essays devoted to the relation between EEC law and industrial property rights as conferred by municipal laws of the Member States have been contributed by municipal laws students: and this may perhaps lead one to consider the rules of the Treaty as equal in rank and interpretation to the provisions of national laws. It is submitted here that this is not correct: cf. para 4 hereunder.

Court's reasoning as in the broader perspective of whether it was possible to reach the results to which it led by the exercise of a merely judicial function, without any activity of the competent Community institutions on the "legislative" level.

In other words, in the opinion of the present writer, the Court's decisions in this area are determined by a strong political factor, which leads to their conclusions going beyond the mere wording, and perhaps the actual scope, of the pertinent Treaty provisions. It would certainly be an oversimplification to say that the Court has merely misinterpreted such rules. However, it is submitted that the political purposes implied in the Court's case-law should not find, their realisation in its judicial activity. Such activity should never be conceived and used as a remedy against the failure, or perhaps the impossibility to act, of other institutions or of the member States, lest the action that may be taken on the basis of the resulting decisions be permanently impaired by the doubtful legal basis of the case-law itself.

2. Immediately after the entry into force of the Treaty of Rome, some writers sought to identify the legal status of the rights conferred by national legislation in respect of what is frequently labelled as "industrial property".⁴ It was noted that the only provision of the Treaty specifically mentioning industrial property, namely Art. 36, referred to it in order to introduce an exception to the general principle of the free movement of goods,⁵ and in this context the idea was expressed that the Treaty was intended not to affect in any way whatsoever the existing provisions of municipal laws concerning industrial property.⁶ The provision of Art. 222 of the Treaty was also recalled in this respect, whereby the existing regime of property is not prejudiced.⁷

⁴ This concept is, not of course, defined in Community law, nor generally in the municipal laws of Member States. Apart from any theoretical standpoint, it is used here as indicating patents, trademark and similar rights. As it will be seen, from the standpoint of Community law, the Court of Justice has given decisive weight to the exclusivity of the right inherent in such concepts as patent or trademark (or copyright), and to the particular results that may stem from particular "uses" hereof.

⁵ Art. 36 says that "the provisions of Articles 30 to 34 shall not preclude prohibitions" or restrictions on imports, exports or goods in transit justified on grounds of public morality, public policy or public security; the protection of health and life of human, "animals or plants; the protection of national treasures possessing artistic, historical or archaeological value; or the protection of industrial and commercial property. Such prohibitions and restrictions shall not, however, constitute a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between Member States", The use of notions such as "industrial and commercial property" has been strongly criticised, but seems to refer in a very imprecise manner to any form of protection referred to in Art. 2 of the Paris Union Convention (see FANARA, "Commento all'art. 36", *Commentario CEE*, Milano 1965, vol. 1, p. 207).

⁶ GOTZEN, "Gewerblicher Rechtsschutz und Gemeinsamer Markt", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil* (hereinafter GRUR int.), 1958, pp. 224 *et seq.*; also "La propriété industrielle et les articles 36 et 90 du Traité instituant la C.E.E.", *Revue trim. droit commercial*, 1968, pp. 261 *et seq.*

⁷ MANN, "Industrial property and the EEC Treaty", 24 I.C.L.Q., (1975), pp. 31 *et seq.*, at p. 34.

The practice of the Community, however, was soon to demonstrate that the above idea, whatever its theoretical value might be, was not being shared by its institutions. Quite naturally, the subject which first attracted the attention of such institutions was the relation between industrial property rights and the rules of competition of the Treaty. In fact, whatever the theoretical definition of the nature and essence of such rights, it is certain that their most prominent distinctive element is the *exclusivity* granted to the owner of the patent, trademark or other similar right. Such exclusivity can clearly be used, either directly or indirectly, to restrict competition; and while rules as to competition certainly cannot eliminate this without destroying the right itself, they can very well prevent the use by the owner of exclusive rights, contractual or other, in such a way as to prevent freedom of competition by a contracting party or any third party.⁸

Following the so-called *Weihnachtsbekanntmachungen*,⁹ the Commission made it clear that it was not prepared to exempt in a general way any agreement concerning an industrial property right simply because of the inherent exclusivity of the right itself. It was, in fact, implicit in the very content of that communication that the Commission reserved its power to make a close scrutiny of any particular agreement in order to evaluate whether it was consistent with the rules as to competition or not: in the latter case, it would fall under the general prohibitions of Articles 85 and 86 – and under the sanctions related thereto under the pertinent regulations – notwithstanding the fact that an industrial property right was involved. The exclusivity of the right itself, in the Commission's view, could therefore be respected without impairing the Community power to eliminate the illegal and harmful effects of the use of such rights as might be produced by the parties to an agreement.¹⁰

⁸ For different attempts to reconcile the existence and protection of industrial property rights with the existence of a system of Community rules on competition, and for the indication of the different theories proposed in this respect, see VERLOREN VAN THEMAAT, "Die Bedeutung von Art. 36 für die kartellrechtliche Beurteilung von Patentlizenzverträgen nach 85 des EWG-Vertrages", GRUR Int., 1964, pp. 21 *et seq.*; KOCH and FROSCHMAIER, "Patentgesetz und Territorialitätsprinzip im Gemeinsamen Markt", *ibid.*, 1965, pp. 121 *et seq.*; SCHUMACHER, "Das Territorialitätsprinzip im Warenzeichenrecht im gemeinsamen Markt", *ibid.*, 1966, pp. 305 *et seq.*; WERTHEIMER, "Der Einfluss der Wettbewerbsvorschriften des EWG-Vertrages auf die gewerbliche Schutzrechte", *ibid.*, 1966, pp. 312 *et seq.*; BEIER, "Territorialität des Markenrechts und internationaler Wirtschaftsverkehr", *ibid.*, 1968, pp. 8 *et seq.*; IDEM, "Territoriality of Trademark Law and International Trade", *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, (1970), pp. 48 *et seq.*; RIEHLE, *Markenrecht und Parallelimport*, Stuttgart 1968; MOSCHEL, *Die rechtliche Behandlung der Paralleleinfuhr von Markenware innerhalb der EWG*, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1968; MESTMAECKER, *Die Vermittlung von europäischem und nationalem Rechte im System unverfälschten Wettbewerbs*, Bad Homburg 1969, pp. 104 *et seq.*; ALEXANDER, *Brevet d'invention et règles de concurrence du Traité C.E.E.*, Paris 1971, and "Industrial Property Rights and the Establishment of the European Common Market", 9 C.M.L.R., (1972), pp. 35 *et seq.*, and for a recent indication and reappraisal of the theories of all the mentioned writers and others, JOHANNES, "La propriété industrielle et le droit d'auteur dans le droit des Communautés européennes", R.T.D.E., 1973, pp. 371 *et seq.*, 553 *et seq.*

⁹ *Journal Officiel des Comm. Eur.*, No. 139 of the 24th December 1962, p. 2922.

¹⁰ In recent developments the Commission, on the other hand, has gone much further than its

This attitude was tested in practice two years later in the well-known *Grundig* case. Here the Commission held that an agreement between a German and a French company providing for the registration of a trademark in favour of the latter for the sole purpose of enabling it to stop parallel importation of the marked products into France, was unlawful under Art. 85 of the Treaty, insofar as the French company was entitled as a result to hamper parallel imports into the territory covered by the agreement. The decision of the Commission was later upheld by the Court of Justice, and the restriction which was so introduced on the use of industrial property rights was judicially sanctioned for the first time.¹¹

In the *Grundig* case, however, the problems relating to the treatment of industrial property rights in relation to competition rules were nothing more than a minor aspect of the dispute. The decisions of the Commission and the Court were discussed and evaluated in their merits from a broader and more general point of view. It is noteworthy, however, that they began to formulate the principle that was later to become the main point of the debate: the unlawfulness of the agreements under review was drawn from the *territorial division of markets* within the E.E.C. to the extent that such a division prevents parallel imports into a country. Although the importance of the freedom to effect parallel imports is certainly viewed by both the Commission and the Court from the point of view of rules of competition, is clearly connected with the principle that the free movement of goods must be guaranteed within the common market: and it is just the latter principle which in recent years was to be emphasised and to become the core of the Court's decisions.

Some time later, in 1968, the Court was again asked to pronounce upon a case where the exercise of an industrial property right was questioned from the point of view of the rules of competition.¹² It was contended by one of the parties in a suit before a Dutch court that the Dutch patent of the plaintiff could not be used to prevent the importation of the patented goods from Italy, in which country the product, being a pharmaceutical substance, was not covered by any patent. The Court of Justice held that in the case under review no conflict with the rules of competition of the Treaty could be involved, since no agreement or concerted

first communication seemed to indicate: see for a detailed examination, GHIDINI (G.), "Il regime comunitario delle esclusive di vendita: anti-trust per oligopolisti?", *Riv. dir. comm.*, 1973, pp. 1 *et seq.*, pp. 24 *et seq.*, and JOHANNES, *op. cit.*, pp. 553 *et seq.*

¹¹ The decision of the Commission is of the 23rd September, 1964 (*Journal Off. C.E.*, 1964, 2425). The decision of the Court of the 13th July, 1966, cases Nos. 56/64 and 58/64, *Recueil des décisions de la Cour* (Recueil), 1966, XII, p. 429. Concerning this case, see among many, MESIMALCKER, *op. cit.*, pp. 104 *et seq.*; AUTERI, "Cessione e licenza del marchio per Stati e diritto europeo della concorrenza", *Riv. dir. ind.*, 1972, pp. 358 *et seq.*; ROTONDI, "Droit de marque, de brevet et droit d'auteur dans le droit de la concurrence de la C.E.E.", *Mélanges Bastian*, Paris 1973, vol. 2, pp. 335 *et seq.*

¹² Case No. 24/67, *Parke-Davis and Co. v. Probel and others*, decision of the 29th February 1960, *Recueil*, XIV, 1968, p. 81.

practice designed to share the markets existed and the patent in itself as granted and recognised by the municipal laws of the Member States did not constitute any action contemplated by Art. 85 nor any abusive exploitation of a dominant position under art. 86 of the Rome Treaty. The Court relied on Art. 36 of the Treaty in order to justify explicitly the prohibitions or restrictions on imports depending upon reasons of protection of industrial property, and ruled that the existence if a material increase in the price of the products in the country where the patent existed did not imply any abuse in the sense of Art. 86.

The conclusion reached by the Court has been widely approved, and in fact had been suggested by the same Commission when presenting its remarks under Art. 20 of the Statute of the Court.¹³ The Commission stressed the fact that the imported products were not covered by any patent protection in the country of origin, and that therefore the owner of the patent had not been able to obtain any reward for its invention at the time when the first sale of the products took place. However, the Commission clearly suggested that it was not prepared to maintain the same view in cases where the first sale of the products would be made under a patent right, to which the owner of the patent in the country of import would be entitled. In this case, in the Commission's opinion, the so-called "territoriality" principle should be "adapted to the spirit of the Common Market" and the use of the parallel patents to prevent parallel imports should be viewed as being contrary to the essential purpose of the Treaty, i.e. the creation of a common market.¹⁴ The Court did not find it necessary to reproduce in its decision any such argument, which in fact would have been *obiter*; but when looking at this case in the light of more recent ones, it may well be said that future developments of the Court's case-law were clearly anticipated by the Commission's attitude in *Parke-Davis*.

So far, the position can be summarised as follows: industrial property rights granted by municipal laws are recognised by Community law and their territorial character remains unaffected by virtue of Art. 36 of the Treaty. The owner of any such right is entitled, therefore, to rely on the territoriality principle in order to prevent imports, provided however that such ownership, or such use, is not the consequence or an agreement, a decision or a concerted practice contemplated by Art. 85, nor does it amount to an abuse of a dominant position according to Art. 86.

¹³ For some comments on the case, see among many, GLEISS, "Das Parke, Davis and Co. Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaft von 29.2.1968", *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 1968, pp. 143 *et seq.*; ALEXANDER, "Incidence du droit communautaire sur l'exercice des droits de brevet", *Cah. dr. eur.*, 1968, pp. 307 *et seq.*; SCHUMACHER, "Gedanken zum Entscheidung Parke-Davis des Europ. Gerichtshofes vom 29.2.1968 und zum Entscheidung Voran des Bundesgerichtshofes vom gleichen Tage", *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1968, pp. 487 *et seq.*; PLAISANT, "L'arrêt Parke-Davis et les droits de propriété industrielle", *La Propriété industrielle*, 1969, p. 47; AUTERI, *op. cit.*, pp. 362 *et seq.*; ROTONDI, *op. cit.*, pp. 342 *et seq.*

¹⁴ See the Commission's remarks, *Recueil*, 1968, pp. 89 *et seq.*, and also *Premier rapport sur la politique de concurrence*, Bruxelles 1972, p. 64.

3. Sudden changes in the above position were introduced by the Court during 1971. The views expressed in the *Sirena* and *Deutsche Grammophon* decisions, which were reaffirmed and followed by three further judgments in the course of 1974, have led to the complete upset of what seemed to be a sound and well-established expression of principles of Community law in the subject-matter.

The *Sirena* case¹⁵ was brought before the Court by an Italian court, which had been asked by the owner of an Italian trademark to enjoin imports of goods marked with the same name in Germany by another producer. The latter appeared to be a licensee of the original American owner, who had transferred the Italian trademark to the Italian company some thirty years before. The questions put to the Court of Justice concerned interpretation of Articles 85 and 86 once again, and asked whether such rules prevented the owner of a trademark lawfully registered in a Member State from using his right in order to prevent third parties from importing from other Member States products lawfully bearing the same mark in the latter.

The Court held that Community law does restrict the right granted to the owner of a trademark by national legislations to prevent imports from other Member States. After having noted that “the national provisions regarding the protection of industrial property rights having not yet been unified at the Community level, the national nature of this protection may create obstacles for the free movement of branded products and for the competition system of the Community”, the Court emphasized that the principles embodied in Art. 36 may well apply in competition law “in the sense that although the rights granted by the legislation of a Member State in respect to industrial and commercial property are not *per se* affected by Art. 85 and 86 of the Treaty, their exercise may nevertheless come within the prohibitions laid down in these provisions”.

Therefore, in the Court's view, the exercise of trademark rights may come within such prohibitions if it is the object, the means or the consequence of an agreement. The simultaneous assignment to several concessionaires of national trademark rights for the same product, if it has the effect of re-establishing rigid frontiers between Member States, may prejudice trade between States and distort competition in the Common Market; and, finally, Art. 85 applies where, by virtue of trademark rights, the importation of products originating in other Member States, bearing the same trademark because their owners have acquired the trademark itself or the right to use it through agreements with one another or with third parties, are prevented.¹⁶

¹⁵ Case No. 40/780, *Sirena v. Eda*, decision of the 18th February 1971, Recueil, XVII, 1971, p. 69. For comments on this case, see LOEWHNHEIM, “Marktaufteilung durch Warenzeichnung und Art. 85-86 EWG-Vertrag”, GRUR Int., 1971, pp. 260 *et seq.*; ALEXANDER, “Industrial Property Rights”, *cit.*, pp. 35 *et seq.*; ULLRICH, “The Impact of the *Sirena* Decision on National Trademark Rights”, 3 *Int. Rev. of Ind. Prop. and Copyright Law*, (1972), pp. 193 *et seq.*; LADAS, “Cession de marques et législation antitrust”, *La Propriété Industrielle*, 1972, pp. 216 *et seq.*; AUTERI, *op. cit.*, pp. 374 *et seq.*; ROTONDI, *op. cit.*, pp. 348 *et seq.*

¹⁶ In so ruling, the Court essentially confirmed at judicial level the attitude expressed by the

It is clear from this that the Court, while *formally* relying on Art. 85 (the only provision, together with Art. 86, that the national court had asked it to interpret), from a substantive point of view took the position that the exercise of trademark rights to prevent imports of goods lawfully bearing the same trademark in another Member State was not allowed in view of the principles embodied in the rules concerning free movement of goods. The agreements referred to by the Court were not, in fact, cartel arrangements aiming at obtaining absolute territorial protection, but simple agreements intended to effect the transfer of trademark rights. The exercise of the latter, therefore, was not the “object, means or consequence” of the agreement.

The allegedly unlawful result was not the result of the agreement *combined* with the exercise of the trademark right, but simply the result of the latter.¹⁷ As it has been rightly pointed out, the Court used Art. 85 in order to prohibit the use of the right itself, on the assumption that such exercise conflicted with the general aims of the Treaty.¹⁸

From this position it was easy to take a further step: and to consider the exercise of trademark rights to be prohibited whenever contrary to certain general aims of the Community, irrespective of any reference to an existing cartel arrangement. This was done in the *Deutsche Grammophon* decision of 8 June 1971,¹⁹ where the Court explicitly ruled for the first time that a limitation on the exercise of an industrial property right (and particularly, the right of the producer of gramophone records under German copyright law) can arise not only under Articles 85 and 86, but also under other rules embodying general objectives of the E.E.C. Treaty.

In *Deutsche Grammophon*, the Court was asked to interpret Articles 5, 85 and 86 of the Treaty. The facts of the case were as follows: a German producer sought to prevent imports into the country of records bought by another German firm from the French wholly owned subsidiary of the former (this being, of course, the owner of the right in Germany). The German Court applied to on appeal asked the

Commission in previous cases (settled without any decision) such as *Sperry Rand* (in *EEC Bulletin*, 1969, No. 8, 42) and *Scott Paper* (*Journal Off.* No. 110 of the 24th October, 1968, 2), where it clearly showed that, in its opinion, trademark rights acquired by subsidiaries by means of agreements for assignments or licenses could not be enforced so to prevent parallel imports into a territory from another Member State.

¹⁷ GHIDINI, op. cit., p. 15; MARCHINI-CAMIA, “Esercizio dei diritti della proprietà industriale e tutela della libertà di concorrenza nella C.E.E.”, D.S.E, 1971, pp. 468 *et seq.*

¹⁸ See in this respect GORI, “Il diritto al marchio, il principio di territorialità e le regole di concorrenza nel mercato comune”, *Giur. it.*, 1971, I, 1, p. 772. Even the Commission, which had denied the applicability of Art. 85, was surprised by the decision of the Court.

¹⁹ Case No. 78/70, Recueil, XVII, 1971, 487, *Deutsche Grammophon Gesellschaft v. Metro-SB-Grossmärkte*. On this case see particularly ULMER, GRUR Int. 1970, 380, JOHANNES, “Schallplattenimport und par. 85 des Urheberrechtsgesetzes”, GRUR Int., 1970, p. 223; ID., “La propriété industrielle”, cit., pp. 392 *et seq.*; DE SANCTIS (L.), *Aspetti di diritto industriale nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, Il diritto di autore*, 1973, pp. 158 *et seq.*

Court of Justice, among other things, whether it was contrary to Articles 5 para. 2 and 85 No. 1 of the Rome Treaty to interpret German copyright law as allowing a producer of gramophone records to prevent the importation into Germany of records sold by it to its French subsidiary.

The Court was not expressly asked to interpret Art. 36 of the Treaty but nevertheless it remarked that the question before it implied determination of the scope and content of the applicable Community rule. In this way it noted that if the exercise of the right in question was not connected with an agreement according to Art. 85, it should be determined whether it was in conflict with other Treaty provisions, particularly those concerning the free movement of goods. The principles to be taken into account are set forth, according to the Court, in the section of the Treaty concerning the free movement of goods (title I of Part 2 of the Treaty), and in Art. 3 (f) of the Treaty itself, concerning the “institution of a system ensuring that competition in the common market is not distorted”.

On the other hand, the Court added, Art. 36 of the Treaty admits certain restrictions in trade between Member States, but it only allows such restrictions to the extent that they do not constitute “a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade” between Member States. As to industrial property, the Court went on, “although the Treaty does not “affect the existence of the industrial property rights conferred by the national legislation of a member State, the exercise of this right may come within the prohibitions of the Treaty. Although Art. 36 permits prohibitions or restrictions on the free movement of goods, that are justified for the protection of industrial and commercial property, it only allows such restrictions on the freedom of trade *to the extent that they are justified for the protection of the rights that form the specific object of the said property*”.²⁰

According to the Court, this would not be the case if the German company were to obtain an injunction preventing the importing of records sold by it or with its consent in another Member State. This would conflict with an essential aim of the Treaty, namely, the integration of the national markets into one uniform market, since it would maintain the isolation of those markets. For this reason, the Court concluded, the producer who uses his right to prevent products sold by him or with his consent in another Member State, from being circulated in his country, on the sole ground that the sale has not been made in the territory of this latter, acts contrary to the rules concerning the free movement of goods.

It is easy to see that this decision omits any reference to the competition rules and relies simply on the general aims of the Treaty. In particular, it introduces a distinction, which is essential for its purposes, between *existence* and *exercise* of industrial property rights. This distinction was to be stressed and constantly repeated in the most recent cases.²¹ This decision is open to question

²⁰ Italics added.

²¹ The distinction was suggested by the Commission in its remarks under Art. 20 of the Statute of the

and has, in fact, been strongly criticised.²² Before examining this point, however, it is useful to recall the most recent developments in the Court's attitude, which occurred in 1974.

The *Hag* case arose from the attempt by a Belgian company, Van Zuylen Frères, to stop imports into Luxemburg of coffee marketed in Germany by the name of Hag by the German company Hag A.G. This was the owner of the trademark rights of that name in Germany, while the Belgian company had acquired the rights to the Benelux trademark as a result of the war sequestration and subsequent sale of German property by the appropriate Belgian authority. As a consequence, no relationship whatsoever existed between the owners of the German and Benelux trademarks respectively.

The Luxemburg court before which the Belgian company brought its claim asked the Court of Justice several questions concerning the interpretation of Articles 5, 30, 36 and 85 of the Treaty. In particular, the Court of Justice had to decide whether the rules of the Treaty concerning freedom of competition or the free movement of goods prohibited the owner of the trademark in a Member State from using his right in order to prevent the imports of products legally bearing the same trademark in another Member State, in case the two trademarks were originally owned by the same entity.

The Court found that the rules of the Treaty did prohibit such use.²³ Although this result may not be completely unexpected in view of the previous decisions, the reasoning of the Court is, respectfully, far from convincing, both from a general point of view and in the light of the particular features of the case itself.²⁴

The Court noted that, while Art. 36 of the Treaty allows prohibitions or restrictions on imports justified by reasons of protection of industrial and commercial property, this is true only insofar as the existence of the right is concerned; the exercise of such a right may nonetheless, according to the circumstances, be affected by the prohibitions of the Treaty. In other words, in so far as it applies to an exception to one of the fundamental principles of the common market, Art. 36 only allows derogation from the free movement of goods to the extent that such derogations are justified by the protection of the rights that constitute the specific object of such property. Therefore, while the laws on the protection of trademarks protect the lawful holder against infringement on the part of persons lacking any legal title, it cannot be accepted that the exclusiveness of the trademark rights can be relied upon by the holder of trademark which a view to prohibiting trading, in

Court. For great emphasis and further developments of this point, see JOHANNES, "La propriété industrielle", cit., pp. 558 *et seq.*

²² For all, see recently MANN, *op. cit.*, pp. 35 *et seq.*

²³ Case No. 192/73, decision of the 3rd July, 1974, Van Zuylen Freres v. Flag AG. *Common Market Law Reports*, 1974, p. 127, and *Recueil*, XX, 1974, 731.

²⁴ In this sense see also MANN, *op. cit.*, pp. 35 *et seq.*

one Member State, in goods lawfully produced in another Member State under an identical trademark with the same origin.

On the other hand, in answering a specific point raised by some parties, the Court added that the indication of the origin of a trademarked product is useful, but informing consumers thereof can be done by means other than those affecting the free circulation of goods.

As it may be seen, the particular circumstances of the case made it impossible for the Court to follow entirely the reasoning adopted in *Deutsche Grammophon* or in *Sirena*. On the one hand the Court did rely again on the distinction between the existence and exercise of the rights of industrial property, the former being considered as wholly guaranteed by the provision of Art. 36, the latter being on the contrary subject to their conformity with certain general objectives and principles of the Treaty. But it could not follow *Deutsche Grammophon* insofar as the *ratio decidendi* in this case was the consent by the owner of the right to the sale of products in another Member State. In fact, no such consent was even conceivable in *Hag*. To overcome this difficulty, the Court relied on the fact that the Benelux and German trademarks had "the same origin". This of course greatly reduces the practical importance of the decision and its impact on future cases. It must be admitted, however, that this restriction, although the most significant, is at the same time the most incomprehensible, since the relevance of the "common origin" of the trademarks under any municipal law concerning trademarks is extremely difficult to discern.

The distinction between the existence and the exercise of industrial property rights is again emphasised by the Court in its two last decisions concerning the *Centrafarm* cases, one with regard to patents for invention, the other again to trademarks.²⁵ Together with this distinction, the Court once more took into consideration the consent of the patent or trademark owner in the importing country.

The two cases originated from an action brought before the Dutch courts by the American holder of a Dutch patent and its Dutch associate, the holder of the Dutch trademark rights, who sought to stop imports into the Netherlands of products manufactured according to the patent, and bearing the trademark in question, in Great Britain by affiliates of the American company. The Dutch court submitted to the Court of Justice some questions of interpretation concerning the provisions of the Treaty on the free movement of goods and Art. 85. The Court reaffirmed the general principles as stated in the *Hag* case, to the effect that Art. 36, as an exception to one of the fundamental principles of the common market, allows derogations from the latter only to the extent to which such derogations are strictly necessary for the protection of industrial property rights. As to patents, the

²⁵ Cases Nos. 15/74 and 16/74, decided the 31st October, 1974, *Centrafarm B. V. and de Peijper v. Sterling Drug Inc.*, and the same *v. Winthrop B. V.*, not yet reported. And see the most recent practice of the Commission, as made clear in the *Zwarte Kip* case (*Journal Off.*, No. 237 of the 29th August, 1974, p. 12).

Court emphasised that an obstacle to the free movement of goods can arise from the existence in municipal laws of provisions to the effect that a patentee's right is not exhausted where the product protected by the patent is marketed in another Member State, with the result that the patentee can prevent imports of products into his own country when they have been marketed in another Member State. Such an obstacle, in the Court's view, could not be justified under Art. 36 where the product has been put on to the market legally by the patentee himself or with his consent in the Member State from which it has been imported, in particular in the case of a proprietor of a parallel patent.

Almost identical words were employed by the Court in the trademark case. In both cases, the use of industrial property rights in order to prevent the importation of marked or patented products legally introduced on to the market by the owner of the right or with his consent²⁶ was held to be contrary to the Treaty rules concerning the free movement of goods.

Thus, the current status of Community law as stated by the Court with regard to industrial property rights can apparently be set out in the terms of these two recent decisions. They clearly affirm the validity of the principle of the so-called *exhaustion* of industrial property rights (and of any of them, it may be added)²⁷ on the Community level, and not only on the level of a single Member State, in view of the principle of one single common market including all the national markets of the Member States.

4. The attitude of the Court described above may now be examined from the point of view of its consistency (i) with the essential features of the Treaty establishing the EEC, and (ii) with the particular rules and provisions invoked by the Court.

(i) Industrial property rights, according to the national laws that create them, have a territorial character as a consequence of their being granted, usually, by means of an act of the State, for public purposes, and of their being contemplated by legal rules of an essentially public nature. Such territorial character implies that the rules concerning the above rights refer to facts taking place within a territory of a State and not outside it.²⁸ The rights in question, therefore, imply the ex-

²⁶ This expression clearly suggested that the conclusion reached by the Court is valid whenever the marked products are put onto the market in another Member State by an enterprise belonging to the same group.

²⁷ For this principle, mainly developed and examined at the national level, see for instance BEIER, "Territorialität des Markenrechts", cit., pp. 10 *et seq.*; REIMER, "Der Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht und gewerblichen Rechtsschutz unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs", GRUR Int., 1972, pp. 221 *et seq.*; SCHATZ, "The Exhaustion of Patent Rights in the Common Market", 2 *Int. Rev. of Ind. Prop. and Copyright Law*, (1971), pp. 1 *et seq.*; and recently in Italy, MARCHETTI, *Sull'esaurimento del brevetto per invenzione*, Milano 1974. And see GHIDINI, op. cit., p. 19 *et seq.*

²⁸ For such a construction of the so-called territoriality principle (not therefore as applied in con-

clusive right to make use of the name or patent in that territory, and to prevent its use there by anybody else, irrespective of the legal and factual situation prevailing in another country where the trademarked or patented products may originate.

These features have been found by Community practice, and particularly by the above described case-law of the Court, to be contrary to the essential aims of the Treaty in that they contribute to the isolation and partitioning of national markets. On the basis of this assumption, are the results reached by the Court to be considered as sound and consistent with the Treaty of Rome?

It is respectfully submitted that they are not. In fact, the reasoning followed by the Court may be described as follows: it has *first* identified a general aim of the Treaty, to which the consequences of the territorial character of industrial property rights is contrary, and has *then* proceeded to an evaluation of the essential features of such rights as they result from the provisions of municipal laws in the light of such a general principle. This is clearly shown by the attempt to distinguish what is necessary for the existence and what may be implied in the exercise of industrial property rights, in order to exclude the compatibility with the Treaty or some forms of the exercise of these, or to impose upon the Member States a certain construction of their internal laws.²⁹

But this procedure is not justified under the Treaty, and in following it the Court has exercised the powers of a constitutional court of a State rather than those provided for in Community law.

In fact, what the Court has done is to review the powers conferred by municipal laws on the holder of an industrial property right and to condemn some of the same powers as being contrary to the Treaty. It has essentially reviewed the content itself of the internal laws of Member States. It has not so much examined whether certain sets of facts were contrary to well-identified rules or the Treaty as condemned some national laws (or some constructions of them) as being inconsistent with some of the general objectives of the Treaty.³⁰ Now, it can be con-

flict of laws problems), cf. recently VOGEL, *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm*, Frankfurt-Berlin 1963 pp. 13 *et seq.*

²⁹ See the expression of this principle in *Deutsche Grammophon* case (note 19 hereinabove) and its developments in JOHANNES, "La propriété industrielle", *cit.*, pp. 558 *et seq.* The reasoning of this author is very clear: he *first* stresses the inadequacy of all the solutions proposed by the writers and *then* turns to Community law in order to find out which principle thereof may offer some basis for a solution. In other words, it is assumed that there must exist some principles to that effect.

³⁰ A similar procedure was implied in the doctrine of the writers who support the so-called *vertragskonforme Auslegung* theory: according to which rights conferred by national laws should be construed in conformity with the basic aims of the Community law, even if this should bring about a reduction of the powers granted by such law to the holder of the right". In this sense, see KOCH and FROSCHMAIER, *op. cit.*, pp. 121 *et seq.*; SCHUMACHER, "Das Territorialitätsprinzip", *cit.*, pp. 305 *et seq.*; MESTMAECKER, *op. cit.*, pp. 119 *et seq.*

However, the above mentioned writers refer to the relations between community rules on competition, which are undoubtedly directly relevant in view of the municipal laws concerning industrial property rights and are directly applicable within the Member States: in these circumstances, the

ceded that the European Treaties cannot be interpreted only in the light of traditional roles applicable to international treaties as such: in particular, the rule that limitations of sovereignty cannot be presumed has certainly a very small role to play. But this does not imply that the Treaty has conferred upon the Court the power to review national laws in the light of certain very general principles that the Court itself would be entitled to construe. The institutions of the Communities are vested with powers of attribution (*compétences d'attribution*) and this makes them bound to respect the specific rules of the Treaties as construed according to ordinary rules or interpretation.³¹ The principles set forth in the Treaty and in the municipal laws of the Member States are not comparable in the same way that the same municipal laws would be in respect of the constitutional rules of each Member State. The Treaties impose certain rights and duties upon the States, and the rules providing for these may be directly applicable in their internal legal systems, as the case may be. But this by no means implies that municipal laws may be reviewed by the Court in the light of the general aims of the Community.

It has been suggested, in this respect, that Art. 5, para. 2, of the Treaty of Rome, by obliging any Member State to abstain from any measure that could jeopardise the attainment of the objectives of the Treaty, might imply some amendments to municipal laws that may be contrary to such objectives.³² But, as the German Government rightly pointed out in *Deutsche Grammophon*, Art. 5, para. 2, is not a directly applicable rule.³³ Whatever its construction is,³⁴ it is clear that it cannot give rise to direct consequences insofar as municipal laws are concerned. On the other hand, if according to Articles 169 *et seq.* of the Treaty any such law cannot be annulled by the Court even when the State is found liable because it has failed to fulfil an obligation under the Treaty by enacting or applying such law³⁵ it is impossible to envisage that a similar consequence might be the result, direct or indirect, of any other procedure before the Court under the Treaty.

construction of industrial property rights in the light of (among other principles) Community rules as introduced into the legal system of any Member State cannot easily be denied. On the other hand, the above writers do not seem to admit that the Court of Justice could itself rule on the compatibility of a certain construction of internal rules with Community law principles. The recent rulings of the Court seem to go a long way beyond that thesis, in that they purport to make a *vertragskonforme Auslegung* of rights conferred by municipal laws not in the light of competition rules, but of some general and ill-defined objectives of the Treaty, not embodied in any positive rule of the same creating any specific provision directly applicable within the Member States.

³¹ That this is so, is generally recognised: see for instance MONACO, "Commento all'art. 4", *Commentario C.E.E.*, cit., vol. 1, p. 50.

³² In this sense, JOHANNES, "La propriété industrielle", cit., pp. 389 *et seq.*

³³ See Recueil, XVII, p. 489. To the same effect, PARRY and HARDY, *EEC Law*, London-New York 1973, p. 162 (and pp. 139-40).

³⁴ On this point, see generally QUADRI, Commento all'art. 3, in *Commentario*, cit., vol. 1, p. 51 *et seq.*

³⁵ Compare Art. 172 of the EEC (as distinct from Art. 88 of the ECSC Treaty), and thereon TIZZANO, *Commentario C.E.E.* cit., vol. III, pp. 1213, 1230 *et seq.*

If all this is true, it must be concluded that the attempt by the Community institutions to establish a 'community law' distinction between the existence and the exercise of industrial property rights and to determine the 'compatible' and 'non-compatible' incidents of these, does not rest on a sound legal basis. It anticipates the establishment of a uniform system of industrial property rights between Member States³⁶ which has not yet been created, and certainly cannot be deduced from the existing rules of the Treaty. Such an attitude can perhaps be explained when it is considered that it was first expressed and adopted by some writers and by the Community institutions with reference to specific sets of rules, such as the rules on competition of the Treaty, which no doubt are directly applicable within the Member States and do imply derogations from the usual construction of municipal laws. But even if this is so, it is submitted that the same attitude is devoid of any legal basis when referred not to specific Treaty rules, but to general Treaty objectives.

5. (ii) It must now be examined whether the specific rules of the Treaty which the Court applied serve to validate the results that have been reached.

Of course, Articles 85 and 86 may come into account whenever the conditions they require are fulfilled. This is not really disputed, apart from the application of such rules to the specific facts of each case, as in *Sirrena*.³⁷ But the applicability of the rules concerning the free movement of goods is open to question.

As it was seen, the Court, when not simply relying on the general objectives of the Treaty, has applied Articles 30 and 36 to the effect that they do not allow quantitative restrictions on imports and all measures having equivalent effect, which are not justified on the ground of the protection of industrial property. Prohibitions of imports of marked or patented products, under certain specified conditions, would not be so justified.³⁸

³⁶ In *Deutsche Grammophon* case and in the first *Centrafarm* case (patent case), both the German and Danish governments had argued against the solution finally accepted by the Court on the ground that the Draft Community Patent Convention explicitly provides that during certain transitional periods patent rights would be opposable to imports in any event (Recueil, XVII, 509; and see also SCHATZ, *op. cit.*, pp. 16 *et seq.*). It was therefore impossible to state that the so-called exhaustion principle is valid at Community level even before the creation of a uniform patent system establishing it and applicable in all the Member States. The Court did not even consider the above argument in either decision. But both the Commission's agent and the Advocate General argued that the above rules are contained in a mere preliminary draft, which may well derogate from the existing state or Community law.

³⁷ This is generally conceded also by some writers who suggested to read the *Sirena* judgment in much narrower terms than the subsequent practice of the Court appeared to accept: see for instance LADAS, *op. loc. cit.*, and ROTONDI, *op. cit.*, pp. 356 *et seq.*

³⁸ It is generally unclear whether this would be so because the use of the exclusive right to this effect would amount to an arbitrary discrimination or a disguised restriction of trade: in fact the Court uses to refer to its general distinction between the existence and exercise of the right, whether or not in accordance with the general aims of the Treaty, and neglects the point. See MANN, *op. cit.*, pp. 34 and 43.

It can be seriously questioned whether this conclusion may really be drawn from Articles 30 and 36. According to the Commission,³⁹ Art. 30 sets forth a rule that is now directly applicable within any Member State, and therefore grants to each individual a right that he can enforce also against the State.⁴⁰ But even if this may be conceded, it is far from certain that the prohibition contained in Art. 30 can be referred to industrial property rights.

It would seem that in the Court's reasoning the use of an industrial property right in order to prevent imports of certain products amounts to a 'measure having equivalent effect' in the sense of Art. 30.⁴¹ In this respect, different views have been expressed by the Court and the Commission; the latter having in fact consistently affirmed that the measure having equivalent effect is the judgment of the national court that prohibits imports on the basis of the industrial property right.⁴² But the Court has refused to share this view, probably because it has chosen a wider and more general approach to the problem, implying that Treaty principles have a direct impact on the rights conferred by municipal laws.

Be that as it may, it is clear that Articles 30 and 36 contemplate only measures issued by the State and can in no way be designed to cover the exercise of rights by a private party.⁴³ This may perhaps be considered to be a self-evident truth but the fact remains, however, that the Court has adopted an entirely different view. In any event, even the point of view of the Commission cannot be accepted.

Generally speaking, a quantitative restriction or a measure having equivalent effect could be conceived as emanating from any State organ, either legislative or administrative or even judicial⁴⁴. But, it is submitted, it is in no way possible to consider as such the judgment enforcing the private parties' patent, trademark or similar rights. The measures contemplated by Art. 30 *et seq.* are adopted by the State as a sovereign entity and in pursuance of internal laws that confer upon the

³⁹ *Cinquième rapport général*, 1972, pp. 606 and 615 and *Premier Rapport sur la politique de concurrence*, cit., p. 60.

⁴⁰ On the typical Community law notion of direct applicability, also in view of the traditional concept of self-executing treaty rule, see generally COSTANTINESCO, *L'applicabilité directe dans le droit de la C.E.E.*, Paris 1970; DE WINTER, "Direct applicability and direct effect. Two distinct and different concepts in Community law", 9 *C.M.L.R.*, (1972), pp. 425 *et seq.*; KOVAR, "L'applicabilité directe du droit communautaire", *Clunet*, 1973, pp. 279 *et seq.*, and the decisions of the Court in cases 26/62 (Feb. 5, 1963), Recueil IX, t. 6/64. (July 15, 1964), Recueil X, 1141; 57/65 (June 16, 1966), Recueil XII, 293; 18/71 (Oct. 29, 1971), Recueil XVII, 811.

⁴¹ See in this respect BÉRAUD, "Les mesures d'effet équivalent au sens des articles 30 et suivants du Traité de Rome", *R.T.D.E.*, 1968, pp. 265 *et seq.*

⁴² This was so, particularly, in the remarks of the Commission in the first *Centrafarm* case.

⁴³ It should not be forgotten that the notion itself of measures having an equivalent effect to quantitative restrictions stems from the GATT law: see Articles XI and XX (d) of the Treaty of 1947, and on this DASSESSE, *Les Nouvelles. Droit des Communautés européennes*, Bruxelles 1969, pp. 1023 *et seq.*; MANN, op. cit., 32-33.

⁴⁴ See BÉRAUD, op. loc. cit., and IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen 1972, p. 589, who mentions general public law or administrative measures.

State itself the power to adopt such measures *vis-à-vis* the private parties. The relationship created by such measures exists between the State and the private party concerned. In this case, to assert the direct applicability of the provision of Art. 30 means that any private party is entitled to claim before national courts that the measure is contrary to the Treaty and therefore is unlawful. It is clearly an assertion designed to strengthen the protection of individuals' rights towards the Member States.⁴⁵

But Art. 30 cannot apply where the State's measure – as a judicial pronouncement in industrial property matters – simply applies municipal rules governing private relations. In this event, no State's right is in question. Public intervention merely enforces the rights conferred on private parties by the law. For cases of this kind, the Treaty has provided entirely different remedies and procedures than those contemplated by Art. 30 *et seq.* When restrictions in international trade are dependent upon the conduct of private parties, the rules of competition apply, if a cartel arrangement is involved. Or, if this is not the case, and the restriction depends upon the operation of national laws, the procedure of Articles 100-102 concerning approximation of laws may be available. In no event can the meaning of Art. 30 be so distorted as to refer to cases where the allegedly restrictive result depends upon the enforcement of rights of private parties and not upon the adoption of sovereign measures by the State in pursuance of its own interests.

The above considerations, in the submission of the present writer, are sufficient to cast serious doubts upon the legal basis of the attitude of the Community institutions in the treatment of industrial property rights from the standpoint of the mere interpretation of the Treaty as the constituent instrument of an international organisation. It is not the purpose of this study to examine closely the facts of each decided case in the light of pertinent internal rules of the law of patents, trademarks and so on. Even from this standpoint, however, much criticism might be expressed, and in fact has been expressed, against the Court's attitude. This can not be stated simply in general terms without relying on the specific set of facts involved in each case. It may be recalled, however, that the decisions of the Court have raised grave doubts especially insofar as they have referred to trademark cases. Both *Sirena* and *Hag* are open to strong criticism from this point of view.⁴⁶ In both cases, the goods imported into the country where the exclusive right was being enforced originated from an *entirely different and distinct source* with respect to the producer in that country. No economic or legal link whatsoever could be found in either case. In the first case, as it has been made clear, the Court relied on the mere existence of an agreement, which however had not been

⁴⁵ It would therefore be meaningless, it is submitted, to assert the direct applicability of Art. 30 as referred to the judgment enforcing the rights of the private party. It is not a rule designed to contemplate trademark and patent rights, nor their enforcement: nor, in any event, could it be considered to allow direct action by a party against the State.

⁴⁶ Compare the essays indicated above under footnote 15.

entered into with the purpose of stopping importation or of apportioning territories. Art. 85, therefore, could not be properly applied. In the second case, the trademark right in one Member State had been the object of an expropriation during the second world war, which had severed any connection between the original and the present owner of the trademark in question.⁴⁷ The Court relied on a rather vague and obscure concept, i.e. the idea of the «same origin» of the trademarks in the countries involved. While the legal relevance of this circumstance is extremely hard to appreciate, it is clear that in both cases the final outcome was that in the same country different products may circulate with the same trademark, without any guarantee whatsoever that their origin (not to mention their quality) is the same. The confusion and deception of the consumer public is the obvious and immediate consequence of such a situation, contrary to what any municipal law concerning trademarks seeks to achieve.⁴⁸

As to other cases, where the Court relied on the fact that the sales of marked or patented products abroad had taken place with the consent of the holder of the exclusive right, it may be noted that such an assertion of the so-called 'exhaustion of the right' theory at the Community level is very doubtful, in view of the continuing differences between national laws⁴⁹ and, particularly as far as patents are concerned, their independence from one another in the various countries (also in view of Art. 4 bis of the Paris Union Convention, as amended). But here again, the main criticism appears to be that the Court treated the municipal laws of Member States as if they were subject to judicial review by the Court itself in the light of non-existent European legal rules concerning industrial property rights.⁵⁰

6. An attitude not dissimilar to that shown by the Court in industrial property cases is not infrequent in Court pronouncements in various Community matters.⁵¹ It may be the consequence of a failure to act on the part of the appropriate political institutions, which leads the Court having recourse to the most extensive construction of the existing Treaty provisions. While in the prevailing situation a quick conclusion of the negotiations for the establishment of a Community patent

⁴⁷ Even JOHANNES, "La propriété industrielle", cit., p. 582, who is a strong supporter of the Court's views, expressed some doubts, before the decision was issued, as to the possibility of simply applying the *Deutsche Grammophon* principle to the particular facts of the case.

⁴⁸ Cf. MANN, op. cit., pp. 36 *et seq.*

⁴⁹ It has been remarked that, according to the Commission's position in *Parke-Davis*, no reward could possibly be granted to the inventor: see GHIDINI, op. cit., p. 23, footnote 77.

⁵⁰ And see what has been noted above, under 35, as to the transitional provisions contained in the Draft Convention for the Community Patent.

⁵¹ It is possible to recall, for instance, the statement of the Court in the well-known *AETR* case concerning the power of the Community to enter into treaty relations with third States (case No. 28/70, *Commission v. Council*, *Recueil XVII*, p. 263, dec. 31st March, 1971): when the existence of the widest competence of the Community was affirmed. See the comments of TIZZANO, "Recenti tendenze in tema di competenza a stipulare della C.E.E.", *Multitudo legum ius unum. Festschrift für Wilhelm Wengler*, I, Berlin 1973, pp. 623 *et seq.*

and trademark system should clearly be sought, it is by no means certain that the Court's attitude is such as to encourage European integration in this field. It may well be, in fact, that this attitude renders States even more reluctant than they previously were to enter into international undertakings of which they are not able to foresee all the implications that may be developed by future judicial application. Even from this point of view, therefore, it is far from certain that the position adopted by the Court affords the best way to promote cooperation between the Member States in industrial property matters.

Illegittimità costituzionale o illegittimità comunitaria di leggi interne? *

1. La decisione della Corte comunitaria del 9 marzo 1978 relativa al caso *Simmenthal*, che ha immediatamente suscitato vivo e meritato interesse, sembra destinata a riaprire a pochi anni di distanza quel conflitto fra Corte europea e Corte costituzionale italiana, che almeno a partire dal 1973 sembrava ormai felicemente superato¹. Ora il conflitto investe, non più il rango da riconoscere al diritto comunitario nell'ambito del sistema giuridico interno ma il modo in cui l'ormai indiscussa prevalenza di tale diritto su quello interno contrastante con esso deve essere concretamente assicurata. Di fronte ad una ormai consolidata giurisprudenza interna, specie della Corte costituzionale, che riafferma l'illegittimità costituzionale delle leggi interne contrastanti con il diritto comunitario anteriore, per violazione dell'art. 11 Cost. – ma quindi anche l'impossibilità di disapplicazione di dette leggi da parte del giudice ordinario in quanto, e sino a che, non siano dichiarate costituzionalmente illegittime –, si pone ora la recisa affermazione della Corte di giustizia delle Comunità europee, per la quale il giudice interno – qualsiasi giudice – è tenuto a disapplicare la legge interna contraria al diritto comunitario «senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale»².

Nuovo conflitto, dunque, che sembra riprodurre quello aperto nel 1964 con la nota, ed infelicissima, decisione della Corte costituzione italiana nel caso *Costa c. Enel*, che negava alle norme comunitarie qualsiasi prevalenza sulle norme interne. Vi è peraltro, fra i due episodi, una differenza notevolissima: poiché mentre la decisione da ultimo citata poteva a buon diritto essere criticata come una manifestazione di totale insensibilità al fenomeno comunitario, molto più difficile è ora fare altret-

* Pubblicato in *Il primato del diritto comunitario e i giudici italiani*, Milano, 1978, pp. 145-155.

¹ Con la notissima sentenza n. 183 del 27 dicembre 1973 (*Foro it.*, 1973, I, 314, nota MONACO; *Giur. it.*, 1974, I, 1, 513, nota BERRI e 864, nota MALTESE; *Dir. e pratica trib.*, 1974, II, 148 e 245, nota SORRENTINO; *Giur. cost.*, 1973, 2401, nota P. BARILE).

² La prima decisione nel senso indicato della Corte costituzionale è quella del 22 ottobre 1975, n. 232 (*Foro it.* 1975, I, 2661, nota MONACO; 1976, I, 542, nota CONFORTI; *Giust. civ.*, 1976, III, p. 319, nota M. STELLA RICHTER, e 1976, IV, 3, nota BERRI; *Giur. cost.*, 1975, 2211, p. 3227, note LOUIS e SORRENTINO); seguita poi da alcune altre (205/76, in *Giur. cost.* 1976, p. 1292; 163/77, *ivi*, 1977, pp. 1524 e 1548, nota SORRENTINO).

tanto con il più recente indirizzo della stessa Corte, che fa seguito ad una presa di coscienza delle esigenze delle Comunità europee, da alcuni considerata persino eccessiva³. Si spiega facilmente quindi come i primi commenti, fra i molti che la decisione *Simmenthal* sembra destinata a suscitare, siano di tono piuttosto perplesso, per non dire negativo: sia per la categoricità di certe espressioni della Corte europea, sia per quell'implicito giudizio di disvalore circa il meccanismo interno della dichiarazione di incostituzionalità delle leggi, che sembra equipararne il richiamo a quelli tante volte effettuati⁴ dal Governo italiano alle norme interne al fine di giustificare l'inadempimento di obblighi comunitari, sia ancora perché la Corte europea può sembrare travalicare le competenze ad essa spettanti per investire senz'altro un problema di rapporti fra sistemi – quello comunitario e quello interno – che come tale dovrebbe essere valutato anzitutto dal punto di vista di quest'ultimo.

I punti che la decisione della Corte va a toccare sono dunque molti, e molto sensibili. Per sfuggire al pericolo di eccitare facili suscettibilità di sapore nazionalistico, o di sacrificare la realtà a preconetti di carattere teorico, è opportuno anzitutto cercare di capire esattamente quale sia il terreno sul quale la Corte si è mossa: un dovere di comprensione, questo, che è poi il primo compito del giurista. A tale tentativo di chiarezza sono dedicate le righe che seguono.

2. Nel caso *Simmenthal*, la Corte era adita in base all'art. 117 del Trattato istitutivo della Cee: il suo compito era quello di fornire l'interpretazione di una norma comunitaria, richiesta da un giudice nazionale che doveva a sua volta farne applicazione. La norma in questione era l'art. 189 del Trattato Cee, nella parte in cui pone il principio della *diretta applicabilità* dei regolamenti comunitari. È vero che nel dispositivo della sentenza il richiamo all'art. 189, ed alla nozione di applicabilità diretta, è scomparso, e la Corte sembra riferirsi in via assolutamente generale a tutto il diritto comunitario, direttamente applicabile o no: ma esso è pur sempre presente nella motivazione, e non può essere ignorato se non si vuol ritenere che la Corte abbia voluto direttamente investire un problema diverso da quello a lei sottoposto, come sarebbe quello di ordine teorico dei rapporti fra i due sistemi di norme, per di più sottratto alla sua competenza.

³ La sentenza del 1964 è quella, notissima, del 7 marzo 1964 n. 14 (*Foro it.*, 1964, I, 465, nota CATALANO; *Giur. it.*, 1964, I, 1, pp. 516 e 1311, nota MONACO). Per alcune reazioni dottrinali al più recente indirizzo, cfr. CONFORTI, *Regolamenti comunitari, leggi nazionali e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1976, I, 542, e in *Appunti dalle lezioni di diritto internazionale*, Napoli 1976, p. 184 ss.; TIZZANO, *Sulla «incostituzionalità» delle leggi italiane incompatibili con i regolamenti comunitari*, in *Foro it.*, 1976, I, 2307.

⁴ Per fare un solo esempio, nella causa 91/72 decisa con sentenza 17 maggio 1972 della Corte di giustizia (*Raccolta*, 1972, p. 287 ss.).

Tra i primi commenti alla decisione del 9 marzo 1978, si vedano BERRI, *Brevi riflessioni sulla «lezione» della Corte comunitaria*, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 1153; CATALANO, *I mezzi per assicurare la prevalenza dell'ordinamento comunitario sull'ordinamento interno*, in *Giust. civ.*, 1978, I, p. 816; RICCIOLI, *Preoccupanti contrasti tra Corte comunitaria e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1978, IV, 204.

Il problema che la Corte ha dovuto affrontare e risolvere era dunque quello di stabilire se il contenuto normativo della nozione di diretta applicabilità implichi di per sé l'obbligo del giudice degli Stati membri di disapplicare le norme interne successive contrastanti con norme comunitarie dotate di tale caratteristica. E la risposta della Corte, come si è visto, è incondizionatamente positiva.

Poiché la suddetta nozione, ricavata del testo dell'art. 189 del Trattato di Roma, è divenuta, a seguito di una ormai imponente e consolidata elaborazione una nozione generale del diritto comunitario, non più limitata nella sua validità alla norma positiva da cui l'evoluzione ha preso le mosse, si tratta dunque di vedere se l'obbligo di disapplicazione di cui sopra possa essere considerato implicito nel carattere «direttamente applicabile» di una norma comunitaria.

Tale carattere indica, in sostanza, l'operare immediato delle norme comunitarie sul piano del sistema giuridico delle Comunità europee, e la creazione, su questo stesso piano, di diritti ed obblighi in capo ai soggetti del diritto comunitario, anche a favore di individui nei confronti degli Stati membri. Da ciò consegue l'uniformità delle situazioni giuridiche così sorte nell'intero ambito comunitario, e la loro indipendenza nei confronti dei sistemi giuridici degli Stati membri: questi ultimi rimangono competenti solo per ciò che riguarda la concreta attuazione di quelle situazioni giuridiche, ma non per la loro creazione, che avviene al di fuori ed indipendentemente da ogni condizionamento da parte degli Stati. La nozione di norma direttamente applicabile esprime insomma una particolare caratteristica del diritto comunitario consistente nel disciplinare, in ambiente esterno rispetto a quello dei sistemi interni degli Stati, determinati rapporti di natura interindividuale, e non pone in giuoco un problema di relazioni fra ordinamenti giuridici in senso proprio, come spesso si vuol ritenere⁵. La nozione riguarda il diritto interno solo in quanto nell'ambito di questo si voglia cercare la garanzia delle situazioni giuridiche sorte a livello comunitario.

Così stando le cose, è sin troppo ovvio constatare che, dal punto di vista del diritto comunitario direttamente applicabile, esso deve prevalere su di ogni norma interna contrastante: ciò che si tratta di accertare è altro, e cioè se *esso stesso* prescriva il modo in cui la prevalenza deve essere assicurata, o se ne lasci invece la più precisa determinazione al diritto interno degli Stati membri, eventualmente riservandosi di controllarne la conformità alle esigenze della sua corretta applicazione secondo le varie possibilità offerte dai Trattati.

La Corte ha optato senza esitazioni per la prima alternativa, disattendendo la più cauta posizione esposta dalla Commissione comunitaria⁶: la diretta applicabi-

⁵ In questo senso, invece, si veda per tutti SORRENTINO, *Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità europee*, II, Milano 1973, p. 7 ss. Per la tesi del testo, mi permetto di rinviare al mio scritto *Il diritto comunitario direttamente applicabile, Nozione e problemi*, 1976 (ed. provv.), in corso di stampa in edizione definitiva.

⁶ Quest'ultima aveva infatti osservato, a proposito della concorrenza tra dichiarazione di incostituzionalità e disapplicazione, «se questa concorrenza di rimedi sia ammissibile nel sistema costituzionale italiano, è questione che esula dal presente giudizio».

lità secondo l'organo giurisdizionale europeo, implica necessariamente la disapplicazione da parte dei giudici interni delle norme interne successive contrastanti, quali che siano i procedimenti previsti in generale dai sistemi costituzionali interni, e ciò in vista delle esigenze di uniforme applicazione del diritto comunitario, e del fatto che esso impedisce la «valida formazione» di atti legislativi interni incompatibili.

Una conclusione del genere, ovviamente, non ha nulla di logicamente scorretto: essa porta anzi alle sue estreme conseguenze l'idea dell'esistenza di un sistema comunitario a sé stante, che crea situazioni giuridiche in sé perfette, rispetto alle quali il solo compito dei giudici nazionali è quello di garantirne l'attuazione. Ma proprio qui sorge il problema. Se, come è pacifico, le Comunità non dispongono di un proprio apparato di garanzia giurisdizionale, e debbono utilizzare quello fornito dagli Stati membri, si può ritenere che questi ultimi non siano vincolati ai normali principi vigenti nei rispettivi sistemi in ordine all'accertamento della eventuale «anti-comunitarietà» delle leggi? Scartata come del tutto irrealistica l'idea che ciò possa accadere in virtù dell'inserimento dei giudici medesimi nell'ambito di un inesistente sistema federalistico europeo, l'unica ipotesi che consente di pervenire a quella conclusione è che *sia lo stesso diritto comunitario a prescrivere*. In altre parole, l'unica ipotesi plausibile è quella di leggere il contenuto dei principi comunitari sulla diretta applicabilità – ad esempio, per citare un testo positivo, l'art. 189 del Trattato di Roma – come se accanto all'affermazione del carattere direttamente applicabile, si aggiungesse «con l'obbligo dei giudici interni di disapplicare le norme interne contrastanti con le norme comunitarie».

Questa è, in sostanza, l'unica ricostruzione plausibile del significato della decisione della Corte. Lo schema che ne risulta non ha nulla di assurdo, come già si è osservato, ma è certo possibile dubitare che si tratti di una conclusione obbligata di fronte ai dati positivi, ed anche alla evoluzione giurisprudenziale anteriore⁷. In realtà, si è di fronte ad un nuovo esempio di giurisprudenza oltremodo creativa, frutto di ben precise scelte politiche, di fronte alla quale il problema da porsi non è tanto quello della sua fondatezza, quanto quello della possibilità che essa si affermi in via definitiva traducendosi in precise norme giuridiche vigenti a seguito dell'accettazione che gli Stati membri ne facciano.

⁷ In realtà, il tentativo di dedurre dalla nozione di diretta applicabilità determinate conseguenze in ordine alla preminenza del diritto comunitario su quello interno, ed al modo di garantirla, era già presente nella giurisprudenza della Corte, e nella dottrina: si veda la nota sentenza del 15 luglio 1964 (*Costa c. Enel*, causa 6/64, in *Raccolta*, X (1064), p. 1127 ss., a p. 1145), nonché IPSEN, *Rapport du droit des Communautés européennes avec le droit national*, in *Riv. dir. eur.*, 1965, p. 99 ss.; ZWIEGERT, *Das Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten*, in *Rebels Zeitschrift für ausl. und internationales Privatrecht*, 1964, p. 601 ss. Esso era però largamente criticato: si veda per tutti Sorrentino, *Corte costituzionale*, cit., II, p. 3 ss.; p. 66 ss. (con riferimento alla tesi di ZULEEG, *Das Recht der europäischen Gemeinschaften im innerstaatlichen Bereich*, Köln-Berlin-München-Bonn 1969).

3. Considerata in questa prospettiva la decisione della Corte, si tratta di verificare brevemente la coerenza con alcuni precedenti indirizzi di questa.

Si potrebbe, ad esempio, dubitare che la Corte abbia abbandonato la tradizionale distinzione, imposta del resto dalla chiara portata dei Trattati, fra interpretazione del diritto comunitario, per la quale sola essa è competente in sede di rinvio pregiudiziale, e applicazione dello stesso ai singoli casi concreti, che può avvenire solo ed esclusivamente ad opera del giudice interno. Nella sua giurisprudenza anteriore, la Corte aveva in più occasioni badato a far salvo uno spazio lasciato ai vari diritti interni per quanto concerne la disciplina dello strumento processuale di attuazione della situazione giuridica comunitaria, e così la scelta dei mezzi idonei a realizzare in concreto la diretta applicabilità del diritto comunitario⁸. E ciò in relazione al fatto che il giudice interno, ancorché tenuto ad assicurare l'attuazione dei «diritti comunitari» dei privati – aspetto, questo, sul quale la Corte sempre insiste – rimane pur sempre tale, e non può che operare secondo le forme previste dall'ordinamento cui appartiene. Del resto, è proprio la peculiare forma di integrazione che si attua attraverso l'intervento del giudice interno a tutela delle situazioni giuridiche comunitarie, con il concorso della decisione a titolo pregiudiziale della Corte *ex art. 177*, che ha consentito di costruire tutta la teoria della diretta applicabilità delle norme comunitarie, e che costituisce una delle più peculiari manifestazioni del rapporto di «integrazione» fra sistema comunitario e sistema interno⁹.

Ora la distinzione fra queste due fasi, nettamente contrapposte, appare alquanto sfumata nella decisione *Simmenthal*. Da un lato, l'interpretazione della Corte è rivolta, non tanto ad una norma comunitaria specifica, quanto ad una caratteristica generale propria di tutto un insieme di norme comunitarie – la diretta applicabilità appunto – ancorché formalmente rimanga il richiamo all'art. 189 del Trattato di Roma: ma, come si è già detto, la portata del principio va ben al di là di quest'ultima norma. Dall'altro, il contenuto della decisione sembra spingersi sino a prescrivere al giudice interno *come* il diritto comunitario deve essere da lui applicato, e ciò sarebbe certamente in contrasto con la determinazione della sfera a lui riservata dai Trattati.

Questa impressione, tuttavia, può essere corretta se si tiene presente quanto già osservato in ordine alla portata della decisione. La Corte ha voluto definire quali sono le implicazioni della diretta applicabilità del diritto comunitario, e ha individuato – a torto o a ragione – fra queste implicazioni anche un principio che impone la disapplicazione del diritto interno contrastante. Se è così, si è sicuramente

⁸ Si veda, per tutte, la sentenza del 19 dicembre 1968 (*Salgoil c. Min. comm. estero*, causa 13/68, in *Raccolta*, XIV, p. 601 ss.).

⁹ Per questa nozione, si veda particolarmente MONACO, *Natura ed effetti dei regolamenti delle Comunità europee*, in *Riv. dir. internaz.*, 1961, p. 401 ss.; *La costituzionalità dei regolamenti comunitari in Foro it.*, 1974, I, 320; G. BARILE, *Sulla struttura delle Comunità europee*, in *Riv. dir. internaz.*, 1964, p. 20.

molto vicini al momento logico dell'applicazione della norma comunitaria, in quanto si indica una tappa necessaria per pervenire a quest'ultima: ma è ancora possibile sostenere che ci si muova pur sempre sul piano della determinazione della portata del principio di diritto comunitario.

In definitiva, se si considera la decisione dall'angolo visuale qui proposto, non si può dire che essa annulli lo spazio riservato al giudice interno in sede di applicazione, riducendo il giudice stesso a vero e proprio organo di un inesistente apparato giudiziario delle Comunità europee. Nella prospettiva adottata dalla Corte, il giudice interno rimane pur sempre soggetto alle regole del proprio sistema: queste ultime vengono però modificate, come conseguenze dell'intervenuto adattamento ai Trattati europei, introducendosi accanto all'ipotesi di invalidità delle leggi previste da ciascun sistema quella di una sorta di invalidità o illegittimità «comunitaria», che la Corte legge come implicita nella nozione di applicabilità diretta.

4. Le considerazioni sin qui esposte consentono, forse, di correggere in parte le impressioni che la decisione della Corte può suscitare ad una prima lettura. È ben possibile, come è stato rilevato dai primi commentatori della sentenza, che la Corte europea non abbia adeguatamente apprezzato il significato e la portata del meccanismo del controllo di costituzionalità delle leggi nel nostro sistema giuridico, e che ciò abbia avuto il suo peso nell'economia complessiva della decisione. Egualmente, è assai dubbio che la ricostruzione fatta dalla Corte delle necessarie implicazioni della nozione di applicabilità diretta fosse, non che imposta, perlomeno consentita dai testi che si trattava di interpretare, e dai principi che si trattava di chiarire.

Ciò detto, va però sottolineato che, se si supera quest'ultimo dubbio, la decisione della Corte è del tutto lineare, e non confligge con la sua posizione costituzionale nell'ambito comunitario, né con i suoi poteri nei confronti degli Stati membri. La ricostruzione che essa propone postula il riconoscimento dell'esistenza di un apposito meccanismo per la declaratoria dell'illegittimità «comunitaria» delle leggi interne, che consiste nella disapplicazione da parte di tutti i giudici avanti ai quali esse fossero invocate. Dal punto di vista dell'ordinamento giuridico italiano, un simile effetto, letto come implicito nella nozione stessa di applicabilità diretta di certe norme comunitarie, si porrebbe come conseguenza dell'avvenuto adattamento ai Trattati comunitari, e troverebbe la sua fonte di legittimazione, secondo l'ormai consolidata posizione della Corte costituzionale¹⁰, nell'art. 11 Cost. Accanto al fenomeno dell'illegittimità costituzionale, potrebbe in tal modo verificarsi un'ipotesi di «illegittimità comunitaria» delle leggi, sottoposta a regole proprie, e cioè al controllo diffuso da parte di ogni giudice.

¹⁰ Si veda la decisione ricordata sopra alla nota 1. In effetti, le considerazioni contenute in tale decisione quanto all'ammissibilità delle limitazioni alla sovranità italiana discendenti dai Trattati europei in base all'art. 11 Cost. potrebbero valere anche per ciò che riguarda l'introduzione dello speciale sistema di accertamento diffuso dell'illegittimità comunitaria.

Un altro punto è opportuno sottolineare. Non si deve neppure ritenere che la decisione della Corte di cui si tratta – per discutibile che sia la premessa da cui muove – costituisca il risultato di uno straripamento di potere da parte della Corte medesima¹¹. Sarebbe forse così se la Corte avesse voluto impostare e risolvere un problema attinente al rapporto fra diritto interno e diritto comunitario, indicando come il secondo, dal punto di vista del primo, vada inserito ed applicato nell'ambito del sistema giuridico nazionale. In questo caso, sarebbe infatti facile l'obiezione che i relativi meccanismi sono finzione esclusiva del diritto interno, e sfuggono alla competenza dell'organo comunitario. Ma qui è necessaria una precisazione di ordine più generale. La posizione del diritto comunitario nell'ambito di quello statale non può venire correttamente assimilata a quella di altri sistemi, come quello internazionale: esso non viene infatti introdotto o reso applicabile nell'ordinamento interno, ma penetra negli spazi che il sistema statale, in esecuzione di precisi impegni internazionali, gli lascia a disposizione. E vi penetra in quanto tale, cioè come sistema comunitario a sé stante, operante nella medesima sfera soggettiva in cui opera quello dello Stato¹².

Enunciando quali siano le caratteristiche del diritto comunitario, la Corte non risolve problemi di rapporti fra ordinamenti, ma contribuisce al consolidamento ed allo sviluppo del relativo sistema, nella configurazione di cui gli organi statali dovranno assicurare l'osservanza. Il limite ultimo è costituito, secondo quanto già è stato accennato, dall'effettività, ossia dall'acquiescenza che gli Stati siano disposti a prestare, ed in fatto prestino, all'evoluzione giurisprudenziale del sistema. Sino ad oggi, tale acquiescenza non è mancata, tanto da permettere di enunciare le caratteristiche complessive del sistema ora menzionate non come mere formulazioni dottrinali, ma come realtà giuridiche ormai consolidate, ad onta di qualche resistenza, questa sì, ormai puramente dottrinale¹³.

Quanto alla forma di illegittimità «comunitaria» delle leggi proposta dalla sentenza *Simmenthal*, soltanto l'avvenire potrà indicare se seguirà una sorte analoga, o se le resistenze saranno maggiori. In fatto, è possibile che sia possibile trovare un *modus vivendi* fra le due posizioni in conflitto, quella della Corte europea e quella della Corte costituzionale, magari seguendo i suggerimenti che autorevoli studiosi vanno da tempo avanzando circa la possibilità di risolvere molti dei conflitti tra diritto comunitario e diritto interno in sede puramente interpretativa¹⁴. Va

¹¹ In questo senso, invece, CATALANO, *I mezzi*, cit., p. 819 ss.

¹² Si veda, per questa impostazione, CAPOTORTI, *Sull'interpretazione uniforme dei trattati europei*, in *Riv. dir. internaz.*, 1960, p. 3 ss., a p. 15; *Il diritto comunitario dal punto di vista del giudice nazionale*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1977, p. 497 ss. Vedi anche G. BARILE, *Sulla struttura*, cit., p. 17 ss.

¹³ Si veda, ad es., TIZZANO, *Pretesa diversità di effetti del Gatt e dei trattati comunitari nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 1973, I, 2445.

¹⁴ CONFORTI, *Diritto comunitario e diritto degli Stati membri*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1966, p. 5 ss.; *Regolamenti comunitari*, cit., p. 542 ss.; TIZZANO, *Sulla «incostituzionalità»*, cit., p. 2307; ed altri ancora.

tuttavia chiarito sin d'ora che, se il conflitto dovesse persistere, non potrà per ciò solo parlarsi di un ennesimo episodio di violazione da parte dell'Italia dei suoi obblighi comunitari: sarà piuttosto lo schema proposto dalla Corte di giustizia che non potrà considerarsi (ancora?) confortato da quel grado di osservanza necessario per tradurlo in una regola giuridica vigente. Naturalmente, è appena il caso di osservare che, in una prospettiva di lungo termine non mancano alle Comunità i mezzi, anche giuridici, per imporre l'osservanza dello schema proposto dalla Corte di giustizia: basti pensare al valore vincolante della decisione *ex art. 177* per il giudice *a quo*, ed all'obbligo di rinvio sancito per i giudici di ultima istanza dalla stessa norma, con la connessa possibilità di procedure comunitarie di infrazione in caso di violazione della stessa.

Un ultimo rilievo. Si è già accennato alla divergenza tra motivazione e dispositivo nella decisione *Simmenthal*, il secondo riferendosi, se preso alla lettera, a tutto il diritto comunitario, e non soltanto a quello direttamente applicabile. E l'interpretazione della decisione, che si è qui proposta, si è fondata sulla premessa che fosse la motivazione ad aver valore decisivo nel senso di riferire e limitare la portata della sentenza a quest'ultima ipotesi¹⁵. È il caso di aggiungere ora che, se così non fosse, non solo la lettura qui suggerita non avrebbe più fondamento, ma ne uscirebbero avvalorate le critiche più radicali alla decisione. Riferendo infatti le affermazioni della Corte a tutto il diritto comunitario, verrebbe meno la possibilità di considerare il principio enunciato dalla Corte come implicito in una norma od in un principio stabilito dai Trattati, e se ne farebbe – questa volta sì – l'espressione di una gerarchia di norme, che avrebbe il suo vertice nei Trattati medesimi, considerati come una sorta di costituzione federale¹⁶. È inutile spendere parole per mostrare come una configurazione del genere sarebbe inaccettabile, sia in astratto per la sua assoluta mancanza di aderenza alla realtà, sia in vista di alcune caratteristiche attuali dei sistemi comunitari (mancanza di incisive forme di controllo democratico, da un lato, e di un catalogo delle libertà fondamentali garantite a livello comunitario, dall'altro) che non li rendono idonei a costituire lo stadio iniziale della federazione europea. Ma proprio in vista di simili considerazioni, non appare credibile che la decisione debba essere interpretata in questo senso.

¹⁵ È probabile, del resto, che la divergenza dipenda semplicemente dal fatto che la Corte, riferendosi nel dispositivo all'obbligo del giudice nazionale, abbia considerato superfluo il riferimento al diritto comunitario direttamente applicabile in quanto quello che non è tale non può venire in linea di principio applicato immediatamente (anche se può essere tenuto presente a certi fini).

¹⁶ Le norme dei trattati, anche non direttamente applicabili diverrebbero infatti il parametro ultimo di validità di tutte le norme interne, anche se di formulazione e portata tipicamente internazionalistica e dirette esclusivamente agli Stati membri. Nulla esclude evidentemente che anche da queste ultime possano derivarsi effetti interni: ma in questo caso, ciò è proprio e soltanto conseguenza dei meccanismi interni di adattamento.

La diretta applicabilità nel diritto comunitario *

Capitolo I

Aspetti generali ed origine della nozione di applicabilità diretta

SOMMARIO: 1. Premessa: la nozione di applicabilità diretta nel sistema comunitario. – 2. L'applicabilità diretta nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 3. Il collegamento fra la nozione di applicabilità diretta e l'affermazione dell'esistenza di un autonomo ordinamento giuridico delle Comunità. – 4. Norme comunitarie direttamente applicabili e norme pattizie *self-executing*. – 5. L'applicabilità diretta dei regolamenti Cee secondo l'art. 189 del Trattato istitutivo. – 6. L'applicabilità diretta delle direttive e delle decisioni. – 7. Aspetti terminologici ed aspetti sostanziali dell'applicabilità diretta. – 8. L'applicabilità diretta di norme contenute in accordi internazionali vincolanti per la Comunità.

1. *Premessa: la nozione di applicabilità diretta nel sistema comunitario*

La nozione di applicabilità diretta, riferita ad una caratteristica propria di certe disposizioni appartenenti al diritto comunitario, ed in particolare a quello della Comunità economica europea¹, è venuta acquistando nell'attuale stadio di evolu-

* Pubblicato nel 1980, editore Utet, Milano.

¹ La nozione di cui si tratta è venuta a svilupparsi ad opera della giurisprudenza in sede di applicazione del Trattato istitutivo della Cee, e non degli altri Trattati comunitari: e ciò in ragione di diverse circostanze, come il diverso ambito di applicazione dell'art. 177 Trattato Cee rispetto all'art. 41 Trattato Ceca, il maggiore spazio attribuito in via interpretativa al ricorso in carenza nell'ambito del sistema della Ceca, e via dicendo. In generale, si veda sul punto L.-J. CONSTANTINESCO, *L'applicabilité directe dans le droit de la Cee*, Paris 1970, p. 138 ss., e S.M. CARBONE, *Organi comunitari, controllo di legittimità e soggetti privati*, Padova 1973, p. 79 ss. Cfr. anche N. CATALANO, *La protection juridictionnelle indirecte dans le système des traites de Rome*, in *Revue trim. de droit européen*, 1966, p. 25 ss. Per il diverso senso in cui la nozione di applicabilità diretta è stata talvolta intesa nell'ambito del sistema Ceca, si veda L.-J. CONSTANTINESCO, *op. cit.*, p. 9, e *infra*, par. 13. Le considerazioni contenute nel presente scritto si riferiscono quindi principalmente al sistema della Cee ed al relativo trattato istitutivo: tuttavia, data la larga coincidenza delle caratteristiche di fondo dei tre trattati europei, sembra giustificato ammetterne la validità per il sistema comunitario in generale (salvi, naturalmente, i limiti derivanti nel sistema Ceca dal contenuto dell'art. 41).

zione dell'integrazione europea una rilevanza indubbiamente assai notevole. È infatti una constatazione assai agevole, per chi abbia un minimo di familiarità con le cose comunitarie, che proprio alla diretta applicabilità di certe norme è stato sovente affidato il compito di far progredire in certi settori l'integrazione, di fronte agli ostacoli di natura politica che incontra l'elaborazione di atti normativi destinati ad incidere direttamente sulle diversità di trattamento tuttora esistenti in base ai sistemi giuridici interni degli Stati membri, e sulla libertà di azione degli Stati stessi a questo riguardo. Valga per tutti l'esempio della liberalizzazione dello stabilimento e della prestazione dei servizi, settore nel quale gli anni recenti hanno visto sempre più rapidi progressi raggiunti ad opera della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità di fronte ad una quasi totale paralisi dell'attività normativa del Consiglio².

Può apparire, però, singolare che conseguenze pratiche così rilevanti abbiano potuto essere raggiunte sulla base di una nozione tutt'altro che chiarita. Da un lato, infatti, i Trattati europei non offrivano basi sufficienti per una sua chiara elaborazione. Anzi, la circostanza che l'art. 189 del Trattato di Roma riferisse la diretta applicabilità soltanto agli *atti* comunitari (e precisamente, ad una categoria ben determinata di essi: i regolamenti), poteva introdurre nel problema un elemento di complicazione, in quanto imponeva di stabilire in via preliminare se potessero considerarsi direttamente applicabili anche le *norme stesse* dei Trattati, ed in caso affermativo, se si trattasse dello stesso o di diverso fenomeno. Dall'altro, quando la giurisprudenza della Corte di giustizia iniziò a far ricorso alla nozione, lo fece senza attardarsi troppo a discuterne il contenuto, forse anche in seguito al fatto che la questione le fu posta in una procedura pregiudiziale *ex art. 177* Trattato Cee, e quindi già formulata nei suoi termini ad opera del giudice nazionale³. Sta di fatto, comunque, che invano si cercherebbe nelle numerosissime sentenze che hanno ammesso o negato la diretta applicabilità dell'una o dell'altra disposizione di diritto comunitario un esauriente inquadramento del problema. La Corte di giustizia si limita infatti normalmente ad enunciare i criteri che essa considera necessari per poter riconoscere l'esistenza di una norma di tal fatta, ed a verificarne la ricorrenza nel caso concreto⁴.

² Si vedano le indicazioni contenute in O. LOY, *Le dynamisme de la Cour de Justice des Communautés européennes dans la libération de l'établissement et des prestations de services*, in *Journal du droit int.*, 1975, p. 728 ss. La sentenza che ha iniziato, nello specifico settore, la giurisprudenza di cui si tratta è quella del 21 giugno 1974 (*Reyners c. Stato belga* causa 2/74), in *Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee (Raccolta)*, 1974, p. 631 ss. (su cui cfr. Y. LOUSSOUARN, *Droit d'établissement*, in *Revue trim. de droit européen*, 1975, p. 518 ss.).

³ Nel caso si trattava del giudice olandese, il quale aveva formulato la questione in modo da lasciare il dubbio che la stessa, così come proposta, riguardasse più il rapporto fra diritto comunitario e diritto nazionale, che non l'interpretazione del trattato in se stesso: si veda la notissima sentenza della Corte del 5 febbraio 1963 (*Van Gend & Loos c. Ammin. olandese delle imposte*, causa 26/62), in *Raccolta*, 1963, p. 1 ss.

⁴ Su tali criteri si veda oltre, paragrafi 13 ss.

Naturalmente, la questione non ha mancato di attirare l'interesse della dottrina, man mano che si faceva evidente la grande rilevanza assunta dalla giurisprudenza comunitaria in materia. Tuttavia, anche gli scrittori che si sono dedicati allo studio del problema si sono generalmente limitati ad analizzare i singoli aspetti delle norme «direttamente applicabili», richiamandosi per ciò che concerne l'impostazione più generale del problema alle enunciazioni contenute in alcune sentenze della Corte⁵. Dal canto suo, la dottrina italiana si è mantenuta piuttosto estranea al dibattito⁶. Essa ha generalmente preferito concentrare la propria attenzione su di un problema che si pone dal punto di vista del diritto costituzionale interno, impostando in via generale un problema di rapporti fra diritto comunitario e diritto interno⁷. Un angolo visuale di questo genere permette sicuramente di cogliere molti aspetti del fenomeno che sta alla base dell'applicabilità diretta delle norme comunitarie⁸, ma rimane evidentemente da dimostrare che si tratti dell'angolazione più

⁵ Nella dottrina straniera si vedano, soprattutto, F. DUMON, *La notion de «disposition directement applicable» en droit européen*, in *Cahiers de droit européen*, 1968, p. 369 ss.; G. BEBR, *Les dispositions de droit européen directement applicables*, in *Cahiers*, 1970, p. 3 ss.; L.-J. CONSTANTINESCO, *L'applicabilité directe*, cit., p. 2 ss.; A. KOLLER, *Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtliche Verträge und des EWG-Vertrages im innerstaatlichen Bereich*, Bern 1971, p. 149 ss.; J.A. WINTER, *Direct Applicability and direct effect. Two distinct and different concepts in Community law*, in *Common Market Law Review*, 1972, p. 425 ss.; R. KOVAR, *L'applicabilité directe du droit communautaire*, in *Journal du droit int.*, 1973, p. 279 ss.; A. PARRY-S. HARDY, *Eec Law*, London-New York 1973, p. 142 ss.

⁶ Si vedano, soprattutto, S. GAUDENZI, *La Cee come ente di governo. Riflessioni sulla normativa comunitaria direttamente applicabile*, Milano 1972, p. 88 ss.; F. SORRENTINO, *Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità europee*, II, Milano 1973, p. 3 ss.; R. MONACO, *Lineamenti di diritto pubblico europeo*², Milano 1975, p. 130 ss.

⁷ I contributi dedicati a questo tema sono ormai talmente numerosi che un elenco completo sarebbe impossibile, oltretutto fuori luogo, in questa sede. Si vedano, per tutti: M. UDINA, *Sull'efficacia delle norme delle Comunità europee nell'ordinamento italiano*, in *Diritto internaz.*, 1961, p. 123 ss.; B. CONFORTI, *Diritto comunitario e diritto degli Stati membri*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1966, p. 5 ss.; *Regolamenti comunitari, leggi nazionali e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1976, I, p. 542 ss.; A. MIGLIAZZA, *Le Comunità europee in rapporto al diritto internazionale ed al diritto degli Stati membri*, Milano 1964, p. 103 ss.; G. BARILE, *Limiti all'attuazione dei diritti europei e stranieri nell'ambito della comunità statale*, in *Comunicazioni e studi dell'Istituto di dir. internaz. e stran.* Dell'Università di Milano, XII (1966), p. 91 ss.; P. BARILE, *Rapporti fra norme primarie comunitarie e norme costituzionali e primarie italiane*, in *La Comunità int.*, 1966, p. 14 ss.; *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.* 1973, p. 2406 ss.; R. MONACO, *Diritto delle Comunità europee e diritto interno*, Milano 1967; *La costituzionalità dei regolamenti comunitari*, in *Foro it.*, 1974, I, 315 ss.; G. BISCOTTINI, *Considerazioni sulla rilevanza degli atti comunitari nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, p. 597 ss.; A. MATTIONI, *La rilevanza degli atti comunitari nell'ordinamento italiano*, Milano, 1971; G. M. UBERTAZZI, *Diritto comunitario e legge dello Stato*, in *Scritti in memoria di G. Donatuti*, Milano 1972, p. 1282 ss., e *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 1452 ss.; L. FERRARI BRAVO, *European Communities and the Italian Legal System*, in *Multitudo Legum Jus Unum. Festschrift für W. Wengler*, I, Berlin 1973, p. 135 ss.; F. SORRENTINO, *Corte costituzionale*, cit., I, p. 81 ss.; M. CAPURSO, *Criteri ermeneutici in ordine all'applicazione di norme comunitarie, convenzionali e derivate, confliggenti con norme primarie di diritto interno*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1975, p. 1057 ss.; F. POCAR, *Lezioni di diritto delle Comunità europee*², Milano 1979, p. 243 ss.

⁸ Si veda in particolare quanto osservato oltre, par. 10 ss., anche in merito all'art. 189 Trattato

idonea. In realtà, di ciò è possibile dubitare, almeno per due essenziali ragioni.

Anzitutto, è chiaro che i rapporti fra i due sistemi giuridici vanno considerati dal punto di vista dell'ordinamento dello Stato, ed alla luce, principalmente, delle norme costituzionali di questo, mentre le caratteristiche delle norme comunitarie vanno esaminate anzitutto nell'ambito dello stesso diritto comunitario, ed alla luce dei suoi caratteri specifici.

In secondo luogo, impostare il problema in termini di rapporti fra ordinamenti significa dare per dimostrato buona parte di ciò che si tratta precisamente di dimostrare. Non vi è dubbio, naturalmente, che all'inizio dell'esperienza comunitaria il principale problema da risolvere per consentire la creazione ed il funzionamento delle relative strutture fosse quello di assicurare la presenza e l'operare degli strumenti idonei a consentire l'attuazione del diritto comunitario negli spazi ad esso riservati, e che ciò inducesse a concentrare l'attenzione sui meccanismi costituzionali a tale scopo utilizzabili. Una volta accertato che l'instaurazione del sistema ha avuto regolarmente luogo, continuare a fissare l'attenzione sui meccanismi intesi ad introdurre nel sistema nazionale i valori normativi estranei significa, peraltro, dare per scontato che a proposito del diritto comunitario si riproduca la situazione consueta per ogni ipotesi di richiamo interno di norme e valori stranieri, siano essi di altri Stati o del sistema giuridico interstatale.

Invece, proprio questo è il punto che occorre mettere in discussione. Anticipando brevemente quello che risulterà dall'esposizione che segue, va sottolineato che il diritto comunitario, in quanto efficace nell'ambito della medesima sfera soggettiva nella quale opera il diritto interno, vi si applica nella sua autonomia ed unità senza necessità di alcuna «trasformazione» interna, che porterebbe ad una sua deformazione⁹. Ed è chiaro che, se tale è la posizione del diritto comunitario, le sue caratteristiche devono venire esaminate nell'ambito che gli è proprio, e non soltanto in relazione ad una sua pretesa applicazione nell'ambito del diritto interno dello Stato.

Da questo punto di vista, un riesame della questione appare senz'altro opportuno.

Cee ed agli effetti che in certi ordinamenti si è tentato di ricollegarvi per quanto riguarda il generale problema dei rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamento interno.

⁹ È questo il motivo per cui, a giudizio di chi scrive, la problematica inerente al direttamente applicabile non può essere – o almeno, non può essere interamente – risolta in quella del normale carattere *self-executing* delle norme contenute nei trattati internazionali (in senso contrario, v. però L. CONDORELLI, *Il giudice italiano e i trattati internazionali. Gli accordi self-executing e non self-executing nell'ottica della giurisprudenza*, Padova 1974, pp. 12, 55 nota, 85 in nota). Per l'accentuazione della funzione della Corte di giustizia della prospettiva di un ordinamento giuridico comunitario, cfr. F. SORRENTINO, *Corte costituzionale*, cit., II, p. 18 s.; e vedi anche oltre, par. 4. Per la prospettiva indicata nel testo, cfr. F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario dal punto di vista del giudice nazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1977, p. 497 ss., spec. p. 508.

2. *L'applicabilità diretta nella giurisprudenza della Corte di giustizia*

Indicando certe norme comunitarie come direttamente applicabili, la Corte intende normalmente sottolineare il fatto che esse sono idonee a dar vita a situazioni giuridiche soggettive favorevoli per i soggetti di diritto comunitario diversi dagli Stati *nei confronti di questi*: e ciò, a prescindere da qualsiasi ulteriore intervento, degli organi comunitari o degli Stati, sul piano amministrativo o legislativo.

In tal modo viene evidenziato un significato assai più ristretto di quello che potrebbe venire genericamente attribuito all'espressione «direttamente applicabile». È vero che spesso la precisione terminologica sembra mancare, sotto diversi profili. Anzitutto, si è parlato di applicabilità diretta (o immediata) a proposito della possibilità di applicare determinate norme del Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio o della Comunità economica europea (in particolare, gli articoli 85 e 86 di quest'ultimo) prima dell'emanazione di determinate norme di attuazione, o prima della fine del periodo transitorio¹⁰. Inoltre, la stessa espressione viene spesso sostituita da altre, evidentemente considerate equivalenti: si parla di «valore precettivo (immediato)», di «applicabilità immediata», di «efficacia diretta», «effetto interno», e simili¹¹. Nonostante queste incertezze, si può peraltro considerare sufficientemente determinata la situazione giuridica cui la Corte intende in tal modo riferirsi.

Deve, in primo luogo, trattarsi di un precetto imposto da una norma comunitaria agli Stati membri, ad esclusione delle situazioni in cui la norma stessa considera rapporti intercorrenti fra soggetti privati. In situazioni di questo secondo tipo, infatti, la problematica tipica delle norme direttamente applicabili non si pone, e l'eventuale ricorso ad una terminologia analoga copre in realtà ipotesi diverse, relative alla possibilità che l'applicazione di determinate disposizioni dei Trattati sia in vario modo condizionata o sospesa. In secondò luogo, la Corte ha di mira ipotesi nelle quali è in discussione l'esistenza di un rapporto giuridico diretto fra Stati membri e soggetto privato. In cui si discuta, ad esempio, se un privato possa pretendere da parte di uno Stato membro il rispetto dell'obbligo di non introdurre nuovi dazi doganali o tasse di effetto equivalente (articoli 9 e 12 Trattato Cee), o restrizioni quantitative (articoli 31 ss.), o di escludere discriminazioni per quanto riguarda i monopoli di carattere commerciale (art. 37), o di eliminare le restrizioni alla libertà di stabilimento (art. 52), e così via.

In ipotesi di tal genere, la giurisprudenza della Corte di giustizia è venuta costruendo la categoria delle norme direttamente applicabili. Per poterne esattamente apprezzare la portata ed il significato, è necessario analizzare da vicino la particolare situazione nella quale la Corte si è trovata a dover operare.

¹⁰ Si veda, per alcuni esempi, L.-J. CONSTANTINESCO, *L'applicabilité directe*, cit., p. 8 ss. anche in nota; A. PARRY-S. HARDY, *Eec Law*, cit., pp. 142 ss., 147.

¹¹ Si vedano le rassegne di F. DUMON, *La notion*, cit., p. 369 ss., e G. BEBR, *Les dispositions*, cit., p. 3 ss.

Come è ben noto, nel sistema dei Trattati di Roma il comportamento di uno Stato membro può essere oggetto di valutazione in sede giurisdizionale da parte della Corte di giustizia soltanto su iniziativa della Commissione oppure di un altro Stato membro (articoli 169 e 170 Trattato Cee; 141 e 142 Trattato Ceea). Al meccanismo di controllo giurisdizionale previsto dai Trattati rimangono, cioè, del tutto estranei i privati, i quali possono ricorrere alla Corte soltanto avverso atti delle istituzioni comunitarie (articoli 173 Trattato Cee e 146 Trattato Ceea)¹² e non dispongono di alcun mezzo (se non entro certi limiti nell'ambito del Trattato Ceca) di azione nei confronti degli Stati membri, neppure indirettamente attraverso l'esperimento di un ricorso c.d. in carenza contro l'eventuale inerzia della Commissione¹³.

Nella prassi applicativa del Trattato di Roma, è venuta tuttavia emergendo una possibilità, offerta dal sistema, che consente di superare lo stato di cose ora descritto.

Tale possibilità è costituita dal ricorso al meccanismo di cui all'art. 177 del Trattato Cee (e 150 Trattato Ceea). Poiché detto meccanismo rende possibile, ed a volte necessaria, la rimessione alla Corte di giustizia di questioni di interpretazione relative ai Trattati insorte in giudizi pendenti avanti ai giudici nazionali, l'instaurazione di un giudizio interno nei confronti dello Stato da parte di un privato diviene presupposto sufficiente per provocare una pronuncia da parte della Corte di giustizia in ordine alla portata di norme del Trattato che si assumano violate dallo Stato membro. In tal modo, l'intervento della Corte conduce alla valutazione del comportamento di quest'ultimo, non direttamente attraverso una sentenza, eventualmente di condanna, emanata al termine della procedura c.d. di infrazione, ma indirettamente, attraverso l'inserimento della decisione della Corte nel giudizio interno destinato eventualmente a concludersi con una sentenza di tal genere¹⁴.

¹² Per considerazioni generali sulla tutela degli interessi privati nei sistemi comunitari, cfr. S.M. CARBONE, *Organi comunitari*, cit., p. 12 ss., e sui vari tipi di azioni previste dai Trattati, v. da ultimo A. TIZZANO, *La Corte di giustizia delle Comunità europee*, I, Napoli 1967, p. 149 ss.

¹³ È noto, infatti, che nell'ambito del sistema Ceca il meccanismo del ricorso in carenza ha potuto essere utilizzato anche al fine di obbligare l'Alta Autorità ad intraprendere la procedura di constatazione di infrazione da parte degli Stati membri: cfr. le sentenze della Corte di giustizia del 23 aprile 1956 (*Groupement des Industries sidérurgiques luxembourgeoises c. Alta Autorità*, cause 7 e 9/54), in *Raccolta*, II (1955-56), p. 51 ss., e del 4 febbraio 1959 (*De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. Alta Autorità*, causa 17/57), in *Raccolta*, V (1958-59), p. 13 ss. Ciò non è invece accaduto nel sistema Cee: cfr., per le differenze fra i due sistemi, K. ROEMER, *Die Untätigkeitsklage im Recht der europäischen Gemeinschaften*, in *Sozial Economische Wetgeving*, 1966, p. 1 ss., e A. MIGLIAZZA, *Commento all'Art. 35*, in *Commentario del trattato istitutivo della Ceca* diretto da R. Quadri, R. Monaco e A. Trabucchi, I, Milano 1970, p. 424 ss.; A. TIZZANO, *Commento all'art. 175*, in *Commentario del trattato istitutivo della Cee*, III, Milano 1965, p. 1289 ss.

¹⁴ Sulla procedura prevista dall'art. 177, e sul suo significato, si veda la penetrante indagine di L. FERRARI BRAVO, *Commento all'art. 177*, in *Commentario Cee*, cit., III, p. 1310 ss.; *Problemi interpretativi dell'art. 177 del Trattato Cee*, in *Comunicazioni e studi*, XII (1966), p. 417 ss. Per alcuni esempi particolarmente illuminanti del fenomeno, cfr. oltre alle sentenze citate oltre a proposito del problema del direttamente applicabile, la decisione della Corte di giustizia del 1° luglio 1969 (*So-*

La prassi ha condotto ad un'ampia applicazione della possibilità ora menzionata: ed è proprio in tale contesto che si è venuta enucleando la nozione di norma direttamente applicabile.

È evidente, infatti, che il meccanismo descritto poteva in concreto condurre all'affermazione di responsabilità di uno Stato membro, o comunque alla disapplicazione di norme interne da esso poste e contrastanti con i Trattati da parte del giudice interno, soltanto in quanto le norme comunitarie invocate potessero essere da quest'ultimo applicate, perché idonee a regolare direttamente ed immediatamente il rapporto in questione. Non così, invece, ove quelle norme, pur imponendo agli Stati determinati obblighi, risultassero inidonee ad essere concretamente applicate dal giudice interno, per essere tali obblighi inerenti al settore dei rapporti interstatali e non trasponibili a livello di rapporti interindividuali in difetto di ulteriori interventi legislativi od amministrativi da parte degli Stati. In ogni ipotesi in cui una norma comunitaria implicante un obbligo a carico degli Stati membri viene fatta valere avanti ai giudici nazionali, si pone dunque il problema di stabilire se essa possa essere da questi applicata: se essa sia, nella terminologia della Corte, *direttamente applicabile* da parte dei giudici stessi.

Dati i termini in cui il problema si pone, è chiaro che per la Corte porsi la domanda ora indicata equivale a chiedersi se la norma in questione attribuisca ai singoli nei confronti degli Stati membri diritti che i giudici nazionali devono tutelare. Non si tratta che di due facce dello stesso problema, attinenti l'una alla prospettiva nella quale si pone l'interessato, l'altra alle caratteristiche della norma. Si spiega così facilmente come i due aspetti si trovino quasi sempre evidenziati insieme nel linguaggio adottato dalla Corte per caratterizzare l'identico fenomeno.

In conclusione: il ricorso alla nozione di norma direttamente applicabile compiuto dalla Corte al fine di indicare l'ipotesi in cui determinate norme comunitarie¹⁵ impongono agli Stati membri determinati obblighi facendo nel contempo sorgere in capo ai singoli le corrispondenti situazioni giuridiche soggettive favorevoli. Inoltre tale ricorso viene fatto in connessione con un procedimento pendente avanti a giudici nazionali, al preciso scopo di far sì che la norma dichiarata immediatamente (o direttamente) applicabile venga in concreto fatta valere dal giudice stesso nei confronti dello Stato membro. In tal modo, all'individuo che fa valere un suo diritto viene rimessa la funzione di promuovere la stessa applicazione del diritto comunitario nei confronti degli Stati membri.

È opportuno esaminare ora più da vicino l'origine della nozione nella giurisprudenza della Corte.

cial Fonds voor de Diamantarbeiders c. Brachfeld & Sons e Chougol Diamond Co., cause 2 e 3/69, in *Raccolta*, XV (1969), p. 211 ss.

¹⁵ Ed in particolare, contenute nel Trattato istitutivo della Cee, per quanto osservato sopra alla nota 1.

3. *Il collegamento fra la nozione di applicabilità diretta e l'affermazione dell'esistenza di un autonomo ordinamento giuridico delle Comunità*

La prima occasione in cui la Corte di giustizia si trovò a discutere con una certa ampiezza la possibilità di considerare come direttamente applicabile una norma dei Trattati fu il notissimo caso *Van Gend & Loos*¹⁶, in cui la questione interpretativa, vertente sull'art. 12 del Trattato Cee, le venne deferita da una giurisdizione olandese. Avanti a quest'ultima, era stata eccepita l'illegittimità di una disposizione doganale olandese per contrarietà al disposto dell'art. 12. Alcuni dei Governi che ebbero a presentare osservazioni nel corso della procedura eccepirono una pretesa incompetenza della Corte a pronunciarsi sul quesito proposto, che avrebbe importato la soluzione di un problema attinente allo stato del diritto interno – ed in particolare, del diritto costituzionale – del Regno dei Paesi Bassi. E ciò perché, in definitiva, si sarebbe trattato di decidere sulla possibilità che una norma di origine internazionale avesse la prevalenza su di un'altra direttamente posta dal legislatore interno¹⁷.

La Corte escluse nettamente la fondatezza di una simile eccezione, sulla considerazione che «si trattava di pronunciarsi esclusivamente, in conformità all'art. 177 (a) del Trattato (Cee), sull'interpretazione dell'articolo 12 del Trattato stesso nell'ambito del diritto comunitario e sotto il profilo della sua incidenza sui singoli»¹⁸. Ora quest'affermazione, che la Corte avanza in modo apparentemente apodittico e quasi casuale, va in realtà collegata alle successive considerazioni esposte in sede di valutazione del merito: ed alla luce di queste acquista un rilevantis-

¹⁶ Corte di giustizia, 5 febbraio 1963 (*Van Gend & Loos c. Ammin. olandese delle imposte*, causa 26/62), in *Raccolta*, IX, (1963), p. 1 ss. La decisione è ribadita da quella immediatamente successiva del 27 marzo 1963 (*Da Costa en Schaake NV c. Ammin. olandese imposte*, causa 28, 29 e 30/62), in *Raccolta*, IX, p. 57 ss. Le decisioni hanno formato oggetto di numerosissimi commenti, essendosene immediatamente percepita l'importanza: si vedano in particolare, J. ROBERT, *Sur une égalité des droits devant la Communauté économique européenne des ressortissants des Etats membres avec ces Etats eux-mêmes*, in *Sirey*, 1963, Chron., p. 29 ss.; J. AMPHOUX, *A propos de l'arrêt 26/62 rendu le 5 février 1963 par la Cour de Justice des Communautés européennes*, in *Rev. gén. droit int. public*, 1964, p. 110 ss.; E. BÜLOW, *Zur unmittelbaren Wirkung von Stillhalteverpflichtungen im EWG-Vertrag*, in *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 1963, p. 162 ss.; F. DURANTE, *Giudizio pregiudiziale, rapporti fra ordinamenti e principio di effettività nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. dir. int.*, 1963, p. 415 ss.; N. RONZITTI, *L'art. 12 del Trattato istitutivo della Cee ed i rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamenti degli Stati membri*, in *Foro it.*, 1964, IV, 98 ss.; A. MIGLIAZZA, *Le Comunità europee*, cit., p. 46 ss.

¹⁷ Cfr. le argomentazioni riferite in *Raccolta*, cit., IX, p. 15 ss. In realtà, questa obiezione era fondata soltanto ove si considerasse il problema dal punto di vista del diritto interno, secondo la prospettiva normalmente adottata in sede di valutazione del carattere *self-executing* di determinate norme pattizie: non, invece, ove la questione di interpretazione nell'ambito comunitario e la questione di applicazione nell'ambito nazionale fossero tenute, come devono essere, nettamente separate. Cfr. in questo senso, L. FERRARI BRAVO, *Problemi interpretativi*, cit., p. 437 ss. spec. nota 35.

¹⁸ *Raccolta*, IX, p. 21. Il corsivo è aggiunto.

simo valore di principio, essenziale al fine di ricostruire la posizione espressa dai giudici nella materia considerata.

Trattandosi di stabilire se «l'articolo 12 del Trattato abbia efficacia immediata negli ordinamenti interni degli Stati membri»¹⁹, la Corte premette che «per accertare se le disposizioni di un Trattato internazionale abbiano tale valore, si deve aver riguardo allo spirito, alla struttura ed al tenore di esso». Osserva, poi, che lo scopo del Trattato «implica che esso va al di là di un accordo che si limitasse a creare degli obblighi reciproci fra gli Stati contraenti» e che in vista di una serie di circostanze²⁰ si deve concludere che «la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini»²¹.

Tali affermazioni, spesso criticate ed in realtà criticabili se prese in se stesse²², sono però estremamente significative ai fini della ricostruzione dell'esatta posizione della Corte. Con esse, infatti, la Corte di giustizia compie una fondamentale scelta di principio, sempre mantenuta in seguito, che influenza profondamente il modo di essere del diritto comunitario ed i suoi rapporti con quello degli Stati membri. Viene in sostanza ripudiata la costruzione del diritto comunitario come semplice complesso di obblighi interstatali, condizionati nella loro applicabilità all'interno degli Stati al modo di essere dei relativi sistemi giuridici secondo la tradizionale metodologia dell'adattamento al diritto internazionale. Al contrario, il

¹⁹ Ivi, p. 22.

²⁰ E precisamente, il preambolo del Trattato con il suo richiamo ai «popoli»; la instaurazione di organi investiti istituzionalmente di poteri sovrani da esercitarsi nei confronti sia degli Stati membri che dei loro cittadini; la collaborazione dei cittadini degli Stati membri alle attività comunitarie attraverso il Parlamento europeo ed il Comitato economico e sociale; la funzione attribuita alla Corte ex art. 177, che dimostra come gli Stati abbiano riconosciuto al diritto comunitario un'autorità tale da poter essere fatto valere dai loro cittadini avanti ai giudici interni (*Raccolta*, IX, pp. 22-23).

²¹ *Raccolta*, IX, p. 23.

²² Se non altro perché i termini del problema non risultano adeguatamente chiariti: da un lato, la Corte sembra voler valutare il carattere c.d. *self-executing* delle norme pattizie in base a caratteristiche proprie del trattato in se stesso (in qualche modo riecheggiando il famoso parere della Corte permanente di giustizia internazionale nel caso relativo alla *Competenza dei tribunali di Danzica*, che fa perno sulla volontà delle Parti contraenti: 3 marzo 1928, C.P.J.I., Publ., *Serie A/B*, n. 28, p. 17, e su di esso A. KOLLER, *Die unmittelbare Anwendbarkeit*, cit., p. 37 ss.), senza tenere opportunamente distinti il profilo attinente alle caratteristiche delle norme comunitarie in quanto tali da quello relativo ai loro effetti interni; dall'altro introduce, sulla base di nozioni non sufficientemente sviluppate, una tematica – come quella relativa alle caratteristiche dell'ordinamento comunitario –, che rispetto al *thema decidendum* non appare immediatamente rilevante, in quanto il carattere *self-executing* non è fatto dipendere dalla natura complessiva del sistema. Per considerazioni critiche sotto questo profilo, cfr. L. FERRARI BRAVO, *Problemi interpretativi*, cit., p. 438 s.; F. SORRENTINO, *Corte costituzionale*, cit. II, p. 14 ss. In realtà, come si osserva di seguito nel testo, le osservazioni della Corte hanno una loro ben precisa rilevanza sotto il profilo politico come fattori, esse stesse, di integrazione.

diritto comunitario viene valorizzato nella sua caratteristica organica di costituire un autonomo ordinamento giuridico, con proprie fonti, soggetti e garanzie. Si tratta di una scelta fondamentale, successivamente ribadita nella non meno celebre sentenza del 15 luglio 1964 nel caso *Costa c Enel*²³, che nel riaffermare l'esistenza di un ordinamento giuridico proprio delle Comunità ne sottolinea il carattere di «integrazione» negli ordinamenti giuridici degli Stati membri²⁴, e mai abbandonata in seguito. Alla luce di una posizione siffatta, e solo in tale prospettiva, si spiega chiaramente come la Corte abbia potuto superare l'eccezione, mossa da alcuni Governi nel procedimento sopra ricordato, relativa all'incompetenza a pronunziarsi in materia di efficacia di norme dei Trattati nell'ordinamento degli Stati membri. L'eccezione, ben difficilmente superabile se si ha riguardo al valore delle norme stesse nel diritto interno²⁵, perde ogni significato se la nozione di applicabilità diretta viene riferita, non più alla posizione nell'ambito del diritto interno, ma soltanto all'ordinamento giuridico comunitario.

Dalle sentenze ora ricordate, e dalle analoghe affermazioni spesso ripetute in seguito dalla Corte, emergono dunque i seguenti punti fermi:

a) l'autonomia dei sistemi giuridici comunitari in quanto tali, ed il conseguente fondamento in tali sistemi delle posizioni giuridiche soggettive previste dai Trattati;

b) la loro integrazione in quelli degli Stati membri, come conseguenza dell'identità della relativa base sociale e dell'utilizzazione di strumenti di garanzia propri dei secondi da parte dei primi;

c) l'individuazione nella procedura di cui all'art. 177 Trattato Cee (e 150 Ceea) di una particolare forma di garanzia del diritto comunitario attuata attraverso

²³ Corte di giustizia, 15 luglio 1964 (*Costa c. Enel*, causa 6/64), in *Raccolta*, X (1964), p. 1127 ss. Anche le considerazioni contenute in questa sentenza, criticabilissime se prese con riferimento al caso deciso, trovano la loro giustificazione nella prospettiva delineata nel testo.

²⁴ Nel senso che l'ordinamento comunitario coesiste con l'ordinamento statale, nello spazio lasciato libero da questo, dirigendosi agli stessi destinatari del secondo ed utilizzandone in parte i procedimenti di attuazione delle norme. Nella definizione del Monaco, le fonti di un ordinamento valgono come fonti di un ordinamento diverso ponendo norme che sono immediatamente applicabili ai soggetti di quest'ultimo: R. MONACO, *Natura ed effetti dei regolamenti delle Comunità europee*, in *Riv. dir. int.*, 1961, p. 401 ss.; *Diritto comunitario e diritto interno davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1964, I, 1, 1312; *La costituzionalità*, cit. p. 320; *Lineamenti*, cit., p. 101 ss. Si veda anche G. BARILE, *Sulla struttura delle Comunità europee*, in *Riv. dir. int.*, 1964, p. 20 ss. In senso contrario alla nozione, cfr. G. PAU, *Il trattato istitutivo della Comunità economica europea e la sua attuazione nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int.*, 1967, p. 254 ss.; A. BERNARDINI, *Regolamento comunitario e legge statale*, in *Riv. dir. int.*, 1969, p. 249 ss., ma sulla base di presupposti che non sembra di poter condividere.

²⁵ In tale prospettiva, infatti, non si può evitare di porsi il problema del modo e dei limiti in cui le norme comunitarie, quale che ne sia l'interpretazione sul piano del sistema al quale appartengono, possano essere attuate nell'ambito di un sistema diverso, e cioè di quello statale: e l'atteggiamento di quest'ultimo non può non essere determinante in fatto. Cfr. L. CONDORELLI, *Il giudice italiano*, cit., spec. p. 61 ss., che sulla necessaria dipendenza del carattere *self-executing* della norma pattizia dal modo di essere del diritto interno ha particolarmente insistito.

so la compenetrazione del procedimento pregiudiziale avanti alla Corte di giustizia con quello avanti al giudice nazionale, su istanza del privato, individuandosi per ciò stesso un ulteriore mezzo di tutela dei diritti dei singoli nei confronti degli Stati membri²⁶.

A distanza di oltre un decennio dalla presa di posizione della Corte di giustizia, si può affermare che l'esistenza di un autonomo sistema giuridico comunitario con i caratteri sommariamente indicati è venuta definitivamente affermandosi come realtà storica, anche attraverso il diffuso ed esplicito riconoscimento da parte delle più elevate giurisdizioni degli Stati membri²⁷ ed il frequente concorso degli organi giurisdizionali interni nell'attuazione, con il meccanismo dell'art. 177 del Trattato di Roma, dell'ordinamento comunitario, ed in ispecie delle sue norme direttamente applicabili²⁸. È quindi in relazione a tale ordinamento, e soltanto ad esso, che il problema della diretta applicabilità va esaminato²⁹.

²⁶ Sul punto, cfr. L.-J. CONSTANTINESCO, *L'applicabilité*, cit., p. 22 ss. R. KOVAR, *Le droit des personnes privées à obtenir devant la Cour des Communautés le respect du droit communautaire par les Etats membres*, in *Ann. français droit international*, 1966, p. 532 ss.

²⁷ Si vedano, ad esempio, le sentenze della Corte di cassazione belga del 27 maggio 1971, *Stato belga c. Fromageries franco-suisse Le Ski*, in *Journal des tribunaux*, 1971, 529, nota J. Salmon; *Cahiers*, 1971, 561, nota P. PESCATORE; *Rev. trim. droit eur.*, 1971, p. 494 ss.; del Bundesgerichtshof, 6 giugno 1973, *Schellinger*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1973, 1562 ss.; del Bundesverfassungsgericht, 9 giugno 1971 n. 15, *Lütticke*, in *Entscheidungen des BvG*, Bd. 31, p. 145 ss.; *Euro-pacecht*, 1971, p. 56 ss.; della Corte costituzionale italiana, 27 dicembre 1973 n. 183, in *Foro it.*, 1974, I, 314, nota R. MONACO; *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1974, 508; *Giur. it.*, 1974, I, 1, 513, nota M. Berti, e 864, nota D. MALTESE; *Dir. prat. trib.*, 1974, II, 148 e 245, nota F. SORRENTINO; *Giust. civ.*, 1974, III, 410; *Giur. cost.* 1973, 2401 nota P. BARILE; *Riv. dir. int.*, 1974, 130; della Corte di cassazione francese, 24 maggio 1975, *Amm. finanze c. Soc. Cafés J. Vabre*, in *Rev. trim. droit eur.*, 1975, 336. Su questa giurisprudenza, cfr. da ultimo J.-V. LOUIS, *Sur le thème: recours constitutionnel et primauté du droit communautaire*, in *Giur. cost.*, 1975, p. 3227 ss.

²⁸ Cfr. in proposito, P. PESCATORE, *L'applicabilité directe des traités européens par le juridictions nationales: la jurisprudence nationale*, in *Revue trim. droit eur.*, 1969, p. 697 ss.; *L'attitude des juridictions nationales à l'égard du problème des effets directs du droit communautaire*, *ivi*, 1970, p. 296 ss.

²⁹ L'esistenza di un ordinamento giuridico proprio delle comunità europee, con caratteristiche ad esso particolari, viene considerato nel testo come realtà ormai storicamente affermatasi anche in virtù dell'opera svolta sul piano giurisprudenziale dalla Corte di giustizia delle Comunità, prescindendo da ogni approfondimento di carattere teorico. Si vuole soltanto sottolineare come, ad avviso di chi scrive, siano interamente da condividere le considerazioni svolte da B. CONFORTI, *Commento all'art. 1*, in *Commentario al Trattato Ceca*, cit., vol. I, p. 35 ss., nel senso che ciò che realmente importa è l'esatta ricostruzione della realtà comunitaria, e che a tal fine il riconoscimento dell'esistenza di un sistema unitario di norme e principi, a proposito di ciascuna comunità, si impone. Che poi questo sistema possa essere correttamente definito come ordinamento giuridico o no, è problema in definitiva terminologico, e comunque dipendente da considerazioni di ordine puramente teorico, sulle quali non è qui il caso di indugiare. Si vogliono soltanto sottolineare ancora due aspetti. Anzitutto, appare senz'altro da ammettere che, sulla base della realtà attuale, lo sviluppo del diritto comunitario imponga il riconoscimento di ben determinate situazioni giuridiche di soggetti privati, come tali individuate e protette dal diritto stesso: la tesi sostenuta da G. BALLADORE PALLIERI, *Le Comunità europee e gli ordinamenti interni degli Stati membri*, in *Dir. int.*, 1961, p. 3 ss., e ripresa poi da U.M. ACCARINO, *Gli atti delle Comunità europee*, Napoli, 1970, p. 54 ss., secondo la quale

4. Norme comunitarie direttamente applicabili e norme pattizie self-executing

Si potrebbe ritenere – ed è stato talvolta ritenuto³⁰ – che la nozione di applicabilità diretta, almeno in quanto riferita a norme contenute nei Trattati europei³¹, si identifichi con quella di norme *self-executing*, tradizionale a proposito di qualsiasi trattato internazionale, e si risolva quindi interamente in essa. In realtà quanto osservato sinora porta a ritenere esattamente il contrario.

Norme pattizie *self-executing*, secondo il significato più generalmente accolto, devono essere considerate quelle che, indirizzandosi al *judicial*, e non al *political department* (per usare l'incisiva terminologia di una non recente ma celebre decisione nordamericana), sono idonee ad essere applicate immediatamente dal giudice interno, una volta che il trattato nel suo insieme sia applicabile nell'ambito del sistema dello Stato che ne è parte, in virtù dei principi di quest'ultimo³². E per po-

la protezione di dette situazioni sarebbe soltanto una conseguenza occasionale ed indiretta dei mezzi utilizzati dall'ordinamento obiettivo per conseguire la propria attuazione, non sembra esprimere il reale funzionamento del sistema. Contro tale tesi cfr. B. CONFORTI, *Sulla natura giuridica delle Comunità europee in Scritti dedicati ad Alessandro Raselli*, I, Milano, 1971, p. 565 ss.; S.M. CARBONE, *Organi comunitari*, cit., p. 18 ss. Sul carattere interindividuale degli ordinamenti comunitari, si veda anche R. AGO, *Il Trattato istitutivo della Comunità europea per l'energia atomica (Euratom)*, in *Il diritto dell'energia nucleare*, Milano, 1961, p. 87 ss.

In secondo luogo, si vuole segnalare come detta realtà induca a meditare – una volta escluso, come chi scrive ritiene si debba, che l'ordinamento comunitario debba considerarsi come avente carattere originario, secondo la tesi sostenuta ad es. da G. MORELLI, *Stati ed individui nelle organizzazioni internazionali*, in *Riv. dir. int.*, 1957, p. 3 ss., spec. 21 ss.: ed in questo senso, la menzione della «definitiva» affermazione nella realtà dell'ordinamento giuridico comunitario non vuole certo implicare che esso non rimanga poi condizionato dall'atteggiamento degli Stati come soggetti di diritto internazionale (v. A. MIGLIAZZA, *Le Comunità europee*, cit., p. 37 ss.) – sulla necessità di superare la rigida separazione tra diritto internazionale e diritto interno sotto il profilo dell'ambiente sociale che sta alla base dei rispettivi ordinamenti. In altri termini, di fronte alla realtà di un ordinamento giuridico di origine non statale avente come destinatari anche individui, e necessario chiedersi se la tesi della rigida separazione tra ambiente sociale «interno» ed «internazionale» non debba venire abbandonata a favore del riconoscimento della necessaria inerenza del diritto tanto interno quanto internazionale ad un identico ambiente sociale, costituito dalla società universale: per alcuni notevoli spunti in questo senso, cfr. P. ZICCARDI, *Diritto internazionale odierno. Nozione e contenuto*, I, Milano 1964, spec. p. 89 ss., e G. ARANGIO RUIZ, *The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations, with an Appendix*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de la Haye*, 1972-III, p. 421 ss., a pp. 660 ss., 686. Per considerazioni ancora più generali, si veda G. BOSCO, *Diritto delle genti e diritto internazionale*, in *Um Recht und Freiheit. Festschrift für F. A. von der Heyde*, Berlin, 1977, p. 85 ss.

³⁰ Cfr., ad es., L. CONDORELLI, *Il giudice italiano*, cit., pp. 12 e 55, pur senza esaminare specificamente la questione; F. SORRENTINO, *Corte costituzionale*, cit., II, p. 15. Per altre considerazioni sul punto, cfr. G. BEBR, *Les dispositions*, cit., p. 3 ss.; J.A. WINTER, *Direct Applicability*, cit., p. 427 ss.

³¹ E non ai regolamenti comunitari, per i quali l'esistenza della norma apposita contenuta nell'art. 189 del Trattato Cee può condurre a diverse conclusioni.

³² Si tratta della celebre decisione del *Chief Justice Marshall* nel caso *Foster and Elam v. Neil-*

ter formulare un simile giudizio di idoneità, oltre ad un ovvio riferimento al tenore della norma pattizia³³, è necessario un riferimento anche al modo di essere del diritto interno dello Stato rispetto al quale il problema si pone, nel particolare momento storico in cui si pone.

Assumono, insomma, un'ineliminabile rilevanza l'inquadramento della norma pattizia³⁴ nel sistema del diritto interno, ed il giudizio circa il rapporto in cui la prima si pone con il secondo. Soltanto nel caso che quest'ultimo sia già conformato in modo da consentire l'attuazione della norma internazionale, questa potrà venire senz'altro applicata dal giudice: in caso contrario, si tratterà di norma non *self-executing*, come tale inapplicabile sino a che non siano intervenuti i provvedimenti interni che modifichino od integrino il diritto interno dello Stato³⁵. Tutto ciò, del resto, non è che la naturale conseguenza del fatto che nell'ordinamento giuridico internazionale, sede nella quale lo strumento pattizio prende vita, non vi è posto, in linea di principio, per alcuna situazione giuridica soggettiva di individui, che può sorgere soltanto nell'ordinamento statale a seguito dell'adattamento, ove esso sia idoneo a condurre ai risultati desiderati.

Diversamente accade, come in parte si è visto, a proposito del diritto comunitario. In esso, in presenza di norme direttamente applicabili, si verifica il fenomeno della creazione diretta ed immediata di diritti dei singoli nei confronti degli Stati membri *già nello stesso diritto comunitario*, a prescindere da qualsiasi attuazione interna. L'interprete situato nell'ambito del diritto interno trova davanti a sé il diritto del singolo già sorto in un sistema diverso dal proprio, ma in esso integrato: si tratta soltanto di attuarlo in concreto. Ma l'attuazione riguarda, appunto il diritto già sorto: non la norma stessa che deve farlo sorgere. Non vi è quindi uno

son, 27 U.S. (Pet) 253, a p. 314 (1829). Su tale decisione, cfr. A.E. EVANS, *Self-Executing Treaties in the United States of America*, in *The British Year-Book of Int. Law*, 1953, p. 178 ss.; G. CASSONI, *L'adeguamento del diritto interno al diritto internazionale nell'ordinamento americano*, Milano 1961, p. 51 ss.; L. CONDORELLI, *Il giudice italiano*, cit., p. 29 ss., per un chiaro inquadramento del problema nella situazione legislativa e costituzionale degli Stati Uniti.

³³ Sotto questo profilo, può considerarsi necessario il riferimento alla «volontà delle Parti contraenti», valorizzata dal noto parere del 3 marzo 1928 della Corte permanente di giustizia internazionale (*supra*, nota 22): e sulla diffusione della tesi, cfr. M. WAELBROECK, *Traités internationaux et juridictions internes dans les pays du Marché Commun*, Bruxelles 1969, p. 163 ss.; P. DE VISCHER, *Les tendances internationales des Constitutions modernes*, in *Recueil des Cours*, 1952-1, p. 559 ss. Se, invece, si volesse ritenere che il riferimento alla volontà delle Parti contraenti è di per sé decisivo ai fini del riconoscimento del carattere *self-executing* della norma, sarebbero inevitabili le critiche di L. CONDORELLI, *Il giudice italiano*, cit., p. 79 ss.

³⁴ Si parla qui di norma pattizia con riferimento al suo contenuto, senza voler prendere posizione, sulla questione se la sua applicazione interna importi trasformazione in norma interna parallela oppure se la norma internazionale possa essere applicata come tale: in questo secondo senso, da ultimo, configurando l'ordine di esecuzione come atto che rende applicabili i trattati internazionali all'interno del sistema italiano, si vedano le suggestive osservazioni di L. CONDORELLI, *Il giudice italiano*, cit., spec. p. 141 ss. (e si veda, anche, quanto osservato sopra, nell'ultima parte della nota 29).

³⁵ Per un'ampia casistica, e la precisazione degli effetti che anche le norme non *self-executing* sono idonee a produrre, vedi ancora L. CONDORELLI, *Il giudice italiano*, cit., p. 97 ss.

specifico problema derivante dalla necessaria attuazione della norma internazionale nell'ambito del diritto interno, e dalla subordinazione di tale attuazione al modo di essere di quest'ultimo. Eventuali ostacoli derivanti dal diritto interno non possono riguardare la situazione giuridica comunitaria come tale – che già si realizza, per conto suo, nell'ambito che le è proprio –, ma soltanto l'ulteriore realizzazione del diritto individuale per altri motivi³⁶.

Che sia così, del resto, emerge anche da un altro ordine di considerazioni. Una volta ricondotto il problema dell'applicabilità diretta all'ordinamento giuridico comunitario come tale, risulta evidente che non se ne può far dipendere la soluzione dalla configurazione dei diritti interni degli Stati membri, che può ben essere diversa, senza compromettere in modo inaccettabile l'uniformità di applicazione del diritto comunitario, che proprio l'art. 177 ha la funzione di garantire³⁷. Anche questo specifico profilo, d'altronde, è stato sottolineato dalla Corte di giustizia nel modo più reciso³⁸.

In tal modo, la situazione giuridica soggettiva prevista dalle norme comunitarie direttamente applicabili sorge nello stesso ordinamento giuridico delle Comunità, nel quale gli Stati si trovano accanto ai privati come destinatari dello stesso complesso di norme, che a differenza del diritto internazionale non considera soltanto rapporti a carattere interstatale. Correlativamente, l'obbligo statale prende vita, non soltanto nei confronti degli altri Stati membri, ma anche nei confronti dei privati, al di fuori dell'ordinamento giuridico dello Stato, sebbene in un sistema integrato in esso.

La rilevanza della costruzione giurisprudenziale tracciata dalla Corte di giustizia si coglie proprio riflettendo a questa individuazione nell'ordinamento comunitario, e soltanto in esso, del terreno sul quale la situazione giuridica del singolo nasce. Non si tratta affatto di una differenza meramente nominalistica, o di una sfumatura di carattere teorico, su cui non varrebbe, come tale, la pena di soffermarsi. Riconducendo infatti all'ordinamento comunitario il sorgere della situazione giuridica individuale, ed affermando che essa si impone al giudice nazionale come realtà che deve essere rispettata assicurandone la tutela, detta posizione giuridica viene per ciò stesso sottratta ad ogni condizionamento o limitazione che po-

³⁶ Si tratta quindi, come meglio si vedrà oltre, par. 10, di limiti evidentemente meno intensi rispetto alla normale esecuzione di trattati internazionali. La distinzione tra il livello comunitario e quello interno, sulla quale si insiste qui, non appare tenuta nella debita considerazione da parte di quegli autori (come, ad es., A. TIZZANO, *Pretesa diversità di effetti del Gatt e dei trattati comunitari nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 1973, I, 2445) che sottopongono a serrata critica gli orientamenti diffusi nella pratica e tendenti a differenziare, ai fini dell'esecuzione interna, i trattati comunitari da tutti gli altri. Se tale critica è certamente fondata con riguardo agli argomenti fatti valere, sembra però a chi scrive che le differenze poste in rilievo nel testo non possano essere trascurate.

³⁷ Cfr. L. FERRARI BRAVO, *Problemi interpretativi*, cit., p. 419 ss.

³⁸ Si vedano infatti le sentenze del 3 aprile 1968 (*Molkerei-Zentrale Westfalen Lippe c. Hauptzollamt Paderborn*, causa 28/67), in *Raccolta*, XIV (1968), 1968 (*Salgoil c. Min. commercio estero*, p. 192 ss., a p. 207; e del 19 dicembre causa 13/68), in *Raccolta*, XIV, p. 602 ss., a p. 614.

trebbe derivarle dall'attuazione interna della norma di origine estranea. Viene, in altri termini, sottratta a quel taglio, alla luce del diritto interno, delle norme che ne assicurano il sorgere, che costituisce appunto l'essenza caratteristica dell'attuazione interna dei trattati internazionali. E ciò, ben si comprende, contribuisce non poco all'affermazione della tutela dei diritti individuali, rendendoli di per sé insensibili agli eventuali ostacoli che la conformazione del diritto interno potrebbe contrapporvi.

Una vicenda giurisprudenziale recente, riguardante il nostro Paese, si presta in modo particolare ad illustrare quanto ora affermato.

Alcuni regolamenti comunitari³⁹ avevano imposto agli Stati membri l'onere finanziario di un certo contributo alla corresponsione di un premio. Poiché lo Stato italiano non aveva provveduto all'indicazione dei mezzi necessari per far fronte alla nuova spesa con apposito provvedimento interno, il Ministero interessato aveva subordinato la corresponsione del premio agli aventi diritto all'emanazione di tale provvedimento, facendo valere la relativa mancanza dinanzi al giudice interno, di fronte al quale era stato convenuto, quale motivo di inefficacia dei regolamenti Cee all'interno dell'ordinamento giuridico italiano. Rimessa la questione alla Corte di giustizia comunitaria ex art. 177 Trattato Cee, la norma comunitaria fu da questa considerata direttamente applicabile nonostante la mancanza di copertura finanziaria, ed il giudice interno si conformò, in virtù dei principi, a tale soluzione, successivamente ribadita, anche se ad altro proposito, da una notissima decisione della Corte costituzionale⁴⁰.

In tal modo la mancanza di copertura finanziaria, che certamente avrebbe potuto costituire motivo di ostacolo all'applicazione interna della norma se il problema si fosse posto esclusivamente nell'orbita del sistema giuridico italiano, divenne irrilevante ai fini della creazione della situazione giuridica individuale, sorta nell'ambito di un sistema rispetto al quale il requisito della copertura finanziaria era del tutto irrilevante perché attinente alla specifica organizzazione costituzionale di un singolo Stato membro⁴¹.

³⁹ E precisamente i regolamenti n. 1975/69 e 2195/69 in materia di organizzazione comune dei mercati agricoli. Sulla vicenda, cfr. D. MALTESE, *Problemi dell'ordinamento comunitario e limiti di costituzionalità del sistema*, in *Studi in onore di Manlio Udina*, I, Milano 1975, p. 463 ss., il quale ne trae spunto per dubitare della costituzionalità dell'intero sistema nonostante la sentenza del 27 dicembre 1973 n. 183 della Corte costituzionale (su cui v. sopra, nota 27). Cfr. anche M. LA LOGGIA, *Effetti diretti delle norme comunitarie e copertura finanziaria a norma dell'art. 81 della Costituzione*, in *Studi di diritto europeo in onore di R. Monaco*, Milano, 1976, p. 341 ss.

⁴⁰ La sentenza della Corte di giustizia è del 17 maggio 1972 (*Leonesio c. Min. agricoltura e foreste*, causa 91/72), in *Raccolta*, 1972, p. 287 ss. Quella della Corte costituzionale è quella, notissima, del 27 dicembre 1973 n. 183 (sopra, nota 27).

⁴¹ Così R. MONACO, *La costituzionalità*, cit., 323. Del resto, un ordine di idee non troppo dissimile era già stato espresso in precedenza dalla stessa Corte, nella sentenza 27 dicembre 1965 n. 98 (in *Foro it.*, 1966, I, 8, nota N. CATALANO; *Giur. it.*, 1966, I, 1, 193; *Giust. civ.*, 1966, III, 3; *Riv. dir. int.*, 1966, p. 53; nota F. DURANTE; *Giur. cost.*, 1965, p. 1322, nota M. MAZZIOTTI; *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1966, p. 106; *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 308, nota A. MIGLIAZZA), allo scopo di escludere che le

A parte il riferimento alle norme di regolamenti comunitari anziché a quelle degli stessi Trattati – che, come si vedrà, non è decisivo⁴² –, l'esempio ora citato è estremamente significativo al fine di chiarire come si atteggi la diretta applicabilità nel sistema comunitario elaborato dalla Corte di giustizia.

5. *L'applicabilità diretta dei regolamenti Cee secondo l'art. 189 del Trattato istitutivo*

L'unico testo contenuto nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea che espressamente richiami la nozione di applicabilità diretta è l'art. 189, nel quale, in sede di elencazione delle caratteristiche proprie dei regolamenti, essi vengono dichiarati «direttamente applicabili in tutti gli Stati membri»⁴³.

L'opinione forse maggiormente diffusa tende a distinguere il significato dell'espressione contenuta in detta norma da quello attribuito all'espressione analoga utilizzata dalla Corte di giustizia e dalla dottrina a proposito delle norme contenute nei Trattati⁴⁴. A parte i tentativi fondati sulla diversa terminologia a volte usata, destinati all'insuccesso in vista dell'estrema variabilità dei termini cui la stessa Corte fa ricorso⁴⁵ e dell'assoluta incertezza di ogni conclusione fondata su di essi, la tesi più comunemente accolta fa leva su di una presunta differenza dei punti di vista che starebbero alla base delle due nozioni.

La diretta applicabilità delle norme dei Trattati sarebbe, in questa prospettiva, funzione esclusiva della loro intrinseca completezza od autosufficienza: dovrebbe, in altri termini, venire valutata esclusivamente sulla base dei Trattati stessi, ed atterrebbe al contenuto dispositivo di certe norme. In quanto riferito ai regolamenti dall'art. 189 Trattato Cee, invece, l'espressione starebbe ad indicare l'efficacia dei regolamenti stessi, in quanto sorti in un sistema diverso da quello statale, nell'ambito di quest'ultimo, a prescindere da ogni intervento del legislatore interno⁴⁶: at-

norme costituzionali relative all'organizzazione dello Stato potessero venire in considerazione in sede di giudizio di costituzionalità di alcune norme del Trattato Ceca.

⁴² Cfr. par. 5.

⁴³ Analoga disposizione esiste nell'art. 161 del Trattato istitutivo della Comunità europea dell'energia atomica (Ceea). Non esiste invece l'equivalente preciso nell'ambito del Trattato Ceca: tuttavia non si dubita che lo stesso principio valga anche per le «decisioni generali» emanate a norma del Trattato. E ciò, sia perché si ritenga che tale risultato sia desumibile dalla struttura complessiva della Comunità, sia perché si faccia leva sull'art. 15, terzo comma, del Trattato per il quale le decisioni e le raccomandazioni che non hanno carattere individuale sono applicabili per il solo fatto della loro pubblicazione: in questo senso, G.L. TOSATO, *I regolamenti delle Comunità europee*, Milano 1965, p. 286 ss.; F. SORRENTINO, *Corte costituzionale*, cit., II, p. 25 (nota 58).

⁴⁴ In questo senso, per tutti, cfr. F. SORRENTINO, *Corte costituzionale*, cit., II, p. 21 ss.

⁴⁵ A volte anche nel testo di una stessa sentenza: cfr. per un esempio particolarmente significativo, quella del 19 dicembre 1968 (causa 13/68), *Raccolta*, XIV (1968), p. 602 ss.

⁴⁶ Cfr. J.-V. LOUIS, *Les règlements de la Communauté économique européenne*, Bruxelles 1969, spec. p. 247 ss.; F. SORRENTINO, *Corte costituzionale*, cit., II, p. 7 ss.; e J.A. WINTER, *Direct Appli-*

terrebbe quindi, non al contenuto dispositivo di certe norme, ma alla loro forza formale, ai loro effetti all'interno di un ordinamento giuridico diverso da quello d'origine.

La distinzione tuttavia, nella nettezza con la quale viene formulata, non persuade. Si noti, anzitutto, che è assai arduo, quanto alle norme dei Trattati, desumerne la loro asserita completezza senza aver riguardo ad altro che al loro stesso contenuto: è troppo facile osservare che nessuna norma giuridica può essere considerata in sé autosufficiente, senza valutarla alla luce delle innumerevoli connessioni che essa non può non avere con altre proposizioni normative nell'ambito dello stesso sistema, entro il processo o al di fuori di esso⁴⁷. Quanto, poi, all'applicabilità diretta dei regolamenti, risulta ben poco convincente l'idea che essa esprima un rapporto fra ordinamenti, solo che si pensi che a sancirla è un testo comunitario, che non si dovrebbe presumere tanto preoccupato di possibili effetti di atti comunitari al di fuori del proprio sistema, quanto delle intrinseche caratteristiche degli atti stessi. Sorge così il sospetto che a far propendere per questa costruzione dell'applicabilità diretta degli atti regolamentari sia un ben determinato punto di vista relativo alla configurazione dei rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamento interno, che vi vede un regime di separazione ed avverte quindi la necessità di individuare negli stessi trattati la base su cui far poggiare l'efficacia interna di atti comunitari. Punto di vista, questo, che non sembra davvero giustificato, quantomeno, imputare al Trattato stesso.

In realtà, al fondo della nozione di applicabilità diretta tanto di norme dei Trattati, quanto dei regolamenti, sta la rilevazione di una caratteristica comune. Essa attiene al modo di essere delle norme (rispettivamente, pattizie e regolamentari), o più precisamente al tipo di relazioni da esse regolate, sotto il profilo dei soggetti fra i quali esse intercorrono. Tanto nell'un caso quanto nell'altro, insomma, la Corte ed i redattori dei Trattati rispettivamente hanno voluto sottolineare che le disposizioni dichiarate immediatamente applicabili riguardano rapporti di tipo interindividuale, e non interstatale: rapporti, cioè, in cui Stati ed individui compaiono quali soggetti del medesimo ordinamento, quello comunitario⁴⁸. Le norme direttamente applicabili dei Trattati sono tali in quanto contemplano relazioni tra Stati ed individui, facendo sorgere in capo ai secondi situazioni giuridiche favore-

ability, cit., p. 425 ss., scritto quest'ultimo che alla tentata dimostrazione della diversità fra le due nozioni è interamente dedicato. È appena il caso di avvertire che le lievi divergenze fra le espressioni usate nelle varie versioni ufficiali del Trattato non sono di per sé decisive: ad es., il fatto che nella versione tedesca all'espressione «direttamente applicabile» corrispondano le parole «unmittelbare Geltung» non può significare granché, tanto più se si considera che, nella nuova versione inglese, i regolamenti sono definiti «directly applicable», mentre nelle precedenti si diceva che gli stessi «take direct effect» (J.A. WINTER, *op. cit.*, p. 435).

⁴⁷ Si vedano le incisive osservazioni fatte al proposito da L. CONDORELLI, *Il giudice italiano*, cit., p. 55 ss., sia pure in una prospettiva diversa.

⁴⁸ Un preciso spunto in questo senso è in F. SORRENTINO, *Corte costituzionale*, cit., II, p. 25 ss.: esso non viene però svolto nel senso del testo.

voli, e non puri rapporti interstatali. Per tale ragione, esse possono essere applicate senza necessità di ulteriori rapporti normativi: ma questa è una semplice conseguenza, che può verificarsi anche a proposito di altre norme (ed in questo senso, è comune a qualsiasi altro trattato internazionale), e non esprime la specifica caratteristica della nozione. Le norme dei regolamenti, a loro volta, sono direttamente applicabili in tutti gli Stati membri in quanto disciplinano rapporti interindividuali e fanno direttamente sorgere diritti ed obblighi in capo ai destinatari: e *per questa ragione* non richiedono alcuna trasformazione in diritto interno. Poiché si tratta di caratteristica inerente, per loro natura, a tutti i regolamenti, essa ha potuto essere enunciata in via generale nel testo dell'art. 189. senza necessità di distinguere fra la portata dell'una o dell'altra norma regolamentare. Nel primo caso, il profilo del contenuto dispositivo, e nel secondo, quello della forza formale, non sono che aspetti diversi dello stesso fenomeno, riassumibile nella posizione che gli individui assumono nelle relazioni contemplate dalle rispettive norme. Se tali profili differiscono a seconda delle due categorie di atti normativi, ciò dipende essenzialmente dalla diversa posizione in cui essi si trovano riguardo all'ordinamento delle Comunità ed a quello dello Stato: le norme dei Trattati direttamente applicabili, date le loro peculiari caratteristiche, consentono di dedurre immediatamente dal loro riferimento a situazioni giuridiche degli individui l'autosufficienza in termini di contenuto dispositivo, ma non uno specifico effetto in termini di forza formale nel diritto interno, posto che quest'ultimo dipende necessariamente dall'ordine di esecuzione o dall'atto equivalente che, interponendosi fra il Trattato ed il diritto dello Stato, rende il primo applicabile nell'ambito del secondo⁴⁹. Viceversa le norme dei regolamenti, operando in una situazione giuridica in cui il «contatto» fra l'ordinamento comunitario e quello statale, comunque lo si voglia esattamente definire in termini teorici⁵⁰, è già avvenuto, consentono di ricollegare immediatamente al loro riferimento a situazioni di natura interindividuale anche la determinazione di una specifica forza formale nel diritto interno: non invece, una caratterizzazione in termini di contenuto dispositivo, poiché la loro autosufficienza è puramente eventuale, in vista della portata generale che è loro propria per definizione. È perciò esatto osservare che un regolamento può richiedere ulteriori apporti

⁴⁹ Per usare la terminologia di L. CONDORELLI, *Il giudice italiano*, cit., p. 141 ss. (cfr. sopra, nota 34).

⁵⁰ Il tema non può essere evidentemente affrontato in questa sede in modo conveniente: sia consentito soltanto indicare che la costruzione più conforme all'attuale realtà del fenomeno comunitario appare quella che considera le norme interne di adattamento come tali da attribuire efficacia, entro la sfera dell'ordinamento statale, al diritto comunitario in quanto tale, la coesistenza fra diritto comunitario e diritto interno essendo «il rapporto fra due ordini giuridici operanti in una medesima sfera soggettiva: l'interferenza è il risultato del fatto che il secondo riconosce il valore del primo, e dunque gli lascia campo di applicazione, anzi talora presta il concorso dei propri organi»: così F. CAPO-
TORTI, *Sull'interpretazione uniforme dei trattati europei*, in *Riv. dir. int.*, 1960, p. 3 ss., a p. 15 (nota 29), e dello stesso autore, *Il diritto comunitario*, cit., p. 508. Si veda anche G. BARILE, *Limiti all'attuazione*, cit., p. 91 ss.; *Sulla struttura*, cit., p. 17 ss. Per un ampio panorama dei problemi e delle soluzioni, cfr. F. SORRENTINO, *Corte costituzionale*, cit., II, p. 49 ss.

normativi – non essere quindi «autosufficiente», nel senso chiarito – senza cessare per questo di essere direttamente applicabile⁵¹. Ma ciò non toglie che, al pari delle disposizioni del Trattato dotate di quest'ultima caratteristica, la sua applicabilità diretta vada ricollegata al tipo di relazione che esso regola.

In realtà, il carattere «direttamente applicabile» dei regolamenti, secondo le norme dei Trattati europei, esprime semplicemente la loro operatività entro il medesimo ambiente nel quale spiega la propria efficacia il diritto dello Stato, ossia l'obbligo degli Stati membri di lasciare spazio a tale fonte normativa restringendo correlativamente l'applicazione delle norme che essi direttamente pongono.

Data l'inerenza della caratteristica indicata a tutti i regolamenti, a prescindere dal loro contenuto, per espressa disposizione dei Trattati, si spiega facilmente che la giurisprudenza comunitaria non si soffermi, a proposito delle norme regolamentari, sull'individuazione delle caratteristiche e dei requisiti che sono invece determinanti al fine di poter riconoscere la diretta applicabilità di norme poste da fonti diverse. E che invece essa sottolinei la diretta applicabilità dei regolamenti tutte le volte che occorra mettere in risalto le restrizioni che gli Stati membri incontrano come conseguenza dell'intervento normativo attuato dalle istituzioni comunitarie mediante il ricorso alla fonte regolamentare, che non può trovare ostacolo alla sua piena esplicazione in norme direttamente poste dallo Stato⁵².

Come per qualsiasi norma direttamente applicabile, l'analisi sotto questo profilo delle norme regolamentari conduce a porne in rilievo l'efficacia sul piano dei rapporti interindividuali, e conseguentemente le loro possibilità di applicazione ad opera degli organi dello Stato, nell'ambito entro il quale normalmente si applica il diritto di quest'ultimo.

6. L'applicabilità diretta delle direttive e delle decisioni

Una conferma dell'identità di fondo della nozione esaminata in queste pagine si ricava considerando l'uso che ne viene fatto a proposito delle direttive e delle decisioni comunitarie. È noto che a proposito di queste categorie di atti delle istituzioni si è discusso se, ed in quali limiti, possa essere fatto ricorso alla nozione di applicabilità diretta, con tutte le conseguenze che ciò comporta⁵³, e che prevale ormai l'opinione affermativa.

⁵¹ F. Sorrentino, *Corte costituzionale*, cit., p. 26. Cfr. anche G. BEBR, *Les dispositions*, cit., p. 37 ss. E vedi la decisione della Corte di giustizia del 14 dicembre 1971 (*Politi c. Min. finanze*, causa 43/71), in *Raccolta*, XVII, 1971, p. 1039 ss.

⁵² Sul punto, si vedano le incisive osservazioni di F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario*, cit., spec. pp. 409 ss., 420. Cfr. inoltre più avanti nel testo, par. 11.

⁵³ Tra i numerosi scritti dedicati all'argomento, si vedano: F. DUMON, *L'afflux européen dans les droits et les institutions des Etats membres des Communautés européennes*, in *Cahiers de droit européen*, 1965, p. 30 ss.; C.F. OPHULS, *Les règlements et les directives dans les Traités de Rome*, in *Cahiers de droit européen*, 1966, p. 18; M. WAELBROECK, *Observations sous l'arrêt de la Cour de*

Tale soluzione è pienamente da condividere, non essendovi ragione di negare, a proposito degli atti comunitari di cui si tratta, l'ammissibilità di quanto viene riconosciuto a proposito delle norme contenute nei trattati come tali. Il dubbio nascente dal fatto che l'art. 189 del Trattato Cee (come l'art. 161 del Trattato Euratom) enuncia la diretta applicabilità come caratteristica specifica dei regolamenti comunitari, e non ne fa parola a proposito degli altri atti menzionati nella norma, è facilmente superabile ad una considerazione appena approfondita. È agevole, infatti, osservare che l'attribuzione della qualifica di «direttamente applicabili» ai soli regolamenti si spiega in quanto soltanto a questa categoria di atti essa inerisce costantemente e necessariamente in vista del loro intrinseco carattere e della loro struttura. Ma una simile attribuzione non ha alcun valore di esclusione per ciò che riguarda gli altri atti, se non nel senso che ad essi non può venire riconosciuta eguale caratteristica costante e necessaria. Ciò non vuol dire però che, a proposito di direttive e decisioni, non possa proporsi lo stesso problema che si pone a proposito delle norme appartenenti ai Trattati europei.

Eguale irrilevante ai fini che interessano è la considerazione che la direttiva non è, per definizione, «obbligatoria in tutti i suoi elementi», come è invece il regolamento. A parte i problemi sollevati dalla prassi delle c.d. direttive particolarizzate⁵⁴, è evidente che il problema relativo alla possibilità di produrre effetti diretti si pone per quanto concerne le parti della direttiva che sono dotate di obbligatorietà per i destinatari, a nulla rilevando che ve ne siano altre che ne sono sformite.

La tesi favorevole a riconoscere che anche determinate norme contenute in direttive e decisioni possono essere direttamente applicabili nel senso chiarito, ove ne ricorrano i presupposti, trova inoltre il decisivo conforto della Corte di giustizia, che ha ormai affermato il principio in numerose decisioni⁵⁵. Anche la Corte

Justice du 16.6.1966 dans l'affaire Lütticke, in *Cahiers*, 1967, p. 184 ss.; H. LESGUILLONS, *L'application d'un Traité-fondation: le Traité instituant la Cee*, Paris, 1968, p. 212 ss.; G. BEBR, *Les dispositions*, cit., p. 42 ss.; J.-V. LOUIS, *Les règlements*, cit., p. 290 ss.; L.-J. CONSTANTINESCO, *L'applicabilité directe*, cit., p. 65 ss.; W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Le juge belge et le droit international*, in *Revue belge de droit international*, 1970, p. 425 ss.; B. CONFORTI, *Sulle direttive della Comunità economica europea*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1972, p. 225 ss., e *Giur. it.*, 1972, IV, 83 ss.; G. BISCOTTINI, *Sull'applicabilità immediata di talune direttive comunitarie*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1974, p. 230 ss.; M. BERTI, *Sull'attuazione delle direttive comunitarie*, in *Giust. civ.*, 1976, IV, p. 39; R. MONACO, *L'esecuzione delle direttive comunitarie nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 1976, I, 2326 ss.; L. SBOLCI, *L'applicabilità immediata delle direttive comunitarie e l'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int.*, 1977, p. 17 ss.

⁵⁴ Su tale figura, si veda B. CONFORTI, *Sulle direttive*, cit., p. 225 ss.; L. SBOLCI, *L'applicabilità immediata*, cit., p. 30 ss.; F. POCAR, *Lezioni di diritto delle comunità europee*,² Milano 1979, p. 216 ss.

⁵⁵ Per le direttive, si vedano le decisioni del 17 dicembre 1970 (*SACE c. Min. Finanze*, causa 33/70), in *Raccolta*, XVI, 1970, p. 1213 ss.; del 4 dicembre 1974 (*Van Duyn c. Home Office*, causa 41/74), in *Raccolta*, 1974, p. 1337 ss., e del 1° febbraio 1977 (*Verbond van Nederlandse Ondernemingen c. Inspecteur der Invoerrechter en accijnzen*, causa 51/76), in *Raccolta*, 1977, p. 113 ss.; e per le decisioni, quelle del 6 ottobre 1970 (*Franz Grad c. Finanzamt Traunstein*, causa 9/70), in

costituzionale italiana sembra aver accolto la stessa prospettiva⁵⁶. Si può pertanto considerare tale idoneità come appartenente al diritto positivo, e non alla sola elaborazione dottrinale.

Ciò posto, l'idoneità di direttive e decisioni a produrre effetti diretti dipende esclusivamente dalla possibilità di individuare in esse norme che abbiano immediatamente ad oggetto rapporti facenti capo ad individui, e non soltanto agli Stati. E tale individuazione avviene, come si è cercato in precedenza di chiarire, sul piano del solo sistema giuridico comunitario, senza che venga posto in giuoco un qualsiasi rapporto con il sistema giuridico interno. Ne è assente, quindi, qualsiasi implicazione in termini di forza normale della norma nell'ambito di quest'ultimo: d'altronde, qualsiasi deduzione in questo senso non sarebbe conciliabile – almeno per quanto riguarda le direttive – con la loro stessa definizione come atti che si indirizzano agli Stati.

7. *Aspetti terminologici ed aspetti sostanziali dell'applicabilità diretta*

Sotto il profilo terminologico, deriva da quanto sin qui esposto l'impossibilità di fondarsi su mere differenze di linguaggio al fine di attribuire un diverso significato alle varie espressioni con le quali l'identico fenomeno è stato di volta in volta indicato. Si è già accennato alla confusione terminologica che può nascere dalle varie versioni del testo dell'art. 189 del Trattato Cee⁵⁷, e dalla diversità dei termini utilizzati dalla stessa giurisprudenza: questa, infatti, fa spesso ricorso indifferentemente, al fine di identificare l'identico fenomeno e con riferimento alle stesse norme, ad espressioni diverse, quali «effetti diretti, applicabilità diretta, efficacia immediata»⁵⁸. Si aggiunga che l'identica terminologia viene utilizzata dalla Corte a proposito dei regolamenti⁵⁹; il che rende del tutto vano ogni tentativo di suggerire una differenza in una materia nella quale l'apporto giurisprudenziale è stato determinante.

Volendo sintetizzare in poche parole la portata delle varie espressioni che si ritrovano nella giurisprudenza della Corte e nei diversi scrittori, si potrebbe precisare quanto segue:

a) la nozione di «direttamente applicabile» esprime una particolare caratteristica di certe norme comunitarie, consistente nel disciplinare rapporti facenti capo ad

Raccolta, XVI (1970), p. 825 ss., e del 21 ottobre 1970 (*Transports Lesage c. Hauptzollamt Freiburg*, causa 20-70), in *Raccolta*, XVI, 1970, p. 861 ss.

⁵⁶ Corte costituzionale, 22 luglio 1976 n. 182, in *Foro, it.*, 1976, I, 2333, nota R. Monaco.

⁵⁷ Cfr. sopra, nota 46.

⁵⁸ Sopra, nota 45.

⁵⁹ Si vedano, ad esempio, le decisioni del 4 aprile 1974 (*Commissione c. Repubblica francese*, causa 167/73), in *Raccolta*, 1974, p. 359 ss. e del 26 febbraio 1976 (*Tasca*, causa 65/75), in *Raccolta*, 1976, p. 291 ss.

individui in un ambito diverso da quello statale, e non pone quindi in giuoco un problema di relazioni fra sistemi giuridici diversi;

b) la nozione di norma «autosufficiente» o «immediatamente applicabile» indica il mero carattere di completezza di certe norme, che non sono meri programmi di legislazione, né richiedono ulteriori apporti normativi per essere concretamente applicate. Hanno necessariamente tale carattere le norme comunitarie direttamente applicabili contenute in fonti diverse dai regolamenti, mentre possono non averlo quelle contenute in questi ultimi;

c) infine, la nozione di norma *self-executing* implica un giudizio relativo al sistema giuridico interno degli Stati, e non viene in considerazione nell'ambito comunitario: il carattere di norma *self-executing* presuppone l'autosufficienza della norma, che peraltro può non bastare ove l'ordinamento interno frapponga ostacoli all'applicazione della norma stessa⁶⁰.

A qualsiasi tipo di norma comunitaria venga riferita, l'applicabilità diretta è dunque una qualità che inerisce al modo di essere delle norme stesse in rapporto al tipo di relazioni regolate, e riguarda il sistema giuridico comunitario. Essa rileva per il diritto interno degli Stati membri soltanto in quanto nell'ambito di questo se ne voglia cercare la garanzia.

Volendo passare dall'aspetto meramente terminologico alla ragion d'essere della nozione, va ribadito che – come del resto già sottolineato – essa risponde in primo luogo all'esigenza di enucleare a livello comunitario determinate situazioni giuridiche soggettive facenti capo ad individui. In tal modo, situazioni siffatte vengono precisate in ambito esterno rispetto a quello statale, rendendo così gli individui stessi soggetti di un rapporto giuridico diretto nei confronti degli Stati membri delle Comunità. Accanto a questa esigenza, ne viene immediatamente in luce un'altra, che costituisce in fondo soltanto un diverso aspetto dello stesso fenomeno: ed è un'esigenza di uniformità. Considerando, infatti, certe norme come direttamente applicabili, e individuando in conseguenza di ciò determinate situazioni giuridiche a carattere comunitario esistenti in ambito diverso rispetto a quello statale, pur importando esse diritti nei confronti degli Stati membri, tali situazioni vengono definite nei loro caratteri essenziali in modo uniforme ed obbligatorio per tutto l'ambito delle Comunità. Esse vengono così sottratte alla possibilità

⁶⁰ Alla luce dei criteri indicati nel testo, possono venire chiariti i numerosi equivoci che sorgono quando si utilizzi l'una o l'altra espressione in diversi contesti, dovendo sempre preliminarmente venire poste in luce le condizioni di applicabilità di ciascuna. Per importanti chiarimenti sul problema generale delle norme *self-executing*, cfr. L. CONDORELLI, *Il giudice italiano*, cit., p. 30 ss. Non si può condividere, ad esempio, il tentativo di identificare il carattere *self-executing* di una norma con la sua diretta applicabilità, e di riservare quest'ultima qualifica ai regolamenti comunitari considerando «autosufficienti» o aventi «direct effect» tutte le norme comunitarie che siano applicabili a prescindere da ogni integrazione normativa, come vuol fare J.A. WINTER, *Direct Applicability*, cit., p. 425 ss.: in questo modo, le connotazioni proprie a ciascuna espressione vengono considerate come realtà rigidamente contrapposte, mentre costituiscono piuttosto aspetti correlati ed interdipendenti di un fenomeno sostanzialmente unitario. Si vedano anche le considerazioni di L. SBOLCI, *L'applicabilità immediata*, cit., p. 28 ss., peraltro in una prospettiva diversa da quella qui condivisa.

di ricevere diversi caratteri come conseguenza dell'intervento dei variabili meccanismi di adattamento esistenti in ciascun sistema giuridico interno. Come si vedrà meglio in seguito, il valore dell'uniformità è addirittura preminente rispetto alla tutela del diritto del singolo⁶¹. E ciò si può facilmente comprendere riflettendo all'importanza che l'esistenza di un complesso uniforme di norme comunitarie e la loro uniformità di applicazione rivestono nella prospettiva dell'integrazione fra gli Stati membri delle Comunità.

Un simile rilievo dell'aspetto relativo all'uniformità si esplica in molteplici direzioni: prevalenza dell'interpretazione «comunitaria» e del relativo trattamento rispetto a quelli che sarebbero i risultati dell'applicazione dei meccanismi interni⁶² illegittimità di interventi normativi interni «riproduttivi» di norme comunitarie⁶³, rifiuto dei meccanismi interni che subordinano a particolari procedure la cessazione degli effetti di norme interne contrarie a norme comunitarie⁶⁴, e via dicendo. Esso altro non è che una manifestazione dell'ambito entro il quale l'integrazione fra gli Stati membri ha potuto realizzarsi sotto il profilo giuridico, e cessa là dove nella realtà storica attuale viene a mancare quest'ultima. Se da un lato l'insistenza dimostrata dagli organi comunitari nel rivendicare l'importanza prioritaria dell'uniformità risponde al chiaro intento politico di favorire l'integrazione, dall'altro essa viene inevitabilmente meno ove lo struttura comunitaria non disponga di apparati idonei a garantirla.

In particolare, l'uniformità delle situazioni giuridiche nascenti dalle norme direttamente applicabili può essere pienamente assicurata solo sul piano sostanziale. Per quanto riguarda la tutela processuale, essa deve fare i conti con le strutture dei singoli Stati membri, tenuti sì a prestarla in virtù dell'appartenenza alle Comunità, ma necessariamente, sino ad oggi, autonomi nella sua concreta determinazione ed esplicazione. Nel momento in cui anche una simile tutela venisse direttamente assicurata dall'apparato comunitario, l'uniformità verrebbe integralmente realizzata, ma l'intera struttura assumerebbe un'impronta federalistica assai lontana dalla realtà attuale.

⁶¹ Si veda oltre, par. 8, a proposito dell'applicabilità diretta di norme contenute in accordi internazionali vincolanti per la Comunità.

⁶² Cfr. la sentenza della Corte del 19 novembre 1975 più oltre citata (*Raccolta*, 1975, p. 1439 ss.).

⁶³ Sul punto si vedano, per tutte, le decisioni della Corte del 7 febbraio 1973 (*Commissione c. Rep. italiana*, causa 39/72), in *Raccolta*, 1973, p. 101 ss.; del 10 ottobre 1973 (*Variola c. Amm. finanze*, causa 34/73), in *Raccolta*, 1973, p. 981 ss.; e del 2 febbraio 1977 (*Amsterdam Bulb BV c. Produktschap voor Siergewassen*, causa 50/76), in *Raccolta*, 1977, p. 137 ss.

⁶⁴ Corte di giustizia, 9 marzo 1978 (*Amm. finanze c. S.p.A. Simmenthal*, causa 106/77), in *Raccolta*, 1978, p. 629 ss., sulla quale si veda più ampiamente oltre, par. 11 nel testo.

8. *L'applicabilità diretta di norme contenute in accordi internazionali vincolanti per la Comunità*

Con l'ampliarsi delle materie di competenza della Comunità economica ed il parallelo moltiplicarsi delle interferenze fra la disciplina contenuta nel diritto comunitario e quella derivante da rapporti internazionali con Stati terzi, acquista sempre maggior concretezza l'ipotesi che venga sottoposto all'operatore giuridico interno il problema del rapporto fra tali due regimi.

Il fenomeno si è già verificato in pratica, provocando le prime decisioni giurisprudenziali, ed ha portato all'affermazione dell'applicabilità diretta di norme contenute in trattati internazionali conclusi dalla Comunità, o comunque per essa vincolanti, con Stati terzi.

Che, in primo luogo, il diritto internazionale in genere – ed in particolare, quello derivante da regole pattizie vincolanti per la Comunità – possa venire a far parte del sistema giuridico comunitario, ed aver rilievo in questo ambito, è stato affermato senza esitazioni dalla Corte di giustizia⁶⁵. Essa si è posta, anzitutto, nella prospettiva delle «regole relative all'applicazione del Trattato», cui l'art. 173 del Trattato Cee fa riferimento nell'indicare i parametri di validità degli atti delle istituzioni: ed è giunta senza difficoltà alla conclusione che la contrarietà a norme internazionali costituisce un vizio tale da legittimare l'impugnazione degli atti medesimi.

Ciò posto, è stato generalmente risolto in senso affermativo il quesito se la competenza pregiudiziale di cui all'art. 177 del Trattato Cee si estenda all'interpretazione di norme facenti parte del diritto internazionale pattizio vincolante per gli Stati membri della Comunità. In modo diretto o indiretto, a seconda che le questioni poste dalle giurisdizioni nazionali investissero le norme pattizie, oppure influissero sull'interpretazione di principi comunitari o sulla validità di atti delle istituzioni, la risposta è stata incondizionatamente positiva: sia che si trattasse dell'accordo di associazione con la Grecia⁶⁶, o della Convenzione di Yaoundé del

⁶⁵ Si veda la decisione del 12 dicembre 1972 (*International Fruit Co. c. Produktschap voor Groenten en Fruit*, cause 21-24/72), in *Raccolta*, 1972, p. 1219 ss.; su questa decisione, e sul problema in generale, si veda A. GIARDINA, *La Corte europea ed i rapporti fra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1973, p. 582 ss. Cfr. inoltre gli studi di A. BLECKMANN, *Die Position des Völkerrechts im innerem Rechtsraum der Europäischen Gemeinschaften*, in *Jahrbuch für int. Recht*, 1975, p. 318 ss.; F. CAPELLI, *Normativa comunitaria e normativa Gatt. Riflessioni sui rapporti fra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Studi di diritto europeo in onore di R. Monaco*, Milano 1976, p. 25 ss.; L. CITARELLA, *La rilevanza del diritto internazionale nell'ordinamento comunitario*, in *Studi di diritto europeo*, cit., p. 123 ss.; H. KRUECK, *Völkerrechtliche Verträge im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, Berlin-Heidelberg-New York 1977, spec. p. 165 ss.; A. BLECKMANN, *Die Rechtsnatur des Europäischen Gemeinschaftsrechts. Zur Anwendbarkeit des Völkerrechts im europäischen Rechtsraum*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 1978, p. 391 ss.

⁶⁶ A proposito dell'accordo di associazione con la Grecia del 9 luglio 1961. concluso dal Consiglio con atto 25 settembre 1961 (63/106 Cee, *Gazz. uff. Com. eur.* 18 febbraio 1963, p. 293), la Cor-

1963⁶⁷, o di quella di Lomé del 1975⁶⁸, sia che si discutesse invece del rilievo ai fini comunitari dell'Accordo generale sulle tariffe e sul commercio (Gatt), che vincola tutti gli Stati della Comunità, e nell'esecuzione degli impegni del quale quest'ultima è gradualmente subentrata ai primi, in virtù della competenza esclusiva a lei spettante in virtù dell'art. 113 del Trattato Cee⁶⁹.

Inevitabilmente si è posto, a questo punto, il problema di stabilire se anche talune norme appartenenti a trattati internazionali potessero esplicare quegli effetti che permettono di qualificarle come «direttamente applicabili». E la Corte di giustizia ha risposto senz'altro positivamente al quesito, anche se in concreto ha riconosciuto sinora una sola volta – a proposito dell'art. 2, n. 1, della Convenzione di Yaoundé del 20 luglio 1963 – la sussistenza delle condizioni necessarie per la ricorrenza dell'applicabilità diretta⁷⁰.

La soluzione è sicuramente giustificata, e costituisce uno sviluppo di grande interesse, sia dal punto di vista teorico, sia da quello pratico. Se sotto il secondo profilo si apre in sostanza la possibilità di estendere principi e tecniche prettamente comunitarie ad assetti normativi che interessano un ambito più vasto di rapporti, il primo punto di vista permette di precisare con nettezza ancora maggiore alcune particolarità della nozione di «direttamente applicabile».

Va chiarito, in primo luogo, che la necessaria premessa logica del ragionamento consiste nel ricondurre le norme pattizie al sistema giuridico comunitario. Ciò non vuol dire, evidentemente, misconoscere la loro appartenenza al sistema giuridico internazionale, né il fatto che esse involgono diritti ed obblighi di parti che al sistema comunitario sono, per definizione, estranee. Ma significa soltanto consta-

te con la sentenza del 30 aprile 1974 (*R. & V. Haegeman c. Stato belga*, causa 181-73), in *Raccolta*, 1974, p. 449, ha affermato che «l'accordo di Atene è stato concluso dal Consiglio in conformità agli artt. 228 e 238 del trattato. Esso costituisce quindi, per quanto riguarda la Comunità, un atto compiuto da una delle istituzioni della Comunità nel senso di cui all'art. 177, primo comma, lettera b). Le sue disposizioni formano, dal momento della sua entrata in vigore, parte integrante dell'ordinamento comunitario» (paragrafi 3/5).

⁶⁷ Si veda la decisione del 5 febbraio 1976 (*Conceria Daniele Bresciani c. Amm. finanze*, causa 87/75), in *Raccolta*, 1976, p. 129 ss., riguardante la Convenzione di Yaoundé del 20 luglio 1963 fra Comunità e Stati africani e malgascio (*Gazz. uff. com. eur.*, 1964, p. 1430), e la successiva convenzione di Yaoundé del 29 luglio 1969 (*Gazz. uff. com. eur.*, 1970, n. L 282, p. 1). In particolare, si sono soffermate sul problema le conclusioni presentate dall'avvocato generale Trabucchi (*Raccolta*, p. 146 ss.).

⁶⁸ La sentenza della Corte che ha fatto riferimento alla Convenzione di Lomé fra gli Stati africani, dei Caraibi e del Pacifico e la Cee, stipulata il 28 febbraio 1975 e allegata al regolamento del Consiglio 30 gennaio 1976 n. 199 (*Gazz. uff. com. eur.*, 1976, n. L25, p. 1), è quella del 24 novembre 1977 (*Razanatsimba*, «stabilimento dei cittadini ACP», causa 65/77), in *Raccolta*, 1977, p. 2229 ss.

⁶⁹ Oltre alla citata sentenza del 12 dicembre 1972 nel caso *International Fruit*, si veda quella del 19 novembre 1975 (*Douaneagent der NV Nederlandse Spoorwegen c. Inspecteur der invoerrechten en accijnzen*, «duplicatori Xerografici», causa 38/75), in *Raccolta*, 1975, p. 1439 ss.

⁷⁰ Ciò nella citata sentenza del 5 febbraio 1976 nel caso *Bresciani*. Su di essa, cfr. L. CITARELLA, *L'estensione del concetto di «norme di applicazione immediata» alle disposizioni convenzionali stipulate dalla Comunità*, in *Riv. dir. europeo*, 1976, p. 248 ss.

tare che tali norme, in quanto vincolanti «per le istituzioni comunitarie e per gli Stati membri» secondo la dizione dell'art. 228, n. 2, del Trattato Cee, creano *in quest'ambito* un insieme di relazioni che devono essere ricondotte agli stessi principi valevoli in generale nel sistema comunitario. A nulla rileva, in questa luce, che l'esecuzione dell'accordo per ciò che concerne i terzi sfugga alla presa dei principi comunitari, per ricadere nell'ambito dell'esclusiva competenza degli Stati terzi medesimi⁷¹; per ciò che attiene al versante comunitario, le norme di origine internazionale, in quanto applicabili alle relazioni contemplate dal sistema comunitario medesimo, vengono a far parte questo e ad essere sottoposte ai relativi principi. E s'intende che ciò in tanto potrà accadere, in quanto si tratti di accordo che investa una materia che il sistema comunitario contempla e disciplina come tale, e rispetto alla quale, pertanto, la competenza degli Stati membri si trova correlativamente ristretta. Ciò spiega anche agevolmente per quale ragione non possa senz'altro enunciarsi la stessa conclusione per *tutti* gli accordi internazionali vincolanti per l'insieme degli Stati membri, posto che mancando il presupposto dell'appartenenza al sistema comunitario *ratione materiae*, la mera applicabilità ai primi non è sufficiente a tradurre l'accordo in una parte di quest'ultimo⁷².

Non è dunque il caso, sotto questo profilo, di sforzarsi di individuare un meccanismo che dia ragione sotto un aspetto *strettamente formale* dell'inserimento delle norme internazionali nell'ambito del diritto comunitario. Anzitutto, si deve rilevare che non sussiste alcuna analogia di situazione rispetto all'applicabilità delle norme pattizie ed in genere internazionali nell'ambito del diritto interno degli Stati: la necessità di un atto di «trasformazione» delle norme di origine internazionale, fondata o meno che sia alla luce delle teorie sui rapporti fra ordinamenti interni e ordinamento internazionale, non trova spazio di sorta per ciò che ri-

⁷¹ Alcune perplessità sono state espresse, a proposito della possibilità di ammettere in via generale l'attitudine di un qualsiasi accordo internazionale stipulato dalla Comunità a creare diritti a favore di privati nei confronti delle Comunità e degli Stati membri, in vista soprattutto del principio di reciprocità sul quale l'accordo internazionale si fonda, dall'Avvocato generale Trabucchi nelle sue già citate conclusioni nel caso *Bresciani: v. supra*, nota 67. Tali perplessità peraltro non sembrano poter impedire di giungere alla conclusione indicata nel testo, che si fonda sulle particolari esigenze del sistema giuridico comunitario per quanto attiene agli obblighi assunti verso l'esterno dagli Stati membri.

⁷² Si pensi, ad esempio, alla dibattuta questione della garanzia dei diritti fondamentali dell'uomo nell'ambito del diritto comunitario, anche nel rilievo che ciò può avere in vista delle disposizioni contenute in alcune Costituzioni interne nell'interpretazione datavi dalle rispettive Corti costituzionali: sulla questione, e sul movimento comunitario verso l'individuazione di mezzi di garanzia sotto diversi aspetti, cfr. F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario dal punto di vista del giudice nazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1977, p. 497 ss., a p. 513 ss. Quale che sia il mezzo tecnico cui si è cercato di far ricorso allo scopo di assicurare la tutela dei diritti fondamentali in questione (principi generali comuni agli Stati membri, principi appartenenti allo stesso diritto comunitario, eventuale diretta adesione a convenzioni internazionali da parte della Comunità come tale, ecc.), è chiaro che non si può comunque pensare, per le ragioni indicate, che gli obblighi discendenti in capo agli Stati membri in virtù dell'adesione di questi, ad esempio, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo siano di per sé entrati a far parte del sistema giuridico comunitario come tali, e cioè non come elementi di ricostruzione di eventuali principi generali, ma come norme comunitarie vigenti.

guarda il sistema comunitario, che non viene espresso da un ambiente sociale diverso da quello entro il quale si situa lo stesso diritto internazionale⁷³. Il vigore delle regole internazionali nell'ambito comunitario trova invece agevole e piana spiegazione in vista del fatto che la loro inerenza al settore di rapporti sottoposti al diritto delle Comunità le riconduce al vasto corpo di principi che quest'ultimo esprime e, per così dire, le riassorbe in esso.

Che poi, in determinate ipotesi, un atto comunitario, al quale dal punto di vista formale il vigore «interno» – s'intende, interno rispetto al sistema comunitario – potrebbe essere fatto risalire, è circostanza, tutto sommato, di scarso rilievo. È indubbio che un simile atto spesso sussiste: basta pensare alle decisioni del Consiglio con cui vennero conclusi i primi accordi di associazione, ed alla più recente prassi, fondata fra l'altro sull'art. 113 del Trattato Cee, di «concludere, approvare e confermare» determinati accordi mediante regolamento, come ad esempio negli accordi di libero scambio con Austria, Finlandia, Norvegia, Islanda, Jugoslavia, Portogallo, Svezia e Svizzera⁷⁴: ma sarebbe frutto di eccessivo formalismo vedere in tali atti la fonte ultima dell'applicabilità comunitaria delle norme pattizie. Certamente, essi sono necessari per la conclusione dell'accordo, e può quindi anche affermarsi che per loro tramite trova espressione formale l'introduzione delle relative norme nel sistema giuridico comunitario⁷⁵, ma sarebbe indubbiamente errato cercare ad ogni costo un parallelismo con quanto accade nel diritto statale, sforzandosi di attribuire a tali atti una duplice funzione, che assommi la conclusione dell'accordo e l'attribuzione di efficacia nell'ambito del diritto comunitario. Tanto è vero che l'identica efficacia si produ-

⁷³ Si veda quanto osservato in precedenza, nota 29, ed ivi i relativi riferimenti.

⁷⁴ Per i dati relativi alla conclusione degli accordi menzionati, si veda *European Legislation 1952-1972*, London 1975, pp. 702-704, Supplement 1973-1976, London 1977, p. 284. È interessante notare per inciso che alcune disposizioni (simili a quelle contenute negli articoli 85 e 86 del Trattato Cee) sono state invocate avanti ai giudici svizzeri allo scopo di scagionare un funzionario di una società svizzera imputato di spionaggio industriale per aver fornito i dati che permisero di giungere alla condanna della società stessa per violazione delle regole di concorrenza applicabili alle imprese (per la decisione della Corte di giustizia, si veda la sentenza del 13 febbraio 1979 in causa *Hoffmann-La Roche c. Commissione* (85/76), non ancora pubblicata nella Raccolta ufficiale, e per quella svizzera di condanna in *Common Market Law Reports*, 1978, p. 480 ss.). Secondo la Corte suprema elvetica, l'art. 23 dell'accordo di libero scambio fra Svizzera e Cee del 22 luglio 1972 non contiene alcun divieto delle pratiche in esso descritte, ma si limita a dichiararle incompatibili con il funzionamento dell'accordo, e comunque non conferisce alcun diritto di azione ai privati. Naturalmente, la questione ha potuto essere posta soltanto in via generale e teorica, in conseguenza dell'ovvia impossibilità che il giudice svizzero venisse in qualche modo collegato al sistema comunitario, o vincolato al ricorso alla Corte di giustizia. In generale, a proposito dell'art. 228 del Trattato Cee, si veda H. HABICHT, *Commento*, in H. VON DER GROEBEN-H. VON BOECKH-J. THIESING, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, 2ª ed., Baden-Baden 1974, II, p. 700, anche per la prassi della conclusione mediante regolamento, instauratasi a partire dal 1968. A proposito dell'accordo Cee-Svizzera, e della vicenda ricordata sopra, cfr. N.M. HUNNINGS, *Enforceability of the Eec-Efta Trade Agreements*, e *Enforceability of the Eec-Efta Trade Agreements. A Rejoinder*, in *European Law Review*, 1977, p. 163 ss., e 1978, p. 278.

⁷⁵ In questo senso si è espressa, come si è visto, la Corte di giustizia, nel caso *Haegeman* a proposito dell'accordo di associazione con la Grecia: si veda *supra*, nota 66. Cfr. anche F. CAPELLI, *Normativa comunitaria*, cit., p. 45 ss.

ce, secondo la giurisprudenza, anche a proposito di accordi, come il Gatt, a proposito dei quali manca una formale adesione da parte della Comunità come tale⁷⁶.

Nell'ambito dei rapporti fra gli Stati membri delle Comunità, le norme internazionali di cui si parla vengono pertanto riportate ai principi comunitari, e rimangono interamente soggette a questi ultimi. La convenzione internazionale pone infatti diritti ed obblighi che, in vista della materia considerata, hanno – dal punto di vista degli Stati membri – carattere comunitario, per cui la loro proiezione all'esterno, verso Stati terzi, non può incidere sul modo in cui, in base ai principi propri del sistema comunitario, essi si atteggiavano all'interno. La «dimensione» comunitaria risulta in tale ambito prevalente.

Si tratta di un aspetto estremamente caratteristico, che consente di porre meglio in rilievo talune peculiarità proprie del diritto comunitario direttamente applicabile. Da un punto di vista dinamico, si può dire che tale preminenza rispecchia fedelmente le esigenze che stanno alla base del processo di integrazione economica internazionale, e la priorità che inevitabilmente viene acquisita dalle forme più progredite e più perfezionate di organizzazione: fenomeno, questo, di cui la «riserva a favore degli Stati membri dei vantaggi accordati dal Trattato», menzionata in sede normativa dall'art. 234, terzo comma, del Trattato Cee non è che un'espressione⁷⁷.

Sotto un profilo più strettamente giuridico, il fenomeno ora accennato comporta l'integrazione delle regole pattizie nel più ampio contesto risultante dal sistema comunitario, e la loro costruzione sulla relativa base. In particolare, per quanto interessa in questa sede, comporta la possibilità che alcune di tali norme vengano configurate – ricorrendone i presupposti necessari⁷⁸ – come direttamente applicabili nel senso esaminato.

Una siffatta possibilità, che discende logicamente dall'inclusione nel sistema comunitario delle norme internazionali di cui si è detto, trova la sua giustificazione ultima nella necessità di *applicazione uniforme* del diritto comunitario e delle situazioni giuridiche che ne derivano. Tale uniformità è strettamente collegata alla stessa nozione di applicabilità diretta, e sta alla base delle ragioni che ne hanno determinato l'individuazione trasferendo al di fuori dell'ambito puramente interno degli Stati membri determinate situazioni giuridiche⁷⁹. Il rilievo determinante che

⁷⁶ La Comunità si è infatti «sostituita», secondo l'espressione usata dalla Corte nella sentenza del 19 novembre 1975 (caso «duplicatori xerografici»), agli Stati membri per quanto riguarda l'adempimento degli impegni contemplati dal Gatt in vista delle competenze da essa assunte.

⁷⁷ Sul punto si vedano le incisive considerazioni di L.M. BENTIVOGLIO, *Commento all'art. 234*, in *Commentario del Trattato istitutivo della Cee*, III, Milano 1965, p. 1694 ss.

⁷⁸ Per l'elencazione ed il commento di tali requisiti, si veda oltre nel testo, paragrafo 13.

⁷⁹ L'esigenza di trattamento uniforme si trova sempre sottolineata nelle decisioni della Corte che più da vicino si preoccupano di delineare i caratteri della nozione di applicabilità diretta. Da ultimo, in un caso particolarmente discusso, la Corte ha fatto leva su tale esigenza per dichiarare incompatibili con il trattato per ciò che concerne le norme direttamente applicabili la necessità di attendere l'eventuale rimozione di norme interne successive contrastanti con quelle comunitarie, che fosse richiesta da norme o prassi interne: si trattava nel caso della dichiarazione di incostituzionalità pre-

quest'aspetto riveste è dimostrato, proprio a proposito di norme internazionali patrizie, dalla volontà delle istituzioni della Comunità, e principalmente della Corte di giustizia, di far prevalere la valutazione comunitaria in ordine alla portata ed agli effetti di tali disposizioni, rispetto a quella che potrebbe discendere dall'applicazione dei meccanismi interni di adattamento di un singolo Stato membro.

Un atteggiamento del genere è stato chiaramente dimostrato in una decisione a titolo pregiudiziale della Corte, in cui l'applicabilità diretta di certe disposizioni dell'Accordo generale sulle tariffe e sul commercio (il più volte menzionato Gatt) è stata negata, in conformità del resto ad una precedente giurisprudenza⁸⁰, ad onta del fatto che, nello Stato membro interessato (Paesi Bassi), la soluzione potesse essere differente alla luce di certe disposizioni costituzionali interne⁸¹. Asserendo che l'interpretazione di una voce di una tariffa doganale nazionale e comune solo a determinati Stati membri «non può, in quanto tale, prevalere sull'ordinamento giuridico comunitario efficace nel complesso degli Stati membri», e che «l'effetto giuridico cogente degli impegni» contemplati dal Gatt «va valutato in relazione alle afferenti disposizioni dell'ordinamento giuridico comunitario, e non già in relazione a quelle che li rendevano precedentemente efficaci negli ordinamenti giuridici nazionali», la Corte assegna importanza determinante all'uniformità di trattamento di certe situazioni anche a costo dell'eventuale sacrificio di un diritto che potrebbe spettare al singolo nell'ambito del sistema giuridico nazionale⁸².

La prospettiva particolare delle norme direttamente applicabili contenute in accordi internazionali facenti parte del diritto comunitario consente dunque di chiarire che il valore ultimo tutelato attraverso la diretta applicabilità riporta all'integrazione comunitaria ed attiene all'uniformità di applicazione, anche dove ciò possa per avventura andare a scapito del trattamento del privato in rapporto alla situazione esistente nel suo diritto nazionale.

vista dal diritto italiano, ed applicabile secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana anche nell'ipotesi di contrarietà al diritto comunitario. La sentenza della Corte è del 9 marzo 1978 (*Amm. finanze c. S.p.A. Simmenthal*, «disapplicazione da parte del giudice nazionale di una legge in contrasto con il diritto comunitario», causa 106/77), in *Raccolta*, 1978, p. 629 ss., sulla quale più ampiamente *infra* nel testo, par. 11.

⁸⁰ La decisione citata è quella, già menzionata, del 19 novembre 1975 (caso dei duplicatori xerografici, causa 38/75), che quanto alla negazione degli effetti diretti delle norme appartenenti al Gatt si rifà alla precedente decisione del 12 dicembre 1972 (sulla quale *supra*, nota 65).

⁸¹ E precisamente, agli articoli 60 e 65 della Costituzione del Regno dei Paesi Bassi, in forza della quale gli accordi con altri Stati e con organizzazioni internazionali posti in essere e debitamente pubblicati hanno forza di legge. Anche l'avvocato generale Reischl aveva dichiarato nelle sue conclusioni non esservi alcun dubbio che «i conflitti fra Gatt e provvedimenti comunitari non possono essere risolti in base al diritto costituzionale interno, ma unicamente in conformità al diritto comunitario» (*Raccolta*, 1975, p. 1455).

⁸² Si pensi, ad esempio, alle ampie possibilità di riconoscere carattere di norme *self-executing* alle disposizioni del Gatt che emergono dall'applicazione giurisprudenziale effettuata in Italia: a questo proposito, cfr. G. SACERDOTI, *Application of Gatt by Domestic Courts: European and Italian Case-law*, in *Italian Yearbook of International Law*, vol. 2 (1976), p. 224 ss.

Capitolo II

Il diritto comunitario direttamente applicabile e i giudizi interni

SOMMARIO: 9. Il diritto comunitario direttamente applicabile e i giudizi interni: a) il concorso degli organi dello Stato nell'attuazione del diritto comunitario. – 10. b) Possibili limiti all'attuazione. – 11. Segue: la giurisprudenza comunitaria, c) L'ordine pubblico. – 12. d) Caratteri delle situazioni giuridiche soggettive tutelate dai giudici nazionali.

9. *Il diritto comunitario direttamente applicabile ed i giudizi interni: a) il concorso degli organi dello Stato nell'attuazione del diritto comunitario*

Si è visto come al fondo della nozione di applicabilità diretta stia l'idea del rapporto fra Stato e individuo sul piano comunitario, ed in particolare della situazione giuridica soggettiva del secondo nei confronti del primo, direttamente tutelata dal diritto della Comunità. E ciò, in quanto tale diritto affida, allo stato attuale dell'integrazione europea, alle stesse posizioni giuridiche private il compito di cooperare nel raggiungimento dei fini istituzionali degli enti comunitari.

Tuttavia, il sorgere di dette situazioni sul piano comunitario non si accompagna ad un'adeguata garanzia delle stesse sullo stesso piano: ed è stato questo, storicamente, il fattore principale che ha condotto la giurisprudenza allo sviluppo ed al consolidamento della figura in esame⁸³. La garanzia deve essere – ed è stata in concreto – cercata e trovata nell'ambito degli ordinamenti interni degli Stati membri, al fine di non rendere in pratica assai meno rilevanti la portata ed il significato di quelle situazioni individuali, cui gli organi comunitari hanno mostrato di ricollegare notevole rilievo al fine del perseguimento dei fini comunitari, come indubbiamente avverrebbe riservando ai soli Stati membri ed alla Commissione il potere di provocare il controllo giurisdizionale a livello comunitario.

Si profila, in questo modo, una caratteristica forma di concorso degli organi giurisdizionali interni nella realizzazione concreta delle situazioni giuridiche soggettive dei privati sorte sul piano comunitario⁸⁴.

⁸³ Cfr. sopra, par. 2 e note 12-13.

⁸⁴ In generale, sul rilievo del concorso degli organi statali nella realizzazione dell'ordinamento comunitario, cfr. G. BARILE, *Sulla struttura delle Comunità*, cit., p. 20 ss.; *Limiti all'attuazione*, cit., p. 91 ss. Sul piano teorico, detto fenomeno non ha mancato di provocare riflessioni di vario genere: alcuni ne hanno tratto argomento per negare la stessa esistenza di un autonomo ordinamento comunitario, in quanto privo di un proprio apparato coercitivo nei confronti degli individui (R. QUADRI,

Il giudice interno interviene nelle forme previste dal proprio ordinamento, ed in genere attraverso l'inserimento nel giudizio della fase pregiudiziale avanti alla Corte di giustizia, per garantire il soddisfacimento dei diritti ed interessi dei privati, e nel contempo l'attuazione delle norme comunitarie. Tale intervento del giudice interno altro non è, dal punto di vista comunitario, che una particolare manifestazione di quel generale dovere di collaborazione che incombe agli Stati membri in virtù dell'appartenenza alle Comunità, e che è in particolare specificato dall'art. 5 Trattato Cee⁸⁵, aspetto questo sempre sottolineato dalla Corte di giustizia quando indica, a proposito delle norme comunitarie direttamente applicabili, il «dovere» dei giudici nazionali di tutelare i diritti individuali in base ad esse sorte. Dal punto di vista dell'ordinamento interno, l'intervento del giudice dello Stato si inquadra nel particolarissimo rapporto di integrazione che intercorre fra ordinamento della Comunità e ordinamento dello Stato. Tale giudice non applica infatti norme comunitarie in quanto «trasformate» e tradotte in norme giuridiche interne, ma le attua proprio in quanto norme facenti parte dell'ordinamento giuridico comunitario, ossia come valori giuridici appartenenti a questo sistema ed efficaci in quanto tali. In questo modo, trovano garanzia nelle forme tipiche del diritto interno quelle situazioni individuali che, previste e tutelate dal diritto comunitario, rimangono però in tale ambito sfortunate di garanzia diretta.

L'accennato meccanismo, oltre ad individuare una forma di garanzia interna dei diritti «comunitari» dei privati, consente altresì l'adempimento da parte dello Stato dei suoi obblighi correlativi senza che possa profilarsi una responsabilità «comunitaria» per violazione dei Trattati. In altri termini, l'attuazione delle norme direttamente applicabili attraverso i giudici interni consente di saldare la frattura fra aspetti internazionali ed aspetto interno, ossia fra responsabilità internazionale e persistente applicabilità delle norme interne contrastanti con il diritto pattizio, in misura assai superiore a quella consueta nel diritto internazionale classico⁸⁶. Si

Diritto internazionale pubblico,⁵ Napoli 1968, p. 168 ss.; cfr. anche G. BALLADORE PALLIERI, *Le Comunità*, cit., p. 3 ss., e U.M. IACCARINO, *Gli atti*, cit., p. 45 ss.). Simili tesi non appaiono però conformi alla reale portata del fenomeno, accentuando in modo eccessivo il rilievo del momento coercitivo nell'ambito del sistema. È sorto anche il problema dell'esatto inquadramento teorico di siffatta attività di collaborazione da parte di organi statali, che sembra riconducibile al sistema comunitario anche se gli organi statali non diventano certo per ciò stesso organi comunitari: cfr. A. MIGLIAZZA, *Le Comunità europee*, cit., p. 82, e B. CONFORTI, *Commento all'art. 1*, in *Commentario Ceca*, cit., p. 35 ss. Cfr. anche S. GAUDENZI, *La Cee*, cit., p. 68 ss.

⁸⁵ In generale su tali obblighi, cfr. le osservazioni di A.P. SERENI, *Gli organismi economici internazionali nell'ordinamento interno degli Stati*, in *Riv. dir. int.*, 1958, p. 529 ss.; e *organizzazioni internazionali*, Milano 1959, p. 208; e di G. SPERDUTI, *La Ceca ente soprannazionale*, Padova 1960, p. 77 ss.

⁸⁶ Per la situazione comune nel diritto internazionale generale, cfr. per tutti A. VERDROSS, *Völkerrecht*,⁵ Wien 1964, p. 379 ss.; E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *International Responsibility*, in *Manual of Public International Law*, ed. by Sorensen, London-New York 1968, p. 531 ss. In generale sul principio, del resto ovvio, che l'obbligo di osservanza del diritto comunitario importa per gli Stati il divieto di applicare le norme interne contrastanti, cfr. di recente la decisione della Corte di giustizia del 13 luglio 1972 (*Commissione c. Rep. italiana*, causa 48/71), in *Raccolta*, 1972, p. 529 ss.

pensi alla possibilità di ricavare immediatamente da norme dei Trattati l'affermazione sul piano comunitario di obblighi statali anche là dove gli stessi Trattati prevedevano la graduale adozione di provvedimenti da parte degli Stati membri o degli organi comunitari (ad es., articoli 32, 34, 37, 48, 52, 59, 95 Trattato Cee): ciò consente non soltanto di far prevalere detti obblighi su norme interne (per lo meno, anteriori), ma anche di negare ogni rilevanza alla mancata adozione da parte degli Stati dei provvedimenti previsti⁸⁷. Ora, ben difficilmente un'analogha conseguenza avrebbe potuto essere tratta nell'ambito dell'adattamento consueto degli ordinamenti interni a trattati internazionali diversi da quelli comunitari, in vista del fatto che la previsione dell'adozione di certi provvedimenti, valutata dal punto di vista di tali ordinamenti, avrebbe con ogni probabilità indotto a propendere per la costruzione della relativa norma internazionale in termini di meri obblighi di legiferare, ossia, per il carattere non *self-executing* della stessa. E ciò, sia per la necessità di tener presente il parametro del modo di essere del diritto interno, sia per la maggior cautela normalmente seguita nell'interpretazione di norme internazionali «classiche»: in sintesi, per l'impossibilità di impostare e risolvere il problema in un ambito diverso da quello meramente interno.

10. b) *Possibili limiti all'attuazione*

Il procedimento ora descritto può incontrare, peraltro, alcuni limiti. La circostanza che la garanzia ultima della situazione individuale – pur sorta, di per sé, sul piano comunitario – sia rimessa all'intervento del giudice interno, fa sì che le caratteristiche di struttura del sistema finiscano per reagire, in qualche misura, sull'intero meccanismo.

È evidente, anzitutto, che il carattere direttamente applicabile delle norme comunitarie importa di per sé certe conseguenze anche sul piano dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno per l'interrelazione che esiste fra i due ordini di problemi. Se la norma comunitaria dà origine a situazioni favorevoli per i privati nei confronti degli Stati membri a prescindere da ogni ulteriore provvedimento, statale o comunitario, e se i giudici nazionali devono prestare il loro concorso per la realizzazione di simili situazioni, ciò non potrà avvenire senza che questi giudici disapplicino le eventuali norme interne che si oppongano a tale piena realizzazione. In una certa misura, insomma, la realizzazione del meccanismo di tutela dei diritti e interessi originati dalle norme direttamente applicabili può mettere in causa l'applicazione di norme interne, pur se quei diritti e interessi trovino la loro origine al di fuori dell'ambito proprio di queste ultime. E ciò spiega come mai esista un collegamento fra il problema esaminato in queste pagine e la più genera-

⁸⁷ Che, in generale, uno degli scopi fondamentali del meccanismo previsto dall'art. 177 del Trattato CEE consista nel prevenire l'insorgere di una responsabilità degli Stati membri, con le conseguenze ad essa connesse, è stato rilevato da L. FERRARI BRAVO, *Problemi interpretativi*, cit., p. 419 ss.

le prospettive dei rapporti fra ordine comunitario e ordine dello Stato: e come alcuni autori avessero tentato – sia pure senza incontrare il favore della maggioranza della dottrina – di fondare sulla base dell'art. 189, ossia sulla sola norma del Trattato Cee che menzioni la diretta applicabilità, conclusioni relative anche a questo più generale problema⁸⁸.

Ora, non vi è dubbio che se in tutti i sistemi degli Stati membri l'inserimento nei sistemi stessi delle situazioni comunitariamente protette in capo a privati e la loro tutela ad opera dei giudici interni si attua senza particolari difficoltà per quanto riguarda la realizzazione di detta tutela anche di fronte a norme interne contrastanti, ma anteriori a quelle comunitarie, altrettanto non può dirsi in relazione all'eventuale contrasto fra queste e norme interne posteriori. Nel primo caso, infatti, la realizzazione dell'ordinamento comunitario da parte dei giudici interni, in quanto integrato in quello nazionale, può avvenire agevolmente sulla base della normale prevalenza della norma posteriore su quella anteriore, generalmente riconosciuta dagli ordinamenti interni. Nella seconda ipotesi, invece, i normali principi sulla successione delle leggi nel tempo giocherebbero a favore dell'applicazione delle norme interne contrastanti, ed il contrasto non può quindi essere risolto in senso favorevole a quelle comunitarie se non attribuendo a queste, in virtù della loro appartenenza ad un sistema avente caratteristiche particolari ed integrato in quello statale, uno speciale valore formale, o comunque una particolare posizione che consenta al giudice di disapplicare senz'altro le norme interne contrarie, ancorché posteriori.

In quest'ultimo senso è in effetti la soluzione affermata nell'ambito di numerosi Stati membri, spesso sulla base dell'idea che l'adesione alle Comunità avrebbe attuato un trasferimento di poteri sovrani in determinate materie, facendo venire meno il correlativo potere degli organi nazionali⁸⁹. Altrove, invece, le caratteristiche del sistema interno hanno portato ad accettare largamente l'idea che una soluzione del genere non sia ammissibile. Ove così fosse, le caratteristiche del sistema impedirebbero la piena realizzazione della situazione giuridica comunitaria da

⁸⁸ Ciò è accaduto in particolare ad opera della dottrina tedesca, nell'ambito della quale il tentativo di fondare su norme espresse del Trattato, o su norme implicite da esso desumibili, la c.d. supremazia o «primauté» del diritto comunitario, è assai diffusa. Con argomentazioni tra loro diverse, e con notevoli differenze di risultati, tutti confluenti però nella conclusione indicata, si vedano H.P. IPSEN, *Das Verhältnis des Rechts der europäischen Gemeinschaften zum nationalem Recht*, in *Aktuelle Fragen des europäischen Gemeinschaftsrechts*, Stuttgart 1965, p. 2 ss.; E. GRABITZ, *Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht*, Hamburg 1966, spec. p. 13 ss.; M. ZULEEG, *Das Recht der europäischen Gemeinschaften im innerstaatlichen Bereich*, Köln-Berlin-München-Bonn 1969, spec. p. 136 ss.; K. ZWIEGERT, in *Diritto delle Comunità europee e diritto degli Stati membri*, Milano 1969, p. 137 ss., spec. p. 164 ss. Per una specifica critica della tesi di M. Zuleeg, cfr. F. SORRENTINO, *Corte costituzionale*, cit., II, p. 52 ss.

⁸⁹ Cfr. gli indirizzi indicati sopra, nota 27. Per alcune considerazioni sul tema, in relazione alla sentenza n. 183/73 della Corte costituzionale italiana, si veda P. MENGOZZI, *Un orientamento radicalmente nuovo in tema di rapporti tra diritto italiano e diritto comunitario?*, in *Riv. dir. int.*, 1974, p. 708 ss.

parte dell'organo giurisdizionale nazionale, sino a che le norme interne contrastanti non fossero state caducate secondo i principi applicabili nel sistema interno.

Com'è ben noto, una situazione del tipo ora indicato si produrrebbe in Italia, secondo un'opinione largamente accolta ed affermata dalla Corte costituzionale⁹⁰: e si tratterebbe di una soluzione che, ancorché criticabile dal punto di vista dell'opportunità⁹¹, molti scrittori considerano inevitabile *de jure condito*. Sulla premessa del dovere del giudice interno di fare applicazione della legge vigente sino a che essa non venga dichiarata incostituzionale attraverso l'esperimento della relativa procedura, si è infatti ritenuto che le norme comunitarie non possano provocare di per sé sole la disapplicazione di eventuali norme successive con esse contrastanti, ma che queste ultime possano soltanto essere dichiarate costituzionalmente illegittime in virtù del disposto dell'art. 11 della Costituzione⁹². Il che evidentemente importa la conseguenza che, sino al momento in cui una simile dichiarazione non intervenga, la situazione giuridica comunitaria non può trovare concreta realizzazione, in quanto vi osta l'esistenza della norma interna contraria. E ciò implica, quanto meno, una sfasatura temporale fra il sorgere della situazione in ambito comunitario, e la possibilità di ottenerne effettiva tutela ad opera del giudice interno. Condividendo l'opinione ora esposta, è dunque impossibile non concludere nel senso dell'esistenza di un limite all'effettivo funzionamento del sistema di tutela delle posizioni individuali⁹³.

11. *Segue: la giurisprudenza comunitaria*

Di fronte a questa soluzione giurisprudenziale, si è però di recente venuta a

⁹⁰ Intendiamo riferirci, com'è chiaro, alla recente sentenza della Corte costituzionale del 22 ottobre 1975 n. 232 (in *Foro it.*, 1975, I, 2661, nota R. Monaco; 1976, I, 542, nota B. CONFORTI, *Giust. civ.*, 1975, III, 319, nota M. Stella Richter, e 1976, IV, 3, nota M. BERRI; *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1975, 724; *Riv. dir. int.*, 1975, 766; *Dir. prat. trib.*, 1976, II, 241), che ribalta le conclusioni cui era giunta la precedente criticatissima decisione del 7 marzo 1964 n. 14 (*Foro it.*, 1964, I, 465, nota N. CATALANO; *Giur. it.*, 1964, I, 516 e 1311 nota R. MONACO; *Giust. civ.* 1964, III, 100) secondo la quale rimanevano pienamente valide le leggi interne posteriori contrarie a norme comunitarie.

⁹¹ Cfr. F. SORRENTINO, *Osservazioni sulle leggi contrastanti con norme comunitarie: incostituzionalità e/o disapplicazione?* in *Giur. cost.*, 1975, p. 3239 ss. (e in *Dir. prat. trib.*, 1976, I, 233 ss.); R. MONACO, *Norma comunitaria e norma di legge interna successiva*, in *Foro it.*, 1975, I, 2661; C. MARTINO, *Conflitto fra normativa comunitaria e normativa interna posteriore*, in *Foro pad.*, 1976, III, 18. In senso contrario, M. CAPURSO, *Criteri ermeneutici*, cit., p. 1057 ss., e parzialmente B. CONFORTI, *Regolamenti comunitari, leggi nazionali e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1976, I, 542,

⁹² La rilevanza di tale norma ai fini del problema dei rapporti fra ordinamento italiano e ordinamento comunitario era già stata sottolineata dalla precedente sentenza n. 183/73 (sopra, nota 27), superando così i dubbi espressi da notevole parte della dottrina: si veda, per tutti, L. SICO, *Considerazioni sull'interpretazione dell'art. 11 della Costituzione*, in *Dir. int.* 1966, p. 297 ss.

⁹³ Di qui le serrate critiche mosse alla sentenza da F. CAPELLI, *Norme nazionali posteriori confliggenti con quelle comunitarie*, in *Il dir. comun. e scambi int.*, 1975, p. 640 ss.

porre la decisa affermazione della Corte di giustizia comunitaria, contenuta nella notissima sentenza del 9 marzo 1978⁹⁴, secondo la quale il giudice interno, quale che esso sia, è tenuto a disapplicare la legge interna successiva contraria al diritto comunitario «senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale»⁹⁵.

La posizione fatta in tal modo propria dalla Corte non è, in realtà, del tutto nuova, e non sorprende chi avesse seguito con attenzione la sua precedente giurisprudenza⁹⁶: essa si caratterizza, però, per la particolare nettezza ora assunta. Inoltre, mentre la stessa posizione era stata in precedenza condivisa anche da una consistente parte della giurisprudenza italiana⁹⁷, la scelta fatta dalla Corte costituzionale viene a creare un contrasto di posizioni fra le due Corti, che sembra riprodurre in qualche modo quello aperto nel 1964 con la nota, ed infelice, decisione della prima nel caso *Costa c. Enel*, che negava alle norme comunitarie qualsiasi preminenza sulle norme interne⁹⁸. E tale contrasto non ha mancato di preoccupare gli studiosi della materia, provocando una notevole quantità di commenti, in generale non molto favorevoli alla soluzione accolta dalla Corte di giustizia⁹⁹.

La decisione di quest'ultima investe direttamente la nozione considerata in queste pagine, ossia la diretta applicabilità, sotto il profilo dell'art. 189 del Trattato Cee. In relazione al quesito sottoposto dal giudice nazionale, la Corte doveva infatti stabilire se il contenuto normativo della nozione di diretta applicabilità implichi di per sé l'obbligo del giudice degli Stati membri di disapplicare le norme interne successive contrastanti con norme comunitarie dotate di tale caratteristica. E la risposta della Corte, come si è visto, è incondizionatamente positiva. La Cor-

⁹⁴ Nella ben nota causa *Amm. Finanze c. S.p.A. Simmenthal*, n. 106/77, in *Raccolta*, 1978, p. 629 ss.

⁹⁵ *Loc. cit.* alla nota precedente, p. 644.

⁹⁶ A parte alcune opinioni dottrinali, che hanno seguito strade in parte coincidenti con le posizioni fatte proprie dalla Corte nella decisione menzionata (si vedano le indicazioni contenute nella nota 88), ed a parte qualche accenno contenuto nella decisione del 15 luglio 1964 nel caso *Costa c. Enel*, già citata (p. 1145), vanno tenute presenti al riguardo le sentenze del 14 dicembre 1971 (*Politi c. Min. finanze*, causa 43/71), in *Raccolta*, XVII, 1971, p. 1039 ss., del 7 marzo 1972 (*S.p.A. Marimex c. Min. finanze*, causa 84/71), in *Raccolta*, XVIII, 1972, p. 89 ss., nelle quali viene dichiarato che l'efficacia dei regolamenti in base all'art. 189 trattato Cee osta all'applicazione di qualsiasi provvedimento legislativo nazionale, anche posteriore, che sia con essi incompatibile; nonché del 10 ottobre 1973 (*Variola c. Amm. finanze*, causa 34/73), in *Raccolta*, 1973, p. 981 ss.

⁹⁷ Per le indicazioni specifiche si veda la rassegna di M. TAMBURINI, *Natura ed efficacia del diritto della Comunità economica europea nelle pronunce dei giudici italiani*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1976, p. 255 ss., a p. 272 ss.

⁹⁸ Si tratta della nota sentenza del 7 marzo 1964, sulla quale v. sopra, nota 90.

⁹⁹ Si veda il mio articolo *Illegittimità costituzionale o illegittimità «comunitaria» di leggi interne?*, in *Il primato del diritto comunitario e i giudici italiani*, Milano 1978, p. 145 ss., e ivi ulteriori indicazioni bibliografiche; nonché i numerosi altri scritti contenuti nello stesso volume, interamente dedicato alla sentenza della Corte di giustizia considerata nel testo. A tali scritti, si aggiunga P. GORI, *Preminenza o immediata applicazione del diritto comunitario «per forza propria»?*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, p. 681 ss., e D. CARREAU, *Droit communautaire et droits nationaux: concurrence ou primauté (la contribution de l'arrêt Simmenthal)*, in *Revue trim. droit eur.*, 1978, p. 381 ss.

te ritiene, cioè, che il diritto comunitario direttamente applicabile¹⁰⁰ prescriva *esso stesso* il modo in cui la sua prevalenza sul diritto interno contrastante deve essere assicurata, e non ne lasci la più precisa determinazione al diritto interno degli Stati membri, eventualmente riservandosi di controllarne la conformità rispetto alle esigenze della sua corretta applicazione secondo le varie possibilità offerte dai Trattati. La diretta applicabilità implica dunque, secondo quest'impostazione, la necessaria disapplicazione da parte dei giudici interni delle norme interne successive contrastanti, quali che siano i procedimenti previsti in generale dai sistemi costituzionali interni: e ciò, in vista delle esigenze di uniforme applicazione del diritto comunitario, e del fatto che esso impedisce la «valida formazione» di atti legislativi interni incompatibili.

Una simile conclusione, che non ha nulla di assurdo in se stessa, come invece a volte si è voluto ritenere, porta alle sue estreme conseguenze l'idea dell'esistenza di un autonomo sistema giuridico comunitario, idoneo a creare situazioni giuridiche in sé perfette: tale sistema conterrebbe, secondo la Corte, anche la prescrizione del modo in cui la preminenza delle norme comunitarie direttamente applicabili di fronte al diritto interno contrastante deve essere assicurata. Fermo restando, quindi, il principio che l'attuazione delle suddette situazioni giuridiche deve essere effettuata ad opera del giudice nazionale, si desume dallo stesso modo di essere delle norme dotate di effetti diretti l'obbligo del giudice interno di disapplicare le norme interne con esse contrastanti. La Corte legge, in definitiva, l'art. 189 del Trattato Cee come se, accanto all'affermazione della diretta applicabilità dei regolamenti, vi fosse enunciato l'obbligo ora indicato. Il giudice interno rimane dunque soggetto alle regole del proprio sistema, ma queste si considerano modificate come conseguenza dell'adattamento ai Trattati europei, introducendosi accanto all'ipotesi di invalidità delle leggi previste da ciascun sistema quella di una sorta di invalidità o illegittimità «comunitaria» delle leggi stesse, considerata come implicita nel contenuto della nozione di applicabilità diretta.

Quello appena precisato appare il nucleo fondamentale della sentenza: altri motivi in essa accennati acquistano un rilievo ed un significato sicuramente secondari, pur non potendosi negare l'esistenza, specie se si tiene presente qual era la questione interpretativa sottoposta dal giudice nazionale¹⁰¹. Ciò, in partico-

¹⁰⁰ Per vero il dispositivo della sentenza si riferisce a tutto il diritto comunitario senza alcuna distinzione fra le norme direttamente applicabili e quelle che non lo sono. Ciò dipende in parte dall'influenza di una seconda linea di ragionamento, di cui è detto oltre nel testo e che si intreccia qua e là con la prima nel complesso della decisione: ma non sembra che ciò debba indurre a interpretare diversamente la sentenza, se si tiene conto del quesito proposto dal giudice nazionale e del fatto che la Corte, riferendosi nel dispositivo all'obbligo del giudice nazionale di disapplicare le norme interne contrastanti, ha probabilmente considerato superfluo il riferimento al diritto comunitario direttamente applicabile, in quanto quello che tale non è non può, per definizione, venire applicato immediatamente da tale giudice.

¹⁰¹ Quest'ultimo chiedeva, infatti, se dovessero essere immediatamente disapplicate eventuali disposizioni nazionali successive contrastanti con disposizioni comunitarie direttamente applicabili.

lare, va detto per quanto riguarda la linea di ragionamento, presente qua e là nella decisione della Corte, che sulla base della premessa del rango superiore delle norme comunitarie rispetto a quelle statali, ne desume la conseguenza della radicale invalidità ed inefficacia delle norme interne contrastanti¹⁰².

Dal punto di vista dell'ordinamento giuridico italiano, un simile meccanismo per la declaratoria di illegittimità comunitaria delle leggi interne, consistente nella disapplicazione da parte di tutti i giudici avanti ai quali fossero invocate, si porrebbe come conseguenza dell'intervenuto adattamento ai Trattati, e troverebbe la sua fonte di legittimazione, al pari delle altre modifiche imposte al sistema da tale adattamento, nell'art. 11 della Costituzione. Il controllo di «comunitarietà» sarebbe quindi un controllo diffuso da parte di ogni giudice, che si porrebbe accanto al controllo di costituzionalità vero e proprio e rimarrebbe soggetto a regole proprie.

Ora, per quanto concerne il nucleo essenziale della decisione, si può ritenere che l'affermazione di principio in ordine alla necessità che le norme comunitarie direttamente applicabili ricevano integrale ed uniforme applicazione in tutti gli Stati membri sia di per sé indiscutibile¹⁰³. Per quanto concerne, invece, le conseguenze tratte quanto al modo di operare del sistema italiano, il giudizio è più dubbio¹⁰⁴. Da un lato, poteva infatti essere discutibile che i testi comunitari consentissero di trarre quelle conseguenze in ordine alle implicazioni della nozione di applicabilità diretta, che la Corte senza esitazioni ha tratto. Dall'altro, è possibile che il significato e la portata del meccanismo di controllo di costituzionalità nel sistema giuridico italiano non siano stati adeguatamente apprezzati dalla Corte, e che ciò abbia avuto il suo peso nell'economia complessiva della decisione. Tenuta presente, peraltro, l'autorità delle pronunzie della Corte, ed il ruolo che esse hanno nella costruzione di un sistema comunitario «vivente», non sembra utile indulgere in una valutazione della fondatezza della decisione da un punto di vista rigorosamente formale: non rimane, ai nostri fini, che prendere atto dell'atteggiamento assunto dalla Corte, riservando all'avvenire la precisa valutazione della sua idoneità a tradursi in ben definite regole giuridiche accolte nell'ambito del sistema italiano ed auspicando che il conflitto fra le due Corti possa venire rapidamente composto¹⁰⁵.

¹⁰² Per la rilevazione di questa seconda linea di ragionamento, e per commenti ad essa, cfr. G.L. TOSATO, *Il caso Simmenthal: il conflitto fra la Corte comunitaria e la Corte costituzionale è davvero preoccupante?*, in *Il primato del diritto comunitario*, cit., p. 301 ss.

¹⁰³ Cfr. G. L. Tosato, *op. cit.* alla nota precedente, p. 303.

¹⁰⁴ Particolarmente critici, sotto questo profilo, P. BARILE, *Un impatto fra il diritto comunitario e la costituzione italiana*, in *Il primato del diritto comunitario*, cit., p. 59 ss., e S.M. CARBONE e F. SORRENTINO, *Corte di giustizia o Corte federale delle Comunità europee?*, ivi, p. 97 ss.

¹⁰⁵ Ciò potrebbe aver luogo, ad esempio, anche attraverso l'accoglimento da parte dei giudici italiani della tesi espressa da B. CONFORTI, *Regolamenti comunitari, leggi nazionali e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1976, I, 542 ss., che fa perno sulla possibilità di risolvere in sede interpretativa la maggior parte dei conflitti fra norme comunitarie e norme interne: cfr. anche A. TIZZANO, *Sulla «in-costituzionalità» delle leggi italiane incompatibili con i regolamenti comunitari*, in *Foro it.*, 1976, I,

Vale la pena di sottolineare ancora un aspetto evidenziato dalla decisione della Corte, e dai commenti che essa ha suscitato. Una critica spesso ad essa rivolta riguarda lo straripamento di potere nel quale la Corte sarebbe incorsa pretendendo di impostare e risolvere un problema che attiene al rapporto fra diritto comunitario e diritto interno, indicando come il primo, dal punto di vista del secondo, vada inserito ed applicato nell'ambito del sistema giuridico nazionale. È facile argomentare, in questa prospettiva, nel senso che i meccanismi di adattamento sono funzione esclusiva del diritto interno – almeno in assenza di esplicite previsioni al riguardo nello stesso trattato –, e sfuggono quindi alla competenza degli organi comunitari¹⁰⁶. Ma qui soccorre una precisazione di ordine più generale. È vero, infatti, che normalmente ogni problema attinente all'applicazione interna del diritto comunitario viene ricondotto alla prospettiva dell'adattamento, assimilandolo all'applicazione interna di qualsiasi norma di origine internazionale, ed esaminandolo quindi nell'ottica generale dei rapporti fra sistemi giuridici diversi. In realtà, però, la pozione del diritto comunitario, nell'ambito di quello statale non può venire correttamente assimilata a quella di altri sistemi. Esso non viene introdotto, o comunque reso applicabile, nel sistema giuridico interno, ma penetra negli spazi che il diritto statale, in esecuzione di precisi impegni internazionali, gli lascia a disposizione. In tale ambito esso spiega i propri effetti, non come risultato di una trasformazione ad opera di norme o principi interni, ma come sistema comunitario a sé stante, che opera nella *medesima sfera soggettiva* in cui opera quello dello Stato. E gli spazi che il sistema comunitario trova, in tal modo, a sua disposizione costituiscono una realtà dinamica, che varia con il variare dell'estensione della competenza comunitaria, e trova in concreto la propria determinazione – nei confronti della sfera che rimane soggetta alla competenza statale – proprio attraverso la precisazione dei rispettivi compiti che la Corte di giustizia effettua attraverso il meccanismo della c.d. interpretazione pregiudiziale¹⁰⁷. Enunciando quali siano le caratteristiche del diritto comunitario e la sua estensione, la Corte non risolve problemi di rapporti fra sistemi, ma contribuisce allo sviluppo ed al consolidamento del relativo sistema, nella configurazione di cui gli organi statali dovranno assicurare l'osservanza¹⁰⁸.

2307. La Corte costituzionale è stata comunque nuovamente investita della questione della legittimità costituzionale della legge di esecuzione del Trattato Cee, con riferimento all'art. 189 ed alla sentenza della Corte di giustizia nel caso *Simmenthal*. Il Trib. Milano, con ordinanza 16 novembre 1978 (*Foro it.*, 1979, I, 1631), ha infatti prospettato la possibilità di contrasto fra l'obbligo di disapplicazione stabilito dalla Corte di giustizia ed i «controlimiti» alle limitazioni di sovranità di cui all'art. 11 Cost., ove essi si intendano riferiti anche ai principi interni sulla formazione e validità delle leggi.

¹⁰⁶ Ad esempio, si veda L. CONDORELLI, *Il caso Simmenthal e il primato del diritto comunitario: due Corti a confronto*, in *Il primato del diritto comunitario*, cit., p. 125 ss.

¹⁰⁷ Per interessanti commenti in ordine alla funzione svolta dal procedimento pregiudiziale avanti alla Corte di giustizia sotto il profilo della delimitazione fra le sfere di competenza del sistema giuridico comunitario e di quelli interni, cfr. G. FIORIDIA, *Forma giurisdizionale e risultato normativo del procedimento pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia*, in *Dir com. scambi int.*, 1978, p. 1 ss.

¹⁰⁸ Su questo punto, si veda quanto osservato sopra, nota 50.

La critica all'impostazione della Corte di giustizia rimarrebbe invece avvalorata, qualora si volesse attribuire rilievo preminente alla diversa linea di pensiero, cui si è in precedenza accennato, che traspare qua e là nella motivazione della sentenza¹⁰⁹.

Considerando infatti decisive ai fini delle questioni sottoposte alla Corte le affermazioni di quest'ultima a proposito della superiorità del rango delle norme comunitarie e della conseguente invalidità delle norme interne contrastanti, sarebbe giustificato opporre, anzitutto, l'errore di prospettiva consistente nel voler risolvere nell'ambito comunitario un problema che è inevitabilmente condizionato dal modo di essere del diritto interno. Inoltre, il principio enunciato dalla Corte diverrebbe l'espressione di una gerarchia di norme, avente il suo vertice nei trattati europei, considerati come una sorta di costituzione federale tale da costituire il parametro ultimo di validità di ogni norma giuridica interna. Non solo una costruzione del genere sarebbe inidonea a giustificare la conclusione, posto che non sempre e non necessariamente in una struttura federalistica si verifica la conseguenza dell'invalidità delle norme interne degli Stati membri contrastanti con le norme federali¹¹⁰: ma, soprattutto, essa sarebbe del tutto inaccettabile per l'evidente mancanza di aderenza alla realtà. Anche per questo, oltre che per le considerazioni che precedono, sembra ragionevole ritenere che la vera *ratio decidendi* vada ricercata, nella sentenza in questione, nelle speciali caratteristiche che agli occhi della Corte ineriscono al carattere direttamente applicabile di certe norme comunitarie.

c) *L'ordine pubblico*

Ulteriori e diversi limiti all'attuazione delle situazioni protette dalle norme comunitarie direttamente applicabili possono essere configurati almeno in astratto, anche se non sono facilmente verificabili in pratica. Si pensi, ad esempio, alla generalissima regola per la quale una situazione sorta in un sistema diverso da quello dello Stato non può trovare tutela e riconoscimento ad opera degli organi di questo, se contrasta con i principi fondamentali della comunità statale: è quanto viene normalmente espresso con il richiamo alla nozione di ordine pubblico internazionale, inteso come insieme dei principi basilari di una comunità in un determinato momento storico, non necessariamente identificanti con i principi essenziali dell'ordinamento giuridico che questa esprime¹¹¹. Non vi è motivo di esclu-

¹⁰⁹ Si vedano, al proposito, le considerazioni di G.L. TOSATO. *Il caso Simmenthal*, cit., p. 302 ss.

¹¹⁰ In questo senso, cfr. G. JAENICKE, *Supranationale Organisationen*, in *Wörterbuch des Völkerrechts*, III, Berlin 1962, p. 426; F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario*, cit., p. 513.

¹¹¹ Per quest'impostazione del problema dell'ordine pubblico c.d. internazionale, cfr. G. BARILE, *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi (L'ordine pubblico internazionale)*, Padova 1969, e *Limiti all'attuazione*, cit., p. 91 ss. Per un'accurata analisi della

dere, in astratto, che il fenomeno possa verificarsi anche a proposito dell'attuazione interna del diritto europeo. In particolare, non è possibile addurre in contrario il fatto che il diritto comunitario e le situazioni giuridiche in esso sorte non fanno parte di sistemi estranei in senso proprio, dato lo speciale rapporto in cui si pongono con il sistema giuridico nazionale. Quest'indiscutibile realtà non può fare escludere che i principi fondamentali della comunità nazionale siano tutelati nei loro confronti, come nei confronti di qualsiasi valore giuridico di cui debba essere fatta applicazione nel quadro di tale comunità¹¹².

Alcune considerazioni in questo senso sono state di recente espresse nella giurisprudenza germanica¹¹³, e qualche spunto è contenuto anche in quella della Corte costituzionale italiana¹¹⁴. In fatto, l'ipotesi può naturalmente apparire alquanto remota¹¹⁵. Su questo piano appare infatti più probabile che l'appartenenza di uno Stato alle Comunità finisca per reagire sul contenuto dei principi di cui si tratta, costituendo i principi fondamentali del sistema comunitario un fatto storico di rilevantissima importanza al fine di stabilire l'esistenza e la portata di quelli che si assumano appartenenti all'ordine pubblico internazionale: fenomeno, questo, suscettibile di verificarsi soprattutto in materia economica, in vista delle materie in cui si esplica attualmente la competenza degli ordinamenti comunitari¹¹⁶.

12. d) *Caratteri delle situazioni giuridiche soggettive tutelate dai giudici nazionali*

Si è visto che il caratteristico meccanismo qui esaminato si esplica attraverso la creazione nell'ambito comunitario di una situazione giuridica soggettiva che deve essere fatta valere avanti al giudice nazionale, quale giudice dell'ordinamento nel

norma positiva che contempla l'argomento nell'ordinamento italiano, si veda N. PALAIA, *L'ordine pubblico «internazionale»*, Padova 1974, p. 3 ss.

¹¹² Per qualche considerazione in questo senso, cfr. G. BARILE, *Limiti all'attuazione*, cit., p. 104 ss.

¹¹³ Bundesverfassungsgericht, 29 maggio 1974, n. 18, in *Entscheidungen des BvG*, vol. 37, p. 271 ss. su cui in senso critico H.P. IPSEN, *BVerfG versus EuGHre «Grundrechte»*, in *Europarecht*, 1975, p. 1 ss.

¹¹⁴ Nella sentenza n. 183/73 più volte citata.

¹¹⁵ Un caso di possibile contrarietà è stato individuato da G. GHIDINI, *Sul caso «Hag»*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, II, p. 1 ss., a proposito del principio stabilito dalla decisione della Corte di giustizia del 3 luglio 1974 (*Van Zuylen Frères c. Hag AG*, causa 192/73), in *Raccolta*, 1974, p. 731 ss. in rapporto alla disciplina italiana dei marchi d'impresa: ma è lecito dubitare che il principio cui la decisione della Corte sarebbe contraria rivesta un rilievo tale da poter essere considerato appartenente all'ordine pubblico internazionale nel senso del testo.

¹¹⁶ Per interessanti osservazioni in questa direzione, e per la valorizzazione dell'appartenenza della comunità nazionale a comunità più ampie nella prospettiva del rilievo dell'ordine pubblico internazionale, cfr. P. BENVENUTI, *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano 1977, spec. p. 102 ss.

quale quello comunitario si trova integrato. Ciò pone la questione di sapere se, ed in quali limiti, la situazione stessa debba essere valutata alla luce dei principi propri di ciascun ordinamento giuridico interno: per esempio, nel sistema italiano, se essa debba essere configurata come diritto soggettivo e come interesse legittimo, con tutte le conseguenze che da ciò derivano in ordine alla determinazione del giudice competente, al procedimento ed al provvedimento che lo stesso può emanare.

Va detto subito che la questione è assai delicata, e l'esperienza giurisprudenziale sino ad ora formatasi non appare sufficiente ai fini di una sua completa elaborazione. Alcuni punti meritano però di venire senz'altro fissati, alla luce dei chiarimenti fin qui esposti.

La sede comunitaria in cui la situazione giuridica sorge impone anzitutto di compiere una valutazione in base ai principi vigenti in tale ambito. E ciò perché non sembra dubbio che l'inquadramento nel sistema interno debba avere per oggetto un fenomeno giuridico già caratterizzato in base alle norme che ne hanno disciplinato il sorgere, e nella precisa caratterizzazione che da ciò risulta. Non sarebbe giustificato, invece, procedere ad un inquadramento nel sistema interno senza tener conto di tali caratteri, posto che così facendo il diritto comunitario, da sistema autonomo ed integrato quale lo si è considerato, verrebbe degradato a mero contenuto materiale di norme interne create nell'ambito statale e meramente riproduttive del primo.

Ora, in vista di queste considerazioni, l'evoluzione giurisprudenziale compiutasi in sede comunitaria non permette di dubitare che l'accento venga posto in primo luogo sulla situazione giuridica soggettiva dei privati in quanto tale, e non come semplice riflesso del soddisfacimento di un interesse collettivo. Certamente, il sistema consente di individuare e tutelare siffatte situazioni *anche* perché, in tal modo, si contribuisce al raggiungimento di fini collettivi: perché, in altri termini, i privati ampliano e completano quell'opera di sorveglianza del comportamento statale che la sola Commissione non è in grado di compiere con l'efficacia e l'ampiezza desiderabili. Ma ciò, se è vero sul piano dei motivi ispiratori del fenomeno, non è di per sé sufficiente a fornirne una completa caratterizzazione in termini giuridici. L'insistenza della giurisprudenza sul motivo della tutela individuale non può lasciare dubbi circa la diretta riferibilità all'individuo dell'oggetto della tutela da parte della norma comunitaria. Si tratta di una situazione propria dell'individuo in quanto tale, e non del mero riflesso dell'ordinato adempimento da parte dello Stato dei propri obblighi comunitari¹¹⁷. Il valore del riconoscimento della soggettività «comunitaria» del privato in quanto tale è strettamente connesso con il riconoscimento della titolarità in capo ad esso di situazioni giuridiche proprie, e non

¹¹⁷ Si vedano le decisioni nelle quali la Corte di giustizia ha insistito sulla distinzione fra azioni *ex* articoli 169 e 170 Trattato Cee nei confronti degli Stati membri, e procedure a titolo pregiudiziale *ex* art. 177 in quanto incidentali rispetto ad azioni promosse da privati: cfr. ad es. quella del 3 aprile 1968 (*Molkerei-Zentrale Westfalen-Lippe c. Hauptzollamt Paderborn*, causa 28/67, in *Raccolta*, XIV, 1967), p. 192 ss., a p. 207: l'azione del privato tende alla tutela dei diritti individuali in un caso di specie, mentre l'intervento delle autorità comunitarie tende all'osservanza generale e uniforme del diritto comunitario.

puramente riflesse: negare il secondo significherebbe ridurre entro limiti assai ristretti l'affermazione del primo, e finire per concedere molto alla tesi, ripudiata dalla Corte di giustizia, della costruzione dei Trattati in termini puramente inter-statali.

D'altro lato, la tesi contraria a volte accennata da qualche autore, per la quale le regole comunitarie direttamente applicabili non attribuirebbero diritti ai singoli, ma solo imporrebbero agli organi pubblici determinati obblighi la cui violazione potrebbe essere fatta valere anche dai privati¹¹⁸, risente di un'impostazione teorica alquanto superata nel campo della giustizia amministrativa interna. E cioè dell'impostazione per la quale, essendo gli organi di giustizia amministrativa da considerarsi come «organi di giustizia nell'amministrazione», le garanzie giurisdizionali offerte ai privati sarebbero soltanto un mezzo tecnico per attuare il diritto obiettivo, e la protezione degli interessi degli stessi una mera conseguenza indiretta¹¹⁹. Anche sotto questo profilo, dunque, la tesi indicata non appare accoglibile.

Le considerazioni che precedono non importano, peraltro, la conclusione che la situazione giuridica dei privati posta in essere a livello comunitario debba sempre e comunque venire configurata come «diritto soggettivo perfetto» nell'ambito di quegli Stati membri, che, come l'Italia, contrappongano tale figura ad altre situazioni giuridiche diversamente tutelate. In realtà, una simile conclusione non può essere tratta come conseguenza immediata e diretta dell'esistenza di una situazione giuridica favorevole nell'ambito comunitario, ed il semplice fatto che nel linguaggio corrente si parli solitamente, in tale ambito, di diritto soggettivo non ha un significato preciso in tale direzione.

Un tale punto di vista è stato, in realtà, accolto di frequente dalla giurisprudenza italiana¹²⁰, ma appare eccessivamente schematico se considerato come principio generale e parametro, valido per la soluzione di qualsiasi caso concreto¹²¹. Se è vero che il modo in cui il sistema comunitario tutela l'interesse individuale assume una netta rilevanza in vista dell'autonomia della situazione così creata nei confronti del diritto interno, non appare esatto escludere in via di principio qualsiasi rilievo delle categorie utilizzate da quest'ultimo. Così facendo, infatti, si ver-

¹¹⁸ Sul piano comunitario, si veda qualche accenno in F. DUMON, *La notion*, cit., p. 377. Per quanto riguarda la dottrina italiana, si vedano autori ed opere indicati sopra, nota 29.

¹¹⁹ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, II, in *Riv. dir. proc.*, 1964, spec. p. 19 ss.; M.S. GIANNINI-A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano 1970, spec. p. 252 ss.

¹²⁰ Cfr. le sentenze della Corte di appello di Roma, 24 settembre 1969, in *Foro it.*, 1969, I, 3282; *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, p. 379; Trib. Brescia, 5 gennaio 1972, in *Foro it.*, 1972, I, 388; App. Milano, 17 aprile 1973, *Il dir. negli scambi int.*, 1973, p. 301; App. Bologna, 26 maggio 1973, *ivi*, 1973, p. 305; Trib. Milano, 4 aprile 1974, in *Il dir. comunit. e degli scambi int.*, 1975, p. 445; Trib. Milano, 6 marzo 1975, *ivi*, 1975, p. 450.

¹²¹ Decisamente in questo senso si esprime L. CONDORELLI, *Il giudice italiano*, cit., p. 85 ss. in nota. Più orientato nel senso della prevalente giurisprudenza è invece S. GAUDENZI, *La Cee*, cit., pp. 100 ss., 193 ss.

rebbe a disconoscere l'inevitabile concorso esistente fra diritto comunitario e garanzie interne, e il decisivo rilievo che, allo stato attuale, gli strumenti di attuazione previsti dal sistema interno necessariamente posseggono ai fini dell'applicazione concreta.

Si è posto più volte in luce come le norme comunitarie direttamente applicabili, in quanto fatte valere da soggetti privati a fini diversi dall'impugnazione di atti comunitari (nel qual caso sussisterebbe la competenza della Corte di giustizia *ex art. 173 Trattato Cee*, e delle corrispondenti norme degli altri Trattati), devono trovare la loro garanzia ad opera dei giudici nazionali. Ciò è inevitabile in vista dell'attuale struttura delle Comunità, e dell'inesistenza di un apparato completo di garanzia appartenente allo stesso sistema comunitario: se un apparato del genere esistesse, la struttura comunitaria risulterebbe assai più vicina (o se si vuole, assai meno lontana) ad una vera e propria struttura federalistica di quanto essa nell'attuale realtà storica non sia.

D'altro lato, il diritto comunitario non contiene neppure principi o regole che possano dirigere i giudici nazionali nell'applicazione di norme appartenenti al sistema comunitario. La Corte di giustizia ha decisamente respinto il tentativo di desumere dall'insieme di quest'ultimo (tenendo anche conto dei principi generali desumibili dal diritto interno degli Stati membri) criteri idonei a fornire una disciplina uniforme degli aspetti processuali della tutela delle situazioni giuridiche soggettive individuali, come le era stato chiesto di fare in materia di termini di impugnazione e di decadenza rispetto ad atti amministrativi interni¹²². Una simile presa di posizione appare realistica, e conforme ad un corretto apprezzamento del modo in cui le strutture comunitarie e statali si pongono nell'attuale realtà giuridica e storica, sicché non sembra che essa meriti le serrate critiche che le sono state rivolte¹²³.

I giudici nazionali non possono, quindi, che utilizzare gli strumenti processuali posti a loro disposizione dal sistema interno al quale appartengono, senza che vi sia alcuna sovrapposizione di strumenti diversi predisposti e dettati dallo stesso diritto comunitario. Stando così le cose, la situazione giuridica sorta entro quest'ambito riceve attuazione concreta ad opera esclusiva di tali strumenti nazionali, e rimane soggetta – ai fini processuali – alla qualificazione propria di ciascun sistema statale.

¹²² Si vedano le due decisioni rese in data 16 dicembre 1976 (*Rewe Zentralfinanz* e *Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, causa 33/76, e *Comet B. V. c. Produktschap voor Siergewassen*, causa 45/76), in *Raccolta*, 1976, pp. 1989 ss. e 2043 ss.

¹²³ In senso critico si veda L. FORLATI PICCHIO, *Neutralizzazione degli effetti di atti amministrativi contrari al diritto comunitario*, in *Dir. com. scambi int.*, 1978, p. 199 ss., secondo la quale la Corte con tali sentenze «ridimensiona pesantemente la teoria dell'applicabilità diretta», e omette di chiarire quanto il diritto statale sia condizionato dagli obblighi che gravano sullo Stato a livello internazionale e più specificamente comunitario (*ivi*, p. 209). Per una diversa valutazione, cfr. P. GORI, *Preminenza e immediata applicazione del diritto comunitario «per forza propria»?*, in *Riv. dir. civile*, 1978, II, p. 681 ss. Sul tema, si veda D. WYATT, *National Rights of Limitation as a Bar to Community Rights*, in *European Law Review*, 1977, p. 122 ss.

Riconoscere la competenza esclusiva dei sistemi processuali interni ai fini dell'attuazione concreta della situazione comunitariamente protetta, e della correlativa scelta dello strumento processuale, non significa, d'altronde, eliminare in concreto l'autonomia della situazione soggettiva rispetto al diritto interno, e ricondurla interamente al dominio di quest'ultimo. Va tenuto presente, anzitutto, che la determinazione della situazione giuridica e dei suoi connotati viene effettuata in modo uniforme e valido per tutti gli Stati membri a livello comunitario, e non potrebbe essere risolta nel carattere particolaristico e nazionale della soluzione in concreto adottata quanto alla scelta dello strumento processuale se non a costo di una completa svalutazione del momento sostanziale nei confronti di quello prettamente processuale¹²⁴. Inoltre, è necessario sottolineare che la competenza riconosciuta al diritto interno quanto alla tutela processuale, ed alla qualificazione della situazione giuridica a questo fine, ha come necessario punto di riferimento obbiettivo le caratteristiche reali della situazione stessa secondo la fisionomia impressa dal sistema di origine, ossia da quello comunitario. Queste caratteristiche non potrebbero essere contraddette dalla disciplina nazionale senza porre in essere un conflitto con gli obblighi comunitari dello Stato, e quindi senza porre in crisi il rapporto di collaborazione – comunitariamente imposto – che sta alla base del funzionamento del sistema in materia di norme direttamente applicabili. Qualora un simile conflitto fosse l'inevitabile risultato del modo di essere del sistema processuale interno, ne sorgerebbe la necessità di introdurre in tale sistema le modifiche idonee a consentirgli di funzionare realizzando gli obbiettivi comunitari. Il meccanismo di attuazione delle norme comunitarie direttamente applicabili rimarrebbe momentaneamente paralizzato, sino a che tali modifiche imposte dalla struttura comunitaria non intervenissero a consentirne l'ordinata ripresa.

L'ipotesi ora menzionata rappresenta comunque un'eventualità estrema, che non sembra tale da sollevare eccessive preoccupazioni. In vista del modo di essere attuale dei sistemi giuridici interni degli Stati membri, i relativi strumenti processuali sono infatti strutturati in modo, certo assai differente l'uno dall'altro, ma non tale da condurre necessariamente all'impossibilità di tutela adeguata delle situazioni comunitarie. Vi è certamente un sacrificio dell'uniformità a livello processuale, ma – se si prescinde dall'ipotesi di cattiva applicazione del diritto interno – l'inevitabile rottura della logica comunitaria, che conseguirebbe all'ipotesi sopra configurata, rimane un caso limite attinente alla patologia del sistema.

È dunque corretta, in linea di principio, l'affermazione – tratta da una nota de-

¹²⁴ Una siffatta svalutazione emerge dal primo scritto citato alla nota precedente, dove l'autrice (p. 211) afferma che le previsioni con le quali il diritto comunitario pretende di attribuire situazioni giuridiche ai cittadini degli Stati membri nei confronti delle amministrazioni nazionali «vivono solo dell'eco che ad esse assicurano gli ordinamenti interni e mancano di effettività». Cfr. anche quanto osservato sopra, nota 84. L'esperienza del diritto internazionale privato, del resto, offre un esempio di sistema normativo inteso ad assicurare l'uniformità delle situazioni giuridiche nei diversi ordinamenti, sulla base di situazioni sorte nell'ambito di un sistema estraneo e destinate, ove occorra, ad essere attuate ad opera di meccanismi processuali di altri Stati.

cisione della Corte di giustizia – che le norme comunitarie direttamente applicabili (nel caso, gli articoli 31 e 32 del Trattato Cee) «obbligano le autorità, ed in particolare i giudici competenti degli Stati membri, a proteggere gli interessi dei singoli contro eventuali violazioni di tale disposizioni garantendo loro la tutela diretta ed immediata dei loro interessi, e ciò indipendentemente dal rapporto intercorrente, secondo il diritto nazionale, fra detti interessi e l'interesse pubblico cui si riferisce la questione. Spetta all'ordinamento giuridico nazionale lo stabilire quale sia il giudice competente a garantire detta tutela, e, a tale effetto, il decidere come debba qualificarsi la posizione individuale in tal modo tutelata»¹²⁵. Risultano da ciò esattamente posti in rilievo gli elementi essenziali sui quali la valutazione di ogni caso concreto deve essere fondata. È fatta salva la necessità di un inquadramento nelle categorie proprie dei singoli diritti nazionali, e quindi la possibilità di una qualificazione diversa da quella del diritto soggettivo perfetto. Tuttavia, l'inerenza immediata delle norme direttamente applicabili alla tutela del diritto dei singoli è di per sé sufficiente a ridurre tale possibilità entro i limiti piuttosto modesti, ed in questo senso depongono anche le perentorie affermazioni della Corte nel passo poc'anzi citato. In ogni caso, va sottolineato che è determinante la finalità perseguita dalla norma comunitaria, ed il tipo di tutela da *essa stessa* assicurata sul piano sostanziale ai soggetti interessati.

La relativa qualificazione va effettuata sul piano comunitario, e non va in alcun modo confusa con quella successiva da effettuare sul piano interno ai fini puramente processuali. Sono decisivi gli elementi tratti al riguardo dal diritto comunitario. Se ad esempio quest'ultimo, per essere integralmente rispettato, richiede che al privato venga riconosciuto un diritto al risarcimento del danno subito in conseguenza di atti statali, di ciò va tenuto conto.

Soltanto in via logicamente successiva, è possibile procedere alla qualificazione della situazione in vista della determinazione dello strumento processuale e della competenza del giudice interno, tenendo presenti, da un lato, le caratteristiche della situazione giuridica di diritto comunitario, e dall'altro, le conseguenze alla luce del modo di essere del diritto interno¹²⁶. Quest'ultima precisazione è particolarmente rilevante ai fini del diritto italiano, che conosce la distinzione fra diritti soggettivi ed interessi legittimi. Ove, ad esempio, lo stesso diritto comunitario implichi il riconoscimento di un diritto al risarcimento del danno in caso di violazione, rimarrà per ciò stesso esclusa la possibilità di una qualificazione ai fini interni come interesse legittimo. In caso contrario, la questione rimarrà aperta – dal punto di vista comunitario – a soluzioni diverse: decisivo sarà il giudizio che, sul-

¹²⁵ Così la più volte citata decisione del 19 dicembre 1968 (*Salgoil c. Min. comm. estero*, causa 13/68), in *Raccolta*, XIV, 1968, p. 601 ss., a p. 615. Nello stesso senso, la decisione del 4 aprile 1968 (*Lück c. Hauptzollamt Köln-Rheinau*, causa 34/67), *ivi*, p. 325.

¹²⁶ Su questi aspetti, si vedano J. BOULOUIS-R.M. CHEVALLIER, *Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes*, Paris 1974, p. 142 ss. (con riferimento al caso *Salgoil*, ricordato alla nota che precede), e C. MEGRET, *Les droits propres des personnes en droit communautaire et leur protection par les juridictions des Etats membres*, in *Journal du droit int.*, 1976, p. 367 ss., spec. p. 381 ss.

la base delle caratteristiche della situazione giuridica soggettiva creata dal diritto delle Comunità, dovrà essere compiuto alla stregua dei criteri adottati dal diritto italiano per distinguere fra diritti soggettivi ed interessi legittimi. È importante tener fermo, comunque, che l'applicazione di tali criteri deve essere limitata alla qualificazione, alla luce del sistema italiano, di una situazione che proviene da un diverso sistema di valutazioni. Così, la distinzione, frequentemente adottata dalla giurisprudenza italiana ai fini indicati, fra «norme di relazione» e «norme di azione», non potrà in alcun caso essere riferita all'attività di organi comunitari nell'ambito del proprio sistema, ma soltanto al risultato di tale attività, nei connotati che gli sono propri¹²⁷.

La ricorrenza della figura dell'interesse legittimo si potrà verificare allorché l'applicazione concreta della norma comunitaria e della situazione soggettiva che ne risulta non possa aver luogo senza l'esercizio di una più o meno estesa sfera di discrezionalità da parte dell'autorità amministrativa: un esempio concreto, presentatosi al vaglio della giurisprudenza italiana, è costituito (sia pure in relazione ad un regolamento comunitario, e non ad una norma direttamente applicabile di altra natura), dall'ipotesi di fissazione da parte della Comunità di contingenti di importazione da Stati terzi, che possono tradursi nella concessione di specifica licenza di importazione agli interessati solo a seguito dell'esercizio di un potere discrezionale di valutazione da parte degli organi amministrativi¹²⁸.

Applicando la suddetta impostazione di principio, si viene naturalmente ricondotti alla necessità di vagliare la soluzione di ciascun caso concreto alla luce delle caratteristiche di ciascuna norma riconosciuta come direttamente applicabile, e della situazione giuridica soggettiva che ne deriva. Ed a questo riguardo, acquisteranno anche rilievo gli elementi utilizzati dalla giurisprudenza comunitaria al fine di individuarne in concreto l'esistenza, cui sono dedicate le considerazioni svolte nei paragrafi che seguono.

Si è da ultimo accennato all'eventualità che il particolare modo di essere di un ordinamento giuridico interno, competente per la predisposizione dello strumento processuale di tutela della situazione comunitaria, possa portare ad una deformazione delle caratteristiche proprie di quest'ultima. Si tratta di eventualità certamente alquanto remota, che però non può essere in astratto esclusa in vista dell'attuale mancanza di principi comunitari che permettano di giungere ad una disciplina adeguata ed uniforme. In simili ipotesi, sorge naturalmente la responsabilità dello Stato che ha mancato di predisporre lo strumento processuale adeguato rispetto al fine. Altre ipotesi analoghe possono, sempre in via astratta, essere confi-

¹²⁷ Nella giurisprudenza italiana, alcune decisioni della Corte di cassazione a sezioni unite hanno di recente affrontato e risolto il problema menzionato nel testo in senso, nel complesso, soddisfacente: cfr. la sentenza Cass. sez. un. 14 marzo 1977 n. 1009, in *Giust. civ.*, 1977, I, p. 738; Cass. sez. un. 26 aprile 1977 n. 1545, *ivi*, 1977, I, p. 1121, e n. 1561, *ivi*, 1977, I, p. 1121, con nota di G. De Fina.

¹²⁸ Si veda Cass. sez. un. 26 aprile 1977 n. 1545, menzionata alla nota precedente.

gurate con riferimento al caso che una norma comunitaria direttamente applicabile richieda, per la sua concreta attuazione, un determinato atteggiamento del diritto interno, diverso da quello effettivamente esistente.

L'ipotesi è classica in materia di adattamento del diritto interno al diritto internazionale, ove gli esempi in concreto verificatisi riguardo all'ordinamento italiano sono numerosi¹²⁹. Essa, però, può verificarsi anche in relazione al diritto comunitario: è possibile che, specie per quanto riguarda le direttive, l'attuazione concreta di una norma comunitaria direttamente applicabile sia ostacolata dal fatto che essa presupporrebbe, ad esempio, l'esistenza di un organo statale che ancora non è stato istituito, oppure una determinata competenza in capo ad un organo esistente, che invece non sussiste¹³⁰. Anche in simili ipotesi, sussiste naturalmente una responsabilità dello Stato che ha omesso di adeguare le proprie strutture interne, e la possibilità di procedure d'infrazione contro di esso. Un siffatto profilo di responsabilità, comune alla normale situazione internazionalistica, non esaurisce però il fenomeno: e le considerazioni esposte non sono tali da indurre a ritenere che il ruolo del diritto interno nel funzionamento del sistema sia tale da impedire di configurare la diretta applicabilità nei termini qui descritti, e da negare ogni carattere di specificità al fenomeno. In particolare, non è possibile ritenere che la diretta applicabilità vada valutata con riferimento al modo di essere del diritto interno¹³¹.

Anzitutto, va rilevato che tale modo di essere è, nella grande maggioranza dei casi, modificabile proprio in virtù del fatto che sussiste una norma comunitaria direttamente applicabile avente un determinato contenuto, e la correlativa situazione soggettiva. Quest'ultima può avere per proprio specifico oggetto un vero e proprio obbligo di configurare in un certo modo il diritto interno – si pensi al principio di non discriminazione in ragione del sesso in materia di retribuzione di cui all'art. 119 Trattato Cee¹³² –, ed in tali ipotesi la disciplina comunitaria si sovrappone automaticamente a quella interna, modificandola sino a renderla conforme alle proprie esigenze. Il limite è costituito, in sostanza, dalla necessità di modifiche nell'organizzazione strutturale degli organi pubblici, che non può aver luogo senza un apposito intervento normativo. Ma in simili casi, il sacrificio che dovesse essere inevitabile per il diritto del singolo in vista di siffatte caratteristiche strutturali, oltre a dar luogo al sorgere della responsabilità dello Stato sul pia-

¹²⁹ Cfr. L. CONDORELLI, *Il giudice italiano*, cit., p. 30 ss.

¹³⁰ Si veda, per questa ipotesi, L. SBOLCI, *L'applicabilità immediata delle direttive*, cit., p. 24 ss. L'esempio addotto da questo autore non sembra tuttavia pertinente, posto che la direttiva n. 64/221 del 25 febbraio 1964 in materia di trattamento degli stranieri ha trovato precisa attuazione in Italia con il d.p.r. 30 dicembre 1965 n. 1656 (*Gazz. uff.*, 30 marzo 1966 n. 55), recante norme sulla circolazione e il soggiorno dei cittadini degli Stati membri della Cee, il cui art. 9 istituisce un'apposita commissione presso il Ministero dell'interno con il compito di esprimere pareri e di deliberare in materia di diniego di ammissione al soggiorno, di rinnovo dello stesso e di allontanamento dal territorio della Repubblica.

¹³¹ Come invece ritengono gli autori indicati nelle due note che precedono.

¹³² Sul punto si veda oltre nel testo, paragrafo 19.

no comunitario, potrebbe provocare anche il sorgere di un diritto alla restituzione o al risarcimento del danno come conseguenza, sempre a livello comunitario, della violazione da parte dello Stato dell'obbligo a lui incombente nei confronti del privato. In altri termini, la sanzione dell'inadempimento statale dell'obbligo discendente da una norma direttamente applicabile può concretarsi nel sorgere di una nuova situazione giuridica favorevole, a carattere comunitario, in capo al privato.

Questa conclusione, pur priva sinora di riscontro nell'esperienza giurisprudenziale sviluppatasi a livello comunitario (anche in relazione alla scarsa probabilità del verificarsi in pratica dei suoi presupposti)¹³³, appare coerente con l'elaborazione della figura del diritto comunitario direttamente applicabile. Le norme dotate di tale carattere possono considerarsi idonee a dar luogo, in caso di violazione, a conseguenze dotate delle identiche loro caratteristiche per quanto concerne i soggetti fra i quali il rapporto intercorre e l'ambito entro il quale esse si producono. In questo modo, il difetto di predisposizione di una garanzia adeguata da parte dello Stato può venire sanzionato a livello comunitario in modo efficace a favore del privato, al quale la nuova situazione giuridica garantisce la possibilità di ottenere, quale che sia lo stato del diritto interno, perlomeno una idonea prestazione soddisfattoria o risarcitoria.

¹³³ Nelle sentenze indicate alla nota 122, la Corte di giustizia si è limitata ad affermare che mentre i diritti attribuiti dalle norme comunitarie devono essere esercitati dinanzi ai giudici nazionali secondo le modalità stabilite dalle norme interne, «una diversa soluzione sarebbe possibile soltanto qualora tali modalità e termini rendessero, in pratica, impossibile l'esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare» (p. 1998 e 2053).

Capitolo III

L'individuazione delle norme comunitarie direttamente applicabili

SOMMARIO: 13. L'individuazione delle norme comunitarie direttamente applicabili: gli elementi rilevanti. – 14. L'applicazione concreta, *a)* Libera circolazione delle merci. – 15. *b)* Libera circolazione delle persone e dei servizi. – 16. *c)* Libera circolazione dei capitali e libertà dei pagamenti. – 17. *d)* Politica della Comunità: le regole di concorrenza. – 18. *e)* Segue. Le disposizioni fiscali. – 19. *f)* La politica sociale: l'art. 119 del Trattato Cee. – 20. Considerazioni conclusive.

13. *L'individuazione delle norme comunitarie direttamente applicabili: gli elementi rilevanti*

L'elaborazione della nozione considerata si è svolta, nella giurisprudenza comunitaria, sulla base di alcune caratteristiche di fondo, proprie di certe norme appartenenti all'ordinamento comunitario, la cui rilevazione si è mantenuta sostanzialmente costante. L'evoluzione che molti commentatori hanno rilevato nella giurisprudenza indicata – e che non ha mancato, fra l'altro, di suscitare perplessità e critiche – ha avuto luogo in un quadro rimasto di per sé immutato. Il progressivo allargamento della nozione non dipende, o non dipende tanto, da una diversità nell'apprezzamento degli elementi di base considerati rilevanti dalla Corte, quanto da una notevole larghezza nell'affermarne la ricorrenza sul piano applicativo.

D'altro lato, neppure può dirsi che tali elementi siano in sé stessi dotati di particolare precisione, né che essi attengano a profili propri o specifici delle norme di cui si sta parlando. A ben vedere, si tratta infatti di caratteristiche verificabili anche in altre numerose norme giuridiche comunitarie, cui sono estranei i caratteri che si sono riscontrati propri delle norme direttamente applicabili. La stessa giurisprudenza comunitaria, nel suo primo periodo di elaborazione, non ha mancato di rilevare il fenomeno, ed è interessante notare che proprio in tale fase la qualifica di «direttamente applicabile» veniva attribuita in modo più largo e meno tecnico anche a norme comunitarie diverse da quelle qui considerate: in particolare, a norme non riferentisi a comportamenti di Stati membri¹³⁴.

¹³⁴ Una simile constatazione conferma la necessità di vagliare con la massima cura le espressioni che si vogliono utilizzare al fine di indicare i fenomeni in esame, come già osservato in precedenza, par. 7.

In concreto, già nella giurisprudenza formatasi sul Trattato Ceca la nozione di norma «direttamente applicabile» veniva utilizzata dalla Corte per indicare quelle norme del Trattato che fossero dotate delle caratteristiche proprie di norme giuridiche complete e vincolanti, contrapposte in quanto tali alle norme meramente programmatiche, che richiedono atti ulteriori di esecuzione. Già in questa prima fase, dunque, la Corte si sforzava di individuare i criteri che consentissero di fare applicazione concreta delle norme del Trattato, di fronte alla posizione di coloro che tendevano a subordinarne l'attuazione all'intervento di ulteriori discipline normative. I criteri utilizzati dalla Corte a tale riguardo prescindevano totalmente da considerazioni inerenti ai destinatari della norma, ma si riferivano soltanto alla completezza del contenuto precettivo della disposizione al fine di applicarla in via immediata¹³⁵.

Una volta intervenuta l'individuazione della categoria delle norme direttamente applicabili, intendendosi per tali quelle che sono idonee a far sorgere posizioni giuridiche favorevoli per i singoli nei confronti degli Stati membri¹³⁶, essa veniva fatta dipendere dalla possibilità di riconoscere, a proposito di *certe* norme comunitarie, la presenza di quelle stesse caratteristiche che avevano permesso in precedenza di ammettere che una forma fosse veramente tale, ossia avesse valore immediatamente precettivo e non di mero programma. E così, ogni qualvolta una norma comunitaria che prevedesse come obbligatorio un comportamento degli Stati membri potesse essere considerata come immediatamente precettiva, ne conseguiva la sua diretta applicabilità nei rapporti fra soggetti dell'ordinamento comunitario. L'idoneità ad essere direttamente applicabile non è dunque altro che il riflesso del valore precettivo immediato della norma, considerato in relazione al suo particolare contenuto ed ai suoi destinatari.

È chiaro da quanto sin qui osservato che l'apprezzamento di tale idoneità non costituisce affatto il risultato di una meccanica applicazione di criteri sanciti in via generale, per quanto a volte la Corte possa sembrare procedere in questo modo per far poggiare il risultato cui si perviene su basi più sicure: ma è invece il prodotto di un giudizio altamente politico, nel quale la conoscenza degli obiettivi fondamentali dei Trattati ha un rilievo di primaria importanza. Da tale giudizio dipende infatti la caratterizzazione di un certo comportamento statale come obbligatorio sul piano degli ordinamenti comunitari nei confronti dei soggetti di questi ultimi – di tutti i soggetti –, e non soltanto, secondo il classico schema internazionalistico, nei confronti degli altri Stati membri. Esso mira ad estrarre dalle norme comunitarie rilevanti tutte le implicazioni delle quali possano essere ritenute capaci, al fine di assicurare il raggiungimento più completo e rapido possibile degli obiettivi fondamentali dei Trattati europei¹³⁷.

¹³⁵ Per qualche esempio, L.-J. CONSTANTINESCO, *L'applicabilité*, cit., p. 8 ss.

¹³⁶ E ciò a partire dalla sentenza del 5 febbraio 1963 (causa 26/62, più volte citata), cfr. *op. loc. cit.* alla nota precedente, p. 54 ss.

¹³⁷ In connessione con quanto osservato nel testo, è interessante osservare che la Corte si è preoccupata di escludere la diretta applicabilità di certi atti posti in essere dagli Stati membri, la na-

In questa luce vanno apprezzati i criteri che si trovano enunciati nella giurisprudenza comunitaria al fine di pervenire all'individuazione del carattere direttamente applicabile di una norma¹³⁸.

Detti criteri si sforzano di indicare gli elementi rilevanti a tal fine facendo leva sulle caratteristiche che l'obbligo di comportamento imposto agli Stati membri deve assumere. Si deve trattare, secondo l'enunciazione divenuta ormai tradizionale, di obbligo di comportamento chiaro, preciso, non condizionato e – nel caso si tratti di obbligo positivo di fare – tale da non implicare un margine di discrezionalità da parte dello Stato membro, o di organi della Comunità¹³⁹.

Vengono così messi in luce due aspetti diversi della situazione giuridica rilevante. Qualificando l'obbligo come «chiaro, preciso e non condizionato» si vuole semplicemente indicare il carattere di precisa definibilità dell'obbligo come obbligo giuridico: in altri termini, sottolineare che deve trattarsi di norma giuridica perfetta, e non puramente programmatica. Le stesse qualificazioni, come si è visto in precedenza, valgono anche a consentire di concludere per l'immediata applicabilità di qualsiasi norma comunitaria che non preveda obblighi di comportamento

tura giuridica dei quali non era del tutto definita, ma che tendevano ad introdurre deroghe agli obblighi stabiliti dal Trattato: così, ad esempio, a proposito della risoluzione del 21 aprile 1970 (*Gazz. Uff. Com. eur.*, 28 aprile 1970, C 50/2), con la quale veniva fissato un termine assai posteriore alla scadenza del periodo transitorio per il riordinamento di certi monopoli nazionali contemplati dall'art. 37 del Trattato, nella sentenza del 3 febbraio 1976 (*P. M. c. Manghera*, causa 59/75), in *Raccolta*, 1976, p. 91 ss. La sentenza della Corte parla della risoluzione come atto contenente una «volontà politica» del Consiglio, ma la vera ragione dell'esclusione di qualsiasi effetto diretto sta, probabilmente, nel valore di deroga al Trattato che l'atto intendeva avere.

¹³⁸ All'individuazione di tali criteri ed alla loro valutazione sono dedicati gran parte dei lavori relativi alle norme direttamente applicabili: si vedano ad esempio G. BEBR, *Les dispositions*, cit., p. 13 ss.; R. KOVAR, *L'applicabilité directe*, cit., p. 284 ss.

¹³⁹ Si vedano praticamente tutte le sentenze che hanno avuto occasione di occuparsi del problema, ed in particolare, a partire da quella del 5 febbraio 1963 (causa 26/62, più volte citata), le seguenti: 16 giugno 1966 (*Lütticke c. Hauptzollamt Sarrelouis*, causa 57/65), *Raccolta*, XII, p. 219; 4 aprile 1968 (*Fink-Frucht GmbH c. Hauptzollamt München-Landsberger Strasse*, causa 27/67), *Raccolta*, XIV, p. 297; 3 aprile 1968 (*Molkerei-Zentrale Westfalen-Lippe c. Hauptzollamt Paderborn*, causa 28/67), *Raccolta*, XIV, p. 192 ss.; 4 aprile 1968 (*Lück c. Hauptzollamt Köln-Rheinau*, causa 34/67), *Raccolta*, XIV, p. 325 ss.; 19 dicembre 1968 (*Salgoil c. Min. commercio estero*, causa 13/68), *Raccolta*, XIV, p. 601 ss.; 6 ottobre 1970 (*Grad*, causa 9/70), *Raccolta*, XVI, p. 825 ss.; 17 dicembre 1970 (*Sace c. Min. finanze*, causa 33/70), *Raccolta*, XVI, p. 1213 ss.; 26 ottobre 1971 (*Eunomia c. Min. pubbl. istr.*, causa 18/17), *Raccolta*, 1971, p. 811 ss.; 19 giugno 1973 (*Capolongo c. Maya*, causa 77/72), *Raccolta*, 1973, p. 623 ss.; 21 giugno 1974 (*Reyners c. Stato belga*, causa 2/74), *Raccolta*, 1974, p. 631 ss.; 3 dicembre 1974 (*Van Binsbergen c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging*, causa 33/74), *Raccolta*, 1974, p. 1299 ss.; 4 dicembre 1974 (*Van Duyn c. Home Office*, causa 41/74), *Raccolta*, 1974, p. 1374 ss.; 10 dicembre 1974 (*Charmasson c. Min. ec. e fin.*, causa 48/74), *Raccolta*, 1974, p. 1383 ss.; 12 dicembre 1974 (*Walrave Koch c. Union Cycliste Int.*, causa 36/74), *Raccolta*, 1974, p. 1405 ss.; 26 febbraio 1975 (*Bonsignore*, causa 67/74), *Raccolta*, 1975, p. 297 ss.; 3 febbraio 1976 (*Manghera*, causa 59/75), *Raccolta*, 1976, p. 91 ss.; 17 febbraio 1976 (*Rewe-Zentrale c. Hauptzollamt Landau-Pfalz*, causa 45/75), *Raccolta*, 1976, p. 181 ss.; 17 febbraio 1976 (*Hauptzollamt Göttingen c. W. Miritz GmbH*, causa 91/75), in *Raccolta*, 1976, p. 217 ss.; 8 aprile 1976 (*Defrenne c. Sabena*, causa 43/75) in *Raccolta*, 1976, p. 455 ss.

degli Stati membri, o rispetto alla quale, comunque, si ponga un problema di applicabilità sul piano dei rapporti interstatali, senza che venga in considerazione l'aspetto inerente alla possibilità che la stessa norma venga fatta valere da parte di privati a tutela di propri diritti.

La menzione della mancanza di ogni potere discrezionale in capo agli Stati membri o agli organi comunitari introduce, invece, un ordine di idee almeno parzialmente diverso. Nel sottolineare la necessità di tale assenza al fine di poter riscontrare la presenza del carattere di norma direttamente applicabile, l'accento cade, non tanto sulla completezza o sulla natura precettiva non programmatica della norma stessa, quanto su certe sue caratteristiche. Per apprezzarle compiutamente, è necessario considerare la norma nella prospettiva dell'ordinamento cui appartiene.

Se la norma comunitaria, pur precisa e completa in vista del suo contenuto, lascia un margine di apprezzamento discrezionale agli Stati membri, ciò significa che questi godono del potere di apprezzare entro tale margine l'opportunità di soluzioni diverse rispetto alla norma che deve essere attuata¹⁴⁰, e che l'attuazione non può avvenire altrimenti che attraverso l'adozione di appositi atti interni. Viene in risalto, qui, il classico profilo internazionalistico, secondo il quale la norma internazionale ha di mira un risultato, che gli Stati destinatari hanno la facoltà di raggiungere con i mezzi che ritengono più opportuni. Profilo questo ripreso, per quanto riguarda il diritto comunitario, dalla nota figura della direttiva secondo la definizione che ne dà l'art. 189 Trattato Cee. In tale ipotesi, l'impossibilità di applicazione diretta trova la sua ragion d'essere nell'impossibilità che l'attuazione giurisdizionale del diritto comunitario faccia venir meno il potere di apprezzamento che spetta agli Stati, e che l'apprezzamento del giudice si sovrapponga a quello del legislatore interno¹⁴¹.

Ciò non vale per le norme comunitarie che stabiliscano un preciso obbligo di non fare, come ad esempio un obbligo di *stand-still*. In tali ipotesi, la possibilità di apprezzamento discrezionale che lo Stato conserva nell'adeguare il proprio ordinamento interno non incide sull'applicabilità della regola. Ma non si tratta, evidentemente, di un'eccezione al principio. Anzi, questo ne esce riconfermato, in quanto il potere discrezionale di cui lo Stato dispone non può toccare l'obbligo negativo di non fare, che ne costituisce comunque il limite. E ciò spiega in modo piano e convincente come mai la dottrina e la giurisprudenza comunitaria abbiano potuto estendere la nozione di applicabilità diretta anche a norme contenute in direttive comunitarie, che per definizione importano un margine di libero apprezzamento da parte degli Stati membri¹⁴², e dà ragione del fatto che il problema del rilievo dell'esistenza di un potere discrezionale si sia posto soltanto in presenza di

¹⁴⁰ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione, Concetto e problemi*, Milano 1939, p. 51 ss.

¹⁴¹ R. KOVAR, *L'applicabilité directe*, cit., p. 287 ss.

¹⁴² Cfr. Corte di giustizia, 17 dicembre 1970 (*Sace c. Min. finanze*), più volte citata.

norme comunitarie che sanciscono obblighi positivi di fare, collocandosi su di un piano del tutto diverso negli altri casi¹⁴³.

Il riferimento all'esistenza di un potere discrezionale degli Stati membri, o alla sua assenza, introduce in tal modo l'idea di una intrinseca *limitazione* del potere giurisdizionale nell'attuazione dell'ordinamento comunitario. Tale limitazione opera in due direzioni diverse: da un lato, nel senso di garantire una sfera di libertà residua agli Stati di fronte all'applicazione del diritto comunitario, che può aver luogo, se del caso, soltanto nelle forme e con gli strumenti più tradizionalmente internazionalistici. Dall'altro, essa assicura la libera esplicazione di altri poteri comunitari, ai quali l'attività giurisdizionale non può sostituirsi, senza turbare l'equilibrio istituzionale disegnato dai Trattati.

Anche nell'apprezzamento della linea che divide le sfere di esplicazione dei relativi poteri, la giurisprudenza della Corte comunitaria si è dimostrata alquanto innovatrice, assicurando al potere giurisdizionale un'ampiezza di intervento che non ha mancato di suscitare qualche perplessità¹⁴⁴. Nelle sue più recenti manifestazioni, essa è giunta a considerare la scadenza del periodo transitorio come termine finale per l'esercizio, da parte degli Stati e delle istituzioni comunitarie, di quei poteri discrezionali che erano loro conferiti in vista dell'attuazione progressiva del mercato comune. Con la conseguenza che, anche in mancanza di qualsiasi provvedimento nazionale o comunitario, le relative norme devono considerarsi direttamente applicabili a partire dalla fine del periodo transitorio¹⁴⁵. In tal modo, il potere giurisdizionale interviene là dove gli altri non hanno operato, al fine di realizzare compiutamente il contenuto delle norme comunitarie.

14. *L'applicazione concreta*

Le norme comunitarie delle quali è stata fatta concreta applicazione come «direttamente applicabili», con tutte le conseguenze da ciò derivanti, si raggruppano attorno ad alcuni poli costituiti dai principi fondamentali dei Trattati europei. Sono state infatti individuate ed applicate come tali le norme che sanciscono precisi obblighi statali strettamente correlati con le libertà fondamentali garantite dal Trattato Cee e direttamente finalizzate alla garanzia di queste, mentre sono rimaste escluse dalla pratica applicazione tutte le norme che si limitano a prevedere

¹⁴³ Per il passaggio dall'una all'altra delle varie fasi giurisprudenziali, a seconda del carattere delle norme fatte valere avanti alla Corte, cfr. L.-J. CONSTANTINESCO, *L'applicabilité directe*, cit., p. 51 ss.

¹⁴⁴ Si veda l'*op. cit.* alla nota precedente, p. 117 ss.

¹⁴⁵ L'applicazione principale di questo principio si è avuta in materia di prestazione di servizi: cfr. O. LOY, *Le dynamisme*, cit., p. 728 ss., in relazione alle perplessità manifestate dalla dottrina prima dell'emanazione delle sentenze in questione da parte della Corte (G. BEBR, *Les dispositions*, cit., p. 28 ss.).

semplici azioni di coordinamento, in aderenza ai criteri adottati dalla giurisprudenza comunitaria ed indicati nel precedente paragrafo¹⁴⁶.

In questa sede, non è opportuno tentare un elenco completo delle norme contenute nei Trattati (e specialmente del Trattato Cee), che sono state considerate dalla giurisprudenza come direttamente applicabili, o di quelle che potrebbero esserlo in avvenire, facendo applicazione dei criteri sino ad ora enunciati. Il compito, di per sé arduo e poco fruttuoso se non limitato ad un particolare settore di indagine, diverrebbe addirittura impossibile se si volesse tener conto anche dell'eventuale possibilità di applicazione diretta di norme contenute in fonti comunitarie diverse dai trattati, come sarebbe necessario se si dovesse fornire un quadro completo.

È invece il caso di indicare quali sono stati, o possono essere, i principali casi di applicazione della teoria, in relazione ai principi fondamentali sopra ricordati. In questo modo, oltre ad avere un elenco dei settori nei quali più intensamente si è fatto sentire l'effetto della teoria dell'applicabilità diretta, sarà possibile verificare in concreto l'atteggiarsi dei criteri utilizzati dalla giurisprudenza, e le differenze cui essi hanno potuto dar luogo in connessione con il diverso carattere delle varie situazioni cui sono stati applicati.

a) *Libera circolazione delle merci*

Il primo gruppo di norme delle quali è stata fatta applicazione diretta riguarda la libera circolazione dei beni. L'intera teoria è stata inizialmente sviluppata dalla Corte di giustizia, con la notissima sentenza nel caso *Van Gend en Loos*, più volte citata¹⁴⁷, proprio con riferimento all'art. 12 del Trattato Cee, che contiene il divieto dell'introduzione di nuovi dazi doganali e di tasse di effetto equivalente, o del relativo aumento, in vista dei principi enunciati in via generale in materia di unione doganale dall'art. 9. Premesso che «il diritto comunitario, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi», e che «si deve ritenere che questi sussistano, non solo nei casi in cui il Trattato espresamente li menziona, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti dal Trattato ai singoli, agli Stati membri o alle istituzioni comunitarie», la Corte osservò senza esitazione che, poiché con l'art. 12 è posto a carico degli Stati un obbligo di non fare, non era necessario attendere l'emanazione di alcun provvedimento interno di esecuzione, e il divieto era pertanto «per sua natura perfettamente atto a produrre direttamente degli effetti sui rapporti giuridici intercorrenti fra

¹⁴⁶ Cfr., in generale, R. LECOURT, *Le juge devant le Marché Commun*, Genève 1970, p. 36 ss.; J. MERTENS DE WILMARS, *Il potere giudiziario nella Comunità europea*, in *Foro pad.*, 1976, IV, 27 ss.

¹⁴⁷ La sentenza è del 5 febbraio 1963 (causa 26/62), v. sopra nota 16.

gli Stati membri ed i loro amministrati»¹⁴⁸. La stessa conclusione è stata affermata, in materia di libera circolazione delle merci, a proposito di altre norme che impongono agli Stati membri precisi obblighi di non fare: come gli articoli 30¹⁴⁹, 31 e 32, primo comma, del Trattato Cee¹⁵⁰, che vietano le restrizioni quantitative all'importazione e qualsiasi misura di effetto equivalente, ed ai quali evidentemente si attagliano considerazioni identiche a quelle enunciate dalla Corte a proposito dell'art. 12 e l'art. 37, n. 2 dello stesso trattato, che obbliga gli Stati ad astenersi da qualsiasi nuova misura contraria ai principi enunciati al n. 1 dello stesso articolo, o tale da limitare la portata degli articoli relativi all'abolizione dei dazi doganali e delle restrizioni quantitative degli Stati membri¹⁵¹. La disposizione richiamata, e contenuta nel primo paragrafo dell'articolo, impegna gli Stati a procedere ad un progressivo riordinamento dei monopoli nazionali a carattere commerciale, in modo che venga esclusa, alla fine del periodo transitorio, qualsiasi discriminazione fra cittadini degli Stati membri per quanto riguarda le condizioni relative agli approvvigionamenti e agli sbocchi. Anche quest'ultima norma è stata considerata direttamente applicabile dalla giurisprudenza, ma essa conduce, come subito si vedrà, ad un ambito di considerazioni parzialmente diverse.

Precisamente, la Corte ha attribuito efficacia diretta ad una serie di norme del Trattato di Roma che obbligano gli Stati ad abolire certe disposizioni interne incompatibili con il Trattato stesso, ritenendo che la scadenza del termine fissato in quest'ultimo per l'adempimento dell'obbligo statale valga senz'altro ad attribuire alle relative norme il carattere di norme direttamente applicabili. Un simile sviluppo dell'orientamento seguito dalla Corte è assai interessante, in quanto, pur essendo del tutto coerente con i principi in precedenza seguiti rispetto alle norme che enunciano semplici obblighi di non fare, e non comportando alcuna variazione nei criteri a tal fine utilizzati, conduce ad un notevolissimo ampliamento dei casi in cui una norma comunitaria può essere direttamente applicata, superando il dubbio che l'esistenza di un obbligo positivo di fare, ossia di adottare certi provvedimenti, valga di per sé ed in ogni caso ad impedire la diretta applicabilità della norma che lo prevede.

Ciò si è verificato, in materia di libera circolazione delle merci, a proposito dell'art. 13, n. 2, del Trattato Cee, relativo all'abolizione delle tasse di effetto equivalente a dazi doganali all'importazione¹⁵², e dell'art. 16, che impone l'obbligo di abolire i dazi doganali all'esportazione e le tasse di effetto equivalente¹⁵³.

¹⁴⁸ *Raccolta*, IX, p. 23 ss.

¹⁴⁹ Cfr. la sentenza del 22 marzo 1977 (*Jannelli e Volpi S.p.A. c. Meroni*, causa 74/76), in *Raccolta*, 1977, p. 557 ss.

¹⁵⁰ Sentenza del 19 dicembre 1968 (causa 13/68), più volte citata.

¹⁵¹ Sentenza 15 luglio 1964 (causa 6/64), più volte citata.

¹⁵² Sentenza del 19 giugno 1973 (causa 77/72), già citata, e 17 dicembre 1970 (causa 33/70), egualmente già citata.

¹⁵³ Si vedano le decisioni del 26 ottobre 1971 (causa 18/71), e del 16 dicembre 1976 (causa 45/76), entrambe già citate.

L'identico principio può essere affermato, in assenza di specifiche applicazioni, a proposito degli art. 32, secondo comma, relativo alla soppressione dei contingenti, e 34, n. 2, relativo all'abolizione delle restrizioni quantitative all'esportazione e di qualsiasi misura di effetto equivalente.

Come già accennato in precedenza, è stata egualmente dichiarata direttamente applicabile la disposizione contenuta nel primo paragrafo dell'art. 37 in materia di monopoli, che impone l'esclusione alla fine del periodo transitorio di qualsiasi discriminazione fra cittadini degli Stati membri per quanto concerne le condizioni di approvvigionamento e di sbocco nelle materie oggetto di monopolio nazionale avente carattere commerciale¹⁵⁴. Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sull'argomento, si desume ormai la perentoria affermazione dell'esistenza di un diritto dei singoli alla disapplicazione di tutte le norme nazionali che prevedano l'attribuzione di diritti esclusivi di importazione in capo a soggetti interni titolari di diritti di monopolio. L'abolizione di siffatti diritti esclusivi va infatti considerata necessariamente ricompresa nel contenuto del «riordinamento» che deve essere compiuto a norma dell'art. 37, in quanto in tali diritti è implicita una discriminazione vietata dalla norma comunitaria¹⁵⁵.

15. b) *Libera circolazione delle persone e dei servizi*

Anche la disciplina di questo essenziale fondamento della Comunità è caratterizzato nelle sue linee essenziali da una duplice serie di obblighi imposti agli Stati membri. Da un lato, questi sono tenuti a non introdurre nuove restrizioni rispetto al grado di liberalizzazione già raggiunto al momento dell'entrata in vigore del Trattato; dall'altro, essi sono impegnati ad abolire entro il periodo transitorio ogni restrizione alla libertà di circolazione. Attorno a questi due aspetti essenziali, la giurisprudenza è venuta costruendo una serie di norme direttamente applicabili, utilizzando principi e criteri analoghi a quelli già applicati in tema di libera circolazione di merci.

Direttamente applicabile è anzitutto, in tema di libera circolazione dei lavoratori, l'art. 48 del Trattato di Roma, come la Corte ha ripetutamente affermato¹⁵⁶. L'incidenza dell'apporto giurisprudenziale è stata tuttavia in questo settore comparativa-

¹⁵⁴ Le decisioni rilevanti sono quelle del 3 e del 17 febbraio 1976, in cause 59/75, 45/75 e 91/75, la prima relativa al caso *Manghera*, e le altre ai casi *Rewe* e *Miritz*. Sulla prima sentenza indicata, cfr. le osservazioni di A. ACCOLTI-GIL, *Monopolio dei tabacchi e disciplina comunitaria*, in *Giust. civ.*, 1977, I, p. 369 ss., ove anche ulteriori riferimenti. Da ultimo, si veda anche la decisione della Corte del 13 marzo 1979 (*Ditta Hansen GmbH & Co. c. Hauptzollamt Flensburg*, causa 91/78), non ancora pubblicata nella *Raccolta*.

¹⁵⁵ Sul tema, cfr. le considerazioni di A. PAPPALARDO, *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*, Bruges 1977, p. 550 ss.

¹⁵⁶ Si vedano, ad esempio, le decisioni del 4 aprile 1974 (causa 167/73); del 4 dicembre 1974 (causa 41/74), e del 26 febbraio 1975 (causa 67/74), tutte già citate: nonché quella dell'8 aprile 1976 (*Royer*, causa 48/75), in *Raccolta*, 1976, p. 497 ss.

mente minore: la larga attività normativa delle istituzioni comunitarie ha fatto sì che la garanzia dei diritti sanciti da tale norma fosse immediatamente realizzata dalla fonte normativa, apposita, e cioè dai regolamenti, che hanno esaurientemente disciplinato la materia con l'efficacia diretta che, per definizione, è loro propria.

L'apporto giurisprudenziale è stato invece determinante per quanto concerne il diritto di stabilimento e la libertà di prestazione dei servizi.

Le prime affermazioni riguardano – non diversamente da quanto è accaduto in tema di unione doganale – l'obbligo negativo di non introdurre nuove restrizioni allo stabilimento dei cittadini di altri Stati membri, imposto dall'art. 53 del Trattato Cee. Trattandosi di obbligo puramente negativo, la Corte non ha trovato alcuna difficoltà ad enunciare il carattere direttamente applicabile della norma sin da una famosa sentenza del 1964¹⁵⁷. Un'analoga affermazione manca a proposito della disposizione parallela in materia di prestazione di servizi, l'art. 62, evidentemente solo perché ne è sino ad ora mancata l'occasione concreta.

Molto più rilevante, e molto più innovatrice, è stata la giurisprudenza nell'affermare la diretta applicabilità di quelle norme del Trattato di Roma che stabilivano la graduale soppressione durante il periodo transitorio delle restrizioni esistenti riguardo alla libertà di stabilimento e della prestazione dei servizi. Si tratta, essenzialmente, degli articoli 52 e 59 del Trattato, completati dalla previsione contenuta nell'art. 60, terzo comma, relativamente alla libertà del prestatore di esercitare la propria attività nel paese ove la prestazione è fornita, alle stesse condizioni imposte dal paese stesso ai propri cittadini¹⁵⁸. Qui, l'intervento della Corte ha prodotto risultati che era assai difficile prevedere, e che hanno avuto rilievo decisivo nella disciplina della materia.

Per quanto concerne il diritto di stabilimento, l'art. 52 impone anzitutto agli Stati un obbligo positivo, stabilendo che «nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono gradatamente soppresse durante il periodo transitorio». La libertà di stabilimento, secondo il dettato del successivo comma dell'art. 52, «importa l'accesso alle attività non salariate ed al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'art. 58, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del Paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini»¹⁵⁹. La norma dunque, pur non comportando una liberalizzazione totale ed assoluta, ma solo un obbligo di equiparazione degli stranieri cittadini di altri Stati membri ai propri (cfr. art. 7), ha

¹⁵⁷ Si tratta della più volte citata sentenza del 15 luglio 1964 in causa *Costa c. Enel*, n. 6/64.

¹⁵⁸ Su tutta la materia, si veda l'ampio ed approfondito studio di A. TIZZANO, *Stabilimento e prestazione dei servizi nella giurisprudenza comunitaria*, in *Foro it.*, 1977, V, 345 ss.

¹⁵⁹ Sulla materia in generale, cfr. C. MAESTRIPIERI, *La libre circulation des personnes et des services dans la Cee*, Bruxelles 1972; e *Freedom of Establishment and Freedom to Supply Services*, in *Common Market Law Review*, 1973, p. 171 ss.; F. CAPOTORTI, *Le società nella comunità economica europea. Il diritto di stabilimento*, in *Riv. int. scienze economiche e comm.*, 1974, p. 114 ss.; B. GOLDMAN, *Droit commercial européen*³, Paris 1975, p. 51 ss.

una portata assai vasta, comprendendo tutte le attività diverse da quelle salariate (che sono invece oggetto dei principi relativi alla libera circolazione dei lavoratori dipendenti) che importino lo stabilimento di un collegamento permanente con uno Stato membro: tutte le attività di carattere imprenditoriale o professionale sono di per sé idonee a rientrarvi.

Ora, la piena realizzazione della libertà che costituisce il contenuto essenziale di ciò che il Trattato qualifica come «diritto di stabilimento», era da esso affidata all'intervento di una serie di atti delle istituzioni comunitarie, che a norma degli articoli 54 e 57 del Trattato avrebbero dovuto essere emanati, con certe scadenze, in genere entro il periodo transitorio.

Per ciò che attiene alla libera prestazione dei servizi, la disciplina del Trattato si fonda su principi fondamentalmente analoghi, essendo articolata su di un obbligo di non introdurre nuove restrizioni (art. 62, già menzionato), e sull'obbligo positivo di sopprimere gradatamente durante il periodo transitorio le restrizioni nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un Paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione. I servizi sono considerati, ai fini di questa disciplina e secondo l'art. 60, come le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone. Anche la realizzazione di questa libertà era soggetta, in base al disposto degli articoli 59 e 63, ad uno schema che prevedeva l'intervento di appositi atti, da emanare entro il periodo transitorio.

In fatto, è noto che la fine del periodo transitorio non ha visto la realizzazione del programma di atti comunitari disegnato dagli articoli 54 e 63 del Trattato, nonostante sin dal 1961 fosse stato formulato il relativo «Programma generale» per la soppressione delle restrizioni esistenti. In tal modo, quando la Corte ebbe per la prima volta a pronunciarsi sulla diretta applicabilità delle norme contenute negli articoli 52, 59 e 60, l'opinione prevalente era nel senso che tali norme, in mancanza degli atti comunitari previsti dal Trattato, non potessero sortire alcuna efficacia diretta, neppure dopo la fine del periodo transitorio¹⁶⁰.

Nelle sentenze relative alle suddette norme, la Corte ha decisamente optato per una diversa soluzione, affermandone la diretta applicabilità. Nel primo caso portato al vaglio dei giudici comunitari, si trattava di un cittadino olandese che si era visto negare l'iscrizione all'albo degli avvocati in Belgio¹⁶¹; nei successivi, veniva posta in dubbio la compatibilità con gli articoli 59 e 60 di una disposizione contenuta nella legge olandese per la quale il procuratore *ad litem* deve risiedere nello Stato in cui svolge il proprio mandato¹⁶², e l'ammissibilità di norme nazio-

¹⁶⁰ Ampie indicazioni al riguardo in D. VIGNES, in J. MEGRET, J.-V. LOUIS, D. VIGNES, M. WAELBROECK, *Le droit de la Cee*, vol. 3, Bruxelles 1971, p. 87 ss.

¹⁶¹ Sentenza del 21 giugno 1974 (causa 2/74), già citata.

¹⁶² Sentenza del 3 dicembre 1974 (causa 33/74), già citata.

nali che prevedano discriminazioni che colpiscono il prestatore di un servizio a causa della sua nazionalità o della sua residenza in uno Stato diverso da quello in cui il servizio è fornito¹⁶³; in altri ancora, l'art. 52 veniva fatto valere contro il rifiuto di autorità nazionali di ammettere cittadini di altri Stati membri all'esercizio di determinate professioni¹⁶⁴.

In tutte queste ipotesi, la Corte ha affermato l'applicabilità diretta degli articoli 52, 59 e 60 del Trattato, sebbene non fossero state ancora emanate le direttive di attuazione previste dagli articoli 54 e 57. Di fronte all'affermazione per cui sarebbe stato assente il carattere «perfetto» o «autosufficiente» dell'obbligo statale, la Corte ricorda che la norma relativa al trattamento nazionale costituisce una delle disposizioni giuridiche fondamentali della Comunità; che l'art. 52 prescrive quindi un obbligo di risultato preciso, il cui adempimento doveva essere facilitato, ma non condizionato dall'emanazione degli atti delle istituzioni comunitarie; che una volta scaduto il periodo transitorio, la mancanza di questi ultimi diviene irrilevante ai fini della sussistenza di tale obbligo, mentre conservano una loro importante funzione quegli atti destinati ad introdurre nella legislazione degli Stati membri le disposizioni necessarie a favorire l'effettivo esercizio della libertà di stabilimento. Non si può, quindi, conclude la Corte, negare il carattere direttamente applicabile dell'art. 52 del Trattato¹⁶⁵.

Di fronte poi ai tentativi di far salve determinate restrizioni che, pur non direttamente fondate sulla nazionalità, sono però suscettibili di operare solo, o comunque soprattutto, nei confronti degli stranieri, la Corte ha insistito sulla necessità di evitare discriminazioni occulte, affermando la diretta applicabilità delle norme relative alla libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi anche sotto questo profilo. In tal modo, viene ad esempio considerata incompatibile con l'art. 52 l'imposizione di una condizione per l'iscrizione ad un albo professionale (conseguimento di un titolo di studio nazionale) che evidentemente, pur essendo stabilita in via generale, giuoca soprattutto a danno degli stranieri¹⁶⁶; la richiesta della condizione di reciprocità per l'autorizzazione all'esercizio di una certa professione¹⁶⁷; l'imposizione di requisiti di residenza ai fini della prestazione di servizi da parte di cittadini di altri Stati membri, quando ciò non sia necessario per assicurare l'osservanza delle norme nazionali relative all'esercizio di una certa attività,

¹⁶³ Sentenza del 12 dicembre 1974 (causa 36/74), già citata. Si vedano egualmente le decisioni dell'8 aprile 1976 (causa 48/75), già citata, e del 15 luglio 1976 (*Donà c. Mantero*, causa 13/76), in *Raccolta*, 1976, p. 1341 ss., a proposito della quale v. L. FORLATI PICCHIO, *Discriminazioni nel settore sportivo e Comunità europee*, in *Riv. dir. int.*, 1976, p. 747 ss.

¹⁶⁴ Si vedano le decisioni del 28 aprile 1977 (*Thieffry c. Conseil de l'ordre des avocats*, causa 71/76), in *Raccolta*, 1976, p. 765 ss., e del 28 giugno 1977 (*Patrick c. Min. affari culturali di Francia*, causa 11/77), *ivi*, 1977, p. 1199 ss.

¹⁶⁵ Per un'accurata analisi della vicenda, e per l'esposizione delle varie posizioni espresse in relazione ad essa, cfr. A. TIZZANO, *Stabilimento e prestazione dei servizi*, cit., 354 ss.

¹⁶⁶ Ciò risulta dalla decisione del 28 aprile 1977, menzionata alla nota 164.

¹⁶⁷ Si veda il caso *Patrick* (sentenza del 28 giugno 1977, sopra ricordata).

che dovrebbero essere comunque rispettate qualora il prestatore volesse stabilirsi in tale Stato¹⁶⁸.

È chiaro che le precisazioni da ultimo ricordate, se rispondono chiaramente allo scopo di trarre tutte le implicazioni possibili dall'asserita efficacia diretta delle norme comunitarie menzionate, sono particolarmente significative al fine di porre in luce le difficoltà pratiche di fronte alle quali gli organi nazionali possono venire a trovarsi, in assenza di direttive di coordinamento da parte degli organi comunitari competenti. Ciò ha provocato qualche reazione critica agli orientamenti accolti dalla Corte, pur nell'accettazione del principio generale che ne sta alla base¹⁶⁹. Ma si tratta di critiche che si appuntano, in fondo, su quella che è la vera causa degli inconvenienti pratici, e cioè sull'inattività del Consiglio comunitario, mentre l'indirizzo di base della giurisprudenza è stato accolto senza sostanziali riserve da parte di Stati e giurisdizioni interne. Non vi è dubbio, d'altra parte, che i risultati cui la giurisprudenza della Corte ha potuto giungere fossero i soli che consentissero di far compiere qualche passo avanti al processo di integrazione comunitaria nella materia considerata, in mancanza di impulso adeguato da parte degli altri organi; e che pertanto, qualora si abbia riguardo alla più genuina ispirazione dei principi del Trattato, quei risultati siano da considerare come il portato del più autentico «rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato», secondo la descrizione della funzione istituzionale della Corte come enunciata dall'art. 164 del Trattato Cee.

16. c) *Libera circolazione dei capitali e libertà dei pagamenti*

La quarta fra le cosiddette libertà fondamentali garantite dal Trattato Cee ha, al pari delle altre, rilievo preminente al fine di assicurare l'instaurazione di un vero e proprio mercato comune, e di una autentica unione economica fra gli Stati membri, in vista dell'importanza della possibilità di accesso delle imprese al mercato dei capitali a parità di condizioni. Tuttavia, il regime posto in essere dal Trattato a questo riguardo si differenzia notevolmente da quello adottato a proposito della libertà di circolazione di persone, merci e servizi, e ciò in senso assai meno liberale di quanto previsto per questi ultimi. La ragione della maggior cautela mostrata dal costituente comunitario a questo riguardo non è difficile a comprendersi: essa è strettamente inerente ai riflessi che il regime dei movimenti dei capitali ha su altri settori, che la disciplina del Trattato riserva all'azione ed alla competenza degli Stati membri.

¹⁶⁸ Si veda la sentenza del 26 novembre 1975 (*R. G. Coenen c. Sociaal-Economische Raad*, causa 39/75), in *Raccolta*, 1975, p. 1537 ss.

¹⁶⁹ Si veda H. BRONKHORST, *Freedom of Establishment and Freedom to Provide Services*, in *Common Market Law Review*, 1975, p. 245 ss.; e A. TIZZANO, *Libertà di stabilimento*, cit., spec. 360 ss.

Se è vero, infatti, che un'autentica unione economica non può, almeno quando abbia raggiunto uno stadio avanzato, non avere a disposizione un mercato dei capitali unitario ed autonomo, e che l'esistenza di un siffatto mercato presuppone l'eliminazione di qualsiasi ostacolo alla libera circolazione dei capitali, è egualmente innegabile che una simile totale liberalizzazione è idonea ad aprire la strada a movimenti di capitali che obbediscano a finalità puramente speculative. E mentre quest'ultimo fenomeno inevitabilmente incide in misura assai rilevante sulla condotta della politica economica, sociale e monetaria degli Stati membri, questa è d'altro lato determinata da ciascuno di questi ultimi anzitutto in funzione delle proprie esigenze, ancorché nel quadro complessivo tracciato dall'art. 104 del Trattato, e pertanto nel rispetto delle finalità e dei limiti imposti da tale norma.

Ne risulta uno stretto rapporto fra liberalizzazione del movimento dei capitali – richiesta come tale dalla logica stessa del processo di integrazione economica – e politica economica e monetaria, riservata dal sistema comunitario ai singoli Stati membri; ne risulta, altresì, una possibilità di conflitto derivante dall'incidenza che la progressiva attuazione della prima può avere sul pieno raggiungimento degli obbiettivi che la seconda può – e finanche deve – proporsi in base al Trattato, e sulla scelta degli strumenti necessari a tal fine. I mercati nazionali dei capitali, in vista del loro rilievo ai fini della politica economica e monetaria degli Stati membri, non possono pertanto perdere la loro individualità senza che venga concretata e svolta una vera e propria politica economica comune a livello comunitario: prospettiva, questa, affidata soltanto all'avvenire¹⁷⁰.

Sul piano normativo, le considerazioni ora svolte si sono tradotte in corrispondenti limitazioni della libera circolazione dei capitali, pure prevista in linea di principio dal Trattato di Roma agli articoli 67 ss.

In primo luogo, l'obbligo di non introdurre nuove restrizioni alla circolazione dei capitali trova notevoli attenuazioni rispetto all'obbligo corrispondente introdotto a proposito delle altre libertà sancite dal Trattato. E ciò sotto un duplice profilo. L'art. 71 si riferisce espressamente solo alle «restrizioni di cambio pregiudizievoli ai movimenti dei capitali ed ai pagamenti correnti relativi a tali movimenti», e lascia liberi gli Stati membri di introdurre restrizioni che non siano qualificabili in tale modo: l'entità del limite si coglie facilmente pensando al rilievo che possono avere norme interne relative alla disciplina degli investimenti esteri, od all'imposizione di depositi bancari infruttiferi, dei quali la prassi degli ultimi anni è ricca di esempi.

Inoltre, la norma dell'art. 71 è formulata in modo da renderla, più che idonea a porre in essere un vero e proprio obbligo di *stand-still*, piuttosto una dichiarazione di intenti, che non potrebbe essere identificata con l'assunzione di un vero e proprio obbligo senza ignorare la differenza che corre fra il termine «procurare» di non introdurre, presente nel testo dell'art. 71, e la ben più incisiva dizione del te-

¹⁷⁰ Su tutta la materia indicata, e sulle indispensabili premesse di ordine economico, si vedano le considerazioni di A. SEGRÉ e di A. GRISOLI, in *Commentario*, cit., I, p. 497 ss.

sto degli articoli 12, 31, 53 e 62, che non lascia dubbi circa il carattere cogente dell'impegno imposto agli Stati.

In secondo luogo, l'art. 67 impone agli Stati membri l'obbligo di sopprimere gradatamente fra loro, durante il periodo transitorio, le restrizioni ai movimenti dei capitali appartenenti a persone residenti negli Stati membri e le discriminazioni di trattamento fondate sulla nazionalità o la residenza delle parti, o sul luogo di collocamento dei capitali. Ma tale obbligo si riferisce alla soppressione graduale «nella misura necessaria al buon funzionamento del mercato comune». Tale limitazione non era destinata a venir meno con la fine del periodo transitorio, e costituisce una particolarità che distingue radicalmente il regime della circolazione dei capitali da quelli relativi alla circolazione di merci, persone e servizi¹⁷¹.

La cautela cui sono improntate le norme ora menzionate è tale da impedire di considerarle direttamente applicabili. Per quanto concerne l'art. 71, sono decisivi in questo senso il tenore della norma, e la circostanza che non si è di fronte ad un vero e proprio obbligo. Quanto all'art. 67, n. 1, la limitazione dell'obbligo di soppressione a quanto sia necessario per il buon funzionamento del mercato comune priva l'obbligo della necessaria precisione: l'impegno di liberalizzazione assume contorni incerti e non ben definiti, la determinazione dei quali dipende necessariamente dall'esercizio di una sfera di discrezionalità da parte dell'organo comunitario competente. Sino a che tale esercizio non si sia concretato nell'emanazione di precise norme, la possibilità di individuare posizioni giuridiche soggettive direttamente tutelate risulta esclusa.

In linea di fatto, la difficoltà di trovare il punto di equilibrio tra le opposte esigenze della liberalizzazione e del controllo degli Stati membri sulle rispettive politiche economiche è rivelata dalla scarsità degli atti comunitari intervenuti in applicazione dell'art. 67, ai quali, come si è detto, è affidato il compito di tradurre in precisi confini le esigenze di funzionamento del mercato comune menzionate da questa norma.

Le due direttive sino ad oggi emanate, nel 1960 e nel 1962¹⁷², riguardano soltanto le restrizioni di cambio (in ciò, parallelamente a quanto previsto dall'art. 71). Esse contemplan quattro categorie di operazioni, alle quali fa riscontro una diversa intensità dell'obbligo imposto agli Stati membri: dall'obbligo di accordare autorizzazioni di cambio per le operazioni comprese negli elenchi A e B dell'alle-

¹⁷¹ Sulle norme indicate nel testo, si vedano le considerazioni di M. SEIDEL, *Escape Clauses in European Community Law with special Reference to Capital Movements*, in *Common Market Law Review*, 1978, p. 283 ss., e di P. WASCHK, in H. VON DER GROEBEN-H. BOECKH-J. THIESING, *Kommentar*, cit., I, p. 540 ss. Si vedano, inoltre le osservazioni dell'avvocato generale Mayras nella causa *Regina c. Thompson* ed altri (7/78), decisa dalla Corte con la sentenza del 23 novembre 1978, nella quale peraltro i giudici non hanno avuto occasione di soffermarsi su questioni di interpretazione degli articoli 67 ss., in *Raccolta*, 1978, p. 2276 ss.

¹⁷² La prima direttiva per l'applicazione dell'art. 67 è dell'11 maggio 1960 (*Gazz. uff. com. eur.*, 1960, p. 919); la seconda è del 18 dicembre 1962 (*Gazz. Uff. com. eur.*, 1963, p. 62 ss.). Su di esse, cfr. le osservazioni di M. SEIDEL, *op. cit.*, p. 294 ss.

gato (si tratta delle operazioni collegate con la libertà di circolazione di merci, persone e servizi, della quale costituiscono il necessario completamento), si passa alla maggior cautela prevista per le operazioni di cui all'elenco C (operazioni finanziarie, come ad esempio prestiti a medio e a lungo termine), per le quali gli Stati membri si vedono riconosciuto il potere di mantenere o ristabilire restrizioni valutarie quando la libertà dei movimenti di capitali considerati sia tale da ostacolare la realizzazione degli obiettivi della politica economica di uno di essi. Infine, un'ultima categoria di operazioni (catalogabili come operazioni finanziarie, fra cui investimenti e prestiti, a breve termine) è esclusa da qualsiasi liberalizzazione: anzi, una successiva direttiva, adottata dal Consiglio nel 1972, sul regolamento dei flussi internazionali di capitali e sulla neutralizzazione dei loro effetti indesiderabili sulla liquidità interna¹⁷³, ha fatto addirittura obbligo agli Stati membri di predisporre ed attuare strumenti idonei a fronteggiare movimenti di capitali a carattere speculativo, codificando, per così dire, l'estraneità di determinate operazioni al processo di liberalizzazione.

Nell'ambito in cui le direttive menzionate costituiscono la precisazione dei limiti in cui la liberalizzazione è necessaria per il buon funzionamento del mercato comune, esse eliminano l'ostacolo alla configurabilità di norme direttamente applicabili, costituito dalla sfera di discrezionalità spettante agli organi comunitari. Per le operazioni elencate negli allegati A, B e C (queste ultime, beninteso, ove non siano intervenute le contrarie disposizioni statali riconosciute ammissibili dall'art. 3.2 della direttiva del 1960), esiste dunque sicuramente un diritto dei singoli a far valere, nei confronti degli Stati membri e di fronte ai giudici di questi, le disposizioni che impongono agli Stati medesimi il rilascio delle autorizzazioni necessarie. E questo diritto, si badi, non investe solo l'autorizzazione in sé, ma riguarda in modo diretto il compimento dell'operazione o l'esecuzione del trasferimento, che le norme comunitarie impongono agli Stati di permettere.

La possibilità di individuare norme direttamente applicabili è più ampia nel settore della liberalizzazione dei pagamenti e trasferimenti¹⁷⁴.

La materia è regolata principalmente dall'art. 106 del Trattato Cee, che per quanto incluso nel capo 2 del titolo II della parte terza, intitolato alla «bilancia dei pagamenti», costituisce in realtà una disposizione integrativa delle norme relative alle cosiddette quattro libertà fondamentali: la libertà di esecuzione dei trasferimenti è stata addirittura designata da un autore come la «quinta libertà» del mercato comune¹⁷⁵. Il principio di base è che una limitazione della libertà di effettua-

¹⁷³ Si tratta della direttiva del Consiglio 72/156 Cee del 21 marzo 1972 (*Gazz. uff. com. eur.*, 1972, L. 91, p. 13).

¹⁷⁴ Si veda C.-D. EHLERMANN, in H. VON DER GROEBEN-H. VON BOECKH-J. THIESING, *Kommentar*, cit., p. 1375 ss. Per la sostanziale identità dei due termini "pagamenti" e "trasferimenti", cfr. *ivi*, p. 1378 ss.

¹⁷⁵ Così B. BOERNER, *Die fünfte Freiheit des Gemeinsamen Marktes: der freie e Zahlungsverkehr*, in *Festschrift für Ophüls*, Karlsruhe, 1965, p. 19 ss.

re pagamenti si concreta in una limitazione della libertà di movimento di merci, persone, servizi e capitali, e deve quindi seguire la disciplina di queste ultime. Così l'art. 106 prevede al primo comma l'obbligo degli Stati membri di autorizzare i pagamenti relativi a scambi di merci, servizi e capitali, e i trasferimenti di capitali e salari, nella valuta dello Stato in cui risiede il creditore o il beneficiario, nella misura in cui la circolazione di merci, servizi e capitali è liberalizzata in applicazione del Trattato. Tale norma presuppone, quindi, che l'atto o il rapporto giuridico che dà causa al pagamento sia oggetto di un obbligo di liberalizzazione da parte degli Stati membri in base al diritto comunitario (essa non riguarda dunque, i rapporti non liberalizzati perché così consentito da quest'ultimo, o quelli liberalizzati in virtù di azioni unilaterali degli Stati, o comunque non richieste dal Trattato o da altri atti comunitari). Per quanto concerne pagamenti e trasferimenti relativi a movimenti di capitali, poiché evidentemente essi sono sempre impliciti nello stesso rapporto sottostante, la norma in questione viene parzialmente a coincidere con quella di cui all'art. 67, n. 2, del Trattato, secondo la quale «i pagamenti correnti che concernono i movimenti di capitale fra gli Stati membri sono liberati da qualsiasi restrizione al più tardi entro la fine della prima tappa»¹⁷⁶.

L'obbligo di consentire pagamenti e trasferimenti, di cui al n. 1 dell'art. 106, è dunque automatico, nel senso che consegue immediatamente alla liberalizzazione attuata sul piano del rapporto sottostante. Un diverso regime è invece stabilito dalla norma contenuta nel n. 2 dello stesso articolo per le ipotesi in cui la libera circolazione di beni e servizi sia limitata unicamente da restrizioni sui relativi pagamenti. In questo caso, infatti, viene meno l'automaticità dell'abolizione della restrizione, prevista dal primo paragrafo in vista del fatto che è già stata attuata la liberalizzazione della circolazione di beni e servizi, e la soppressione delle limitazioni esistenti ha luogo attraverso l'applicazione delle stesse regole che il Trattato prevede a proposito delle varie libertà concernenti il rapporto sottostante¹⁷⁷.

La norma contenuta nel secondo paragrafo non considera le restrizioni ai pagamenti e trasferimenti relativi alla libera circolazione delle persone: questi rimangono sottoposti in via esclusiva alla disciplina dell'abolizione automatica di cui al primo paragrafo. Per quanto concerne la circolazione di beni, servizi e capitali, il richiamo alle altre disposizioni del Trattato relative alle altre libertà fondamentali sembra implicare necessariamente il divieto per gli Stati membri

¹⁷⁶ Sui problemi di interpretazione che la norma fa sorgere in relazione ai movimenti di capitali, si veda C.-D. EHLERMANN, *op. cit.*, p. 1380 ss.

¹⁷⁷ Ciò implica, secondo l'opinione preferibile, anche il richiamo delle disposizioni relative ai singoli regimi oggetto di disciplina particolare in base al trattato (agricoltura, trasporti, ecc.): C.-D. EHLERMANN, *op. cit.*, p. 1386. In applicazione del paragrafo in questione, è stata emanata il 31 maggio 1963 la direttiva 63/340/Cee del Consiglio, che fa obbligo agli Stati membri di rilasciare tutte le autorizzazioni di cambio necessarie per i pagamenti e trasferimenti relativi a servizi per la prestazione dei quali le sole restrizioni esistenti riguardino detti pagamenti (*Gazz. Uff. Com. Eur.*, 1963, p. 1609).

di introdurre nuove restrizioni al di là dei limiti imposti dalle disposizioni medesime.

Un obbligo di *standstill*, implicante il divieto di introdurre nuove restrizioni, è imposto dal paragrafo terzo dell'art. 106 per ciò che riguarda i trasferimenti relativi ad una serie di operazioni (le c.d. transazioni invisibili) indicate nell'allegato III del Trattato. Tale allegato corrisponde all'elenco di cui all'allegato B del Codice di liberazione dell'Oece nella versione del 1956¹⁷⁸. Per quanto riguarda le restrizioni esistenti a proposito delle operazioni ora menzionate, il secondo periodo del n. 3 prevede la graduale soppressione in base alle disposizioni degli articoli 63-65 in materia di servizi, ossia a mezzo di direttive del Consiglio. Ciò non vale, naturalmente, a proposito di quelle restrizioni che si possono considerare ricomprese nell'ambito di applicazione dei numeri 1 e 2 dello stesso articolo, in virtù dell'espressa esclusione fatta dalla norma, che le attribuisce pertanto un carattere residuale. Per ciò che riguarda, in particolare, le restrizioni attinenti a pagamenti relativi a movimenti già liberalizzati; vale l'automatica eliminazione stabilita dalla norma dell'art. 106 n. 1. La disciplina del n. 3 è completata, sino ad ora, da una sola direttiva del Consiglio, emanata in data 30 luglio 1963 (63/474/Cee) che riguarda la liberalizzazione dei trasferimenti relativi ad alcune transazioni invisibili non connesse con la circolazione di merci, servizi, capitali e persone¹⁷⁹.

Nel quadro normativo disegnato dall'art. 106 del Trattato Cee, diverse norme possono essere considerate direttamente applicabili.

Manca sino ad ora qualsiasi elaborazione giurisprudenziale in materia. Tuttavia, tenendo correttamente presenti i criteri stabiliti dalla Corte di giustizia, ed in precedenza ampiamente descritti, non sembra contestabile il carattere direttamente applicabile delle norme suddette per ciò che riguarda:

– il diritto di effettuare pagamenti e trasferimenti menzionati al n. 1 dell'art. 106, nelle condizioni ivi descritte, purché il rapporto sottostante sia stato oggetto di liberalizzazione in base alle norme comunitarie;

– il diritto di effettuare pagamenti e trasferimenti relativi a movimenti di merci, servizi e capitali anche indipendentemente dall'intervenuta liberalizzazione del rapporto sottostante, ove la unica limitazione di tali movimenti sia costituita da restrizioni dei pagamenti;

– il diritto di non vedersi applicata nei confronti delle transazioni invisibili di cui all'allegato III del Trattato alcuna restrizione nuova rispetto al momento dell'entrata in vigore di questo ultimo (art. 106, n. 3, primo comma);

– il diritto di non vedersi applicate nei confronti delle operazioni da ultimo menzionate le restrizioni esistenti, che non siano già comprese fra quelle contemplate nell'ambito dei numeri 1 e 2 dell'art. 106, e siano state oggetto di liberalizzazione ad opera delle direttive del Consiglio previste dall'art. 63 del Trattato; ed in ogni caso, il diritto di non subire, nell'applicazione delle restrizioni non ancora

¹⁷⁸ C.-D. EHLERMANN, *op. cit.*, p. 1387.

¹⁷⁹ Gazz. Uff. Com. eur., 1963, p. 2240.

soppresse, discriminazioni in base alla nazionalità od alla residenza (art. 65). La differenza fra la disposizione contenuta in questa norma, e quella applicabile in tema di restrizioni alle operazioni connesse con movimenti di merci, servizi e capitali (art. 106, n. 2), che sono da ritenere inapplicabili una volta decorso il periodo transitorio, appare insuperabile in vista del mancato richiamo, nell'ambito della norma di cui al n. 3, a qualsiasi norma che stabilisca alla fine di tale periodo il limite temporale massimo per l'abolizione.

Nell'ambito della diretta applicazione delle norme menzionate, va osservato che non è fatto divieto agli Stati membri di subordinare l'esecuzione delle operazioni previste al rilascio di una autorizzazione interna. Il mantenimento di un requisito siffatto, tuttavia, acquista un semplice significato di controllo estrinseco e formale, posto che gli interessati hanno il diritto di ottenere immediatamente ed automaticamente tutte le autorizzazioni necessarie, senza che gli Stati membri possano farne dipendere il rilascio dall'esercizio di una qualsiasi discrezionalità¹⁸⁰. Nell'ambito del diritto italiano, pertanto, si deve parlare al proposito di vero e proprio diritto soggettivo perfetto, e non di semplice interesse legittimo¹⁸¹.

17. d) *Politica della Comunità: le regole di concorrenza*

Nelle materie oggetto delle politiche comuni (agricoltura, trasporti), ed in quelle contemplate nella parte terza del Trattato Cee nell'ambito della «politica della Comunità», la possibilità di individuare norme direttamente applicabili appare più ridotta. In linea di principio, il metodo seguito in questo ambito dal costituente comunitario non è tanto quello di porre precisi e ben definiti obblighi degli Stati, quanto quello di delineare un insieme di poteri degli organi comunitari, di procedure, di azioni comuni o di coordinamento, dai quali soli dovrebbe risultare una disciplina particolareggiata ed uniforme. La diretta applicabilità risulta pertanto riservata a settori piuttosto limitati, nei quali la precisazione di obblighi statali è stata possibile.

Nell'ambito delle regole di concorrenza, il problema della diretta applicabilità si è posto sotto un profilo particolare, che consente di esaminare il problema in una prospettiva diversa da quella consueta.

Trattandosi, anzitutto, di regole destinate per loro natura ad operare nell'ambi-

¹⁸⁰ Si tratta del c.d. sistema «*toute licence accordée*», già noto al codice di liberazione dell'Ocse: v. anche B. BOERNER, *Die fünfte Freiheit*, cit., p. 24. La giurisprudenza della Corte in materia di autorizzazione all'importazione ed all'esportazione precisa che queste debbono essere rilasciate automaticamente, immediatamente e gratuitamente a chiunque ne faccia richiesta (sentenza 15 dicembre 1971, *Int. Fruit Co. N. V. c. Produktschap voor Groenten en fruit*, cause 51-54/71, in *Raccolta* 1971, p. 1107 ss.).

¹⁸¹ Cfr. sopra, paragrafo 12.

to dei rapporti fra imprese – secondo la specifica intitolazione della sezione prima del capo I –, è del tutto comprensibile che l'applicabilità delle stesse ad opera del giudice interno sia apparsa inizialmente fuori discussione, potendosi al più dubitare della possibilità di applicazione delle norme in parola sotto il profilo della loro completezza sino a che mancassero i regolamenti di attuazione previsti dal Trattato¹⁸². Del resto, è lo stesso testo di quest'ultimo a darne conferma, prevedendo all'art. 88 la facoltà di decisione in ordine all'ammissibilità di intese, o all'esistenza di uno sfruttamento abusivo di posizione dominante, in conformità agli art. 85 e 86. È chiaro però che, parlando a proposito del profilo ora segnalato di «applicabilità diretta», questa qualifica veniva utilizzata in senso e con una portata non coincidenti con quelli più precisi e tecnici sviluppati dalla Corte, ed esaminati in queste pagine.

Più di recente, tuttavia, la Corte di giustizia ha avuto occasione di sottolineare la diretta applicabilità degli articoli 85 e 86 sotto un diverso profilo, coincidente con la nozione più precisa da essa delineata. La Corte si è infatti trovata a dover stabilire se una giurisdizione nazionale fosse competente a decidere circa l'applicazione delle norme in questione in pendenza di un procedimento avanti alla Commissione comunitaria, alla luce delle disposizioni di cui all'art. 9 del Regolamento n. 17/62, per cui «le autorità degli Stati membri» sono competenti a tal fine soltanto sino a che la Commissione stessa non abbia iniziato alcuna procedura. Anziché esaminare se i giudici degli Stati membri potessero considerarsi compresi fra tali «autorità» ai fini dell'art. 9 del Regolamento¹⁸³, la Corte ne ha affermato la competenza sulla base della considerazione che gli articoli 85 e 86, in vista della loro diretta applicabilità, conferiscono ai singoli dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare. La Corte ha così individuato un profilo di competenza dei giudici interni indipendente dall'interpretazione dell'art. 9, profilo che si riporta alla tutela dei diritti comunitari dei privati attuata sì dai giudici nazionali, ma attinente al sistema dei rapporti oggetto del diritto comunitario¹⁸⁴.

In tal modo, la giurisprudenza pone in rilievo un aspetto che le ipotesi in precedenza esaminate lasciavano in ombra. Mentre, infatti, l'applicazione delle norme comunitarie aventi effetti diretti al settore delle libertà economiche fondamentali stabilite dal Trattato si concreta nel far valere un *rapporto diretto* fra individuo e Stato, che ha per oggetto la prestazione dovuta da quest'ultimo (sia essa po-

¹⁸² Sul tema, si veda, in giurisprudenza, la prima sentenza pronunciata dalla Corte di giustizia in merito all'art. 85 del trattato Cee in data 6 aprile 1962 (*De Gens c. R. Bosch GmbH*, causa 13/61), in *Raccolta*, 1962, p. 87 ss.

¹⁸³ Sotto questo profilo, infatti, la questione era stata in precedenza considerata dalla dottrina e dalla giurisprudenza interna, che avevano avuto occasione di occuparsene: si veda, per tutti, P. LAMBERTI ZANARDI, *Sui rapporti fra il processo davanti ai giudici nazionali e i procedimenti avanti alla Commissione della Comunità economica europea in materia di intese*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1968, p. 72 ss.

¹⁸⁴ La decisione menzionata è quella del 30 gennaio 1974 (*Belgische Radio en Televisie c. SV Sabam e NV Fonior*, causa 127/73), in *Raccolta*, 1974, p. 51 ss.

sitiva o si esaurisca in un mero obbligo di astensione), nel caso delle regole di concorrenza applicabili alle imprese la situazione è alquanto diversa. I diritti e gli obblighi correlati al rapporto concorrenziale fanno capo esclusivamente alle imprese. Il diritto del singolo verso lo Stato non riguarda l'oggetto di quel rapporto, e non investe nessuna delle prestazioni che quest'ultimo prevede. Tale diritto si esercita nei confronti dello Stato come ente gestore del proprio sistema giuridico, ed ha per contenuto l'applicazione delle norme del Trattato e la disapplicazione di qualsiasi principio contrastante con queste.

In altri termini, il ricorso alla nozione di applicabilità diretta a proposito degli articoli 85 e 86 configura un'ipotesi di diritto che trae origine nel sistema comunitario, a favore di un privato verso lo Stato, che si concreta nella pretesa che quest'ultimo garantisca l'attuazione di un rapporto giuridico fra ai privati nell'osservanza di determinati principi comunitari.

Parlare degli articoli 85 e 86 del Trattato Cee come di norme direttamente applicabili risulta perciò possibile, a condizione però che sia chiaro il profilo particolare sotto il quale viene fatto ricorso alla nozione, e la specifica finalità che giustifica tale ricorso. Diversamente, non essendo contestabile che le regole di concorrenza in questione investono direttamente rapporti fra imprese, la nozione rischia di perdere i propri connotati specifici per risolversi in quella di «completezza» e «precettività» di una norma, in contrapposto al carattere meramente programmatico di altri principi.

La diretta applicabilità dell'art. 86, intesa nel senso ora chiarito, è stata affermata dalla giurisprudenza anche nell'ambito dell'art. 90, n. 2, del Trattato¹⁸⁵. Tale articolo (dal primo paragrafo del quale risulta la conferma che l'esistenza di imprese alle quali siano dallo Stato conferiti diritti «esclusivi» non è di per sé contraria al Trattato), prevede al n. 2 che le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del Trattato «nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata». La Corte, in una nota decisione, ha stabilito che «anche nell'ambito dell'art. 90 i divieti stabiliti dall'art. 86 hanno efficacia diretta e attribuiscono ai singoli dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare»¹⁸⁶. Quest'affermazione può in astratto essere valida, tanto nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui gli Stati membri «riconoscono diritti speciali o esclusivi», di cui al n. 1 dell'art. 90, quanto di quelle incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, menzionate dal n. 2 dello stesso articolo.

Diversa sembra invece la valutazione da darsi alle norme contenute nei due primi paragrafi dell'art. 90, per quanto attiene all'applicazione diretta delle stesse norme come tali, e cioè a prescindere dallo specifico aspetto della repressione dell'abuso di una posizione dominante.

¹⁸⁵ Nella sentenza del 30 aprile 1974 (G. Sacchi, causa 155/73), in *Raccolta*, 1974, p. 409 ss.

¹⁸⁶ Sentenza citata alla nota precedente, p. 430.

Infatti, la citata decisione della Corte può essere intesa nel senso che un simile abuso è sempre incompatibile con l'art. 90, e può pertanto essere fatto cessare mediante ricorso diretto al giudice interno. Ma per quanto concerne il trattamento delle imprese contemplate dalle norme previste in tale articolo, la conclusione è diversa a seconda che si tratti di imprese pubbliche, o imprese alle quali sono riconosciuti diritti speciali od esclusivi secondo il primo paragrafo, oppure di imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, a norma del paragrafo secondo. Nel primo caso, infatti, il carattere chiaro, preciso e incondizionato dell'obbligo imposto agli Stati membri consente senz'altro di attribuire alla norma il carattere della diretta applicabilità¹⁸⁷. Nel secondo, invece, la riserva per cui l'applicazione delle norme del Trattato va fatta solo entro i limiti in cui non osti all'adempimento della specifica missione affidata alle imprese, attribuisce agli Stati membri, ed eventualmente alla Commissione nell'esercizio dei poteri a lei attribuiti dalla norma dell'art. 90, n. 3, una sfera di discrezionalità che si oppone alla possibilità che i divieti posti dall'art. 90 siano fatti direttamente valere dai privati nei confronti degli Stati membri. L'apprezzamento discrezionale è insito nella determinazione della portata della missione affidata dagli Stati membri alle imprese, e del relativo adempimento: ammettere l'applicabilità diretta della norma significherebbe, in sostanza, riconoscere al giudice il potere di determinare esso stesso la latitudine di tale apprezzamento¹⁸⁸.

Altre regole di concorrenza a proposito delle quali si è posto il problema dell'applicabilità diretta sono quelle relative agli *aiuti concessi dagli Stati*, di cui alla sezione terza (art. 92 ss.) del capo I.

Nelle norme contenute in tale sezione, il Trattato si preoccupa di impedire gli effetti distorsivi della concorrenza attuati, non direttamente attraverso comportamenti di imprese, ma attraverso comportamenti di Stati (o al più, atti di imprese posti in essere in ottemperanza a misure statali). Gli articoli 92 e 93 contengono l'indicazione dei criteri da seguire nella valutazione della compatibilità di un determinato aiuto con il mercato comune, e la descrizione dei poteri di cui gli organi

¹⁸⁷ Del resto, va ricordato che la più diffusa interpretazione di questa norma è nel senso di riconoscere che le imprese pubbliche e quelle cui vengono riconosciuti diritti speciali o esclusivi sono di per sé sottoposte alle regole di concorrenza di cui agli articoli 85 e 86, e la norma del primo paragrafo dell'art. 90 si aggiunge alla disciplina che risulta da queste ultime rafforzandola attraverso l'imposizione di un obbligo supplementare allo Stato, che potrebbe, in mancanza, operare per impedire che tali imprese si conformassero alle regole di concorrenza: si veda la sentenza delle Corte di giustizia del 16 novembre 1977 (*G.B. inno c. Atab*, causa 13/77), in *Raccolta*, 1977, p. 2115 ss.

¹⁸⁸ In questo senso, la decisione del 14 luglio 1971 (*P.M. lussemburghese c. Müller-Hein ed altri*, causa 10/71), in *Raccolta*, XVII (1971), p. 723 ss. La sfera di discrezionalità menzionata peraltro trova un limite nell'ultima parte della norma, che stabilisce che «lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità»: e sotto questo profilo, un sindacato del giudice (e quindi, la possibilità di applicazione diretta) non può essere del tutto escluso. Sulla nozione di «interesse della Comunità», si vedano le osservazioni di C. GRASSETTI, *La nozione di interesse della Comunità*, in *Riv. dir. ind.*, 1963, I, p. 162 ss.

comunitari dispongono al riguardo, sia per quanto concerne l'esame dei regimi di aiuti già esistenti (art. 93, n. 1 e 2), sia per ciò che attiene alla valutazione dei progetti diretti ad istituire nuovi aiuti, o a modificare aiuti già esistenti (art. 93, n. 2 e 3). Per quanto riguarda, in particolare, quest'ultimo aspetto, si tratta di un meccanismo di controllo diretto ad impedire la realizzazione di aiuti contrari al Trattato¹⁸⁹: il che comporta per gli Stati membri l'obbligo di notificare alla Commissione i progetti di nuovi aiuti, o la modifica di aiuti esistenti, e di astenersi dal darvi esecuzione prima che la Commissione si sia pronunciata.

In merito agli eventuali effetti diretti, la valutazione varia a seconda che si tratti dell'art. 92, relativo ai criteri di compatibilità degli aiuti con il Trattato, o dell'art. 93, che riguarda procedure e poteri degli organi comunitari.

Le norme contenute nell'art. 92 sono generalmente considerate prive di effetti diretti, in vista del carattere condizionato dei relativi obblighi statali. Questi dipendono, infatti, da una valutazione riservata alla Commissione ed al Consiglio, in base alla norma dell'art. 93, n. 2, del Trattato. I singoli non possono, quindi, contestare la compatibilità di un regime di aiuto con il diritto comunitario avanti ai giudici nazionali, né chieder loro di decidere sull'eventuale incompatibilità¹⁹⁰, e ciò sino a che non siano stati emanati gli appositi regolamenti in base all'art. 94, o siano state adottate dalla Commissione le decisioni previste dall'art. 93.

Invece, come la Corte ha avuto occasione di precisare, va riconosciuta la diretta applicabilità dell'art. 93, n. 3. Ciò comporta il diritto del singolo di far valere avanti ai giudici nazionali, non l'*incompatibilità* di un dato aiuto con il Trattato, ma il *divieto* che esso venga concretamente attuato quando a) un dato progetto di aiuto non sia stato comunicato alla Commissione, oppure b) esso sia stato comunicato, e la Commissione, ritenendolo incompatibile, abbia iniziato entro due mesi l'apposita procedura. Quando invece la Commissione abbia ommesso di iniziare tali procedure entro il termine indicato, si ritiene che l'obbligo di astensione venga comunque meno¹⁹¹.

Secondo le espressioni usate dalla Corte, in questi casi l'efficacia immediata del divieto vincola il giudice nazionale a farlo rispettare, senza che nessuna norma interna possa farvi ostacolo. Resta peraltro rimessa al sistema giuridico interno,

¹⁸⁹ Si veda, in generale, J. THIESING, in H. VON DER GROEBEN-H. BOECKH-J. THIESING, *Kommentar*, cit., p. 1154 ss. Va ricordata, al proposito, la differenza fra la disciplina dell'art. 92 ss., e quella prevista dal Trattato Ceca, che enuncia all'art. 4, lett. c), un divieto assoluto di ogni aiuto e sovvenzione statale, limitatamente, beninteso, ai settori del carbone e dell'acciaio.

¹⁹⁰ Cfr. già Corte di giustizia, 15 luglio 1964 (causa 6/64, più volte citata). Più di recente, si veda la sentenza del 22 marzo 1977 (*Iannelli e Volpi c. Ditta P. Meroni*, causa 74/76), in *Raccolta*, 1977, p. 557 ss.

¹⁹¹ Il termine dei due mesi non è espressamente stabilito, ma è stato ricavato in via interpretativa dalla giurisprudenza: cfr. la sentenza dell'11 dicembre 1973 (*Gebr. Lorenz GmbH a. Rep. federale tedesca e Land Renania-Palatinato*, causa 120/73), in *Raccolta*, 1973, p. 1471 ss., a p. 1481. Sulla diretta applicabilità, e sulla questione ora menzionata, si vedano le altre tre decisioni pronunciate in pari data (cause *Markmann c. Rep. fed. tedesca*, 121/73; *Nordsee Deutsche Hochseefischerei c. Rep. fed. tedesca*, causa 122/73; *Lohrey c. Rep. fed. tedesca*, causa 141/73), in *Raccolta*, pp. 1495 ss., 1511 ss. 1527 ss.

secondo la Corte, la determinazione della procedura da seguire per ottenere la garanzia di tale rispetto. Una simile affermazione va naturalmente coordinata con quanto più di recente la stessa Corte ha statuito in tema di obbligo di disapplicazione di norme interne contrastanti¹⁹². Se quindi rimane fermo che la situazione giuridica deve essere determinata in base al diritto interno, e in base a questo va stabilita la procedura da seguire per la sua tutela¹⁹³, è da ritenersi che il sistema giuridico interno possa soltanto individuare i provvedimenti che il giudice nazionale richiesto di applicare direttamente l'art. 93, n. 3 può adottare in relazione al concreto atteggiarsi della controversia (ad esempio, annullamento di un atto amministrativo o sua disapplicazione, o disapplicazione di norme di legge interne), ma non possa adottare misure di effetto parziale e minore rispetto al risultato raggiungibile in base alla pura e semplice disapplicazione dell'atto, legislativo o amministrativo, interno¹⁹⁴.

18. e) *Segue. Le disposizioni fiscali*

Nel capo II del titolo I della parte terza del Trattato Cee figurano alcune norme, contenute negli articoli da 95 a 99 compreso, che riguardano la materia tributaria.

Prescindendo dall'art. 99, che determina i poteri degli organi comunitari in merito all'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri in materia di imposte indirette, e stabilisce la relativa procedura, è facile osservare – ed è constatazione frequentemente ripetuta – che il Trattato non si propone di incidere in termini generali sulla sovranità degli Stati membri in materia fiscale. Esso si limita ad imporre loro poche e ben determinate obbligazioni, la ragion d'essere delle quali sta nell'esigenza di garantire la piena realizzazione di altre libertà stabilite dal diritto comunitario: prima fra tutte, la libera circolazione delle merci, che potrebbe essere ovviamente intralciata da rilevanti differenze nei regimi impositivi interni. Le relative disposizioni assumono quindi un valore complementare rispetto a quelle concernenti la libera circolazione delle merci, come la stessa Corte di giustizia ha a diverse riprese sottolineato¹⁹⁵.

¹⁹² Cfr. sopra, paragrafo 11.

¹⁹³ Ciò è espressamente stabilito al par. 9 di tutte e quattro le sentenze sopra menzionate.

¹⁹⁴ In casi del genere, infatti, il diritto interno non consentirebbe di cooperare come lo Stato è tenuto a fare nell'attuazione del diritto comunitario (sopra, par. 9). Sulla questione in generale, cfr. H. P. IPSSEN, in *Europarecht*, 1974, p. 153 ss.

¹⁹⁵ Sull'art. 95 del Trattato, in generale, cfr. M. WAELBROECK, *L'applicabilité directe de l'art. 95 da Traité Cee*, in *Cahiers de droit européen*, 1967, p. 184 ss.; A. TIZZANO, *Sul divieto di discriminazioni fiscali nella Comunità economica europea*, in *Foro it.*, 1976, IV, 318 ss. Sulla materia, cfr. anche G. STAMMATI, *Commento*, in *Commentario Cee*, cit., II, p. 770 ss. In giurisprudenza, per considerazioni generali sul valore sistematico dell'art. 95, cfr. le sentenze del 3 e 4 aprile 1968 nelle cause 27, 28 e 34/67, già citate.

In particolare, l'art. 95 si inserisce nel quadro generale ora menzionato, ponendo alcune norme intese ad impedire misure interne ispirate a finalità protezionistiche ed aventi effetti discriminatori.

Il primo comma vieta agli Stati membri di applicare direttamente o indirettamente ai prodotti degli altri Stati membri imposizioni interne di qualsiasi natura, superiori a quelle applicate direttamente o indirettamente ai prodotti nazionali similari. Si tratta di una norma definita come «generale e permanente dell'ordinamento comunitario» dalla Corte di giustizia, che vi ha individuato «l'indispensabile fondamento del mercato comune in campo fiscale»¹⁹⁶. Essa vuole impedire le imposizioni fiscali che pongano i prodotti importati in posizione deteriore (non è quindi necessariamente richiesta l'*identica* posizione) rispetto a quelli nazionali «similari», costituendo così un ostacolo alla libera circolazione dei primi.

La regola stabilita nel secondo comma impegna, invece, gli Stati membri a non applicare «ai prodotti degli Stati membri imposizioni interne intese a proteggere indirettamente altre produzioni». L'interpretazione di questa norma ha dato luogo a qualche difficoltà, in quanto non risulta del tutto chiaro il suo rapporto con quella contenuta nel primo comma: ciò tanto sotto il profilo del regime giuridico riservato alle due diverse ipotesi dall'art. 95, quanto sotto il profilo della differenza fra prodotti «similari» (espressione, questa, già di per sé piuttosto indefinita¹⁹⁷) e prodotti «sostituibili» o «comparabili», come si suole tradurre l'indicazione delle «altre produzioni» contenuta nel secondo comma, ossia sotto il profilo della determinazione della differenza fra le due fattispecie.

Al fine di evitare di risolvere interamente la regola posta dal primo comma in quella sancita dal secondo, occorre pertanto differenziare il contenuto dell'obbligo posto a carico degli Stati membri nei due casi, e ricercare una soddisfacente definizione dei prodotti «similari» per poter precisare l'ambito di applicazione della norma. Da questo secondo punto di vista, soccorre l'interpretazione fornita dalla Corte¹⁹⁸, che fa riferimento a tal fine a criteri principalmente formali e restrittivi, attribuendo rilievo decisivo non tanto a criteri di ordine merceologico, quanto ad aspetti attinenti alla classificazione fiscale e doganale dei prodotti, in relazione alle proprietà ed alle esigenze tenute presenti dai consumatori. Precisando in tal modo in senso restrittivo l'ambito di applicazione del primo comma, è possibile individuare la sfera di efficacia della norma posta dal secondo con riferimento all'oggetto, che non è più costituito dai prodotti «similari», ma dalle «altre produzioni» comparabili che possono essere favorite dalla protezione indiretta attuata mediante l'imposizione interna.

La differenza fra le due norme, oltre che in ragione dell'oggetto – più ristretto

¹⁹⁶ Così la sentenza della Corte del 16 giugno 1966 (*Lütticke c. Hauptzollamt Saarlouis*, causa 57/65), in *Raccolta*, XII, p. 219 ss., a p. 221.

¹⁹⁷ Sul punto, cfr. le considerazioni di A. TIZZANO, *Sul divieto*, cit., 43 ss. e le indicazioni bibliografiche a nota 16.

¹⁹⁸ Cfr. sentenza del 4 aprile 1968 in causa 27/67, a p. 310, e quella del 17 febbraio 1976 in causa 45/75, anch'essa già citata.

nella prima, più ampio nella seconda –, emerge nettamente con riguardo al contenuto del trattamento giuridico previsto dall'art. 95. Per i prodotti «similari», infatti, è posto un divieto assoluto di applicare imposizioni *superiori* ai prodotti importati, divieto che scatta quindi di fronte al mero fatto del più alto livello impositivo. Invece, per i prodotti di cui al secondo comma, il divieto non si applica sempre e comunque, in via automatica, ma richiede l'accertamento delle *finalità protezionistiche* dell'imposizione: questo elemento si sostituisce quindi alla mera comparazione quantitativa¹⁹⁹.

A proposito di entrambe le norme indicate, la giurisprudenza comunitaria ha ritenuto la possibilità di applicazione diretta, superando le resistenze frapposte dalla pratica tributaria germanica e suscitando anche vivaci critiche²⁰⁰. La Corte ha senz'altro affermato il diritto dei privati di non vedersi applicate imposizioni discriminatorie per i prodotti simili di cui all'art. 95, primo comma, escludendo che sussistesse alcuna discrezionalità in capo agli Stati membri nell'attuazione dell'obbligo di astensione previsto dalla norma. A nulla rileva, secondo la Corte, che il divieto di discriminazione si innesti su di una situazione in cui gli Stati membri godevano di una libertà di apprezzamento, potendo a loro scelta modificare il trattamento fiscale dei prodotti nazionali, o di quelli importati, oppure di entrambi. Il mancato uso di tale facoltà entro il termine previsto dal terzo comma dell'art. 95 (inizio della seconda tappa) permette senz'altro, secondo la Corte, di determinare in via immediata il trattamento fiscale da applicare ai prodotti importati²⁰¹.

Quanto alla norma contenuta nel secondo comma, si desume dalla giurisprudenza comunitaria l'esistenza di un diritto dei singoli di far valere avanti ai giudici nazionali l'illegittimità comunitaria delle imposizioni ispirate allo scopo di proteggere indirettamente altre produzioni. Anche in questa ipotesi, il corrispondente obbligo imposto agli Stati membri, una volta trascorso il termine di cui al terzo

¹⁹⁹ La tesi accolta nel testo è esposta da A. TIZZANO, *Sul divieto*, cit., spec. 43 ss.

²⁰⁰ Le decisioni citate, com'è noto, hanno tratto origine da numerose controversie sorte nella Repubblica Federale tedesca, che hanno causato situazioni di grave incertezza ed imbarazzo nella pratica, dando luogo ad una serie enorme di ricorsi interni e ad una esplicita richiesta alla Corte di giustizia da parte del *Bundesfinanzhof* perché essa rivedesse la propria posizione favorevole all'applicazione diretta. Le critiche attengono alla presunta conseguenza della giurisprudenza in questione, la quale verrebbe ad imporre al giudice lo svolgimento di un'attività sostanzialmente legislativa, supplendo all'inerzia del legislatore interno o comunitario: si vedano, per la storia della vicenda e per la critica, L.J. CONSTANTINESCO, *L'applicabilité directe*, cit., p. 101 ss.; M. WAELBROECK, *L'applicabilité directe*, cit., p. 184 ss.; ed anche K. ZWEIGERT, in *Diritto delle Comunità europee*, cit., p. 168 ss. Va rilevato che siffatte conseguenze non sono nella sostanza troppo dissimili da quelle che sono state avvertite, e criticate, anche a proposito dell'applicabilità diretta delle norme concernenti la libertà di stabilimento, in precedenza esaminate.

²⁰¹ Si vedano le note e già citate sentenze della Corte del 16 giugno 1966 (causa 57/65); 3 e 4 aprile 1968 (cause 28 e 34/67) e 17 febbraio 1976 (causa 45/75) per quanto concerne l'art. 95, comma 1 e 3; e del 4 aprile 1968 (causa 27/67) per l'art. 95, comma secondo. Si veda anche, più in generale, R. WAEGENBAUER, *Dispositions fiscales*, in J. MEGRET, D. VIGNES, J. V. LOUIS, M. WAELBROECK, *Le droit de la Cee*, vol. 5, Bruxelles 1973, p. 8 ss.

comma dell'art. 95, è chiaro, preciso e non condizionato, ed il mancato esercizio da parte di uno Stato dell'attività discrezionale con la quale avrebbe potuto diversamente configurare, a proprio giudizio, il regime giuridico di un determinato settore non può far venire meno tali caratteri.

Pur non avendo ancora formato oggetto di specifico esame ai fini del problema in questione, devono egualmente considerarsi idonei a sortire effetti diretti gli articoli 96 e 98, il primo nel caso di ristorni di imposizioni interne in misura superiore all'imposizione, il secondo nell'ipotesi di esoneri e rimborsi all'esportazione, o di tasse di compensazione applicabili alle importazioni, che non siano state preventivamente approvate dal Consiglio su proposta della Commissione.

Secondo la Corte, non può invece considerarsi direttamente applicabile l'art. 97, a norma del quale gli Stati membri che riscuotano l'imposta sulla cifra d'affari in base al sistema dell'imposta cumulativa a cascata possono procedere, ai fini delle imposizioni interne sui prodotti importati, o dei ristorni sui prodotti esportati, alla fissazione di aliquote medie per prodotto o per gruppo di prodotti, senza pregiudizio però dei principi enunciati negli art. 95 e 96²⁰². La Corte ha ritenuto, infatti, che tale norma non può essere considerata direttamente applicabile in quanto l'organo giurisdizionale non può sostituirsi a quelli amministrativi degli Stati membri nel valutare le situazioni di fatto che costituiscono il presupposto dell'applicabilità della norma in questione. Non potrebbe quindi, secondo la Corte, essere sindacata dal giudice la fissazione di «aliquote medie per prodotto o gruppo di prodotti» da parte degli Stati membri che riscuotano l'imposta sulla cifra d'affari in base al sistema dell'imposta cumulativa a cascata, in quanto la fissazione di dette aliquote costituirebbe un tipico esempio di esercizio da parte degli Stati di una sfera di discrezionalità loro accordata dal Trattato²⁰³⁻²⁰⁴.

²⁰² Sentenza del 4 aprile 1968 (causa 28/67) e della stessa data (*Milch-Fett- und Eierkontor c. Hauptzollamt Saarbrücken*, causa 25/67), in *Raccolta*, XIV (1968), p. 278 ss.

²⁰³ Che detta fissazione, una volta che sia in concreto avvenuta, non possa essere sindacata al fine di stabilire se sia o non sia in conformità con i principi posti dagli articoli 95 e 96, non è affatto certo. Se la decisione della Corte deve essere intesa in questo senso, non è probabilmente ingiustificata l'affermazione di L.-J. CONSTANTINESCO, *L'applicabilité directe*, cit., p. 130 ss., che la soluzione negativa data dalla Corte è in fondo un tentativo di limitare la portata della giurisprudenza relativa all'art. 95, ma che presa alla lettera finisce per gettare seri dubbi sullo stesso fondamento di quest'ultima, in quanto la valutazione che verrebbe richiesta al giudice dal riconoscimento dell'applicabilità diretta dell'art. 97 non è, al fondo, troppo dissimile da quella che la Corte gli vuole rimettere in base all'art. 95. D'altronde, nemmeno sembra giustificato fondare la soluzione sul fatto che l'art. 97, secondo comma, prevede l'adozione di direttive o decisioni da parte della Commissione, nei confronti degli Stati che abbiano fissato aliquote medie non conformi ai principi degli artt. 95 e 96: una disposizione simile esiste infatti anche in relazione ad altre norme, delle quali pure è stata riconosciuta l'applicabilità diretta (ad es., l'art. 37 n. 6).

²⁰⁴ Per quanto riguarda affinità e differenze fra Trattato Cee e norme Gatt sul punto, cfr. G. BEBR, *Les dispositions*, cit., p. 3 ss.; e per la giurisprudenza italiana in merito a quest'ultimo problema, che si distingue da quella degli altri Paesi aderenti per una spiccata tendenza ad assicurare all'accordo i più penetranti effetti in sede di applicazione interna, cfr. i dati offerti da L. CONDORELLI, *Il giudice italiano*, cit., p. 37 ss.

Come risulta dai pochi esempi fatti, l'esistenza del potere discrezionale in capo agli Stati membri rileva al fine di escludere la possibilità di applicazione diretta, sia nell'ipotesi che dall'esercizio di tale potere dipenda l'adozione di atti ulteriori di esecuzione previsti e considerati dalla stessa norma comunitaria, sia in quella che esso costituisca il presupposto stesso dell'applicabilità della norma. Naturalmente, deve trattarsi di vera e propria discrezionalità, in modo che il limite all'intervento del giudice trovi il proprio fondamento e la propria giustificazione nella tutela delle scelte dello Stato di fronte al sindacato giurisdizionale. Non è questo il caso tutte le volte che l'apprezzamento, richiesto al giudice al fine della concreta attuazione della norma comunitaria importi sì la valutazione, anche complessa e di natura tecnica, di fatti economici e politici, ma non incida sulla sfera riservata alla discrezionalità statale²⁰⁵. Ancorché possa dar luogo a qualche difficoltà in pratica, la linea che separa le due ipotesi appare concettualmente chiara ed offre un criterio direttivo sufficientemente univoco.

19. f) *La politica sociale: l'art. 119 Trattato Cee*

Nel titolo terzo del Trattato, dedicato alla politica sociale, è contenuta una disciplina intesa soprattutto a tracciare programmi, a delineare poteri degli organi comunitari e a disciplinare, in particolare, il Fondo sociale europeo. La possibilità di individuare norme intese a porre precisi obblighi a carico degli Stati membri è in pratica ristretta all'art. 119, che stabilisce il principio della parità delle retribuzioni fra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro. Tale principio doveva essere attuato sin dalla fine della prima tappa, ma ciò in realtà non avvenne, nonostante l'intervento di una risoluzione degli Stati membri che prorogò tale termine²⁰⁶. Anche dopo la scadenza della proroga, del resto, le legislazioni degli Stati membri rimasero ispirate a principi largamente divergenti rispetto a quello posto dall'art. 119.

²⁰⁵ Ad esempio, perché tale apprezzamento rimane vincolato all'osservanza di determinati parametri normativi, come si potrebbe ritenere accada a proposito dell'art. 97: si veda quanto osservato alla nota 203. Si è in tal caso in presenza di un fenomeno non troppo dissimile da quello che in diritto amministrativo interno si definisce come discrezionalità tecnica, o tecnico-amministrativa. Cfr. le affermazioni contenute nella sentenza della Corte del 4 aprile 1968 (causa 27/67), già citata: e si raffrontino con quelle contenute nella sentenza, anch'essa più volte citata, del 19 dicembre 1968 (causa 13/68), che conclude per la non diretta applicabilità degli articoli 32, ultimo inciso, e 33 del Trattato Cee. In generale, la tesi che la valutazione di fatti economici non sia di per sé di ostacolo all'esercizio della funzione giurisdizionale, si trova espressa, sia pure in tutt'altro contesto, nel famoso parere consultivo della Corte permanente di giustizia internazionale nel caso del *Regime doganale fra Germania e Austria*, Protocollo del 19.3.1931, C.P.J.I., Publ., *Série A/B*, n. 41. p. 37 ss., su cui P. JESSUP, *The Customs Union Advisory Opinion*, in *Am. Journal Int. Law*, 1932, p. 105 ss.

²⁰⁶ Si veda sul tema J.-V. LOUIS, in J. MEGRET, D. VIGNES, J.-V. LOUIS, M. WAELBROECK, *Le droit de la Cee*, cit., vol. 7, Bruxelles 1973, p. 7 ss. Il nuovo termine era stato fissato al 31 dicembre 1964.

Dato il ritardo nell'adeguamento del diritto interno degli Stati membri, non può stupire che sia stato posto alla Corte di giustizia delle Comunità il quesito se l'art. 119 fosse direttamente applicabile, attribuendo alle lavoratrici discriminate nella retribuzione il potere di agire avanti ai giudici nazionali per ottenere la rimozione degli ostacoli alla parificazione retributiva con i lavoratori di sesso maschile. Nella ben nota sentenza resa l'8 aprile 1976 nella causa 43/75²⁰⁷, la Corte ha riconosciuto l'applicabilità diretta dell'art. 119, con due limitazioni: una di contenuto, ed una di carattere temporale²⁰⁸.

Il limite relativo al contenuto è stato dalla Corte individuato nella distinzione fra discriminazioni dirette e palesi, e discriminazioni indirette, o dissimulate. Sol tanto con riferimento alle prime, l'art. 119 sarebbe dotato di efficacia diretta: le discriminazioni dirette e palesi potrebbero infatti essere accertate con l'ausilio dei soli criteri di identità del lavoro e parità di retribuzione, indicati dall'art. 119 (anche nel secondo e terzo comma). Queste discriminazioni, secondo la Corte, comprenderebbero in particolare quelle che traggono origine da disposizioni di natura legislativa o da contratti collettivi di lavoro, dato che possono essere poste in luce mediante un esame puramente giuridico: e lo stesso potrebbe dirsi della diversa retribuzione dei lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile per lo stesso lavoro, svolto nella stessa azienda o ufficio, privato o pubblico. Invece, i singoli interessati non potrebbero far valere innanzi ai giudici nazionali il diritto alla non discriminazione per quanto riguarda le c.d. discriminazioni indirette, le quali «possono essere messe in luce solo valendosi di disposizioni di attuazione più precise, di carattere comunitario o nazionale»²⁰⁹.

La distinzione così enunciata può prestarsi a critiche, in quanto se si ammette che l'art. 119 del Trattato Cee contempla anche le discriminazioni indirette od occulte, non è facile vedere perché il compito di precisare i confini del divieto, accertando in concreto il ricorrere di una tale discriminazione, non possa essere svolto, come accade in tante altre ipotesi, dal giudice, senza bisogno di altre disposizioni di attuazione. In realtà, sembra si debba ritenere che il significato della decisione stia nell'escludere che l'art. 119 sia di per sé idoneo a precisare la portata del concetto di discriminazione vietata al di fuori delle ipotesi espressamente indicate. In questo senso, l'obbligo statale di assicurare la parità avrebbe il necessario carattere di precisione solo con riguardo a quelle discriminazioni che la Cor-

²⁰⁷ La sentenza della Corte riguarda la causa *Defrenne c. Sabena*, in *Raccolta*, 1976, p. 455 ss.

²⁰⁸ Per quanto concerne il limite temporale, la Corte ha ritenuto che, in vista di imprescindibili esigenze di certezza del diritto, il principio della parità di retribuzione non possa essere invocato a sostegno di rivendicazioni relative a periodi anteriori alla data della sentenza, eccezion fatta per i lavoratori che abbiano già proposto azione o reclamo equivalente. Sul punto, cfr. per tutti J.-V. LOUIS, *Lohngleichheit vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*, in *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1976, p. 178 ss.; C. PHILIP, in *Revue trim. droit européen*, 1976, p. 529 ss. Cfr. anche G. GAJA, *Violazioni di obblighi comunitari tollerate dalla Corte di giustizia*, in *Riv. dir. int.*, 1976, p. 871 ss.

²⁰⁹ Il passo citato è contenuto al par. 18 della sentenza.

te definisce come «dirette e palesi», ossia derivanti dai parametri stabiliti dall'art. 119 medesimo. Al di fuori di questi limiti, la previsione dell'art. 119 avrebbe mere valore di programma di legislazione, sino a che la nozione di discriminazione indiretta – la cui eliminazione, dice la Corte, è necessaria per «la realizzazione integrale dello scopo perseguito dall'art. 119»²¹⁰ – non fosse oggetto di precisazione ad opera del legislatore comunitario o nazionale.

A parte l'aspetto ora menzionato, l'applicazione all'art. 119 della nozione di effetti diretti merita qualche ulteriore osservazione.

Anzitutto, va rilevato che il diritto a carattere comunitario del singolo soggetto si trova qui del tutto svincolato dal diritto alla prestazione, di cui viene chiesta la realizzazione al giudice nazionale. Il rapporto giuridico fatto valere avanti a quest'ultimo non trova una sua disciplina sostanziale a livello comunitario, ma soltanto a livello nazionale: il diritto delle Comunità interviene soltanto a sovrapporre un principio, al quale il diritto nazionale deve conformarsi²¹¹. Nei confronti dello Stato membro, in altri termini, il diritto fatto valere in virtù dell'art. 119 non ha per oggetto particolari aspetti della prestazione di lavoro (salvo la coincidenza che può aver luogo in certe ipotesi di rapporto di impiego pubblico), ma soltanto un certo modo di essere del diritto interno, e l'applicazione di quest'ultimo nel rispetto del principio tratto dal diritto comunitario, ad onta di qualsiasi norma interna contrastante.

Sotto l'aspetto da ultimo indicato, la situazione non è diversa da quella già rilevata a proposito dell'applicazione diretta degli articoli 85 e 86 del Trattato. Ma nel caso dell'art. 119, un ulteriore elemento interviene a caratterizzare la situazione: e precisamente, il contenuto dell'obbligo degli Stati membri, che la Corte considera sussistente a livello comunitario nei confronti dei singoli. Tale obbligo non consiste più in una mera astensione, come nelle prime manifestazioni della teoria dell'applicabilità diretta; non si risolve nemmeno nell'abolizione di determinate restrizioni imposte dallo Stato, con la conseguente disapplicazione di norme interne. Esso riguarda la garanzia, da attuarsi con tutti i mezzi – legislativi, ammini-

²¹⁰ Quale sia esattamente, nel pensiero della Corte, lo scopo perseguito dalla norma, è del resto dubbio: le limitazioni introdotte all'affermata applicabilità diretta, come indicato nel testo, inducono a pensare che esso sia individuato non solo (e forse, non tanto) nella garanzia della parità a favore delle lavoratrici come tali, ma anche nella assicurazione della parità di condizioni di tutte le imprese operanti nell'ambito del mercato comune. Sotto questo profilo, la norma dell'art. 119 giocherebbe quindi nel senso di porre le imprese in posizione di parità per quanto concerne il costo del lavoro. Certo è che la Corte, raccogliendo le sollecitazioni provenienti da alcuni governi, si è mostrata sensibile alle conseguenze economiche di un'illimitata affermazione di applicabilità diretta della norma (v. anche R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles 1976, p. 172).

²¹¹ Che il diritto comunitario non prescriva una completa disciplina dei rapporti di lavoro, e che il principio della parità di trattamento non sia quindi applicabile in via generale al di fuori delle specifiche condizioni determinate da singole norme (fra le quali, in materia salariale, l'art. 119 del Trattato) è stato affermato dalla Corte di giustizia nel terzo caso Defrenne (sentenza del 15 giugno 1978, *Defrenne c. S. A. Sabena*, causa 149/77), in *Raccolta* 1978, p. 1365 ss.: la sentenza conferma, in tal modo, che i rapporti di lavoro di cui si tratta rimangono, in via di principio, sottoposti interamente al diritto nazionale, salva l'incidenza di qualche principio comunitario.

strativi, giurisdizionali – che possano essere necessari, di un determinato trattamento degli individui, dunque un obbligo a carattere positivo che investe un ben preciso risultato, consistente nell'applicazione di un principio idoneo ad informare di sé un insieme di norme giuridiche.

20. Considerazioni conclusive

Le concrete applicazioni della teoria della diretta applicabilità, delle quali si è fatto cenno nel precedente paragrafo, costituiscono anche il limite estremo al quale l'applicazione stessa può essere condotta, allo stato attuale di evoluzione del fenomeno comunitario. Il punto merita di essere sottolineato, perché non sono mancati nella pratica i tentativi di superare detto limite, portando la teoria ad applicazioni che sarebbero decisamente contrarie allo stesso spirito dei Trattati europei. Si tratta di tentativi che tendono a ridurre entro limiti trascurabili la rilevanza ed il significato dell'esistenza di un potere discrezionale in capo agli Stati membri, ed in quanto tali si pongono in contrasto con le stesse linee direttive che hanno sino ad ora informato la giurisprudenza della Corte di giustizia.

Esempio estremamente significativo della tendenza menzionata è il tentativo di configurare l'art. 5 del Trattato Cee come norma direttamente applicabile, compiuto in sede dottrinale²¹² ed in sede giudiziaria²¹³, e rimasto sino ad ora senza seguito²¹⁴.

²¹² Cfr. H. JOHANNES, *La propriété industrielle et le droit d'auteur dans le droit des Communautés européennes*, in *Rev. trim. droit eur.*, 1973, p. 371 ss., a p. 389 ss. Ma in senso contrario v. A. PARRY-S. HARDY, *Eec Law*, cit., p. 162.

²¹³ Ad esempio, nei casi decisi dalla sentenza dell'8 giugno 1971 (*Deutsche Grammophon Gesellschaft c. Metro-SB*, causa 78/70) in *Raccolta*, 1971, p. 487; e da quelle del 24 ottobre 1973 (*Carl Schlüter c. Hauptzollamt Lörrach*, causa 9/73, e *Rewe-Zentrale AG c. Hauptzollamt Kehl*, causa 10/73), in *Raccolta*, 1973, pp. 1135 e 1175 ss., e del 30 aprile 1974 (*G. Sacchi*, causa 155/73), in *Raccolta*, 1974, p. 409 ss. Per qualche ulteriore considerazione giurisprudenziale sull'art. 5, cfr. la sentenza del 12 luglio 1973 (*Riseria Geddo c. Ente naz. risi*, causa 2/73), *Raccolta*, 1973, p. 865 ss. In dottrina, sull'art. 5, si vedano R. QUADRI, *Commento all'art. 5*, in *Commentario Cee*, cit., I, p. 51 ss.; B. VAN DER ESCH, *L'unité du Marché Commun dans la jurisprudence de la Cour, la bonne foi communautaire et le problème des politiques communes*, in *Cahiers*, 1970, p. 303 ss.; P. PESCATORE, *Das Zusammenwirken der Gemeinschaftsrechtsordnung mit den nationalen Rechtsprdnungen*, in *Europarecht*, 1970, p. 307 ss., spec. 322 ss.

Quanto osservato nel testo si riferisce esclusivamente alla possibilità di far derivare dall'art. 5 del Trattato effetti diretti, come del resto precisato: diversa questione proporrebbe la possibilità di utilizzare la norma ai fini dell'impugnazione di atti, statali o comunitari, facendo valere avanti ai giudici competenti l'eventuale incoerenza dell'atto rispetto agli obbiettivi comunitari, certamente rilevanti, sotto questo profilo, anche ai fini interni, ma sotto un profilo diverso da quello della diretta applicabilità.

²¹⁴ Connessa con la questione ora esaminata è quella relativa alla possibilità di far discendere effetti diretti da atti non espressamente previsti dal Trattato: si pensi alla risoluzione sulla realizzazione per tappe di un'unione economica e monetaria del 22 marzo 1971 (*Gazz. Uff. com. eur.*, 27 marzo 1971, C28), a proposito della quale la Corte ha negato ogni effetto diretto in materia di divieti di

L'art. 5 stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di «adottare tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi» derivanti dal Trattato o dagli atti degli organi comunitari; di facilitare la Comunità nell'adempimento dei propri compiti e di astenersi «da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi» del Trattato. Per quanto ampio ed idoneo ad incidere in profondità in senso comunitario sulla condotta degli Stati membri, l'insieme degli obblighi discendenti da tale norma presuppone evidentemente il permanere di un'estesa libertà di scelta in capo agli Stati membri per quanto riguarda le misure da adottare, e tale latitudine di apprezzamento risulta in contrasto insuperabile con la possibilità di individuarvi una norma direttamente applicabile.

Da un lato, riconoscere agli organi giurisdizionali il potere di sindacare le scelte degli Stati membri in materia vorrebbe dire, infatti, stravolgere il sistema di divisione dei poteri, al rispetto del quale la teoria della diretta applicabilità è in se stessa condizionata. Dall'altro, significherebbe attribuire al Trattato di Roma nel suo complesso il carattere di testo costituzionale, alla luce del quale tutte le norme e gli atti degli Stati membri finirebbero per esseri valutati, e commisurati nella loro stessa validità.

Una siffatta applicazione verrebbe quindi a contraddire la stessa intima ragion d'essere della teoria. Questa consiste nell'individuazione di alcuni precisi obblighi degli Stati membri, e per ciò stesso presuppone l'esistenza di tutta una serie di altri comportamenti di questi ultimi che sono diversamente valutabili in base alla stessa logica ed allo stesso sistema dei Trattati. Non vi è dubbio che alcune applicazioni della teoria degli effetti diretti fatte dalla Corte di giustizia sembrano aprire la strada ad indirizzi sino ad allora insospettati: si pensi, in particolare, alla prospettiva in cui la questione è stata posta allorché si è venuto configurando un obbligo degli Stati membri, ed un correlativo diritto dei singoli, che si risolve nell'assicurare l'attuazione di un principio comunitario – come quello della parità di retribuzione di cui all'art. 119 – nell'ambito dello stesso sistema giuridico interno, e dell'applicazione delle sue norme. Se il sistema giuridico comunitario può giungere sino a conferire un diritto avente per oggetto l'attuazione del diritto interno, può apparire breve il passo che giunga ad ammettere l'esistenza di una sorta di meccanismo di controllo comunitario delle leggi interne, alla luce di principi e finalità sempre più generali.

In realtà, un dubbio del genere non avrebbe ragion d'essere. Il limite ben fermo alla possibilità di individuare norme direttamente applicabili sta nel carattere chiaro, preciso ed incondizionato (specie nel senso di incondizionato rispetto a

fluttuazione dei cambi alla luce del mero obbligo degli Stati di considerare la politica in materia di cambi come problema di interesse comune. Si vedano le sentenze del 24 ottobre 1973 (cause 9 e 10/73), citate alla nota precedente, e sulla vicenda, T. TREVES, *La crisi monetaria davanti alla Corte delle Comunità europee*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1974, p. 46 ss. Per il carattere della risoluzione si veda P. FOIS, *Aspetti giuridici dell'unione economica e monetaria nel sistema della Cee*, in *Riv. dir. int.*, 1976, p. 12.

valutazioni discrezionali di Stati od organi comunitari) degli obblighi previsti dai Trattati, in base a scelte politiche compiute una volta per tutte all'atto dell'entrata nelle Comunità. Una diversa impostazione verrebbe a risolvere gli ordinamenti giuridici interni entro quello comunitario²¹⁵, postulando la trasformazione della struttura comunitaria in una struttura federalistica, senza che ne sussistano gli indispensabili presupposti di carattere politico, ed in ispecie un patto costituzionale idoneo ad assicurare direttamente in sede comunitaria quella tutela delle libertà fondamentali che, sino ad oggi, è assente²¹⁶.

Quanto poco un'impostazione del genere possa essere fondata e realistica, è facile valutare. In realtà, l'apprezzamento complessivo della teoria dell'applicabilità diretta non può prescindere dalla chiara consapevolezza della sua stretta inerenza ad un sistema assolutamente originale, quale è quello proprio dell'attuale struttura comunitaria: a mezza strada fra struttura di tipo federalistico e internazionalistico, e necessariamente fondata sulla cooperazione degli organi giurisdizionali degli Stati membri nell'attuazione del diritto comunitario. L'idea che sta alla base della teoria esprime il punto di incontro fra caratteristiche ed esigenze contrapposte, ma tutte presenti nell'attuale momento comunitario: da un lato, la realtà di un ordinamento giuridico non statale ma neppure a base intestatale, e dall'altro, il dato egualmente reale dell'inesistenza di un apparato comunitario di attuazione del diritto su iniziativa dei privati, al di fuori del contenzioso di annullamento degli atti delle istituzioni. Se si tenta di portare la teoria ad applicazioni che contrastano con questi dati, non si fa certo opera di progresso nel senso dell'integrazione europea, ma soltanto la si condanna all'astrattezza che è inevitabilmente propria delle costruzioni giuridiche rimaste avulse dalla realtà che vorrebbero esprimere. Che se poi invece fosse questa realtà ad essere modificata in senso federalistico, allora la teoria degli effetti diretti avrebbe esaurito il suo compito, e dovrebbe lasciare il campo alla ben diversa concettualizzazione che tale realtà imporrebbe.

²¹⁵ Si tratterebbe di uno sviluppo sino alle sue estreme conseguenze di alcuni motivi indubbiamente presenti nella giurisprudenza comunitaria, ma sino ad oggi secondari rispetto ad altri: si ricordi, ad esempio, quanto osservato a proposito della decisione della Corte nel caso *Simmenthal*, dove quest'ultima considera radicalmente invalida la legge interna successiva contrastante con il diritto comunitario (sopra, par. 11 e nota 104).

²¹⁶ Ha insistito particolarmente su questo punto, con incisive osservazioni, da ultimo, P. BARILE, *Un impatto fra il diritto comunitario*, cit., p. 59 ss., a p. 73 s.

Monopoli nazionali e diritto comunitario *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Unità del mercato comune e grado di concorrenzialità. – 3. Fattispecie dell'art. 37 del Trattato C.E.E. – 4. Il riordinamento dei monopoli secondo l'art. 37: la nozione di discriminazione. – 5. Riordinamento o soppressione? I diritti esclusivi. – 6. L'art. 37 come norma direttamente applicabile. – 7. L'art. 37 fra norme sulla libera circolazione e regole di concorrenza.

1. Premessa

Il problema del trattamento comunitario dei monopoli nazionali a carattere commerciale (secondo l'espressione usata dall'articolo 37 del Trattato di Roma istitutivo della Comunità economica europea), e dei conseguenti obblighi degli Stati membri al riguardo, richiede la considerazione e l'interpretazione di diversi gruppi di norme del Trattato. Esso si colloca, infatti, al confine fra l'insieme normativo riguardante la libera circolazione dei beni – e cioè, una delle libertà economiche fondamentali garantite dal diritto comunitario (articoli 9-37 Trattato C.E.E.) – e il distinto complesso di norme che assicurano, nella diversa prospettiva delle politiche comunitarie (parte terza del Trattato), l'osservanza di determinate regole di concorrenza, individuate negli artt. 85 e seguenti. Ne deriva una serie notevole di questioni interpretative, che sono connesse, oltre che alla complessità del testo convenzionale specificamente dedicato alla materia – e cioè l'art. 37 –, all'intrecciarsi di esigenze diverse, ed in parte contrastanti, che i vari complessi normativi sono intesi a soddisfare¹.

L'interesse pratico delle questioni ora accennate, che sembrava destinato a di-

* Pubblicato in *Studi in onore di C. Grassetti*, vol. II, Milano, 1980, pp. 1240-1261.

¹ In generale sull'art. 37, e sui vari problemi che esso solleva, si vedano: PAPPALARDO, *Commento all'art. 37*, in *Commentario al Trattato istitutivo della CEE* a cura di R. Quadri, R. Monaco e A. Trabucchi, I, Milano, 1965, p. 210 ss.; *Les monopoles nationaux à caractère commercial et le Traité CEE*, in *Cahiers de droit européen*, 1973, p. 639 ss.; *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire, Semaine de Bruges 1977*, Bruges 1977, p. 550 ss.; WAELBROECK, *Commento all'art. 37*, in *Le droit de la Communauté économique européenne*, I, Bruxelles, 1970, p. 120 ss.; HOCHBAUM, in GROEBEN-BOECKH-THIESING, *Kommentar zum EWG-Vertrag*², Baden-Baden, 1974, p. 295 ss. con una completa nota bibliografica. Si veda, inoltre, la raccolta di saggi contenuta nel volume *Les monopoles dans le Marché Commun*, Milano, 1968 (ivi a p. 27 ss. il *Rapport général* di Franceschelli).

minuire progressivamente con la fine del periodo transitorio e a seguito dell'azione svolta dalla Commissione comunitaria, ha invece acquistato nuovo rilievo in relazione ad alcune decisioni della Corte di giustizia delle Comunità. Esse hanno infatti ampliato le possibilità di applicazione dell'art. 37 del Trattato, da un lato attribuendo effetti diretti a tutte le più importanti norme in esso contenute, dall'altro individuandovi il fondamento di restrizioni alla libertà di azione degli Stati membri che vanno al di là di quanto in precedenza ritenuto². In tale prospettiva generale, la questione merita quindi un riesame³.

2. Unità del mercato comune e grado di concorrenzialità

Alla base della struttura economica della Comunità europea (intendiamo, naturalmente, riferirci alla Comunità economica, e non alle due Comunità di settore tuttora formalmente separate da essa) sta, per espressa previsione del Trattato (art. 2), l'instaurazione di un mercato comune, le cui caratteristiche risultano dalla sintetica descrizione contenuta nell'art. 3 del Trattato stesso. Per quanto qui interessa, va sottolineato che tale mercato comune⁴ è caratterizzato dalla sua *unitarietà*, che deve prevalere a norma del Trattato sugli elementi differenziali derivanti dall'esistenza di singoli ambienti, giuridici ed economici, nazionali⁵, e inoltre dall'esistenza di un certo grado di *concorrenzialità*, garantito dall'applicazione delle regole di concorrenza (art. 3, lettera *f*) e art. 85 ss.). I due aspetti ora menzionati sono evidentemente autonomi, ma strettamente connessi fra loro, in quanto non vi è dubbio che l'effettiva unitarietà del mercato è una condizione imprescindibile perché si possa parlare di libertà di concorrenza all'interno del mercato stesso. D'altronde, essendo quest'ultima indifferente ai fini dell'unitarietà del mercato, il grado di realizzazione effettiva dei due fattori può essere anche notevolmente diverso: ed è questione di politica *lato sensu* legislativa il far prevalere l'uno sull'altro.

Poiché il trattamento giuridico dei monopoli nazionali a carattere commerciale appartiene per qualche aspetto al settore che riguarda la libera circolazione dei fattori della produzione e dei prodotti – e quindi, al principio del carattere unitario

² Si veda, in particolare, quanto osservato oltre, par. 6 sul primo punto menzionato, e paragrafi 4-5 sul secondo.

³ E ciò anche nella prospettiva dell'art. 44 dell'Atto di adesione allegato al Trattato del 22 gennaio 1972, il quale estendendo ai tre nuovi stati membri della Comunità europea le disposizioni di cui all'art. 37 apre una nuova gamma di possibilità applicative della norma.

⁴ Sull'art. 3 del Trattato CEE, in generale, cfr. MONACO, *Commento all'art. 3*, in *Commentario*, cit., I, p. 40 ss.; e sui vari modelli organizzativi, oltre che sulla nozione generale di mercato, v. LIBERTINI, *Il mercato: i modelli di organizzazione*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, vol. III: L'azienda e il mercato, Padova, 1979, p. 337 ss.

⁵ Esistenza che peraltro risulta presupposta dal Trattato CEE: si vedano ad es. gli articoli 5 e 222.

del mercato comune –, e per altri al settore riguardante le regole di concorrenza – e perciò, al principio concorrenziale nel senso sopra menzionato –, esso è inevitabilmente influenzato da considerazioni attinenti ad entrambi, ed assume caratteri diversi a seconda che l'azione comunitaria tenda a far prevalere esigenze relative all'uno od all'altro dei principi ricordati.

Che la materia dei monopoli attenga alla disciplina di entrambi gli indicati settori, non è dubbio. La stretta connessione esistente fra la disposizione dell'art. 37 del Trattato e le norme contenute negli articoli che lo precedono era stata già messa in luce, con l'abituale lucidità, dal Maestro cui questo scritto è dedicato, nei primi anni del fenomeno comunitario⁶. «È troppo chiaro – egli scriveva, quando ancora il periodo transitorio non era giunto al suo termine – che la considerazione dei monopoli nell'art. 37, lungi dal sottrarli alle norme comunitarie sulla libera circolazione delle merci, lungi cioè dal disporre uno speciale trattamento di favore per i monopoli, delegati o non delegati, è stata dettata dalla preoccupazione di evitare che i monopoli si sottraessero alle regole comuni: rispettassero apparentemente il divieto delle restrizioni quantitative all'importazione e all'esportazione, ma raggiungessero in altro modo lo stesso risultato di ostacolare la libera circolazione delle merci. In sostanza, l'art. 37 viene a *completare* le disposizioni riflettenti l'abolizione delle restrizioni quantitative e delle misure di effetto equivalente. Ma, appunto perché si tratta di un completamento, non si tratta di una disciplina singolare ...»⁷.

D'altronde, la connessione delle norme relative ai monopoli con quelle contenenti le regole di concorrenza è stata espressamente sottolineata, più di recente, dalla Corte di giustizia⁸. Quest'ultima ha distinto, entro tale ambito, fra norme sulla concorrenza fra le imprese (artt. 85 e 86) e norme relative alle distorsioni della concorrenza, che possono essere provocate dall'intervento degli Stati, ed ha incluso in questa seconda categoria «l'art. 90, nella parte in cui instaura un regime particolare a favore delle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, gli artt. 92-94, concernenti gli aiuti concessi dagli Stati, gli artt. 101-102, relativi alle distorsioni derivanti da norme di diritto pubblico atte a falsare le condizioni di concorrenza sul mercato comune, ed infine l'art. 37, concernente i monopoli statali a carattere commerciale»⁹.

Ciò posto, e collocandosi nella prospettiva adottata dal costituente comunitario, è evidente che, al momento della redazione del Trattato, né l'applicazione del-

⁶ Cfr. GRASSETTI, *Sull'abolizione delle restrizioni quantitative all'importazione tra gli Stati membri della Comunità economica europea*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1965, p. 303 ss.

⁷ Op. cit. alla nota precedente, p. 304 s.

⁸ Cfr. la sentenza del 18 giugno 1975 (*Industria gomma articoli vari c. Ente nazionale cellulosa e carta*, causa 94/74), in *Raccolta della giurisprudenza della Corte*, 1975, p. 699 ss.

⁹ *Raccolta*, 1975, p. 713. Per qualche difficoltà interpretativa cui la sentenza citata dà luogo, si veda PAPPALARDO, *La réglementation*, cit., p. 546.

le sole norme sulla libera circolazione delle merci, né quella delle sole norme contenenti le regole di concorrenza sarebbe stata di per sé idonea a raggiungere le finalità che l'art. 37 si propone di soddisfare.

Infatti, la pura e semplice applicazione degli artt. 30-34 del Trattato avrebbe consentito di eliminare, con il ritmo previsto, le restrizioni alla circolazione dei beni che risultassero da apposite misure statali (restrizioni, cioè, di carattere normativo), ma non avrebbe potuto evitare che producessero i loro effetti le eventuali restrizioni diverse traenti origine dal mero comportamento di organismi nazionali operanti in regime di monopolio, come ad esempio un comportamento che si concretasse in sistematico rifiuto di acquistare o vendere¹⁰. In casi del genere, la mera libertà di circolazione dei beni sarebbe risultata del tutto illusoria. D'altro canto, l'applicazione delle norme di concorrenza previste dal Trattato, specie per ciò che riguarda le imprese pubbliche, avrebbe potuto essere eccessivamente onerosa per gli Stati membri: l'art. 90 avrebbe infatti imposto l'immediata osservanza delle regole di concorrenza e del principio di non discriminazione di cui all'art. 7 a tutte le imprese pubbliche ed a quelle cui fossero riconosciuti diritti speciali o esclusivi (art. 90 n. 1)¹¹, mentre le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale vi sarebbero state sottoposte «nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata» (art. 90, n. 2)¹². Il tutto senza alcuna possibilità di graduare nel tempo la sottoposizione a tali disposizioni¹³.

¹⁰ Viene abitualmente citato, al proposito, il seguente passo del Rapporto Spaak (v. ad es. in WAELBROECK, op. cit., p. 121): «Un problème particulier se pose quand le réglage direct des importations s'opère, non par des contingents, mais par l'institution d'un monopole d'achat, qu'il soit celui d'un office public ou d'un groupement privé auquel l'Etat donne délégation. Dans ce cas, l'autorité qui détermine la limite des importations se confond avec l'acheteur lui-même. On ne peut appliquer une formule automatique d'élargissement, car il n'est concevable de rendre obligatoires des achats qui ne seraient pas nécessaires».

¹¹ L'interpretazione più plausibile della norma contenuta in tale articolo, infatti, è quella che riconosce la sottoposizione diretta delle imprese pubbliche e titolari di diritti speciali o esclusivi (ossia, di quelle su cui lo Stato, sia pure in virtù di un vincolo meno diretto ed intenso che per le imprese pubbliche, esercita un potere di supremazia: es. concessionari di pubblici servizi, imprese esercenti il credito) alle regole di concorrenza, e vede nella norma in questione un'aggiunta ed un rafforzamento degli obblighi imposti direttamente alle imprese: v. PAPPALARDO, *Commento all'art. 90*, in *Commentario*, cit., II, p. 676 ss., ed ivi ulteriori riferimenti. In giurisprudenza, si veda la sentenza della Corte di giustizia del 16 novembre 1977 (*G.B. Inno c. ATAB*, causa 13/77, in *Raccolta*, 1977, p. 2115 ss.).

¹² Vi è in questa norma la riserva di una zona di discrezionalità rimessa agli Stati membri nella determinazione dell'interesse economico generale del servizio affidato all'impresa, e del correlativo limite della sottoposizione di quest'ultima alle norme del Trattato: elemento questo che ha indotto la giurisprudenza a negare alla norma effetti diretti in senso tecnico (cfr. oltre, paragrafo 6). In quanto, invece, l'ultimo periodo del par. 2 dell'art. 90 stabilisce che «lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità», viene enunciato un limite «comunitario» della discrezionalità menzionata: su tale concetto, si vedano le incisive osservazioni di GRASSETTI, *La nozione di interesse della Comunità*, in *Riv. dir. ind.*, 1963, I, p. 162 ss.

¹³ Sul punto, cfr. PAPPALARDO, *Commento all'art. 37*, cit., p. 216 s.

In vista di simili contrastanti esigenze, l'art. 37 ha stabilito un obbligo di «riordinamento» dei monopoli nazionali a carattere commerciale, che entro il termine massimo della fine del periodo transitorio doveva condurre all'esclusione di qualsiasi discriminazione fra i cittadini degli Stati membri per quanto riguarda le condizioni relative all'approvvigionamento e agli sbocchi (art. 37, n. 1, 1° comma). A ciò si accompagna l'obbligo di astensione da ogni nuova misura contraria agli obblighi suddetti, o tale da limitare la portata degli articoli relativi all'abolizione dei dazi doganali e delle restrizioni quantitative fra gli Stati membri (art. 37, n. 2).

Si tratta dunque di una disciplina che, tenuto conto delle disposizioni contenute nei successivi paragrafi dell'art. 37 (da 3 a 6, che ne precisano le modalità dal punto di vista temporale e procedurale), si caratterizza per una certa cautela, dettata dalla particolarità e delicatezza del fenomeno che si voleva regolare: mentre si tendeva ad assicurare anche a proposito dei monopoli la realizzazione dei principi di libera circolazione dei beni stabiliti dagli artt. 30 e seguenti in relazione ai dazi doganali ed alle restrizioni quantitative, ed alle misure equivalenti, si voleva evitare che ciò avvenisse attraverso l'immediata applicazione di principi, quali quelli contenuti nelle regole di concorrenza, che avrebbero potuto non consentire di raggiungere l'obiettivo con la gradualità ritenuta necessaria.

3. *Fattispecie dell'art. 37 del Trattato C.E.E.*

Per quanto attiene alla descrizione della fattispecie effettuata dall'art. 37 al paragrafo 1, una larga ed approfondita elaborazione dottrinale ha ormai permesso di pervenire, pur con qualche incertezza, ad alcuni risultati che possono considerarsi acquisiti.

Parlando di monopolio nazionale a carattere commerciale, l'articolo 37 altro non fa che riferirsi alla nozione economico-sociale comunemente indicata con il termine monopolio, e cioè alla situazione nella quale un soggetto (monopolista) ha la possibilità di escludere qualsiasi concorrenza, controllando in tal modo prezzi, quantità e qualità dei beni¹⁴. Tale situazione deve trovare origine in un atto statale¹⁵, sia poi il monopolio esercitato direttamente dallo Stato od a mezzo di un ente pubblico istituzionalmente a ciò destinato, o sia invece delegato a soggetti privati, come risulta dal 2° comma dell'art. 37, n. 1. Occorre, inoltre, che la situazione menzionata abbia carattere commerciale: nel senso che la facoltà esclusiva che ne forma il contenuto deve riguardare, non (o non soltanto)

¹⁴ Dal punto di vista economico, cfr. le considerazioni di MORISSENS, *Définition économique des monopoles nationaux*, in *Les monopoles*, cit., p. 106; nonché le osservazioni di FRANCESCHELLI, *Rapport général*, cit., p. 33 ss.

¹⁵ A ciò richiama l'uso del termine «nazionale», più che ad un connotato di carattere territoriale: v. FRANCESCHELLI, *Rapport général*, cit., p. 37 ss.

la produzione, ma lo scambio dei beni che ne sono l'oggetto¹⁶.

Il 2° comma del paragrafo 1 dichiara applicabili le disposizioni dell'art. 37 a qualsiasi organismo mediante il quale uno Stato, *de jure* o *de facto*, controlla, dirige o influenza sensibilmente, direttamente o indirettamente, le importazioni o le esportazioni fra gli Stati membri; ed inoltre, ai monopoli delegati. Sembra chiaro, nonostante le lunghe discussioni che la norma ha provocato¹⁷, che si tratta di una semplice descrizione delle situazioni in cui è possibile parlare di monopolio nazionale a carattere commerciale, e non di un'estensione ad ipotesi diverse della disciplina stabilita dal 1° comma. In realtà, la descrizione contenuta nel 2° comma si colloca forse più sul piano per così dire istituzionale, che su quello funzionale, nel senso che descrive le situazioni considerate dal punto di vista dei soggetti che ne sono titolari¹⁸. Non vi è dubbio, comunque, che l'effetto complessivo è quello di allargare notevolmente l'ambito di applicazione della norma, considerata nel suo complesso. Neppure può acquistare un rilievo specifico la menzione dell'importazione e dell'esportazione, posto che se da un lato è ovvio che la disciplina del Trattato abbia riguardo agli scambi intracomunitari, il fatto che la norma prenda in considerazione un'influenza anche indiretta sulle correnti di scambio esclude ogni possibilità di farne derivare effetti precisi sul piano della definizione della fattispecie. Come è stato osservato, soltanto l'esame dei singoli casi potrà portare ad escludere dall'ambito di applicazione della norma determinati aspetti dell'attività del monopolio¹⁹.

Come si è accennato, la menzione del carattere «commerciale» nell'art. 37, n. 1 induce ad escludere che un monopolio di mera produzione sia soggetto alla disciplina in esso stabilita, o che egualmente lo sia l'aspetto inerente alla produzione dei monopoli che esercitino attività tanto produttiva quanto commerciale. La qualifica suddetta, inoltre, va contrapposta a quella del monopolio «fiscale», preso in considerazione dall'art. 90, n. 2, al fine di tracciare un limite all'applicazione delle regole di concorrenza e dello stesso art. 37. Se è relativamente agevole indicare il contenuto di quest'ultima qualifica nell'intento di riservare allo Stato, at-

¹⁶ È notoriamente molto controversa la sfera di applicazione della norma sotto il profilo della sua riferibilità ai soli beni materiali, oppure anche ai servizi. La Corte di giustizia ha optato per un'interpretazione restrittiva della norma nel caso *Secchi*, escludendo che i messaggi televisivi potessero essere contemplati dall'art. 37 (sentenza 30 aprile 1974, *Secchi*, causa 155/73, in *Raccolta*, p. 409 ss.): ma essa è stata fatta oggetto di numerose critiche, specie sotto il profilo ora menzionato. Per una completa rassegna delle opinioni espresse al riguardo, e per una critica dell'impostazione della Corte, cfr. TOSATO (G.L.), *Pubblicità televisiva e norme comunitarie*, in *La Comunità internazionale*, 1977, p. 5 ss., a p. 9 ss.

¹⁷ Si veda l'ampio ventaglio di opinioni ricordate ed esaminate da FRANCESCHELLI, *Rapport général*, cit., p. 49 ss. La Corte di giustizia, che nella sentenza *Costa c. Enel* (15 luglio 1964, causa 6/64, in *Raccolta*, 1964, p. 1164 s.) aveva fatto riferimento, in merito all'art. 37, ai «monopoli nazionali e organismi», in una successiva decisione (4 febbraio 1965, *Albatros c. Sopeco*, causa 20/64, in *Raccolta*, 1965, fase. 3, p. 9) fa riferimento soltanto ai «monopoli».

¹⁸ In questo senso, WAELBROECK, *Commento*, cit., p. 126.

¹⁹ PAPPALARDO, *Commento*, cit., p. 212.

traverso il regime di monopolio, determinate entrate fiscali sotto forma di prezzo monopolistico imposto, è molto meno agevole distinguere tale aspetto dagli altri che possono essere presenti nella stessa situazione e con il primo collegati. In ogni caso, appare da tener ferma la conclusione che la disciplina dell'art. 37 rimane applicabile, pur in presenza di un monopolio che presenti (anche) carattere fiscale, agli aspetti commerciali di quest'ultimo, sempre che, naturalmente, questi possano essere oggetto di considerazione separata rispetto a quelli puramente fiscali. Anche una valutazione di questo genere è evidentemente di notevole delicatezza, e non può essere compiuta in base a criteri generali ed astratti, ma soltanto alla luce delle caratteristiche dei singoli casi concreti. Ciò che comunque non è accettabile è la tesi che di fronte ad un monopolio fiscale debba prevalere la regola, più liberale nei confronti degli Stati membri, dell'art. 90, n. 2²⁰: essa non potrebbe che essere il risultato di un criterio interpretativo – quello tradizionale per cui un trattato internazionale deve essere interpretato nel senso meno restrittivo per la sovranità dello Stato – che, quale che ne possa essere il valore odierno per gli altri accordi, certo non può trovare spazio alcuno nell'ambito comunitario, ed è comunque nettamente rifiutato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia²¹. E la stessa conclusione deve valere, ovviamente, per ciò che concerne i monopoli a carattere commerciale eventualmente spettanti ad imprese incaricate di servizi di interesse economico generale²².

4. *Il riordinamento dei monopoli secondo l'art. 37: la nozione di discriminazione*

I monopoli rispondenti ai caratteri sin qui indicati dovevano essere progressivamente «riordinati» entro il periodo transitorio, in modo che alla fine di quest'ultimo fosse esclusa qualsiasi discriminazione fra i cittadini degli Stati membri per quanto riguarda le condizioni relative all'approvvigionamento e agli sbocchi.

L'esclusione di qualsiasi discriminazione è dunque il risultato finale imposto dalla norma, e costituisce il contenuto e la finalità del riordinamento che gli Stati erano tenuti a compiere. Si tratta perciò di una nozione fondamentale ai fini dell'applicazione della norma.

Di fronte alla nozione abitualmente utilizzata nell'ambito delle altre norme

²⁰ Per questa tesi, cfr. FRANCESCHELLI, *Rapport général*, cit., p. 42. In contrario, nel senso condiviso nel testo, si veda la raccomandazione della Commissione del 6 aprile 1962 a proposito del riordinamento del monopolio francese dei tabacchi (*Gazz. uff. Com. eur.*, 23 giugno 1962, p. 1501); COLLIARD, *L'obscurité de l'article 37 du traité de C.E.E.*, in *Recueil Dalloz*, 1964, *Chron.*, p. 263 ss.; DERINGER, *L'avenir des monopoles commerciaux*, in *Les monopoles*, cit., p. 165 ss.; WAELBROECK, *Commento*, cit., p. 123.

²¹ Sul tema, si veda CONFORTI, *Appunti dalle lezioni di diritto internazionale*, Napoli, 1976, p. 53 ss.

²² WAELBROECK, op. cit., p. 124.

comunitarie che fanno menzione del divieto di discriminazione, e che consiste sostanzialmente «sia nel trattare in modo diverso situazioni analoghe, sia nel trattare in modo identico situazioni diverse»²³, una parte della dottrina ha sostenuto che ai fini dell'art. 37 occorrerebbe fondarsi su di un concetto diverso e più ampio. In particolare, si avrebbe discriminazione, a questi fini, non solo quando vi fosse un diverso trattamento dei prodotti di diversi Stati membri in conseguenza del monopolio, ma anche quando il monopolista godesse negli altri Stati membri di una situazione che i cittadini di questi non hanno nel suo territorio²⁴. Insomma, costituirebbe una discriminazione vietata, non solo l'applicazione di un diverso trattamento, ma anche una diversità di situazioni causata dal monopolio²⁵. Una nozione così estesa è sembrata peraltro, ed a ragione, contraria allo spirito dell'articolo in questione, che presuppone eguaglianza di trattamento nel territorio dello Stato che accorda il monopolio, e l'esistenza di un rapporto trilaterale fra Stato stesso e soggetti della discriminazione, nell'ambito del quale possa identificarsi un soggetto (lo Stato) che in ragione del monopolio si fa soggetto attivo della discriminazione stessa²⁶.

La questione ora menzionata è stata dibattuta avanti alla Corte di giustizia nel caso *Manghera*, relativo al monopolio italiano dei tabacchi, e deciso con la sentenza pregiudiziale del 3 febbraio 1976²⁷.

Tra le parti della causa principale e quelle che presentarono osservazioni nel procedimento avanti alla Corte venne ampiamente discusso se il diritto esclusivo di importazione, spettante al monopolio, fosse compatibile o no con l'art. 37, n. 1 del Trattato. Mentre gli imputati nella causa principale e la Commissione sostenevano che in tale diritto è necessariamente insita una discriminazione vietata, sia perché la norma contempla anche una discriminazione puramente potenziale, la cui ricorrenza è incontestabile in caso di diritto esclusivo di importazione, sia perché il titolare di tale diritto è libero di vendere in altri Stati membri, mentre può impedire le importazioni nel proprio Stato, il governo italiano negava l'esistenza di discriminazioni in vista del fatto che il monopolio non avrebbe operato alcuna discriminazione nel trattamento dei cittadini italiani e degli altri Stati membri²⁸.

²³ Corte di giustizia, sentenza 17 luglio 1963 (*Governo italiano c. Commissione*, causa 13/63) in *Raccolta*, 1963, vol. IX, p. 337 ss., a p. 358 s.

²⁴ In questo senso, PAPPALARDO, *Commento*, cit., p. 219; MESTMÄCKER, *Oeffene Maerkte im System des unverfaeschten Wettbewerbs in der EWG*, in *Festschrift zum 70. Geburtstag von F. Boehm*, Karlsruhe, 1965, p. 365 s.

²⁵ E precisamente, si aggiunge, la differenza fra le condizioni di approvvigionamento e degli sbocchi del Paese ove ha sede il monopolio e quelle degli altri Paesi (PAPPALARDO, *Commento*, cit., p. 218).

²⁶ In questo senso, per tutti, DERINGER, *L'avenir des monopoles*, cit., p. 170 ss.; FERRARI BRAVO, *Les incidences des règles de concurrence et de l'art. 222 sur les possibilités de nouvelles nationalisations ou socialisations de secteurs économiques*, in *Semaine de Bruges 1968*, Bruges, 1969, p. 409 ss.; WAELBROECK, op. cit., p. 129 s.

²⁷ *Pubblico Ministero c. Flavia Manghera* ed altri (causa 59/75), in *Raccolta*, 1976, p. 91 ss.

²⁸ Cfr le opposte tesi in *Raccolta*, cit., pp. 93-96.

L'avvocato generale Warner accolse interamente gli argomenti della Commissione²⁹. La Corte, invece, non ritenne di esaminare quest'aspetto della questione, limitandosi a stabilire che «il diritto esclusivo di importazione di prodotti lavorati, spettante al monopolio di cui si discute, costituisce ... nei confronti degli esportatori comunitari, una discriminazione vietata dall'art. 37, n. 1», e che «non più tardi del 31 dicembre 1969 ogni monopolio nazionale a carattere commerciale avrebbe dovuto essere riordinato in modo da abolire il diritto esclusivo di importazione degli altri Stati membri»³⁰.

Tali affermazioni costituiscono, nella loro essenza, un superamento dei termini del problema come sopra esposti. La Corte infatti, dopo aver sottolineato lo stretto legame fra l'art. 37 e le disposizioni relative all'abolizione delle restrizioni quantitative, perviene al risultato di identificare nel diritto esclusivo di importazione una vera e propria discriminazione vietata a norma dell'art. 37, n. 1, trasferendo al campo del riordinamento dei monopoli nazionali la stessa finalità perseguita dalle norme sulla libera circolazione dei beni, e identificando nella sostanza le restrizioni quantitative all'importazione, vietate dall'art. 30 del Trattato, con le discriminazioni fra i cittadini degli Stati membri per quanto riguarda le condizioni relative all'approvvigionamento e agli sbocchi. La nozione di discriminazione di cui all'art. 37, n. 1 risulta in tal modo distinta da quella più generale utilizzata da altre norme del Trattato, in quanto sostanzialmente risolve in quella di restrizione quantitativa o misura di effetto equivalente.

Una conferma di tale posizione giurisprudenziale si trae dall'esame di alcune successive decisioni con le quali la Corte, seguendo i motivi ispiratori della sentenza *Manghera*, ha ulteriormente esteso l'ambito di applicazione dell'art. 37.

Si tratta di due decisioni, entrambe in data 17 febbraio 1976, nelle cause 45/75 e 91/75³¹, concernenti la compatibilità con l'art. 37 (e con l'art. 95) del Trattato C.E.E. di alcune imposte previste dalla legge tedesca in relazione all'importazione di prodotti alcolici, nell'ambito della generale disciplina del monopolio dell'al-

²⁹ *Raccolta*, cit., p. 107. Ciò sotto un duplice profilo: l'avvocato generale sostenne infatti, da un lato, «la presenza di una discriminazione del tipo testé illustrato quando un determinato organismo, cui spetti l'esclusiva della produzione in uno Stato membro, sia libero di vendere in altri Stati membri, e possieda, nel contempo, il diritto esclusivo di importare nel proprio Stato»; e dall'altro, anche nell'ipotesi di un monopolio non esteso alla produzione della merce, che «un monopolio statale, cui spetti l'esclusiva delle importazioni, può, in pratica, recare pregiudizio alle merci provenienti da altri paesi, non solo con provvedimento di chiara natura discriminatoria, ma anche, più larvatamente, indirizzando al predetto fine le normali decisioni in tema di prezzi, di pubblicità, di forniture, etc.».

³⁰ *Raccolta*, cit., p. 101. In generale sulla sentenza indicata, si vedano i commenti di AMADUCCI-APPFEL, *L'affaire Manghera: vers la fin des monopoles des tabacs manufacturés?*, in *Revue du Marché Commun*, 1976, p. 427 ss.; ACCOLTI-GIL, *Monopolio dei tabacchi e disciplina comunitaria*, in *Giust. civ.*, 1977, I, p. 369 ss.

³¹ Le sentenze si leggono in *Raccolta*, 1976, pp. 181 ss. (*Rewe-Zentrale c. Hauptzollamt Landau/Pfalz*, causa 45/75), e 217 ss. (*Hauptzollamt Göttingen c. W. Miritz GmbH*, causa 91/75). Cfr. anche, in precedenza, la sentenza del 16 dicembre 1970 (*Cinzano c. Hauptzollamt Saarbrücken*, causa 13/70), in *Raccolta*, XVI, 1970, p. 1089 ss.

cool. La Corte osserva che l'art. 37 non contempla esclusivamente l'abolizione delle restrizioni quantitative, ma «vieta ... qualsiasi discriminazione fra i cittadini degli Stati membri per quanto concerne le condizioni di approvvigionamento e di smercio», ed aggiunge che in conseguenza di ciò «tale norma riguarda non solo le importazioni e le esportazioni che costituiscono l'oggetto immediato del monopolio, ma anche qualsiasi provvedimento connesso all'esistenza di questo e che incida sugli scambi intracomunitari di determinati prodotti, soggetti o meno a regime di monopolio»³². Con il che la Corte rivela chiaramente la propria intenzione di trarre dalle norme dell'art. 37 tutte le possibili conseguenze in ordine all'effettiva liberalizzazione degli scambi intracomunitari. Ciò risulta evidente sin dalla terminologia usata, che fa menzione di «abolizione di restrizioni quantitative», utilizzando quindi termini assenti dal testo dell'art. 37, ma coerenti con l'inquadramento sistematico presupposto dall'impostazione della sentenza *Manghera*. Ancor più evidente, peraltro, l'estensione degli effetti della norma: essa, da regola intesa a riordinare i regimi di monopolio esistenti, diviene lo strumento per assicurare, entro l'ambito normativo nazionale concernente questi ultimi, la piena attuazione della libertà di circolazione dei beni sotto il profilo delle eventuali discriminazioni fra cittadini degli Stati membri, e fra prodotti di questi ultimi. Oltre che il sistema degli artt. 30-34, la norma, intesa in questa sua più ampia funzione, viene a completare anche le disposizioni desumibili dall'art. 95 del Trattato, in quanto – come la sentenza in causa 45/75 chiaramente dimostra – essa può svolgere un suo ruolo anche là ove il principio della parità di trattamento fra prodotti nazionali e prodotti importati, di cui all'art. 95, non entra in giuoco³³.

Più di recente, sempre nell'identica linea di pensiero, la Corte ha dichiarato incompatibile con l'art. 37, n. 1 del Trattato C.E.E. qualsiasi pratica di un monopolio nazionale consistente nello smerciare un prodotto, come l'alcool, valendosi del pubblico denaro, ad un prezzo anormalmente basso rispetto a quello – al netto dei tributi – dell'alcool di analoga qualità importato da un altro Stato membro: e ciò, anche quando la differenza dipende dall'attribuzione di un aiuto statale ai produttori soggetti al monopolio³⁴.

5. Riordinamento o soppressione? I diritti esclusivi

Il significato che l'art. 37 del Trattato C.E.E. è venuto assumendo a seguito della giurisprudenza ora ricordata permette di considerare in gran parte superata un'altra questione a lungo dibattuta in precedenza.

³² *Raccolta*, 1976, rispettivamente a pagina 198 e 229.

³³ Sull'art. 95 del Trattato C.E.E. si veda, per tutti, TIZZANO, *Sul divieto di discriminazioni fiscali nella Comunità economica europea*, in *Foro it.*, 1976, IV, 39 ss.

³⁴ Sentenza del 13 marzo 1979, *Ditta Hansen GmbH & Co. c. Hauptzollamt Flensburg*, causa 91/78, in *Raccolta*, 1979, p. 935 ss. il passo riportato nel testo è contenuto nel par. 14.

Si trattava di stabilire quale fosse il risultato ultimo cui il riordinamento previsto dall'art. 37 doveva condurre per essere pienamente conforme al dettato della norma. Mentre alcuni ritenevano che quest'ultima non richiedesse l'eliminazione dei monopoli nazionali considerati, ma soltanto l'abolizione di quegli elementi che necessariamente portassero al risultato di produrre le discriminazioni vietate³⁵, altri sostenevano che l'obiettivo della norma poteva essere pienamente realizzato soltanto con la totale soppressione dei monopoli in se stessi³⁶. A sostegno della prima tesi venivano recati argomenti testuali – come la differenza fra il «riordinamento», menzionato nell'art. 37 (ed i suoi equivalenti nelle altre lingue ufficiali della Comunità), e l'«abolizione» o «soppressione», che è termine non sconosciuto al Trattato, ma assente dall'art. 37 – e sistematici, come ad esempio il fatto che le regole di concorrenza del Trattato (particolarmente gli artt. 86 e 90) lasciano chiaramente sussistere la possibilità di posizioni monopolistiche, rendendo perciò difficile supporre che lo stesso testo convenzionale abbia voluto diversamente disporre in altra sua parte³⁷. A sostegno della seconda opinione, si è fatto soprattutto valere che l'esclusione di ogni discriminazione nelle condizioni di approvvigionamento e di sbocco non può ottenersi se non attraverso la completa soppressione dei monopoli, che per loro natura sono sempre idonei a consentire discriminazioni perlomeno potenziali, che necessariamente possono derivare dall'esistenza di diritti esclusivi (ad esempio, attraverso decisioni in materia di prezzi, forniture, pubblicità, ecc.)³⁸.

Ora, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha permesso di chiarire che, mentre i monopoli nazionali a carattere commerciale possono continuare a sussi-

³⁵ In questo senso, per tutti, COLLIARD, *Régime de l'art. 37 du Traité C.E.E.: les aspects juridiques*, in *L'entreprise publique et la concurrence, Semaine de Bruges 1968*, Bruges, 1969, p. 153 ss.; WAELBROECK, op. cit., p. 130 s.; MEGRET, *L'aménagement des monopoles français en exécution de l'article 37 du traité instituant la C.E.E.*, in *Rev. trim. droit eur.*, 1972, p. 559 ss.; TOSATO (G.L.), *Pubblicità televisiva*, cit., p. 14 s.

³⁶ Sostenitore di questa tesi è soprattutto PAPPALARDO, *Commento*, cit., p. 220 ss.; e *Les monopoles nationaux*, cit., p. 639 ss. Essa è stata sostanzialmente condivisa in diverse occasioni dalla Commissione, sia avanti alla Corte, specie nel caso che al monopolista fossero conferiti diritti esclusivi di importazione (caso *Manghera*, cfr. *supra* nota 29), o che il monopolio si estendesse tanto alla produzione, quanto alla distribuzione (questo punto di vista è stato espresso dalla Commissione tanto nel caso *SAIL* – cfr. in *Raccolta*, 1972, p. 131 – quanto in quello *Sacchi* – per il quale vedi *supra*, nota 16), sia in alcune raccomandazioni rivolte agli Stati in base all'art. 37 (per qualche cenno quella del 6 aprile 1962, in *Gazz. Uff. Com. eur.*, 1962, pp. 1500 ss.; e successivamente, ma con maggiore cautela, quella del 22 dicembre 1969, in *Gazz. Uff. Com. eur.*, 9 febbraio 1970, L 31, p. 3).

³⁷ Sul secondo punto, si vedano FRANCK, *Les entreprises visées aux articles 90 et 37 du Traité C.E.E.*, in *L'entreprise publique et la concurrence*, cit., p. 21 ss. e TOSATO (G.L.), *Pubblicità televisiva*, cit., p. 15. Quanto all'argomento terminologico, è stato osservato che esso non può essere decisivo, sia per il carattere neutro del termine «riordinamento», sia perché comunque i monopoli potrebbero continuare a sussistere nei confronti dei prodotti provenienti da Stati terzi (GROEBEN-BOECKH-THIESING, *Kommentar*, cit., p. 309 ss.).

³⁸ Ha insistito particolarmente su questa nozione di discriminazione potenziale PAPPALARDO, *opp. locc. cit.*, alla nota 36.

stere come tali anche dopo la scadenza del periodo transitorio, esistono però un certo numero di loro connotati tipici che costituiscono *di per sé* discriminazioni vietate e debbono quindi venire senz'altro eliminati.

Primo e più importante di ogni altro, il diritto esclusivo di importazione, che è di per sé tale da escludere la possibilità di commercio intracomunitario. Invece, diritti esclusivi di altra natura, non direttamente incidenti su tale commercio, possono continuare a sussistere, salvo naturalmente il controllo della compatibilità del loro esercizio con quanto previsto dall'art. 37³⁹. Si pensi, ad esempio, ad un'esclusiva che non escluda l'approvvigionamento da altri Paesi comunitari, senza alcuna limitazione diretta o indiretta, anche per quanto concerne la pubblicità.

Nessun dubbio, d'altronde, che sia pienamente compatibile con l'art. 37 un monopolio nazionale, anche preesistente, e non riordinato, che non rechi in sé alcun elemento di discriminazione vietato dalla norma, od un monopolio la cui esclusività si espliciti, non nei confronti del commercio intracomunitario, ma soltanto verso i Paesi terzi⁴⁰.

Viene in tal modo confermata l'esattezza dell'opinione di chi, prima ancora della recente giurisprudenza della Corte, aveva definito quello ora indicato come «un faux problème»⁴¹: le soluzioni proposte si rivelano infatti, non fra loro alternative, ma frutto di una considerazione parziale del fenomeno.

Per ciò che concerne l'attribuzione ad imprese di diritti esclusivi, è opportuno sottolineare che la Corte di giustizia ha avuto occasione di affermarne la compatibilità con il Trattato, ed in particolare con gli artt. 86 e 90, in un'ipotesi in cui si discuteva dell'ammissibilità di una posizione di esclusiva a proposito della diffusione di messaggi televisivi⁴². La Corte ha fatto notare, in tale ipotesi, che le norme indicate non vietano la costituzione di monopoli, limitandosi ad impedire che imprese monopolistiche possano, una volta costituite, porre in essere abusi di questa loro posizione (in particolare, attraverso pratiche discriminatorie). Così decidendo, essa ha disatteso le argomentazioni che nel giudizio la parte imputata nella causa principale avanti al giudice nazionale aveva tentato di trarre dalla nota decisione nel caso *Continental Can*⁴³. In questo caso, era stato posto il principio che è incompatibile con il Trattato ogni contegno che conduca all'eliminazione della

³⁹ Cfr. WAELBROECK, op. cit., p. 130 s. Sulla questione del monopolio italiano dei tabacchi, oggetto della causa *Manghera*, si veda quanto aveva in precedenza osservato CAPELLI, *Il monopolio italiano dei tabacchi dopo la fine del periodo transitorio*, in *Dir. scambi internaz.*, 1970, p. 261 ss.

⁴⁰ Si veda su quest'ultimo punto l'affermazione della Corte di giustizia nella sentenza del 13 marzo 1979 menzionata *supra*, nota 34 (sul punto è rilevante l'affermazione contenuta nei paragrafi 19 e 20).

⁴¹ LASSIER, *Rapport intérimaire*, in *Les monopoles*, cit., p. 193 ss., a p. 205.

⁴² Si tratta della nota sentenza nel caso *Sacchi*, a proposito del monopolio televisivo italiano (anteriore alla riforma attuata con legge 103/75: per una completa esposizione del regime interno e delle sue vicende, cfr. TOSATO (G.L.), *Pubblicità televisiva*, cit., p. 5 ss.), menzionata alla nota 16.

⁴³ Corte di giustizia, 21 febbraio 1973 (*Euroemballage Corp. e Continental Can Company Inc. c. Commissione*, causa 6/72), in *Raccolta*, 1973, p. 215 ss.

concorrenza in una parte sostanziale del mercato comune, e che pertanto costituisce abuso, per un'impresa in posizione dominante, il fatto di rafforzare questa sua posizione in misura tale da intralciare sostanzialmente la concorrenza, lasciando sussistere soltanto imprese dipendenti, nel loro comportamento, dall'impresa dominante⁴⁴.

L'applicazione di un analogo principio a proposito delle imprese che detengano, di fatto o di diritto, una posizione di monopolio è stata rifiutata dalla Corte, sulla base del riconoscimento di massima del conferimento di diritti esclusivi da parte dello Stato, contenuto nell'art. 90, paragrafo 1⁴⁵. Un'affermazione del genere non è conciliabile con quelle contenute nella sentenza *Manghera*, se non nella prospettiva della diversa incidenza delle norme del Trattato sugli interventi pubblici a seconda che si verta nel settore dei monopoli commerciali, o in quello delle regole di concorrenza. Nel primo, infatti, viene espressamente escluso come inammissibile quanto viene dichiarato ammissibile nel secondo, ossia l'attribuzione di un diritto esclusivo di importare⁴⁶.

6. L'art. 37 come norma direttamente applicabile

Le norme contenute nei primi due paragrafi dell'art. 37 sono state esattamente considerate direttamente applicabili dalla giurisprudenza della Corte, che ha in tal modo ulteriormente contribuito all'efficace applicazione dei principi in essa contenuti all'interno degli Stati.

Non vi è dubbio che tali norme rispondano interamente ai requisiti richiesti perché vengano attribuiti a norme comunitarie effetti diretti. L'obbligo in esse stabilito a carico degli Stati membri è chiaro, preciso e non condizionato all'eser-

⁴⁴ Sui temi proposti dalla sentenza *Continental Can*, cfr. CAPOTORTI, *Regole comunitarie di concorrenza e concentrazioni di imprese: il caso «Continental Can»*, in *Riv. società*, 1972, p. 993 ss., e *L'applicazione delle regole comunitarie di concorrenza alle concentrazioni di imprese*, in *Concentrazioni di imprese ed investimenti stranieri nel Mercato comune*, Bari, 1974, p. 11 ss.

⁴⁵ *Raccolta*, 1974, p. 430.

⁴⁶ Pur non essendovi dubbio circa l'esattezza dell'affermazione della Corte, secondo la quale l'art. 90 n. 1 non vieta agli Stati membri l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi a determinate imprese, è il caso di sottolineare che una simile considerazione non risolve il problema: si tratta infatti di stabilire se un particolare diritto esclusivo, ossia quello di importazione, costituisce una misura contraria al Trattato, secondo la dizione dell'art. 90 medesimo. Mentre la Corte non ha avuto esitazioni ad escluderne la compatibilità con quanto disposto dall'art. 37, essa ha sorvolato sul problema per quanto concerne l'art. 90, limitandosi a concentrare l'attenzione sul problema della discriminazione, e giungendo sul punto a conclusioni negative circa l'esistenza della discriminazione nel caso di specie. Circa quest'ultimo punto, è interessante osservare che l'argomento dell'assenza di discriminazioni, fatto valere tanto nel caso *Sacchi*, quanto in quello *Manghera* avanti alla Corte, sotto il profilo che i cittadini degli altri Stati della Comunità si sarebbero trovati in posizione analoga a quella dei nazionali, è stato sostanzialmente accolto nel primo, mentre non è stato neppure preso in considerazione nel secondo (mentre l'avvocato generale Warner lo aveva espressamente respinto: cfr. *Raccolta*, 1976, p. 107).

cizio di qualsiasi discrezionalità da parte degli Stati stessi, o da parte degli organi comunitari⁴⁷. Si deve pertanto riconoscere a tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri il diritto di agire avanti ai giudici di questi ultimi al fine di ottenere che gli obblighi suddetti vengano rispettati, sia attraverso la disapplicazione di tutte le norme interne che siano fondate su presupposti che attengano all'esistenza delle caratteristiche discriminatorie, nel senso in precedenza esaminato⁴⁸, sia attraverso l'esperimento di tutti gli altri mezzi eventualmente previsti dai sistemi giuridici interni al fine di rimuovere gli atti sui quali le discriminazioni possano essere fondate, o di eliminarne le conseguenze dannose⁴⁹.

In tal modo, viene assicurata ai soggetti dell'ordinamento interno la possibilità di promuovere una sorta di controllo permanente, dopo la fine del periodo transitorio, in ordine all'adempimento da parte degli Stati membri dei loro obblighi ex art. 37 del Trattato C.E.E. Alla Corte di giustizia, per il tramite dell'art. 177 di quest'ultimo, viene correlativamente rimesso il compito di tracciare la linea di demarcazione fra la competenza del diritto comunitario e quella del diritto statale riguardo alla disciplina dei monopoli⁵⁰, assegnando all'art. 37 una funzione ed un significato forse diversi da quelli previsti dai redattori del Trattato, ma ricchi di significato⁵¹.

7. L'art. 37 fra norme sulla libera circolazione e regole di concorrenza

Concludendo l'esame degli aspetti più rilevanti della disciplina comunitaria dei monopoli nazionali, è necessario ribadire come l'applicazione concreta delle norme fondamentali in materia rivela una netta preminenza degli aspetti inerenti alla tutela della libertà di circolazione dei beni rispetto a quelli puramente concorrenziali.

⁴⁷ La ricorrenza di questi requisiti era stata già riconosciuta sussistente, quando al secondo paragrafo dell'art. 37, dalla sentenza 15 luglio 1964 in causa 6/64 (*Costa c. Enel*, in *Raccolta*, X, 1964, p. 1127 ss.); mentre la norma del paragrafo 1 è stata dichiarata direttamente applicabile dalle decisioni del 3 e 17 febbraio 1976, in cause 59/75 e 45 e 91/75, sopra citate. Anche prima di queste ultime tre decisioni, la soluzione era stata affacciata in dottrina: cfr. WAELBROECK, op. cit., p. 134.

⁴⁸ Si veda quanto indicato *supra*, par. 4.

⁴⁹ Per le possibilità di disapplicazione delle norme interne successive (anche alla luce della sentenza della Corte di giustizia nel caso *Simmenthal*: decisione 9 marzo 1978 in causa 106/77, in *Raccolta*, 1978, p. 629 ss.), nonché il modo in cui la situazione giuridica soggettiva tutelata dalle norme comunitarie deve essere valutata sotto il profilo del sistema giuridico interno, si veda il mio studio *La diretta applicabilità nel diritto comunitario*, Milano, 1980, spec. p. 45 ss.

⁵⁰ Per quest'aspetto della competenza c.d. pregiudiziale della Corte di giustizia alla luce dell'art. 177 del Trattato C.E.E., si veda FLORIDIA, *Forma giurisdizionale e risultato normativo del procedimento pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia*, in *Diritto comunitario e scambi internaz.*, 1978, p. 1 ss.

⁵¹ Era diffusa prima delle ultime decisioni della Corte di giustizia in proposito l'opinione che l'art. 37 esaurisse la propria funzione con la fine del periodo transitorio, almeno ove non si trattasse di chiedere l'abolizione dei diritti esclusivi di importazione, esportazione e distribuzione: così la Commissione nelle osservazioni presentate avanti alla Corte nella causa 91/78 (*regime fiscale degli alcoolici*), in *Raccolta*, 1979, p. 946 ss.

Si è visto, al riguardo, qual è stata la determinazione del significato delle «discriminazioni» vietate dall'art. 37 nella sentenza decisiva in materia⁵², nella quale la portata della norma è stata in gran parte risolta nel richiamo del contenuto essenziale degli articoli precedenti.

Quanto al rapporto fra l'art. 37 e gli artt. 85, 86 e 90, l'indirizzo seguito dagli organi comunitari è nel senso di una severità notevolmente maggiore a proposito dell'applicazione del primo, che non dei secondi. Basti rilevare la valutazione data in ordine all'esistenza di diritti esclusivi conferiti dagli Stati a certe imprese: del tutto esclusa nei riguardi dei monopoli nazionali a carattere commerciale quando concerne l'importazione nel territorio in cui opera il monopolista, tale esistenza non risulta in contrasto con gli obblighi che gli Stati membri incontrano per ciò che attiene al trattamento delle imprese sotto il profilo delle regole di concorrenza. E sotto un diverso aspetto, è stato escluso dalla Corte che l'intento di procurare un aiuto ad imprese nazionali, la cui ammissibilità è pure fatta salva entro limiti piuttosto ampi dagli artt. 92 e 93 del Trattato, possa in qualche modo incidere sull'ampiezza della sfera di applicazione dell'art. 37.

Ancora, l'idoneità delle norme contenute nei primi due paragrafi dell'art. 37 a produrre effetti diretti è ormai acquisita, mentre l'applicabilità delle regole di concorrenza alle imprese incaricate di servizi di interesse economico generale, o aventi carattere di monopolio fiscale, ristretta dall'art. 90, n. 2 entro i limiti in cui la relativa applicazione non osti all'adempimento dei loro specifici compiti, non può essere fatta oggetto di sindacato avanti al giudice nazionale, in conseguenza della ritenuta mancanza di effetti diretti della norma da ultimo menzionata⁵³.

Ora, tutto ciò può certamente dipendere in parte dalle caratteristiche delle norme in considerazione. Ma in parte sicuramente prevalente, si tratta di una conseguenza degli indirizzi più generali seguiti dagli organi comunitari, che tendono maggiormente a valorizzare l'unità del mercato comune al di sopra dei singoli sistemi nazionali, rispetto all'effettivo livello di concorrenzialità all'interno del primo. Si tratta di un aspetto assai più generale, che non può essere adeguatamente approfondito in questa sede, ma che trova, nell'applicazione delle regole di concorrenza fatta in sede comunitaria e nei principi ai quali essa si rivela ispirata, la propria dimostrazione⁵⁴, e nello specifico settore esaminato in queste pagine, una significativa conferma.

⁵² Sopra, par. 4.

⁵³ In questo senso, si è espressa la Corte di giustizia nella sentenza del 14 luglio 1971 (*Pubblico Ministero lussemburghese c. Müller-Hein ed altri*, causa 10/71). Per qualche critica a quest'impostazione, cfr. ACCOLTI-GIL, *Monopolio dei tabacchi*, cit., p. 372 s.; e, per la coordinazione fra valutazione discrezionale spettante allo Stato membro e valutazione dell'interesse generale della Comunità, necessaria in vista del disposto dell'ultima parte del par. 2 dell'art. 90, e tanto più rilevante a proposito di attività di imprese che possa pregiudicare gli scambi intracomunitari, cfr. quanto osservato sopra, nota 12.

⁵⁴ Per più ampie considerazioni al riguardo, con particolare attenzione all'aspetto del regime comunitario della concessione esclusiva di vendita, si veda l'ampio studio di GHIDINI (G.), *Il regime comunitario delle esclusive di vendita: antitrust per oligopolisti?*, in *Riv. dir. comm.*, 1973, I, p. 1 ss.

La circolazione dei capitali nella Comunità economica europea: una libertà dimezzata? *

(la Corte delle Comunità europee e la legge valutaria italiana)

SOMMARIO: 1. Premessa. – La decisione della Corte di giustizia dell'11 novembre 1981. – 2. Lineamenti della disciplina comunitaria in tema di libera circolazione dei capitali. – 3. «Effetti diretti» dell'art. 67 del Trattato? – 4. La portata delle direttive di attuazione dell'art. 67 e il caso *Casati*. – 5. Al di là del caso *Casati*.

1. Premessa. – La decisione della Corte di giustizia dell'11 novembre 1981

A differenza di quanto è accaduto a proposito delle altre c.d. libertà fondamentali tutelate dal Trattato di Roma, soltanto nel 1981 la materia della libera circolazione dei capitali ha potuto avere un inizio di elaborazione giurisprudenziale, permettendo ai principi del diritto comunitario in tale specifico settore di ricevere il vaglio concreto e la costruzione interpretativa idonei a consentirne, perlomeno, un principio di consolidamento. Sino ad ora, infatti, la materia risultava largamente trascurata, e dopo una notevole produzione normativa risalente ai primi anni di vita della Comunità¹ essa era venuta isterilendosi in una serie di misure di carattere amministrativo sollecitate dai vari Stati alla Commissione in applicazione delle c.d. clausole di salvaguardia previste dalle norme del Trattato, rimanendo per il resto largamente ignorata nella prassi dell'applicazione quotidiana (specie in Italia) e correlativamente anche trascurata dalla dottrina².

* Pubblicato in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1982, pp. 403-418.

¹ Vanno ricordate al riguardo le due direttive di attuazione dell'art. 67, dell'11 maggio 1960 e del 18 dicembre 1962, in *Guce* 1960, p. 919, e 1963, pp. 62 ss. Altre due direttive sono state emanate in relazione all'art. 106 del Trattato relativo alla libertà dei pagamenti: la prima è del 31 maggio 1963 (*Guce* 1963, p. 1609), e la seconda del 30 luglio 1963 (*Guce* 1963, p. 2240). I successivi tentativi compiuti dalla Commissione per integrare la disciplina di tali direttive e condurre alla formazione di un vero e proprio mercato europeo dei capitali non hanno avuto seguito. Si veda al riguardo il rapporto del gruppo di esperti formato dalla Commissione su *La formazione di un mercato europeo dei capitali*, Bruxelles, 1966.

² In dottrina, si vedano essenzialmente SEGRÈ-GRISOLI, in *Commentario Cee* a cura di R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi, I, Milano, 1965, p. 497 ss.; MEGRET e SARMET, in *Le droit de la Communauté économique européenne*, vol. 3, Bruxelles, 1971, p. 173 ss.; CARTOU, *Droit financier et fiscal*

Era dunque tempo che la lacuna si colmasse, e che anche questo settore ricevesse almeno una parte dell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale che ha caratterizzato tutte le altre principali aree del diritto comunitario: se il ritardo è facilmente spiegabile nelle sue cause alla luce di quanto verrà successivamente osservato, è evidente la gravità delle sue conseguenze, che hanno contribuito alla sostanziale mancanza di attuazione interna della disciplina comunitaria del settore.

Sfortunatamente, però, le circostanze che hanno dato origine al primo intervento della Corte di giustizia nella materia³ sono state, in vista delle loro particolarità, fra le meno favorevoli per una serena e corretta valutazione della portata dell'intervento stesso, e dunque al fine di favorire l'ulteriore elaborazione della materia a livello comunitario ed interno. Le ragioni di ciò sono molteplici. Da un lato, il fatto che le questioni sottoposte ai giudici del Lussemburgo riguardassero la legislazione valutaria italiana, caratterizzata dalla ben nota eccezionale severità che ne fa, allo stato, un *unicum* nei Paesi della Comunità, ha contribuito a indurre a ricercare nella decisione, non già l'occasione per un primo approfondimento dell'insieme della materia, quanto un verdetto circa la compatibilità con il diritto comunitario di tutta la legislazione italiana in materia valutaria⁴. Dall'altro, il ca-

européen, Paris, 1972, p. 211 ss.; WASCHK, in VON DER GROEBEN-VON BOECKH-THIESING, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, 2 ed., vol. I, Baden-Baden, 1974, p. 540 ss.; MAESTRIERI, *La libre circulation des capitaux dans la Cee. Progrès vers l'union économique et monétaire*, Heule-Bruxelles, 1975; PANICO, *Il diritto europeo dei capitali e le legislazioni valutarie nazionali*, in *Riv. dir. econ. valutaria*, 1980, p. 849 ss. e 1033 ss.; PESCE, *Circolazione dei capitali nei Paesi della Cee in Nov.mo Dig. il.*, Appendice, I, p. 1182; TESAURO, *Liberalizzazione dei capitali e disciplina comunitaria*, in *Dir. prat. trib.*, 1981, p. 592 ss.; ID., *La disciplina comunitaria della circolazione dei capitali*, in *Mezzogiorno d'Europa*, 1981, p. 285 ss. Per quanto concerne l'applicazione in Italia, cfr. SANTA MARIA, *European Financial Integration. Institutional and Legal Aspects*, relazione al Convegno *The European Capital Market: Problems and Outlook*, Milano, 27-28 novembre 1980; LUZZATTO, *L'attuazione in Italia delle norme comunitarie in materia di libertà di movimento dei capitali e di pagamenti*, in *Dir. prat. trib.*, 1981, p. 619 ss., e *Riv. dir. econ. valutaria*, 1981, p. 730 ss. Per l'indicazione delle misure di salvaguardia autorizzate v. TESAURO, *La disciplina comunitaria*, cit., p. 301 ss.

³ La decisione della Corte di giustizia relativa al caso *Casati*, che è ormai divenuta famosa nel nostro Paese, è dell'11 novembre 1981, e riguarda la causa 203/80: cfr. *Raccolta*, 1980, p. 2595 s.s. Per i primi commenti alla sentenza (sulle circostanze relative alla quale si dovrà comunque tornare più oltre), si vedano: PANICO, *La valutazione della legge penale italiana in materia di infrazioni valutarie alla stregua del diritto comunitario sulla libera circolazione dei capitali*, in *Gazz. Valutaria*, 1982, p. 104 ss.; DE GUTTRY, *La disciplina penale valutaria italiana e la libera circolazione dei capitali alla luce dell'interpretazione della Corte comunitaria*, in *Foro it.*, 1982, IV, 73; DE VERGOTTINI, *La riserva di competenza statale in materia di normativa valutaria (in margine alla sentenza della Corte di Giustizia nel procedimento n. 203 del 1980)*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1982, II, p. 492 ss.

⁴ Compatibilità che già prima della presa di posizione della Corte di Giustizia era stata oggetto di numerosi commenti: si vedano ad es. MONACO, *La libera circolazione dei capitali nella Cee e la disciplina valutaria italiana*, in *Imprese industriali e banche di fronte alla nuova disciplina valutaria*, Milano, 1979, p. 29 ss.; GAITO, *La libera circolazione dei capitali e la legislazione penale in materia valutaria*, in *Riv. dir. econ. valutaria*, 1981, p. 20 ss.; LANZI, *La législation pénale moné-*

rattere estremamente specifico della situazione sottoposta al Tribunale nazionale dal quale il rinvio pregiudiziale originava⁵, ha fatto sì che la Corte, muovendosi nell'ambito ben delimitato di tale rinvio, non ha potuto far altro che enunciare principi correlati alla specificità di quella situazione, i quali peraltro sono stati spesso, specie a livello di stampa anche specializzata, notevolmente deformati. Le speranze riposte in un intervento chiarificatore della Corte di giustizia rischiano dunque di rimanere interamente vanificate, se non si provvede ad apprezzare la decisione nella sua esatta portata, tenendone correttamente distinto ciò che attiene alle più generali enunciazioni in merito allo stato del diritto comunitario da ciò che è più immediatamente determinato dalle particolarità del caso sottoposto al giudice interno.

Operando correttamente una tale valutazione, i principi del diritto comunitario nella materia potranno risultare sufficientemente chiariti, con la particolare autorità che è propria delle sentenze interpretative della Corte, e potranno offrire tutti gli elementi necessari per la determinazione concreta dei confini fra competenze comunitarie e competenze statali al di là della specifica situazione considerata nell'episodio giudiziale che ha dato origine alla pronuncia del Giudice comunitario⁶.

2. Lineamenti della disciplina comunitaria in tema di libera circolazione dei capitali

La disciplina contenuta nel Trattato istitutivo della Comunità economica a proposito della libera circolazione dei capitali non si discosta molto, all'apparenza, dall'architettura complessiva che sta alla base del regolamento normativo delle

taire italiane face au droit communautaire, in *Droit communautaire et droit pénal*, Milano, 1981, p. 145 ss.

⁵ Si trattava della riesportazione da parte di un cittadino italiano non residente di una somma precedentemente importata in Italia, ma non dichiarata all'atto dell'ingresso attraverso il c.d. modulo V2. Di qui anche il problema della libertà di prova dell'importazione, che la Cassazione esclude ritenendo indispensabile il modulo suddetto (Cass. 17 dicembre 1979, in *Foro it.*, 1981, II, 11, nota Lupoi; 12 novembre 1980, in *Riv. dir. econ. valutaria*, 1981, 346). Su questo specifico aspetto, ed in genere sull'ordinanza di rinvio del Tribunale di Bolzano del 6 ottobre 1980, si vedano FERRARI, *Legge penale valutaria e Trattato Cee*, in *Gazz. Valutaria*, 1981, p. 11 ss.; DE GUTTRY, *Normativa penale valutaria italiana e Trattato Cee*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1981, p. 729 ss. (ivi a p. 200 anche il testo dell'ordinanza); UBERTAZZI, *La causa Casati avanti alla Corte Cee: applicabilità immediata della normativa comunitaria, regole di «standstill» e principio di proporzionalità*, in *Dir. prat. trib.*, 1981, p. 636 ss.

⁶ Si veda in generale sul punto, UBERTAZZI, *La Corte di giustizia delle Comunità europee e il suo dovere di conformarsi alle sue precedenti decisioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, p. 481 ss.; CAPPELLETTI, *Giustizia costituzionale internazionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 1 ss., nonché FIORIDIA, *Forma giurisdizionale e risultato normativo del procedimento pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia*, in questa Rivista, 1978, p. 1 ss.

altre tre libertà fondamentali (merci, persone, servizi)⁷. Anch'essa, infatti, si presenta a prima vista articolata su di un obbligo di soppressione graduale delle restrizioni esistenti (art. 67), e su di una clausola di «consolidamento» per quanto riguarda nuove restrizioni (art. 71): sicché un osservatore frettoloso potrebbe senz'altro essere indotto a concludere per il perfetto parallelismo delle relative disposizioni del Trattato.

Ma una considerazione appena un poco più approfondita è sufficiente per concludere che la situazione è ben diversa.

L'art. 67, da un lato, obbliga gli Stati membri a sopprimere gradatamente fra di loro, durante il periodo transitorio, le restrizioni ai movimenti dei capitali appartenenti a persone residenti negli Stati membri, e parimenti le discriminazioni di trattamento fondate sulla nazionalità o la residenza delle parti, o sul luogo di collocamento dei capitali. Ma tale obbligo investe la soppressione graduale delle restrizioni e delle discriminazioni di cui si parla, soltanto «nella misura necessaria al buon funzionamento del mercato comune». Questo inciso è del tutto assente nelle norme del Trattato corrispondenti all'art. 67 nei settori dedicati alle altre libertà fondamentali: sicché la sua presenza in materia di circolazione dei capitali non può certo apparire casuale.

La dottrina prevalente, cui anche chi scrive ha aderito⁸, ha individuato la ragione ultima della particolarità menzionata nell'intensità del legame che unisce la materia della libera circolazione dei capitali a quella più generale della politica economica (Titolo II della parte terza del Trattato), e più specificamente, della bilancia dei pagamenti (Capo 2 del titolo suddetto). È evidente che i movimenti dei capitali incidono immediatamente sull'equilibrio della bilancia dei pagamenti e sulla moneta di ciascuno Stato membro: ma in queste materie, la disciplina comunitaria – contenuta negli artt. 104 ss. – affida la responsabilità di fondo ai singoli Stati membri, facendo loro obbligo di perseguire le finalità indicate nell'art. 104 (equilibrio della bilancia dei pagamenti, fiducia nella propria moneta, occupazione, stabilità dei prezzi) ciascuno in casa propria e per proprio conto, ma anche nell'interesse di tutti gli altri. Non vi è la previsione di un accentramento di funzioni in capo alle istituzioni comunitarie; l'art. 105 del Trattato prevede soltanto un «coordinamento» delle rispettive politiche economiche ed una collaborazione dei servizi nazionali competenti, nonché l'attribuzione di poteri di raccomandazione (sempre in vista del coordinamento) alla Commissione, e di poteri consultivi ad un organismo *ad hoc*, il Comitato monetario di cui all'art. 105, par. 2.

Stando così le cose, risulta ben comprensibile la ragione per la quale l'art. 67 appare redatto in termini meno assoluti e perentori delle norme corrispondenti contenute nella parte seconda («Fondamenti della Comunità») del Trattato istitu-

⁷ Mi permetto di rinviare al proposito al mio scritto *La diretta applicabilità nel diritto comunitario*, Milano, 1980, p. 75 ss.

⁸ Cfr. il lavoro citato alla nota precedente, p. 83 ss., ed ivi ulteriori riferimenti. Sugli aspetti qui indicati insiste particolarmente Tesaro, nelle opere citate alla nota 2 *supra*.

tivo. Se ogni Stato membro è fatto dal diritto comunitario responsabile nei confronti di tutti gli altri per ciò che attiene alle materie indicate nell'art. 104, appariva evidentemente eccessivo privarlo completamente del potere di utilizzare, al fine di raggiungere le finalità relative, anche degli strumenti del controllo dei movimenti dei capitali. Venivano così poste in luce due opposte esigenze: l'una, attinente alla salvaguardia della libertà fondamentale statuita dal Trattato, che se spinta al suo estremo avrebbe comportato la cancellazione totale delle misure restrittive esistenti nei singoli Stati membri; l'altra, relativa alla salvaguardia a favore di questi ultimi degli strumenti di controllo idonei a consentir loro di intervenire ai fini di cui all'art. 104.

La conciliazione fra le due opposte esigenze è scaturita dalla rinuncia a predefinire in via assoluta la misura della soppressione di cui all'art. 67. Il regime del Trattato non richiede pertanto una soppressione completa di ogni e qualsiasi restrizione, ma affida al Consiglio – che provvede su proposta della Commissione e sentito il Comitato monetario – il compito di segnare la linea di confine fra esigenze della liberalizzazione ed esigenze del controllo. Tale linea di confine è individuata nelle direttive adottate dal Consiglio in attuazione dell'art. 67 ed in applicazione dell'art. 69 del Trattato, le quali devono precisare quali sono le restrizioni che il «buon funzionamento del mercato comune» richiede siano eliminate, e quali invece possono rimanere in vigore nell'ambito dei singoli Stati⁹.

Considerazioni non diverse richiede, d'altro lato, anche l'art. 71, che costituisce il parallelo delle c.d. clausole di *standstill* esistenti nel Trattato in materia di libera circolazione di persone, merci e servizi. Anche, qui, infatti, la specificità della materia di cui si tratta ha condotto i redattori del Trattato ad utilizzare una formula, che risulta alquanto più cauta di quelle altrove adottate: gli Stati membri non s'impegnano senz'altro a non introdurre nuove restrizioni di cambio¹⁰ pregiudizievoli ai movimenti dei capitali ed ai relativi pagamenti correnti, ed a non rendere più restrittive le regolamentazioni esistenti, ma solo «procurano» di non introdurre e di non rendere più restrittive tali restrizioni e regolamentazioni. Dal che si è ritenuto di desumere che non è possibile parlare di vero e proprio obbligo giuridico di *standstill*, ma di mera dichiarazione sia pur rinforzata di intenzioni¹¹. Ed è una conclusione che d'altronde trova conferma anche nella genesi della norma, la quale sostituisce un precedente testo formulato in modo più rigoroso: con-

⁹ Le direttive concretamente emanate sono quelle indicate alla nota 1, per il contenuto delle quali si veda oltre il par. 4.

¹⁰ La limitazione della previsione dell'art. 71 alle sole restrizioni «di cambio» non si ritiene di solito estesa anche all'obbligo di soppressione graduale di cui all'art. 67, ma il punto non è pacifico. In tema cfr. MAESTRIPIERI, *La libre circulation*, cit., p. 295 s.; PANICO, *La valutazione della legge*, cit. p. 108. La direttiva dell'11 maggio 1960 parla all'art. 1 delle «autorizzazioni di cambio», mentre menziona le «autorizzazioni generali» all'art. 2. Non sembra, comunque, che il problema abbia grande rilievo pratico, data l'ampia interpretazione che viene normalmente data all'espressione «restrizioni di cambio» nel contesto del Trattato.

¹¹ WASCHK, *op. cit.* alla nota 2.

tro quest'ultimo venne infatti obiettato che non appariva equo imporre eguale obbligazione di consolidamento dei regimi esistenti a Stati che avevano raggiunto gradi ben diversi di liberalizzazione, non essendo possibile prevedere se quelli più avanzati nel senso liberale sarebbero stati in avvenire, nel più ampio contesto del mercato comune, in grado di mantenere un identico regime¹².

Tutto ciò rende evidente la specificità dei caratteri della disciplina pattizia della materia che qui interessa, e l'impossibilità di applicarvi quindi automaticamente i risultati cui l'elaborazione giurisprudenziale è pervenuta in sede di applicazione dei principi relativi alle altre c.d. libertà fondamentali.

3. «Effetti diretti» dell'art. 67 del Trattato?

Le considerazioni sopra indicate sono state ribadite sinteticamente, ma non perciò in modo da lasciare dubbi, dalla Corte di giustizia comunitaria nella sua decisione dell'11 novembre 1981 (causa 203/80). Si deve pertanto ritenere che esse esprimano ormai lo stato del diritto comunitario nella materia, e non soltanto un'interpretazione, magari diffusa ed autorevole, ma non necessariamente tale da identificarsi con il diritto «vivente».

Altre osservazioni sono però necessarie per valutare esattamente la portata della decisione della Corte. Innanzitutto, si deve rilevare che le questioni interpretative ad essa proposte in via pregiudiziale – proprio in quanto dibattute in un procedimento pendente avanti ad un giudice nazionale – invitavano la Corte a concentrare la propria attenzione sull'aspetto delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto comunitario a favore di soggetti privati, lasciando in ombra gli aspetti complessivi e più generali del sistema. In altri termini, la disciplina comunitaria era invocata al fine di farne derivare effetti a favore di privati nell'ambito del sistema giuridico nazionale, e non per valutare nel suo insieme la portata della prima in relazione a quest'ultimo. La decisione della Corte ruota quindi tutta intorno al problema dell'efficacia diretta delle norme comunitarie rilevanti (in specie, degli artt. 67 e 71): ma ciò non deve far dimenticare che quest'aspetto, certamente di fondamentale importanza, non esaurisce la problematica concernente la disciplina comunitaria del settore, né può esprimerne tutto il potenziale rilievo. Inoltre, il *dictum* cui la Corte è pervenuta con riferimento al caso concreto sottoposto al Tribunale nazionale non deve porre in ombra l'enorme rilevanza che l'interpretazione complessiva delle norme comunitarie in tema di capitali offerta dalla Corte è suscettibile di spiegare in tutta una serie di situazioni diverse.

Esaminiamo brevemente i due aspetti ora indicati.

(a) Premesse le considerazioni esposte nel precedente paragrafo circa il modo di essere della disciplina desumibile dagli artt. 67 e 71 del Trattato, la soluzione in

¹² Si vedano, su questo punto, le conclusioni dell'Avvocato generale Capotorti nella causa 203/80 (*Casati*), par. 5.

senso negativo del problema relativo all'idoneità delle norme in questione a spiegare di per sé sole effetti diretti diviene naturalmente obbligata, e correttamente la Corte ha provveduto a riaffermarla¹³.

Se, infatti, le restrizioni che devono essere abolite a norma dell'art. 67 non sono *tutte* quelle esistenti al momento dell'entrata in vigore del Trattato, ma soltanto quelle che ostacolano il buon funzionamento del mercato comune; e se la determinazione della necessità che esse vengano abolite per consentire tale buon funzionamento viene effettuata dal Consiglio della Comunità in sede di emanazione delle direttive ex art. 69, l'obbligo di soppressione sancito dall'art. 67 a carico degli Stati membri risulta per ciò solo privo di quei caratteri che la costante giurisprudenza considera necessari al fine di ammettere l'idoneità di una norma comunitaria (diversa, naturalmente, da quelle dei regolamenti) a spiegare effetti diretti. Il contenuto e la portata dell'obbligo risultano infatti privi del carattere della *precisione*; e l'obbligo stesso risulta tale da implicare l'esercizio di un potere *discrezionale* da parte del Consiglio, in sede di attuazione della norma mediante l'emanazione delle direttive previste dall'art. 69¹⁴.

Non vi è dunque spazio, in tale prospettiva, per situazioni giuridiche soggettive dei singoli, sinché il Consiglio non abbia provveduto, nell'esercizio di tale sua discrezionalità, ad imprimere, per così dire, il marchio della «necessità» della soppressione con riferimento a specifiche restrizioni, comprimendo in modo corrispondente la competenza degli Stati membri. Sino a che, in altre parole, la norma generale dell'art. 67 non sia stata completata dalle direttive di attuazione, che vi abbiano attribuito la necessaria concretezza.

Quanto poi all'art. 71, la conseguenza risulta ancor più obbligata, una volta stabilito il carattere non vincolante del «consolidamento» in essa norma previsto.

In questa prospettiva, diviene impossibile applicare la soluzione già accolta dalla Corte a proposito del diritto di stabilimento nella sua notissima giurisprudenza¹⁵. Se a proposito dell'art. 52 del Trattato era stato possibile far ricorso alla distinzione fra obbligo di risultato (soppressione delle restrizioni), in sé preciso e completo, e strumenti per facilitarne l'esecuzione (le direttive), come tali non es-

¹³ Più in particolare, alla Corte era stato chiesto se il diritto comunitario garantisce a favore del residente il diritto alla riesportazione di somme precedentemente importate in un altro Stato membro (terzo quesito di cui all'ordinanza di rinvio). In relazione a tale diritto, era stata formulata tutta una serie di altri quesiti in ordine allo stato del diritto comunitario, ed in ordine alle limitazioni alla facoltà di prova di cui al diritto italiano secondo l'interpretazione della Corte di Cassazione: il primo di tali quesiti poneva alla Corte il problema della diretta applicabilità dell'art. 67 *indipendentemente* da qualsiasi direttiva di attuazione. La Corte si occupa di quest'ultimo problema nei paragrafi da 8 a 13 della sentenza.

¹⁴ Si vedano, sul punto, le considerazioni contenute nel mio lavoro *La diretta applicabilità*, cit., p. 83 ss. per quanto concerne la questione specifica, e p. 69 ss. per quanto riguarda i parametri individuati in generale dalla giurisprudenza.

¹⁵ A partire dal caso *Reyners* (sent. 21 giugno 1974 in causa 2/1974, in *Raccolta*, 1974, p. 631 ss.): in genere su tale giurisprudenza, cfr. TIZZANO, *Stabilimento e prestazione dei servizi nella giurisprudenza comunitaria*, in *Foro it.*, 1977, V, c. 345 ss. ove ulteriori riferimenti.

senziali rispetto al raggiungimento dello scopo finale, qui una simile distinzione non appare utilizzabile: le direttive, lungi intatti dai costituire un mero strumento per agevolare l'adempimento dell'obbligo assunto dagli Stati, si configurano come l'imprescindibile mezzo per determinarne con precisione il contenuto.

Certamente, da un punto di vista astratto, non sarebbe stato impossibile per la Corte pervenire ad un diverso risultato. Essa avrebbe ad esempio potuto considerare la fine del periodo transitorio come termine ultimo per l'esercizio del potere discrezionale attribuito al Consiglio dell'art. 69, ed investirsi *essa stessa* del compito di stabilire quali fossero le restrizioni la cui abolizione è necessaria per il buon funzionamento del mercato comune secondo l'art. 67. Tuttavia, non ci si può nascondere che una conclusione del genere, ancorché formalmente in linea con alcune manifestazioni giurisprudenziali precedenti¹⁶, se ne sarebbe in realtà allontanata alquanto. Infatti una cosa è intervenire in luogo del potere (il Consiglio) rimasto inattivo, quando il risultato da raggiungere è già compiutamente indicato dalla norma del Trattato, ed altra cosa è il farlo là dove questo risultato deve essere appunto individuato *in funzione* dell'esercizio di quel diverso potere. Qualora la Corte avesse spinto il suo intervento sino a tale punto, sarebbe difficilmente negabile il verificarsi di una certa alterazione dell'equilibrio istituzionale disegnato dal Trattato. Seppure non inconcepibile da un punto di vista astratto, un atteggiamento del genere avrebbe in realtà segnato un allargamento estremo dell'ambito di intervento del potere giurisdizionale, che – con realistico apprezzamento – la Corte si è rifiutata di compiere¹⁷.

Che dunque le norme degli artt. 67 e 71 siano di per sé inidonee a far sorgere posizioni giuridiche soggettive tutelate a favore di privati, che anche i giudici nazionali sono tenuti a proteggere, può considerarsi affermazione ineccepibile. Ma una simile considerazione di segno negativo, ancorché inevitabilmente soggetta ad essere messa in risalto in sede di enunciazione dei principi di diritto affermati dalla sentenza della Corte ed ai fini della soluzione del caso concreto ad essa prospettato, è ben lungi dall'esprimere compiutamente il senso e la portata della disciplina comunitaria, quale risulta dalla ricostruzione operata dalla Corte di giustizia. Ciò va detto sotto un duplice profilo.

¹⁶ Si vedano le sentenze ricordate da CAPOTORTI, *Il diritto comunitario dal punto di vista del giudice nazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1977, p. 497 ss., spec. p. 516 ss., e quelle relative all'art. 95 del Trattato Cee in materia di disposizioni fiscali e all'art. 119 (per le quali anche il mio lavoro *La diretta applicabilità*, cit., p. 97 ss.).

¹⁷ Si pensi alla delicatezza dei rapporti fra organi comunitari fra loro da un lato, e con le competenze degli Stati membri dall'altro; e alle critiche che alcune manifestazioni della giurisprudenza della Corte hanno causato in certi settori. La Corte ha rifiutato, nel caso *Casati*, di assumersi un ruolo di supplenza nei confronti dell'iniziativa del Consiglio, mancata parzialmente per difetto di volontà politica degli Stati membri. Sosteneva la possibilità di ritenere affidata allo stesso interprete la determinazione dell'incompatibilità di certe restrizioni con il buon funzionamento del mercato comune, e dunque sotto questo profilo l'immediata applicabilità dell'art. 67 come tale e di per sé preso, TOSATO, *I rapporti contrattuali con i residenti nella Cee*, in *Il sistema valutario italiano*, vol. I, Milano, 1981, p. 377 ss., a p. 397 ss.

In primo luogo, non va dimenticato che la portata degli obblighi nascenti dal Trattato a carico degli Stati membri non si esaurisce certo in quelli dotati dei caratteri necessari per conferire effetti diretti alle norme che li contemplano. In particolare, non può dimenticarsi la rilevanza della norma che sancisce l'obbligo generale di cooperazione degli Stati membri (art. 5 Trattato Cee), che rimane sicuramente applicabile, in linea di principio, anche nella materia in esame, e che renderebbe responsabile lo Stato membro il quale adottasse, in materia valutaria, una politica di sistematiche restrizioni, anche al di là delle situazioni specificamente liberalizzate, di cui subito si dirà¹⁸. Inoltre, esiste una serie ulteriore di obblighi statali per ciò che attiene alle c.d. misure di salvaguardia (artt. 73, 107, 108 e 109): sottoposte tutte all'intervento, preventivo o successivo, delle istituzioni comunitarie, e dunque condizionate variamente da quest'ultimo¹⁹. La stessa Corte di giustizia, ancorché la questione potesse facilmente essere evitata in vista del modo in cui le si presentava in sede di rinvio *ex art. 177*, ha fatto un'espressa menzione dell'art. 73 ed ha almeno implicitamente indicato la possibilità che questa norma sia applicabile alle restrizioni introdotte dagli Stati membri in modo da renderli responsabili di violazioni del Trattato²⁰.

In secondo luogo, ancor più importante va considerato l'aspetto seguente. La mancanza di precisione dell'obbligo di abolizione progressiva sancito dall'art. 67 è destinata a venir meno, man mano che intervengono le direttive di attuazione della norma, previste dall'art. 69 del Trattato. Tali direttive, precisando dove le esigenze di buon funzionamento del mercato comune prevalgono sui poteri di controllo dei movimenti dei capitali che agli Stati competono quale corrispettivo della responsabilità loro imposta *ex art. 104*, rimuovono l'ostacolo alla diretta applicabilità dell'art. 67 e ne rendono attuale e concreta la portata normativa. E poiché tale ostacolo consiste nella sfera di discrezionalità riservata al Consiglio dall'art. 69, e non coinvolge alcuna iniziativa degli Stati membri come tali, ne consegue che l'esercizio concreto di tale discrezionalità attribuisce *di per sé* effetti

¹⁸ Cfr. anche TOSATO, *op. cit.*, p. 396; PANICO, *Il diritto europeo*, cit., p. 857. V. anche MONACO, *Limiti internazionali e comunitari della normazione valutaria italiana*, in *Il sistema valutario*, cit., p. 107 ss., a p. 120 ss.

¹⁹ Sulle c.d. clausole di salvaguardia in materia valutaria, cfr. SEIDEL, *Escape Clauses in European Community Law with special reference to Capital Movements*, in *Common M. Law Rev.*, 1978, p. 283 ss.

²⁰ La questione relativa all'art. 73, in realtà, era stata male proposta dal Tribunale nazionale, in quanto coinvolgente un problema estraneo al procedimento pregiudiziale (cfr. DE GUTTRY, *Normativa penale valutaria*, cit., p. 740 ss.). A parte ciò, l'applicabilità della norma a misure del tipo della legislazione valutaria italiana è assai opinabile, posto il riferimento testuale a misure statali di protezione «contro i movimenti di capitale che provochino turbamenti nel funzionamento del mercato dei capitali». L'avvocato generale Capotorti aveva escluso l'applicabilità della norma ai provvedimenti adottati dagli Stati membri per reprimere le infrazioni valutarie (par. 13 delle conclusioni): invece la Corte sembra dare per scontato che l'art. 73 sia applicabile, con la conseguenza che la Commissione verrebbe a disporre, in proposito, dei vasti poteri di cui all'art. 73 n. 2. Sul punto si vedano le osservazioni di DE GUTTRY, *La disciplina penale*, cit., 80 ss.

diretti alle norme comunitarie che risultano dalla combinazione fra art. 67 e disposizioni delle direttive. In altre parole, la mancanza di effetti diretti dell'art. 67 non è una caratteristica intrinseca ed ineliminabile della norma, come accade tutte le volte che essa dipenda da una riserva di competenza discrezionale a favore degli Stati membri: la quale non può essere superata se non attraverso l'esercizio di una potestà che, per sua intrinseca natura, ha luogo su di un piano diverso da quello comunitario. L'obbligo di soppressione graduale, invece, contiene in sé l'idoneità a precisarsi – e quindi, a spiegare effetti diretti – via via che il Consiglio provvede ex art. 69. Ma proprio per questo carattere, per così dire, provvisorio e mobile del confine che separa la zona in cui l'obbligo rimane impreciso, da quella in cui acquista contorni definiti, risulta persino improprio negare all'art. 67 qualsiasi idoneità a spiegare effetti diretti. Più precisamente, si dovrebbe dire che esso possiede tale idoneità, quando sia visto in connessione con le direttive che il Consiglio ha emanato in base all'art. 69, e ne manca indipendentemente da esse.

Quest'aspetto è stato efficacemente colto e riaffermato dalla Corte, là ove essa ha affermato che «l'obbligo di abolire le restrizioni ai movimenti di capitali non può essere precisato, in relazione ad una categoria determinata di tali movimenti, indipendentemente dalla valutazione effettuata dal Consiglio, nell'ambito dell'art. 69, circa la necessità di liberalizzare detta categoria per il buon funzionamento del mercato comune»²¹. Con ciò viene ribadito il nesso che unisce la norma base dell'art. 67 e le direttive di attuazione, e la diversità di tale rapporto rispetto ad altre ipotesi note al Trattato (artt. 52 e 54). E ne risulta che l'idoneità a spiegare effetti diretti spetta all'insieme norma del trattato-norme della direttiva, senza necessità di considerare quest'ultima in modo autonomo, e quindi senza che vi si possa opporre qualsiasi argomento desunto dal rapporto in cui la direttiva si pone nei confronti del diritto interno: rapporto, questo, che risulta irrilevante in vista del fatto che l'intera vicenda attinente alla precisazione del contenuto dell'obbligo statale si svolge e si esaurisce in ambito comunitario, e non implica alcun intervento da parte degli Stati membri²².

Dal punto di vista ora accennato, può dirsi che il punto di arrivo del ragionamento seguito dalla Corte viene a svuotare notevolmente la stessa contrapposizione fra tesi favorevole al riconoscimento di effetti diretti all'art. 67, e tesi contrarie, e ad esaltare in misura notevole le possibilità applicative della norma. Se tutto ciò non ha avuto conseguenze di rilievo sulla soluzione del caso concreto, la ragione va ricercata esclusivamente nelle particolarità di quest'ultimo.

²¹ Il passo citato si legge nel par. 12 della sentenza.

²² A volte, qualche giudice nazionale ha considerato inapplicabili direttive, anche in materia valutaria, sulla base della considerazione che mancava qualsiasi provvedimento interno di attuazione: si veda Cass. 21 luglio 1981, n. 4686, in *Giust. civ.*, I, 1982, p. 995 ss., relativa alla direttiva 63/674 del 30 luglio 1963 (*supra* nota 1). A parte qualsiasi altra considerazione sulla correttezza di considerazioni siffatte, basti qui rilevare che, per le ragioni di cui nel testo, la conclusione della Corte sarebbe del tutto improponibile per le direttive di attuazione dell'art. 67.

4. *La portata delle direttive di attuazione dell'art. 67 e il caso Casati*

(b) Quanto esposto induce ora a spostare l'attenzione sulle direttive emanate dal Consiglio in applicazione dell'art. 69 del Trattato, sulla loro portata in relazione alla precisazione degli obblighi imposti agli Stati dall'art. 67 e sulla particolare situazione sottoposta alla Corte di giustizia in sede di interpretazione pregiudiziale.

È noto che le direttive intervenute in base all'art. 69 sono soltanto due, la seconda delle quali ha la mera portata di integrare e modificare parzialmente le prime²³. Questa, a sua volta, provvede a ripartire le operazioni attinenti ai movimenti di capitali fra i Paesi comunitari in quattro categorie, cui corrispondono gradi diversi di liberalizzazione. Le quattro categorie a loro volta rispondono ad una nomenclatura, contenuta e spiegata in un allegato II alla direttiva, che nella sostanza riproduce le classificazioni elaborate a livello di organizzazioni internazionali specializzate (e si veda soprattutto, al riguardo, il «Codice della liberalizzazione dei movimenti di capitali» dell'Ocse, nell'edizione 1978). Assai sinteticamente, è il caso di ricordare che esiste una liberalizzazione completa per una serie di operazioni che si presentano come strettamente collegate con l'esercizio delle altre libertà fondamentali garantite dal Trattato di Roma²⁴: investimenti diretti (e cioè, idonei ad assicurare la partecipazione effettiva all'amministrazione ed al controllo dell'iniziativa imprenditoriale e comunque a stabilire e mantenere rapporti economici durevoli), investimenti immobiliari, movimenti di capitali a carattere personale, concessione e rimborso di crediti a breve e medio termine legati ad operazioni commerciali od a prestazione di servizi cui partecipi un residente, e delle garanzie connesse, trasferimenti legati a contratti di assicurazione, cessioni di diritti di proprietà intellettuale ed industriale, trasferimento di mezzi finanziari necessari per l'esecuzione di prestazioni di servizi (prima categoria prevista dalla direttiva), ed ancora operazioni su titoli trattati in borsa e movimenti materiali degli stessi, con alcune esclusioni (acquisto di obbligazioni emesse su mercati stranieri in moneta nazionale e parti di fondi comuni di investimento), coperte dalla seconda categoria. Vi è, poi, una terza categoria di operazioni, per le quali la liberalizzazione è condizionata: nel senso che gli Stati membri possono mantenere o ristabilire misure restrittive esistenti al momento dell'entrata in vigore della direttiva (o dell'adesione, in caso di nuovi Stati membri) nel caso che la liberalizzazione sia di ostacolo alla realizzazione degli obiettivi di politica economica degli Stati stessi. In tale categoria sono compresi l'emissione ed il collocamento di titoli su mercati esteri, le operazioni su titoli non quotati, su quote di fondi comuni trattati in borsa, la concessione ed il rimborso di crediti a medio e lungo termine legati, o non, ad operazioni commerciali e prestazioni di servizi.

²³ Vedile indicate *supra*, alla nota 1. Per indicazioni sul relativo contenuto, cfr. il mio lavoro *La diretta applicabilità*, cit., p. 86 ss.; e MAESTRIPIERI, *La libre circulation*, cit.

²⁴ Insiste su questo punto TESAURO, *La disciplina comunitaria*, cit., p. 288 ss.

Infine, una quarta categoria di operazioni è esente da qualsiasi liberalizzazione, ed è previsto soltanto un riesame periodico delle relative restrizioni in vista di una loro eventuale abolizione. Si tratta di investimenti a breve termine in titoli, della costituzione e alimentazione di conti correnti, di crediti e prestiti a breve termine, di movimenti di capitali a carattere personale, dell'importazione ed esportazione materiale di valori e di altri movimenti di capitali²⁵.

La Corte di giustizia, nel caso a lei sottoposto attraverso il rinvio pregiudiziale effettuato dal Tribunale di Bolzano, si è trovata di fronte ad una situazione nella quale veniva discussa la legittimità comunitaria di sanzioni imposte da uno Stato membro a carico di un cittadino non residente in relazione ad un'operazione di riesportazione di valuta da lui precedentemente importata nel territorio dello Stato medesimo²⁶. In altri termini, si è trovata a dover valutare una situazione in cui l'operazione sanzionata dallo Stato membro rientrava fra quelle contemplate dalla quarta categoria (lista D) di cui alla direttiva del 1960, sopra ricordata. Pertanto, essa non ha potuto far altro che trarre da tale circostanza le debite conseguenze, e dichiarare che il diritto comunitario non attribuisce ai residenti degli Stati membri il diritto di riesportare dal territorio di un altro Stato membro somme ivi precedentemente importate e non utilizzate²⁷.

²⁵ Quest'ultima è una categoria residuale, non definita dagli elenchi né dalla nomenclatura per il suo contenuto positivo. Le quattro categorie, delle quali sono elencate nel testo le principali operazioni ricomprese in ciascuna, sono identificate con le lettere A, B, C e D.

²⁶ Per ulteriori particolari sulla situazione sottoposta al giudizio del Tribunale nazionale (di Bolzano), e sui dati normativi rilevanti sul piano del diritto penale e valutario italiano, si vedano, oltre ai cenni contenuti nella stessa decisione della Corte (paragrafi 2-5), gli scritti indicati supra alle note 3 e 5, e gli ulteriori riferimenti contenuti negli stessi.

²⁷ Si veda quanto affermato ai paragrafi 13, 23 e 26 della sentenza. Negli ultimi due paragrafi, la Corte prende in considerazione anche l'eventuale rilevanza, ai fini della decisione, delle disposizioni di cui all'art. 106 del Trattato Cee, relativo alle c.d. libertà dei pagamenti: ma perviene ad escluderla, in vista della considerazione che, da un lato, il trasferimento materiale di valori non è ricompreso nell'allegato III al Trattato, di cui fa menzione il n. 3 dell'art. 106; e dall'altro, i primi due paragrafi dello stesso articolo si riferiscono esclusivamente a trasferimenti e pagamenti che attengono alla circolazione effettiva delle merci. L'importazione e l'esportazione di banconote, secondo la Corte, non può considerarsi rispondente alle necessità della libera circolazione delle merci, quale che sia l'intento che ha presieduto all'importazione della valuta (e quindi, anche qualora l'importazione sia stata determinata dall'intento di effettuare operazioni commerciali). Ai fini della qualificazione dell'operazione, e quindi al fine di sfuggire all'inclusione della stessa nell'ambito dell'elenco D di cui alla direttiva del 1960 (con l'esclusione conseguente di qualsiasi liberalizzazione), era stato sostenuto in causa che si dovesse far riferimento alla natura dell'operazione sottostante, in vista della quale l'importazione di valuta era stata effettuata. Tuttavia, a tale punto di vista appare ostare la considerazione che la suddivisione nelle quattro note categorie delle operazioni attinenti al movimento dei capitali di cui alla direttiva è attuata su basi esclusivamente formali, a prescindere da qualsiasi valutazione di carattere soggettivo. D'altra parte, la classificazione di cui alla direttiva è tale da esaurire completamente la gamma delle operazioni immaginabili, e non appare concepibile che a seconda del motivo concreto degli agenti una determinata operazione sia suscettibile di inclusione in più di una categoria. Quanto poi all'art. 106, le considerazioni della Corte appaiono decisive nel senso di escluderne l'applicabilità al caso di specie. Su quest'ultima norma, si vedano per tutti BOERNER, *Die fünfte Freiheit des Gemeinsamen Marktes: der freie Zahlungsverkehr*, in *Festschrift für Max Op-*

Sarebbe, tuttavia, eccessivamente superficiale concludere che la portata della decisione della Corte si esaurisce in una siffatta enunciazione di carattere negativo. Questa è ovviamente il risultato più appariscente della decisione, anche perché è quella direttamente evidenziata nell'enunciazione dei principi di diritto. Ma dal contenuto complessivo della sentenza si traggono – implicitamente, ma non perciò meno chiaramente – altre affermazioni di grande rilievo.

Anzitutto, risulta chiaro che sussiste un diritto soggettivo dei singoli nei confronti degli Stati membri, comunitariamente protetto, a compiere tutte le operazioni oggetto di liberalizzazione in base alla direttiva del 1960, e tutti i relativi trasferimenti²⁸. A tale diritto non potrebbero essere opposti dagli Stati membri motivi tratti dal diritto interno, o l'eventuale mancanza di provvedimenti nazionali di attuazione²⁹. Rimane salva la facoltà degli Stati di richiedere apposite autorizzazioni per la conclusione o l'esecuzione di determinate operazioni, ma la direttiva le considera come atti dovuti dagli Stati membri³⁰, e il diritto comunitariamente attribuito ai privati comprende dunque anche l'ottenimento di autorizzazioni siffatte, ove esse siano richieste³¹.

Inoltre, nell'ambito delle operazioni liberalizzate di cui si tratta, la libertà degli Stati membri di mantenere in vigore e di applicare misure di controllo e sanzionatrici risulta grandemente limitata.

In linea di principio, una qualche competenza al riguardo è fatta salva dall'art. 5 della direttiva del 1960: tale norma prevede infatti che le disposizioni in essa contenute non limitano il diritto degli Stati membri di «verificare la natura e la realtà delle operazioni e dei trasferimenti, né di prendere le misure indispensabili per impedire violazioni delle proprie leggi e regolamenti». Nell'ambito delle operazioni liberalizzate, però, va applicato il principio tradizionalmente enunciato dalla giurisprudenza della Corte a proposito della libera circolazione delle merci e delle persone, secondo il quale le libertà garantite dal diritto comunitario non devono essere compromesse dalle misure di controllo che questo stesso diritto per-

hüls, Karlsruhe, 1965, p. 19 ss., e EHLERMANN, in VON DER GROEBEN-VON BOECKH-THIESING, *Kommentar*, cit., p. 1375 ss.

²⁸ Per questo effetto delle norme comunitarie direttamente applicabili, cfr. le considerazioni contenute nel mio scritto *La diretta applicabilità*, cit., p. 11 ss., p. 45 ss. Il carattere della situazione giuridica tutelata va identificato anche all'interno del sistema giuridico italiano come quello del diritto soggettivo perfetto, e non dell'interesse legittimo, non residuando alcuna sfera di discrezionalità conferita all'autorità amministrativa (*op. loc. cit.*, spec. p. 59 ss.).

²⁹ La giurisprudenza della Corte di giustizia è costante in questo senso: vedi per tutte, a proposito di direttive, le decisioni del 26 febbraio 1976 (causa 52/75), *Raccolta* 1976, p. 277, del 5 aprile 1979 (causa 148/78), in *Raccolta* 1979, p. 1629 e del 12 giugno 1980 (causa 88/79), *Raccolta* 1980, p. 827.

³⁰ Si vedano le considerazioni contenute nel mio scritto *L'attuazione in Italia*, cit., p. 623 ss.

³¹ È applicabile anche in questa materia il principio stabilito a proposito di autorizzazioni all'importazione ed all'esportazione, per cui l'autorizzazione deve essere rilasciata «automaticamente, immediatamente e gratuitamente» a chiunque ne faccia richiesta (Corte di giustizia, sentenza 15 dicembre 1971 in causa 51-54/1971, *Raccolta*, 1971, p. 1107).

mette agli Stati membri di conservare. In particolare, la composizione fra le due opposte esigenze si attua nel senso che, per usare le stesse parole della Corte³², «le misure amministrative e repressive non devono esulare dai limiti di quanto è strettamente necessario, le modalità di controllo non devono essere concepite in modo da limitare la libertà voluta dal Trattato e non è lecito comminare in proposito sanzioni talmente sproporzionate rispetto alla gravità dell'infrazione da risolversi in un ostacolo a tale libertà»³³.

Come la Corte chiaramente afferma, questi limiti vanno tenuti presenti ed applicati anche a proposito delle misure amministrative e penali che gli Stati membri possano mantenere in vigore all'interno del proprio sistema giuridico in forza della competenza riconosciuta loro dall'art. 5 della direttiva. In particolare, il principio di proporzionalità fra gravità dell'infrazione e entità della sanzione mantiene, nell'ambito delle operazioni liberalizzate, tutto il suo rilievo: ed è un peccato che esso non abbia potuto essere ulteriormente vagliato, nella specifica materia dei movimenti dei capitali, dalla Corte di giustizia, in vista del fatto che ne è stata (del resto, correttamente), esclusa l'applicazione nel caso concreto, di fronte ad un'operazione esente da qualsiasi obbligo di liberalizzazione, e quindi estranea alla disciplina del diritto comunitario. Sebbene le parti che hanno presentato osservazioni nel corso del procedimento pregiudiziale avanti alla Corte abbiano discusso questo punto in modo approfondito, la possibilità di ricondurre la situazione oggetto della causa nell'ambito di applicazione della disciplina comunitaria non ha potuto trovarvi alcuna conferma, e la conseguente inapplicabilità dei principi limitativi, quali quello di proporzionalità, è apparsa quindi inevitabile. Neppure il profilo dell'eventuale rilevanza dei principi in tema di diritti fondamentali appare d'altronde invocabile³⁴, in quanto ne è essenziale presupposto che una data situazione rientri pur sempre nell'ambito di applicazione del diritto comunitario: diversamente, potrà eventualmente configurarsi una rilevanza alla luce del sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma non altro.

5. *Al di là del caso Casati*

Nonostante le conclusioni negative alle quali è pervenuta con riferimento alla situazione oggetto del caso concreto, la decisione della Corte contiene dunque l'affermazione di principi di grande rilievo, idonei a svolgere effetti di primo piano nella valutazione delle norme nazionali in materia valutaria alla luce dei prin-

³² Si veda il paragrafo 27 della sentenza *Casati*.

³³ Per altre affermazioni analoghe della Corte riferite ad altre libertà tutelate dal diritto comunitario, si vedano le sentenze nei casi *Watson*, *Sagulo*, *Donckerwolcke* e *Cayrol*, ricordate dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni (al par. 10).

³⁴ In senso contrario, è critico rispetto all'orientamento della Corte, DE VERGOTTINI, *La riserva di competenza*, cit. p. 508 ss.

cipi comunitari. Ed è necessario sottolinearlo, di fronte ad una serie di reazioni, che la sentenza ha provocato, nel senso di considerarla sostanzialmente acquiescente nei confronti delle esigenze statali, e di darne quindi una lettura alquanto riduttiva³⁵. Non dunque una libertà dimezzata, quella che esce consacrata dalla decisione della Corte in tema di movimento di capitali: ma semmai incompleta, in quanto il processo di attuazione rimesso al Consiglio si è arrestato prima di quanto fosse auspicabile.

Certamente, se qualcuno si fosse atteso una valutazione diretta e completa della compatibilità della legislazione valutaria italiana con il diritto comunitario, la decisione della Corte non può che aver deluso l'aspettativa. Ma è del tutto inutile sottolineare che – come del resto già accennato – l'ambito di competenza della Corte in sede di procedimento pregiudiziale, e le particolari caratteristiche del caso concreto, ostavano irrimediabilmente alla possibilità che una simile valutazione venisse compiuta. Importa invece segnalare che i principi generali enunciati dalla Corte sono suscettibili di spiegare rilevante influenza anche sulla valutazione di quella compatibilità, sotto diversi profili.

In primo luogo, ne esce ribadito il carattere di *principio fondamentale* che anche la libertà di movimento dei capitali – così come le altre libertà garantite dal Trattato – ha nell'insieme della struttura comunitaria. Ancorché la disciplina ne sia caratterizzata dalla necessità di conciliazione con le esigenze di tutela della bilancia dei pagamenti, quel carattere risulta innegabile e ribadito dalla Corte, come già in precedenza da altri organi comunitari³⁶. Ne consegue, inoltre, che le restrizioni ammissibili hanno il carattere di *eccezioni* al principio, come risulta anche dal rapporto (sotto il profilo qualitativo, come sotto il profilo quantitativo) fra le operazioni liberalizzate e non nell'ambito della disciplina della direttiva del 1960³⁷. Sotto quest'aspetto, il modo di essere della normativa italiana risulta addirittura opposto, in quanto com'è noto la legge valutaria fondamentale del 1956 configura come vietata per i residenti, salvo apposita autorizzazione amministrativa, l'assunzione di qualsiasi obbligazione dei confronti di non residenti, eccettuato il caso delle compravendite in vista di importazioni ed esportazioni, per le quali il divieto riguarda soltanto il momento esecutivo³⁸.

In secondo luogo, l'esistenza di un vero e proprio diritto comunitariamente protetto a compiere le operazioni oggetto di liberalizzazione comporta una illegit-

³⁵ In questo senso, DE VERGOTTINI, *op. cit.*, p. 508 ss.; e parzialmente TIZZANO, in *Foro it.*, 1982, IV, c. 74 ss.

³⁶ Cfr. la risposta data dalla Commissione il 1° dicembre 1976, all'On. DURIEUX, in *Guce*, 1976, n. C 305, p. 20.

³⁷ Si vedano le considerazioni contenute nel mio scritto *L'attuazione in Italia*, cit., p. 625 ss.

³⁸ In genere, per le caratteristiche del sistema valutario italiano, si vedano gli scritti nei volumi *Il sistema valutario italiano*, Milano, 1981, a cura di Capriglione e Mezzacapo; nonché SANTA MARIA, *Les critères d'application des règles italiennes de change*, in *Comunicazioni e Studi*, vol. XVI (1980), p. 221 ss. V. anche DI STEFANO, *Lineamenti del sistema valutario italiano*, 2 ed., Milano, 1982.

timità dei divieti che siano eventualmente frapposti dal diritto italiano a tale compimento: divieto che dovrà essere rimosso, in sede di applicazione, con strumenti diversi a seconda del modo in cui si configura il rapporto temporale fra norma comunitaria e norma interna, ed a seconda della tesi accolta in ordine alla soluzione del problema nell'ipotesi che la disposizione proibitiva interna sia successiva alla misura comunitaria di liberalizzazione³⁹. Normalmente, peraltro, il contrasto si potrà verificare con riguardo al divieto generale contenuto nella legge del 1956, anteriore all'entrata in vigore dello stesso Trattato di Roma: le misure interne successive, infatti, hanno solitamente il carattere di misure amministrative, a far venire meno le quali è sufficiente il valore formale delle norme comunitarie in quanto applicabili in Italia. Le ipotesi del genere non sono rare⁴⁰.

Ancora. La natura di atto dovuto propria dell'autorizzazione eventualmente richiesta dallo Stato in base alla direttiva del 1960 per le operazioni liberalizzate comporta l'eliminazione di qualsiasi potere discrezionale da parte dell'autorità amministrativa, la quale potrà ben verificare che l'operazione per la quale l'autorizzazione viene richiesta corrisponda nella sua sostanza a quelle oggetto di liberalizzazione, ma sarà priva del potere di valutarne la convenienza economica od altri aspetti di merito al fine di farne dipendere il rilascio del provvedimento autorizzativo. Ne segue la trasformazione della posizione giuridica del privato da mero interesse a vero diritto soggettivo.

Infine, le norme comunitarie relative alle operazioni liberalizzate esplicano rilevanti effetti per quanto concerne la materia delle sanzioni dell'inosservanza delle norme interne. Si è detto che gli Stati membri conservano la competenza di emanare ed applicare norme rispondenti a finalità di controllo e repressione delle infrazioni alle leggi valutarie interne. È però evidente che, in materia di operazioni liberalizzate, si applica il ricordato principio di proporzionalità. E questo, correttamente inteso secondo i principi enunciati a proposito di altre libertà fondamentali dalla Corte di giustizia, importa la conseguenza che siano con esso incompatibili tutte le sanzioni interne che vadano al di là di quanto strettamente necessario al fine di reprimere l'infrazione in rapporto alla sua gravità. Certamente il principio non è rispettato tutte le volte che ad esempio, di fronte ad una operazione oggetto di liberalizzazione comunitaria, la sanzione per la mancanza di autorizzazione amministrativa comporti l'invalidità del negozio posto in essere dal punto di vista privatistico, o misure di carattere penale (in base alla legge 30 aprile 1976, n. 159 e successive modificazioni). In questi casi, infatti, esiste un diritto al compimento dell'operazione, comunitariamente protetto: e la violazione di ca-

³⁹ Il problema è notissimo, e vede su posizioni contrapposte la Corte costituzionale e la Corte comunitaria: si veda per una sintesi il mio scritto *La diretta applicabilità*, cit., p. 48 ss.

⁴⁰ Per numerosi esempi, si veda SANTA MARIA, *European Financial Integration*, cit.; il mio scritto *L'attuazione in Italia*, cit., p. 626 ss.; e TOSATO, *I rapporti contrattuali*, cit., p. 400 ss. Sul punto, si veda TOSATO, *I rapporti contrattuali*, cit., p. 407 ss.; MARI, *Quelques réflexions sur la «mesure excessive» de la sanction pénale par rapport au droit communautaire*, in *Droit communautaire et droit pénal*, cit., p. 159 ss.; UBERTAZZI, *La causa Casati*, cit., p. 639 ss.

rattere meramente formale consistente nel mancato ottenimento dell'autorizzazione (o nel carattere indebito dell'autorizzazione ottenuta) non può essere ragionevolmente sanzionata, nel rispetto del principio di proporzionalità, mediante misure così gravi⁴¹.

I punti di frizione, attuale o potenziale, fra la legislazione valutaria italiana e il diritto comunitario sono dunque numerosi e delicati. La Corte di giustizia non ha avuto la possibilità di darne una valutazione completa sino ad ora, ma il contributo di chiarimento e consolidamento da essa dato al diritto comunitario positivo in materia lascia sperare che si possa in avvenire procedere sulla strada di una loro eliminazione, o perlomeno di una loro attenuazione.

⁴¹ Un tale lavoro di armonizzazione, anche se compiuto sul piano giurisprudenziale e non legislativo, dovrà vertere su questioni specifiche ed investire le singole operazioni economiche disciplinate dal diritto comunitario e da quello nazionale. Appare invece assai più discutibile che possa configurarsi un contrasto di fondo fra i due ordini di norme per il solo fatto che le violazioni delle norme valutarie siano state sanzionate penalmente dal legislatore italiano dal 1976 in poi. È stato sostenuto in dottrina (NUVOLONE, *Lineamenti di diritto penale valutario*, Padova, 1979, p. 58 ss. e LANZI, *La législation pénale*, cit., p. 150 ss.) che l'introduzione della sanzione penale ricadrebbe nell'ambito dell'art. 71 del Trattato, in quanto tale sanzione costituirebbe una nuova restrizione rispetto allo stato esistente al momento dell'entrata in vigore del Trattato. Altri hanno sostenuto l'opinione contraria (DI AMATO, *La disciplina penale delle infrazioni valutarie*, in *Giust. pen.*, 1977, 1, p. 309 ss.; FERRARI, *Legge penale valutaria*, cit., p. 14 ss.). Data la costruzione offerta della norma dell'art. 71, la Corte non ha ovviamente avuto occasione di pronunciarsi sul tema: essa ha tuttavia ricondotto la legislazione valutaria italiana all'art. 73 (*supra* nota 20). Anche l'esistenza di sanzioni penali per le infrazioni valutarie è comunque un elemento che concorre certamente alla caratterizzazione del sistema italiano nel suo complesso, e che potrebbe quindi essere rilevante, oltre che sotto il profilo della proporzionalità della sanzione, anche al fine di valutare nel suo insieme la compatibilità di quel sistema con il sistema comunitario (anche sotto il profilo dell'art. 5 del Trattato Cee).

Il principio del mutuo riconoscimento degli enti creditizi nel mercato interno della CEE *

SOMMARIO: 1. Il principio del mutuo riconoscimento, la posizione della Commissione CEE, l'Atto unico europeo. – 2. Il riconoscimento di atti e norme nel diritto internazionale e nel trattato CEE. – 3. Riconoscimento reciproco, diritto di stabilimento e libertà di prestazione dei servizi. – 4. Il riconoscimento reciproco di enti creditizi secondo la Proposta di direttiva del 1988. – 5. L'esercizio di attività in regime di riconoscimento reciproco. – 6. La «concorrenza fra norme» e i limiti al riconoscimento.

1. *Il principio del mutuo riconoscimento, la posizione della Commissione CEE, l'Atto unico europeo*

Di «mutuo riconoscimento», o «riconoscimento reciproco», di enti creditizi fa menzione, com'è noto, la Proposta di seconda direttiva del Consiglio CEE «mirante al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio e recante modifica della direttiva 77/780/CEE» presentata dalla Commissione al Consiglio il 23 febbraio 1988¹. La nozione in tal modo espressa è il risultato – per ciò che concerne le attività necessarie al completamento del mercato interno – dell'impostazione definita nel 1985 dalla Commissione comunitaria, quando essa si trovò a puntualizzare, nell'ormai famoso Libro Bianco², le strategie e le attività volte alla realizzazione di quel grande mercato entro il 1992, ed a sottoporre al Consiglio europeo l'insieme delle sue proposte.

* Pubblicato in *Diritto del commercio internazionale*, 1989, pp. 183-195.

Testo della relazione presentata al Convegno su «Le direttive comunitarie in materia bancaria e l'ordinamento italiano» tenutosi presso l'Università di Siena dall'1 al 3 giugno 1989. Sono aggiunte le note bibliografiche essenziali. [Nota nell'originale].

¹ La proposta reca la sigla COM (87) 715 def. ed è pubblicata in *Gazz. Uff. Com. Eur.* n. C784/1 del 31 marzo 1988.

² Il documento della Commissione, COM (85) 310 def. datato 14 giugno 1985, è intitolato «Il completamento del mercato interno» ed è stato presentato alla riunione del Consiglio europeo tenutasi a Milano il 28-29 giugno 1985. Successivamente si veda il documento COM (88) 650 def. del 17 novembre 1988, contenente la relazione sullo stato di avanzamento richiesta dall'art. 8B del Trattato CEE.

In quella sede la Commissione, esaminando in via generale il problema dell'eliminazione delle c.d. barriere tecniche, e sottolineando come tale eliminazione rappresentasse «il mezzo per eccellenza con il quale la Comunità conferirà al grande mercato la sua vera dimensione economica ed industriale», esprimeva due concetti destinati a rivestire la più grande importanza ai fini che qui interessano. Da un lato, che gli ostacoli tecnici dovevano essere trattati nello stesso modo, sia che si applicassero alla circolazione delle merci sia che si riferissero invece alla prestazione dei servizi intracomunitari; dall'altro, che la loro eliminazione avrebbe dovuto avvenire, secondo la nuova impostazione elaborata dalla Commissione, non tanto insistendo sull'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative dei vari Stati membri, secondo il meccanismo dell'art. 100 del Trattato CEE, quanto invece ricorrendo alle nozioni di *mutuo riconoscimento* e di *equivalenza* (par. 13 del Libro Bianco). Applicando poi, in particolare, tali concetti ai servizi finanziari, la Commissione proseguiva affermando di ritenere che avrebbe dovuto essere possibile

«facilitare lo scambio di tali 'prodotti finanziari' a livello della comunità, applicando un minimo di coordinamento delle norme (particolarmente in campi quali l'autorizzazione, il controllo finanziario e la riorganizzazione, la liquidazione delle società, ecc.) come base del reciproco riconoscimento, da parte degli Stati membri, di ciò che viene fatto da ciascuno di essi per salvaguardare gli interessi del pubblico» (par. 102),

facendo poi seguire a tali affermazioni generali la specificazione di quanto essa considerava necessario, in applicazione di tali principi, nel campo specifico degli istituti di credito (paragrafi 103 e 104).

Il principio-guida in tal modo individuato, come è stato da più parti correttamente rilevato³, segnava il definitivo abbandono, da parte della Commissione, dell'indirizzo in precedenza seguito, che era piuttosto fondato sull'idea dell'*armonizzazione completa* dei diritti nazionali. A tale armonizzazione completa o totale viene sostituita un'impostazione di carattere pluralistico, la quale mira da un lato a conseguire soltanto un'armonizzazione *minima* di alcuni requisiti considerati essenziali, e dall'altro – lasciando sussistere una pluralità di realtà normative diverse – ad assicurarne il *riconoscimento reciproco*, sul presupposto della loro rispondenza ai suddetti requisiti minimi e, perciò, della loro sostanziale equivalenza.

Una traduzione normativa in termini generali di tale nuova impostazione è stata poi compiuta, com'è noto, dall'Atto Unico europeo, il quale prevede, al suo art. 19 – ed in base al nuovo art. 100 *B* del Trattato CEE –, che nel corso del 1992

³ Sul punto si vedano B. NICOSIA, *L'unificazione del mercato bancario europeo: la seconda direttiva di coordinamento*, Roma, 1988, p. 21 ss.; T. PADOA SCHIOPPA, *Verso un ordinamento bancario europeo*, in *L'impresa. Riv. ital. management*, Convegno tenutosi il 23 ottobre 1987, p. 5 ss.; G. GIACALONE, *Verso l'Europa delle banche. Origini e sviluppi della normativa comunitaria nel settore bancario*, in *Foro it.*, 1989, IV, 96 ss.

venga compiuto un inventario delle disposizioni interne «rientranti nella sfera dell'art. 100 A» (ossia, incidenti sull'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno) che non sono state oggetto di armonizzazione secondo tale articolo, e che il Consiglio possa decidere che talune disposizioni in vigore in uno Stato membro devono essere riconosciute come equivalenti a quelle applicate da un altro Stato membro⁴.

Se quella appena segnalata può considerarsi l'origine del principio del riconoscimento reciproco nell'ambito della nuova politica seguita dalla Commissione dal 1985 in poi, si deve però rilevare che la nozione in se stessa non era affatto nuova, ma al contrario era già presente (fra l'altro) in varie norme del Trattato CEE, e che – d'altronde – la sua precisa portata per ciò che riguarda gli enti creditizi va ricostruita alla luce delle successive applicazioni che ne sono state fatte sin qui. Ciò consentirà di pervenire a qualche conclusione più precisa in ordine al significato del principio nella materia che ci riguarda.

2. *Il riconoscimento di atti e norme nel diritto internazionale e nel trattato CEE*

Il testo originario del Trattato istitutivo della CEE già prevedeva, in alcune sue norme, il «riconoscimento reciproco» di atti, norme ed enti propri di uno Stato membro nell'ambito di tutti gli altri. Così l'art. 57 par. 1 prevede l'emanazione di direttive del Consiglio «intese al reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli», mentre l'art. 220 prevede l'avvio di negoziati fra gli Stati membri fra l'altro per garantire il «reciproco riconoscimento delle società a mente dell'articolo 58, comma secondo» (frutto di tali negoziati è stata, come si sa, la Convenzione di Bruxelles del 29 febbraio 1968 sul reciproco riconoscimento di società e persone giuridiche, peraltro non entrata in vigore⁵ nonché delle decisioni giudiziarie. Tali norme contengono già i lineamenti essenziali della figura del «reciproco riconoscimento» dei fenomeni giuridici ai quali si riferiscono: ma, alla fine di valutarne più ampiamente il significato, è opportuno inquadrarle a loro volta in un ambito più vasto.

In effetti, il fenomeno del «riconoscimento» di atti e valori giuridici di uno Stato da parte di un altro si inserisce in un filone ben noto, tanto a livello di diritto internazionale pubblico, quanto a livello di diritto internazionale privato (inteso quest'ultimo in senso ampio). Sotto il profilo dei rapporti puramente interstatali, basti ricordare tutte le ipotesi nelle quali gli Stati sono tenuti, in forza del diritto

⁴ Sul ruolo dell'Atto unico europeo nella prospettiva che qui interessa, cfr. per tutti A. TIZZANO, *L'Atto unico europeo e la realizzazione del mercato interno*, in *Foro it.*, 1989, IV, 75 ss.

⁵ Su tale Convenzione e sul ruolo del principio del riconoscimento reciproco nell'ambito della medesima, cfr. A. SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, 1970, p. 198 ss.

internazionale generale, a non negare gli effetti prodotti da atti e norme di altri Stati nell'ambito del territorio di questi: ed in tal senso, a «riconoscerli». Si tratta di una figura che fa emergere una rilevanza di atti e norme, che si concreta nell'obbligo incombente agli Stati diversi da quello al quale appartengono di non sottoporli a sindacato e di non sovrapporvi proprie contrastanti valutazioni⁶; e ne sono alcuni esempi significativi le norme in materia di cittadinanza, gli atti di nazionalizzazione, o le norme in materia di controllo dei cambi, che altri Stati non potrebbero pretendere di disconoscere per quanto attiene agli effetti sulla disciplina della vita sociale che essi abbiano prodotto nell'ambito del territorio dello Stato che li ha emanati. Dal diritto internazionale generale, poi, il fenomeno è passato anche a quello convenzionale, a volte nell'ambito di un mero accertamento delle norme generali preesistenti. Si pensi alla Convenzione dell'Aja del 1930 in materia di cittadinanza, che stabilisce l'obbligo di riconoscimento reciproco delle leggi interne in materia di cittadinanza⁷ ed al celebre art. VIII, sez. 2, lett. b) dello Statuto del Fondo monetario internazionale, che – condannando all'ineseguibilità (*unenforceability*) tutti gli *exchange contracts* concernenti la valuta di un Paese membro che siano contrari alle norme sul controllo dei cambi di quel Paese, mantenute o istituite in conformità con l'accordo – assicura in tutti gli Stati membri l'efficacia delle regole sul controllo dei cambi di uno di essi, ossia il loro riconoscimento, facendo funzionare nei loro confronti una sorta di *full faith and credit clause*⁸.

Dal piano del diritto che regola i rapporti interstatali, la portata della nozione di «riconoscimento» di atti e valori giuridici stranieri si fa via via più estesa man mano che si passa a livello di rapporti fra sistemi giuridici interni. Alla fenomenologia internazional-privatistica intesa in senso ampio, comprensiva cioè di tutte le tecniche di richiamo di valori giuridici propri di un sistema da parte di un altro, vanno ricondotte una serie di ipotesi di riconoscimento di tali valori, nelle quali norme od atti di un ordinamento vengono assunti come idonei ad esplicare nell'ambito di altri i propri effetti tipici, o quantomeno a costituire il presupposto degli stessi effetti ricollegati in questi altri sistemi ad atti analoghi ad essi appartenenti⁹. In tali ipotesi, l'ampiezza degli effetti riconosciuti è in funzione dell'intento di assicurare l'uniformità e la continuità della vita giuridica interindividuale, e dunque è in certo senso inversamente proporzionale all'intensità dell'interesse

⁶ Sul punto mi permetto di rinviare al mio lavoro *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano, 1972, p. 246 ss. anche per ulteriori riferimenti e per l'esame della prassi internazionale sulla quale la conclusione enunciata si fonda.

⁷ Convenzione relativa a certe questioni in materia di conflitto di leggi sulla cittadinanza, in *League of Nations Treaty Series*, vol. 179, p. 89 ss., in base alla quale ogni Stato può determinare in base alla propria legge i soggetti aventi la propria cittadinanza, e tale legge dovrà essere riconosciuta dalle altre parti contraenti.

⁸ Sulla norma, ed in generale sul sistema di Bretton Woods, cfr. F.A. MANN, *The legal Aspect of Money*⁴, Oxford, 1982, pp. 372 ss., 510 ss.

⁹ Per le diverse ipotesi cfr. G. MORELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*², Padova, 1943.

pubblicistico in giuoco. Mentre il «riconoscimento» previsto dal diritto internazionale generale, nei limiti sopra indicati, è proprio e solo in funzione dell'interesse eminentemente pubblicistico di ciascuno Stato alla non ingerenza da parte degli altri nella disciplina della propria vita sociale interna.

Alla luce di questi brevi cenni, necessariamente assai generali, si può inquadrare ora la prospettiva in cui si colloca il Trattato di Roma nel prevedere il reciproco riconoscimento di valori giuridici di uno Stato nell'ambito di un altro. Non si tratta di una prospettiva di tipo federalistico, che preveda – sulle orme dell'art. 4 della Costituzione degli Stati Uniti d'America – l'obbligo di ogni Stato membro di dare *full faith and credit* agli atti di tutti gli altri. Neppure si tratta, però, di una mera riaffermazione dell'obbligo «minimo» di riconoscimento assicurato dal diritto internazionale generale. In realtà, si rivela anche qui la specificità propria del diritto comunitario, che utilizza tecniche giuridiche note per raggiungere obiettivi particolari strettamente connessi ai tipici fini comunitari. Così, nel caso del riconoscimento di titoli di studio, gli atti amministrativi stranieri vengono assunti come equivalenti di analoghi atti propri di ciascuno Stato membro¹⁰, mentre nel caso del riconoscimento reciproco di società e persone giuridiche si ha riguardo ad un duplice fenomeno, ossia, da un lato, all'estensione da un ordinamento all'altro dei presupposti e degli effetti dell'esigenza dei soggetti giuridici considerati, e dall'altro, all'ammissione dell'ente allo svolgimento di determinate attività, equiparando il soggetto appartenente ad uno Stato a quelli appartenenti a tutti gli altri¹¹. Il tutto avendo di mira la realizzazione delle libertà fondamentali garantite dal Trattato, e pertanto nell'ottica di un ordinamento giuridico comunitario del quale Stati ed imprese sono egualmente soggetti.

3. *Riconoscimento reciproco, diritto di stabilimento e libertà di prestazione dei servizi*

Nell'utilizzare il principio del «riconoscimento reciproco» di situazioni ed atti, la Commissione comunitaria si è dunque avvalsa di una tecnica giuridica nota e diffusa nell'esperienza internazionale, e non sembra meritare le critiche che a tale utilizzazione sono state rivolte.

In particolare, è stato da alcuni sottolineato che il principio in questione deriverebbe da una trasposizione al settore del diritto di stabilimento e della prestazione dei servizi di quanto stabilito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia comunitaria in materia di libertà di circolazione delle merci specie nel notissimo caso *Cassis de Dijon*. Qui la Corte aveva ritenuto che costituisse misura di effetto

¹⁰ Sulla relativa figura si veda G. BISCOTTINI, *Diritto amministrativo internazionale*, I, Padova, 1964, pp. 29 ss., 401 ss.

¹¹ Si veda F. CAPOTORTI, *Il problema del reciproco riconoscimento delle società nella Comunità economica europea*, in *Riv. società*, 1966, p. 969 ss.

equivalente ad una restrizione quantitativa all'importazione una disciplina nazionale che vietasse l'importazione ed il commercio in uno Stato membro di un prodotto conforme alle norme tecniche del suo Paese di origine, e ciò anche se la disciplina nazionale che poneva tale divieto non facesse alcuna distinzione fra prodotti di quel Paese e prodotti importati (non si trattasse, cioè, di misura discriminatoria)¹². Ora, si è ritenuto che tale estensione del principio dal settore della circolazione delle merci a quello della prestazione dei servizi non sarebbe logicamente e giuridicamente giustificato, sia per la diversità delle situazioni sottostanti, sia per il diverso modo in cui il Trattato le disciplina, ossia imponendo un divieto assoluto di restrizioni nel primo caso, e un obbligo di equiparazione ai nazionali, nel secondo¹³.

A questo riguardo però è facile rilevare che con i principi enunciati dalla Corte nel caso ricordato il principio del riconoscimento reciproco può, sì, considerarsi dotato di una certa affinità di *ratio*, ma non più di questo. Il riconoscimento reciproco si fonda in realtà sul principio dell'equivalenza fra norme di uno Stato e norme di un altro, e fra le condizioni da tali norme prescritte: un'idea di questo genere si inserisce perfettamente in un orientamento di gran lunga più antico, e trova oggi traduzione sul piano del diritto positivo nell'Atto unico. Il relativo fondamento non va pertanto individuato in un dato filone giurisprudenziale, e nella – più o meno problematica – applicazione dei risultati di quest'ultimo ad un campo diverso. Si tratta ormai di una tecnica, solo parzialmente nuova, fondata su espresse disposizioni del diritto comunitario positivo, di per sé suscettibile di vaste applicazioni¹⁴.

Peraltro si può osservare che, anche nel settore della libera prestazione dei servizi, l'applicazione ad imprese straniere delle stesse norme dettate in uno Stato per i nazionali, ove queste ad esempio siano già state sottoposte a controlli ed abbiano ottenuto le necessarie autorizzazioni nello Stato di stabilimento, potrebbe condurre ad una discriminazione c.d. materiale o di fatto, riproducendo così la situazione che la Corte ha sanzionato nella decisione in precedenza citata¹⁵. Sicché, sotto questo profilo, anche la mera trasposizione al campo della prestazione dei servizi di orientamenti sorti a proposito della circolazione delle merci finisce per rivelarsi tutt'altro che ingiustificata.

¹² Corte di Giustizia, 20 febbraio 1979 (causa 120/78), in *Racc. giurisprudenza della Corte*, 1979, p. 649 ss.

¹³ Per una critica si veda ad es. S. MACCARONE, in *Libera circolazione dei capitali e disciplina comunitaria delle banche*, a cura di P. de Caterini e V. Gremientieri, Milano, 1987, p. 19 s.

¹⁴ Si vedano le osservazioni di F. CAPOTORTI, in *Assicurazioni e mercato comune*, Milano, 1988, p. 182 ss.

¹⁵ Al riguardo cfr. L. DANIELE, in *Assicurazioni e mercato comune*, cit., p. 174 ss.

4. *Il riconoscimento reciproco di enti creditizi secondo la Proposta di direttiva del 1988*

Veniamo ora all'esame più specifico della portata del principio del riconoscimento reciproco di enti creditizi nei lavori svolti sin qui a livello comunitario, ed in particolare nel Progetto di seconda direttiva di coordinamento del 1988. In conformità al più generale orientamento espresso nel Libro Bianco, tale progetto è fondato sull'idea dell'attuazione di un'*armonizzazione minima* delle norme relative alla creazione, al funzionamento ed alla disciplina dell'ente creditizio, quale premessa per la realizzazione del principio del *riconoscimento reciproco* degli enti. In particolare, l'*armonizzazione minima* è intesa a garantire una salvaguardia adeguata di alcuni beni pubblici fondamentali – che sono sì di interesse pubblico degli Stati membri, ma anzitutto attengono all'interesse comunitario come autonomo rispetto a quelli –, la soddisfazione dei quali permette di imporre a tutti gli Stati membri di non usare le difformità normative quale ostacolo all'ammissione di un istituto bancario ad operare in tutto il mercato europeo¹⁶.

L'*armonizzazione minima* comprende, com'è noto, i seguenti problemi: condizioni di autorizzazione (sotto il profilo dei fondi propri minimi, dell'identità dei soci); condizioni di esercizio dell'attività (fondi propri, soci, partecipazioni in imprese, organizzazione e controllo). Questa disciplina armonizzata si salda, nell'ambito del Progetto, con quella derivante dalle altre direttive, già approvate od in corso di definizione (prima direttiva di coordinamento, direttiva istitutiva la vigilanza su base consolidata, direttiva sui conti annuali, progetti sui fondi propri e sui coefficienti di solvibilità) nonché alle raccomandazioni sulla disciplina dei grandi rischi e sull'istituzione di un sistema di garanzia dei depositi¹⁷. Ed è specificamente previsto dal Progetto (art. 22) che l'attuazione interna della direttiva, da effettuarsi al più tardi entro il 1° gennaio 1993, si accompagni all'entrata in vigore dei due progetti di direttiva sui fondi propri e sui coefficienti di solvibilità.

Su questa base, si prevede che scatti l'applicazione del principio del riconoscimento reciproco. Secondo il Progetto di seconda direttiva, il principio si esplica in una duplice serie di conseguenze. Anzitutto, l'autorizzazione al costituirsi ed a operare quale istituto bancario rilasciata dall'autorità competente di uno Stato membro è riconosciuta in tutti gli altri Stati della Comunità, ai fini dello stabili-

¹⁶ Si vedano in generale, oltre agli scritti già ricordati *supra* alla nota 3, G. LANCIOTTI, *La normativa comunitaria e l'evoluzione del sistema creditizio italiano*, in *Banca Impresa Società*, 1988, p. 247 ss.; G. GODANO, *Aspetti dell'integrazione bancaria nel nuovo quadro normativo comunitario*, in *Foro it.*, 1989, IV, 101 ss.

¹⁷ Per un quadro d'insieme della disciplina comunitaria del settore bancario, si veda, oltre al già citato G. GIACALONE, *Verso l'Europa delle banche*, *loc. cit.*, nota 3, P. CLAROTTI, *La politica comunitaria in materia bancaria*, in *L'Europa dei capitali e delle banche a trent'anni dai Trattati di Roma*, Milano, 1988, p. 5 ss.; F. CARBONETTI, *L'evoluzione dell'ordinamento creditizio italiano e le direttive comunitarie di armonizzazione*, *ivi*, p. 71 ss.; e su alcuni singoli problemi, *L'armonizzazione comunitaria dei diritti bancari nazionali*, Studi raccolti da L.C. UBERTAZZI, Padova, 1989.

mento di una succursale o mediante libera prestazione dei servizi, senza possibilità che tali altri Stati richiedano più che una notifica dell'intenzione di stabilirsi o di prestare servizi o determinate informazioni (articoli 16, 17 e 18 del Progetto)¹⁸.

In secondo luogo, il riconoscimento stabilito dal progetto garantisce ad ogni ente creditizio la possibilità di operare nell'intero mercato comune secondo le norme previste ed in base alle tecniche consentite nel proprio Stato di origine, svolgendo almeno le attività che figurano nella lista allegata al Progetto (che comprende tredici categorie di operazioni, dalla raccolta di depositi alla concessione di crediti incluso quello al consumo ed ipotecario e *factoring*, dal *leasing* finanziario al servizio di intermediazione finanziaria), e con i soli limiti che si vedranno¹⁹.

In connessione con le disposizioni indicate, il Progetto ribadisce il principio – del resto, già implicito nella precedente normativa – che la vigilanza su di un ente creditizio, anche in relazione alle attività svolte mediante l'esercizio del diritto di stabilimento e della libertà di prestazione dei servizi, compete alle autorità dello Stato membro di origine, che la esercitano – anche in collaborazione con gli Stati membri ospitanti mediante scambio di informazioni, verifiche, consultazioni – secondo le modalità previste nell'art. 19 (principio del c.d. *home country control*)²⁰.

5. L'esercizio di attività in regime di riconoscimento reciproco

Il principio del riconoscimento reciproco nel senso appena visto rappresenta la base essenziale dell'esercizio da parte dell'istituto bancario del diritto di stabilimento e della libertà di prestare servizi nel mercato interno.

La determinazione concreta delle attività esercitabili sotto tali profili, come si è già detto, va effettuata sulla base di quelle che l'ente ha il potere di svolgere, in virtù dell'autorizzazione ricevuta, nello Stato di origine, purché rientrino fra quelle fondamentali dell'impresa bancaria elencate nell'allegato al Progetto, oppure – se non ricomprese in tale lista – non contrastino con motivi di interesse pubblico che ne rendano impossibile l'esercizio nello Stato ospitante (secondo l'art. 17.4 del Progetto). Eguale disciplina è prevista dall'art. 16.2 a favore degli enti finanziari affiliati di enti creditizi di altri Stati membri, a condizione che questi ultimi –

¹⁸ È appena il caso di ricordare che il diritto di prestare i servizi costituisce una situazione giuridica a sé stante, e non può essere subordinato ad un requisito di stabilimento sul territorio nel quale i servizi sono destinati ad essere prestati, come è stato stabilito dalla Corte di Giustizia in materia di servizi assicurativi (sentenze del 4 dicembre 1986 nelle cause 220/83, 252/83, 205/84 e 206/84) in *Raccolta*, 1986, p. 3663 ss.).

¹⁹ B. NICOSIA, *L'unificazione*, cit., p. 25 ss.

²⁰ Si veda la direttiva 350/83 del 13 giugno 1983, in *Gazz. Uff. Com. Eur.* n. 183 del 18 luglio 1983, p. 18, e le considerazioni di G. GIACALONE, *Verso l'Europa delle banche*, cit., 92 ss., che sottolinea come il criterio dello «*home country control*» rappresenti esso stesso il «reciproco riconoscimento dei provvedimenti di vigilanza bancaria» (*ivi*, 98).

autorizzati come tali – detengano almeno il 90% delle quote di proprietà o delle azioni dell'affiliata, si siano dichiarati garanti in solido degli impegni di questa, e che l'affiliata sia sottoposta alla vigilanza su base consolidata in conformità della direttiva CEE 83/350. In tale disciplina si coglie la soluzione di compromesso raggiunta nella proposta di direttiva per quanto concerne la determinazione dei soggetti titolari del diritto di stabilimento e di prestazione dei servizi: mantenendo ferma la nozione «ristretta» di ente creditizio, quale risulta dalla prima direttiva di coordinamento, il Progetto fa leva sulla determinazione concreta di attività svolte, ammettendo a svolgerle in regime liberalizzato anche le imprese affiliate, ed estendendo così il principio del mutuo riconoscimento anche all'offerta indiretta di servizi da parte di istituti bancari organizzati secondo schemi partecipativi e non secondo il modello di banca universale presente in alcuni Stati membri²¹.

Il meccanismo risultante dall'insieme normativo descritto è dunque il seguente:

– tutti gli enti autorizzati in uno Stato membro della Comunità – paese di origine – potranno esercitare le attività di cui all'elenco in regime di reciproco riconoscimento, purché tali attività siano consentite in base all'autorizzazione rilasciata dallo Stato di origine;

– tali enti potranno esercitare tali attività nello Stato ospitante, *anche se* esse non sono consentite agli istituti bancari di tale Stato;

– se l'autorizzazione dello Stato di origine non permette l'esercizio di alcune fra le attività dell'elenco, gli enti creditizi di tale Stato non potranno svolgere tali attività neppure nel Paese ospitante;

– tali ultimi enti creditizi potranno comunque giovare del diritto di stabilimento e della libertà di prestazione dei servizi garantiti dal Trattato CEE, beninteso osservando in tali casi il regime di autorizzazioni eventualmente vigente nello Stato ospitante.

Il diritto di svolgere le attività considerate in regime di riconoscimento reciproco, sulla base della sola autorizzazione dello Stato di origine, risulta considerato dal Progetto come diritto fondamentale, non sottoposto all'esercizio di alcuna discrezionalità da parte delle autorità nazionali, sicché una volta decorso il termine stabilito per l'emanazione delle norme interne necessarie perché gli Stati membri si conformino alla direttiva (31 dicembre 1992), esso sarà direttamente invocabile da tutti i soggetti nazionali nei confronti degli Stati membri²².

Vale la pena di ricordare che, secondo la normativa contenuta nel Progetto, le autorità del Paese di origine – e, in certi casi (inattività delle prime, inefficacia dei provvedimenti adottati o urgenza), anche quelle del Paese ospitante – possono assumere provvedimenti nei confronti degli enti creditizi che non ottemperino a di-

²¹ Sul punto si veda P. LANCIOTTI, *La normativa comunitaria*, cit., p. 250 ss.

²² È ormai orientamento consolidato che anche certe norme contenute in direttive – e non solo nel Trattato e nei regolamenti – possono essere direttamente applicabili all'interno degli Stati membri, ove concorrano certe condizioni (v. per riferimenti il mio lavoro *La diretta applicabilità nel diritto comunitario*, Milano 1980, p. 30 ss.).

sposizioni adottate per motivi di interesse pubblico in applicazione delle norme della direttiva riguardanti le competenze dello Stato membro ospitante. Meriterebbe, a tale riguardo di essere chiarito se in tali disposizioni interne possano, secondo il Progetto, farsi rientrare anche quelle dettate dagli Stati membri in relazione all'esercizio delle attività ricomprese nell'elenco allegato, o soltanto quelle concernenti attività non vietate dall'autorizzazione del Paese di origine, ma non figuranti nella lista (come specificato dall'art. 17.4 e 6 per la fase relativa all'inizio dell'attività di una succursale).

6. *La «concorrenza fra norme» e i limiti al riconoscimento*

Come si è indicato, una dimensione essenziale del principio del riconoscimento reciproco consiste nella possibilità che l'ente creditizio operi in tutto il mercato interno in base alle tecniche finanziarie in uso nello Stato membro di origine, nonché alle norme in vigore nell'ambito di quest'ultimo. Ne deriva il fenomeno che è stato definito di «concorrenza fra le norme» alle quali ogni istituto bancario è soggetto, accanto alla concorrenza fra gli operatori sull'unico mercato²³.

Dal punto di vista giuridico-formale, tale fenomeno riproduce, ancora una volta, situazioni ben note: accanto all'assunzione, da parte di ciascun ordinamento degli Stati membri, di provvedimenti autorizzativi e di vigilanza emanati dagli altri come equivalenti ai propri e capaci di formare il presupposto degli effetti previsti dal proprio sistema, si avrebbe l'ammissione di enti creditizi allo svolgimento di determinate attività, che in se stesse possono essere sottoposte alla disciplina privatistica propria di ordinamenti diversi in base ai normali principi di diritto internazionale privato.

Nel caso specifico degli enti creditizi, tale prospettiva ha creato qualche preoccupazione, in vista del fatto che ne verrebbe in qualche modo affidato al giuoco delle forze del mercato il compito di far prevalere in concreto l'una o l'altra soluzione, e d'altro lato che manca allo stato una qualsiasi armonizzazione del diritto sostanziale che regola i contratti bancari o qualsiasi tentativo di determinare nuclei di norme inderogabili a tutela del contraente più debole²⁴.

Ora, non vi è dubbio che l'esistenza nell'ambito del grande mercato interno europeo di una pluralità di enti creditizi collegati a Paesi d'origine diversi, ognuno operante secondo le proprie norme e le proprie tecniche, potrà determinare, almeno in via transitoria, situazioni complesse in considerazione della tendenza degli istituti bancari ad operare attraverso filiali e della altrettanto viva tendenza della pratica a vedere nella legge nazionale dell'istituto il centro di gravità di ciascuna operazione, e pertanto a rendere applicabile tale legge (anche sotto il profilo del «collegamento più stretto» sul quale fa perno la disciplina della Convenzione di

²³ T. PADOA SCHIOPPA, *Verso un ordinamento*, cit., p. 8 ss.; B. NICOSIA, *L'unificazione*, cit., p. 40 ss.

²⁴ Si vedano le considerazioni di G. GODANO, *Aspetti dell'integrazione bancaria*, cit., 102 s.

Roma del 1980 nella legge applicabile alle obbligazioni contrattuali)²⁵. Ma in ciò non è da vedere altro che l'inevitabile risultato di un quadro complessivo entro il quale all'allargamento del mercato operato dal fenomeno dell'integrazione non fa riscontro, sul piano giuridico, il venir meno della divisione in una pluralità di Stati. In una situazione del genere la tecnica di tipo conflittuale, propria del diritto internazionale privato, non può che continuare ad applicarsi, ed anzi a trovare maggiori spazi quanto maggiore è la circolazione di un prodotto – come quello finanziario – che si caratterizza per la stretta connessione con i dati giuridici che gli sono impressi dalle diverse forme contrattuali. Il problema che potrebbe porsi, a tale riguardo, è se l'armonizzazione minima presupposta dal principio del riconoscimento reciproco non debba investire anche il settore delle norme relative ai contratti relativi alle attività svolte in regime di riconoscimento: come in altri casi le istituzioni comunitarie hanno mostrato di ritenere (si veda, al riguardo, l'art. 7 della seconda direttiva del 22 giugno 1988 in materia di contratti di assicurazione diversi da quelli di assicurazione sulla vita, che pone una disciplina uniforme di diritto internazionale privato)²⁶. Nel caso dell'attività degli enti creditizi, peraltro, ciò non è stato ritenuto.

A questo riguardo può nascere un problema, non sufficientemente chiarito allo stato della disciplina, sotto il profilo dei limiti opponibili in ciascuno Stato membro all'applicazione delle tecniche finanziarie e normative adottate dagli enti ammessi ad operare in regime di riconoscimento reciproco. Ovviamente, rimarrà utilizzabile nei vari sistemi il normale limite dell'ordine pubblico internazionale, oltre a quelli speciali derivanti da eventuali norme di applicazione necessaria proprie di ciascun ordinamento. Ma oltre a ciò, il Progetto prevede – come si è già ricordato – che possa venire sanzionata a carico dell'ente creditizio la mancata osservanza di «disposizioni legislative adottate da uno Stato membro per motivi di interesse pubblico», e tali disposizioni – stando a quanto risulta da un considerando – possono essere opposte anche all'esercizio dell'attività dell'ente secondo le tecniche finanziarie in uso nel suo Stato di origine. Ora, considerando il normale rilievo dell'interesse pubblico nella disciplina delle attività bancarie, sembra chiaro che una simile tecnica di salvaguardia degli interessi essenziali di uno Stato membro – se estesa, come sembra, anche alla disciplina dell'esercizio da parte dell'ente delle attività comprese nella lista allegata al Progetto – può in realtà condurre alla pura e semplice sovrapposizione di tecniche e norme nazionali, e ad un sostanziale svuotamento del contenuto stesso del principio del riconoscimento reciproco.

²⁵ Sul punto cfr. L. RADICATI DI BROZOLO, *La legge regolatrice delle operazioni bancarie secondo la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, in *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983, p. 83 ss.

²⁶ Si tratta della direttiva 88/357/CEE, in *Gazz. Uff. Com. Eur.* n. L 172 del 4 luglio 1988, p. 1 ss.

Note sul diritto dei singoli ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva contro le violazioni del diritto comunitario *

SOMMARIO: 1. Diritto alla tutela giurisdizionale e ruolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. – 2. La competenza degli organi giurisdizionali nazionali. – 3. Il c.d. principio dell'autonomia procedurale ed i suoi limiti. – 4. Aspetti concreti del diritto a tutela piena ed effettiva. – 5. (*segue*) Tutela cautelare e diritto a risarcimento. – 6. Aspetti problematici dell'evoluzione giurisprudenziale. – 7. Fondamento del meccanismo comunitario di controllo.

1. *Diritto alla tutela giurisdizionale e ruolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*

Il presente scritto intende cercare di contribuire al chiarimento del modo in cui l'attuale stato del sistema comunitario europeo consente di configurare un diritto, conferito dallo stesso sistema dell'Unione, alla tutela piena ed effettiva delle situazioni giuridiche nascenti da quest'ultimo da parte delle giurisdizioni nazionali degli Stati membri. Si tratta dunque di un profilo particolare di un problema generale di portata ben più ampia¹: esso non affronta nel suo insieme la tematica della tutela giurisdizionale dei singoli nel sistema comunitario, ma riguarda soltanto la determinazione dell'incidenza che principi e norme comunitari possono spiegare sulle varie forme di quella tutela, quando ad assicurarla siano chiamati i giudici nazionali. Ciò accade normalmente quando è in questione l'attuazione interna di situazioni giuridiche soggettive attribuite ai singoli dal diritto comunitario, in particolare nei confronti degli Stati membri.

Quando si menzioni la tutela giurisdizionale di un singolo come oggetto di un diritto fondamentale, il pensiero corre immediatamente all'affermazione che di un tale diritto fa la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, rispettivamente nei suoi artt. 6 e 13. Come è ben noto, le norme contenute in tali articoli consacrano il

* Pubblicato in *Jus*, 1999, pp. 373-387.

¹ Sul tema in generale cfr. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, «Foro it.» 1995, IV, c. 13 ss. (e in *Studi in ricordo di A.F. Panzera*, Bari 1995, II, p. 911 ss.).

diritto ad un equo processo, la prima, e ad un ricorso effettivo, la seconda, quali diritti riconosciuti dagli Stati contraenti «ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione», secondo quanto stabilito dall'art. 1 Conv.² Non vi è dubbio che i diritti definiti dagli articoli ora ricordati possono essere considerati ormai come contenuto di un principio generale di diritto comunitario, che fa parte del relativo ordinamento giuridico e del quale, quindi, la Corte di giustizia deve garantire l'osservanza³. Questa conclusione discende infatti dallo sviluppo del sistema comunitario e dagli indirizzi cui esso è venuto sempre più ispirandosi nel corso della sua evoluzione, ed è ribadita in via generale da numerose, e notissime, manifestazioni giurisprudenziali⁴. Vi ha influito, d'altra parte, la egualmente nota *Dichiarazione comune* del 5 aprile 1977 del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione⁵; ed essa si trova oggi ribadita sul piano normativo dall'art. F.2 del Trattato di Maastricht sull'Unione Europea, che nel sancire il rispetto da parte dell'Unione dei diritti fondamentali li riconduce ai «principi generali del diritto comunitario» indicandone i criteri di individuazione nella Convenzione europea e nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri⁶, così codificando in sostanza i risultati dell'evoluzione giurisprudenziale precedente⁷.

Coerentemente con questa configurazione, peraltro, i diritti all'equo processo e al ricorso effettivo sono considerati come contenuto di un «principio giuridico generale» sul quale le tradizioni comuni agli Stati membri sono basate⁸. In questo modo, essi vengono svincolati da quella che ne è la fonte diretta nella Convenzio-

² Sulla disciplina della Convenzione europea in materia di equo processo e di ricorsi, cfr. per tutti, da ultimo, JACOBS-WHITE, *The European Convention on Human Rights*, Oxford 1996, p. 122 ss., 335 ss.

³ Così la Corte di giustizia ha affermato, in via del tutto generale, in sent. 15 maggio 1986, causa 222/84, *Johnston*, «Racc.» 1986, p. 1651 ss., cit. a p. 1682. Cfr. anche sent. 15 ottobre 1987, causa 222/86, *Heylens*, *ibid.*, 1987, p. 4097 ss., cit. a p. 4117.

⁴ Per tutte si ricordino quelle del 14 maggio 1974, causa 4/73, *Nold*, e del 13 dicembre 1979, causa 44/79, *Hauer*, «Racc.» rispettivamente 1974, p. 491 ss., e 1979, p. 3727 ss. In dottrina, TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee*, in *Studi in onore di G. Sperduti*, Milano 1984, p. 720 ss.; TESAURO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, «Riv. int. dir. uomo» 1992, p. 426 ss.

⁵ Cfr. «GUCE» 1977, n. C 103, p. 1.

⁶ Va ricordato anche il nuovo testo dell'art. F, par. 1 come modificato dall'art. 1, n. 7, Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997, secondo il quale «L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri».

⁷ In questo senso si è espresso l'Avvocato generale Jacobs nelle conclusioni presentate nel caso *Bosphorus Hava Yollan* (sent. 30 luglio 1996, causa C-84/95, «Racc.» 1996, p. 1-3953 ss., cit. a p. 3971) (par. 52). Sul rapporto fra Convenzione europea e sistema comunitario si ricordi anche il parere della Corte (n. 2/94, 28 marzo 1996) sull'adesione della Comunità alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali («Racc.» 1996, p. 1-1759 ss.), sul quale Rossi, *Il parere 2/94 sull'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo* («Il dir. dell'Unione eur.» 1996, p. 839 ss.).

⁸ Così la Corte nello stesso caso *Johnston* (cfr. *supra*, nota 3) in cui la sentenza richiama anche gli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

ne europea, ossia dagli artt. 6 e 13 di questa. Riconducendoli ad un principio di carattere ancor più generale, di cui vengono ricostruiti come una delle possibili espressioni, e considerando come parte del sistema comunitario quest'ultimo principio, e non i diritti quali fissati dalle norme pertinenti della Convenzione europea, la Corte comunitaria evita di tener conto di tutta l'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo riguardo all'interpretazione ed all'applicazione di tali norme. La portata concreta del diritto alla tutela giurisdizionale, quale assicurato dal diritto comunitario, va perciò determinata su altre basi, proprie e specifiche di questo sistema.

Del resto, anche volendo discostarsi dall'impostazione accolta dalla Corte comunitaria – riecheggiata, come si è detto, dall'art. F.2 del Trattato di Maastricht –, ed ammettere in via di ipotesi che il diritto all'equo processo e ad un ricorso effettivo siano immediatamente operanti in base a quelle norme nello stesso sistema comunitario, ciò non varrebbe a chiarire in modo esauriente significato e portata della tutela giurisdizionale nella specifica direzione che qui si vuole considerare. Il diritto fondamentale enunciato dalla Convenzione europea, infatti, potrebbe essere invocato al fine di caratterizzare la posizione dei soggetti dell'ordinamento comunitario nei confronti delle istituzioni comunitarie e degli atti da esse emanati. Ma la posizione di quei soggetti negli ordinamenti degli Stati membri, e nei confronti delle loro autorità, rimarrebbe sottoposta ai principi di questi sistemi e garantita dalle relative norme (comprese, naturalmente, le stesse norme della Convenzione di Roma in quanto operanti secondo i meccanismi ed i principi da essi accolti). I diritti garantiti dalla Convenzione europea non potrebbero quindi venire utilmente invocati in via diretta al fine di determinare la tutela che spetta alla posizione del singolo per quanto riguarda la garanzia interna ad opera dei giudici nazionali dell'attuazione delle situazioni giuridiche soggettive riconosciute dal diritto comunitario.

Questa forma di garanzia, come è noto, si attua in via di principio attraverso il ricorso agli strumenti propri del diritto nazionale. La possibile incidenza dei principi comunitari in tale settore non può essere ricostruita con il semplice ricorso ai principi della Convenzione europea, ma richiede l'esame degli specifici profili con i quali le esigenze di tutela delle situazioni giuridiche comunitarie si manifestano nell'ambito dei sistemi di attuazione degli Stati membri.

2. La competenza degli organi giurisdizionali nazionali

È constatazione elementare che, non avendo l'Unione Europea funzioni di governo del territorio degli Stati membri, essa non può fare a meno di appoggiarsi sugli apparati di questi ultimi. Sono infatti gli Stati membri i soli a poter raggiungere, operando con i propri apparati di governo nei loro confronti, i soggetti degli ordinamenti giuridici interni⁹.

⁹ Per tutti, cfr. sul punto GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*. Bari 1996, p. 5 ss.; BALLARINO, *Lineamenti di diritto comunitario e dell'Unione europea*⁵, Padova 1997, p. 141 ss.

Va subito sottolineato, peraltro, che la necessità, in cui il diritto comunitario si trova, di valersi dei mezzi di garanzia interni non significa certo che essa venga giuridicamente tradotta in un principio che riservi interamente agli Stati membri tutto ciò che concerne l'attuazione delle situazioni giuridiche comunitarie. La distinzione di sistemi e strutture è nei fatti, come la già rilevata mancanza di funzioni di governo direttamente in capo alle istituzioni comunitarie: e da questi dati hanno dovuto prendere le mosse l'esperienza pratica, come la riflessione giuridica che su di essa si è svolta. La vicenda giuridica che caratterizza la problematica che qui si esamina si sviluppa tutta lungo la via che, partendo da quella distinzione, conduce ad una progressiva «comunitarizzazione» del fenomeno. Si sviluppa, insomma, nel senso di ricondurre al diritto comunitario un complesso via via più ampio e penetrante di principi destinato ad influire profondamente sul modo di essere della tutela che gli ordinamenti nazionali devono apprestare ed attuare per garantire le situazioni giuridiche comunitarie. In tal modo, si può ben dire oggi che i giudici degli Stati membri, quando sono chiamati ad applicare il diritto comunitario, operano sempre più quali organi «decentrati» di quel diritto. Essi si muovono entro una rete di principi e di regole che ha carattere sempre meno nazionale e sempre più europeo, e tende a costruire, almeno in prospettiva, uno *standard* europeo comune di tutela giudiziaria¹⁰.

Occorre allora dare brevemente conto del cammino percorso dall'esperienza comunitaria, e tentare poi di inquadrarlo nell'ambito dei principi che, nel relativo sistema, presiedono al rapporto di tale sistema con gli apparati giurisdizionali degli Stati membri, ai quali il compito dell'attuazione è, come si è visto, in definitiva rimesso.

3. *Il c.d. principio dell'autonomia procedurale ed i suoi limiti*

Punto di partenza è l'affermazione – che, nella giurisprudenza della Corte comunitaria, risale alla fine degli anni Sessanta, ma non è stata successivamente smentita¹¹ – che, in mancanza di specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno che designa il giudice competente e stabilisce le modalità proce-

¹⁰ Cfr. TIZZANO, *La tutela*, cit., col. 17 ss. Per considerazioni generali sul tema, cfr. anche SCHERMERS-WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Communities*, Deventer-Boston 1992, p. 384 ss.; MENGOZZI, *Corte di Giustizia, giudici nazionali e tutela dei diritti attribuiti ai cittadini dal diritto comunitario*, «Contr. e impr.» 1993, p. 1179 ss.

¹¹ Sul principio cfr., oltre agli scritti citati alla nota precedente, KOVAR, *Droit communautaire et droit procedural National*, «Cahiers droit eur.» 1977, p. 234 ss.; MERTENS DE WILMARS, *L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre la violation du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers*, ibid., 1981, p. 379 ss. Da ultimo, per una accurata ricostruzione dei dati del problema, cfr. BALBONI, *La tutela dei singoli dinanzi ai giudici nazionali per violazioni del diritto comunitario da parte degli Stati membri*, «Com. studi» 1997, XXI, p. 208 ss.

durali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta, nonché la qualifica della situazione giuridica tutelata¹². Si tratta del principio denominato di «autonomia procedurale»¹³.

Se il principio in sé non è mai stato successivamente contraddetto, certo è però che esso è stato fatto oggetto di significative precisazioni, e consistenti limitazioni.

Già nel 1976 alcune decisioni giurisprudenziali avvertivano che la tutela, che pure erano gli Stati membri a definire nei propri ordinamenti interni, non era però abbandonata alla loro piena discrezionalità. Gli Stati membri, si precisava infatti, devono assicurare condizioni che non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi di diritto interno, e che non rendano praticamente impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario¹⁴. Sul piano normativo poi, com'è noto, le istituzioni comunitarie hanno cercato di risolvere il problema di determinare una sorta di *standard* minimo di trattamento del singolo interessato da una violazione del diritto comunitario in alcuni settori specialmente significativi¹⁵. Esse però non sono riuscite, o non hanno voluto, investire direttamente il problema alla sua radice, tentando di definire un regime uniforme di carattere generale per i rimedi contro la violazione delle norme comunitarie, nonostante l'evidente rischio a danno dell'uniformità di applicazione di tali norme che il principio della c.d. autonomia procedurale è suscettibile di favorire¹⁶.

È stato pertanto, ancora una volta, compito della Corte di giustizia quello di cercare di garantire la rispondenza dei mezzi di tutela previsti dagli ordinamenti interni a certi parametri. L'evoluzione del sistema, che ne è risultata, si compie in una direzione che non contraddice la premessa del discorso – ossia, la competenza degli ordinamenti interni al riguardo –, ma certo ne costituisce una rilevante limitazione. Ciò che la giurisprudenza comunitaria si preoccupa di affermare è l'esistenza di alcuni parametri, interamente comunitari perché definiti dal relativo ordinamento, e l'esigenza, anch'essa sancita dal diritto comunitario, che l'adegua-

¹² Cfr. dec. della Corte nel caso *Salgoil* (19 dicembre 1968, causa 13/68, «Racc.» 1968, p. 602 ss.); e successivamente una lunga serie di decisioni, che attraverso le note sentt. *Rewe* e *Comet* (16 dicembre 1976, cause 33/76 e 45/76, ibid., 1976, rispettivamente p. 1989 e p. 2043) giunge sino alla ormai notissima sentenza *Francovich* (19 novembre 1991, cause C-6 e C-9/90, ibid., 1991, p. I-5357 ss.) ed oltre (cfr. cit. ulteriori alla nota 35, *infra*).

¹³ Cfr. *supra* gli scritti citati (nota 11).

¹⁴ Il riferimento è ancora alle citate sentt. *Rewe* e *Comet* (cfr. *supra*, nota 12), anche su questo punto seguite da una consistente fila di pronunce. Sul tema cfr. anche ISAAC, *Droit communautaire général*, Paris 1989, p. 183 ss.

¹⁵ È d'obbligo la menzione del settore degli appalti pubblici, che ha dato luogo ad ampia produzione normativa comunitaria e ad interessanti, ancorché settoriali provvedimenti di adeguamento in Italia (cfr. su ciò, ad es., FERRI, *La tutela risarcitoria nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, «Riv. it. dir. pubbl. com.» 1992, p. 1261 ss.).

¹⁶ Per qualche esempio di tentativo di interventi più ampi, ma sempre settoriali, cfr. BALBONI, *La tutela*, cit., p. 218 ss.

tezza delle condizioni di tutela previste dal diritto interno sia misurata in base a tali parametri.

L'enunciazione dei principi rilevanti è stata effettuata dalla giurisprudenza con riferimento a specifici casi concreti, ed alle particolarità dei medesimi, e non in via di definizione astratta e generale. Qui di seguito verranno ricordate sinteticamente le principali tra quelle ipotesi, e si cercherà di individuare il fondamento dell'impostazione adottata dalla Corte di giustizia.

4. *Aspetti concreti del diritto a tutela piena ed effettiva*

Tra le ipotesi più semplici ed evidenti figurano quelle nelle quali veniva in considerazione il diritto del singolo ad impugnare provvedimenti interni – specie di carattere amministrativo – che incidano su situazioni giuridiche di diritto comunitario, ed a conoscerne in modo adeguato la motivazione. In casi del genere l'incidenza del diritto comunitario si manifesta immediatamente nel senso di imporre agli ordinamenti interni la previsione di un rimedio giurisdizionale aperto ai singoli¹⁷, la comunicazione dei provvedimenti agli interessati e la motivazione dei medesimi¹⁸. Il rimedio previsto, poi, deve avere carattere effettivo, nel senso che deve essere idoneo ad assicurare soddisfazione, e risarcimento ove ne sia il caso, reali e non puramente simbolici¹⁹. Sino a qui, si può dire, con riferimento a situazioni del tipo considerato, che la giurisprudenza finisce per operare *come se* si trattasse di fare applicazione diretta di una norma – quali quelle poste dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo –, nell'ambito peraltro degli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Come se, in altre parole, si trattasse di far rispettare un vero e proprio diritto fondamentale riconosciuto dal sistema. La valutazione del caso concreto può, poi – così come accade nell'ambito del sistema della Convenzione appena menzionata –, esaurirsi nella semplice constatazione dell'assenza nell'ambito dell'ordinamento nazionale di un qualsiasi rimedio, oppure richiedere una valutazione discrezionale dell'adeguatezza del rimedio disponibile rispetto al fine che il principio generale dell'ordinamento comunitario richiede di raggiungere e garantire al singolo.

Carattere parzialmente diverso e più complesso presentano altre categorie di situazioni, nelle quali la sfera dell'apprezzamento discrezionale necessario per valutare la rispondenza del mezzo di tutela nazionale al parametro comunitario si presenta più ampia, anche in relazione al carattere meno determinato di quest'ultimo.

¹⁷ Cfr., ad es., il caso *Johnston* (cfr. *supra*, nota 3); le sentt. *Von Colson e Kamann* (causa 14/83, sent. 10 aprile 1984, «Racc.» 1984, p. 1891 ss.) e *Oleificio Borelli* (3 dicembre 1992, causa C-97/91, *ibid.*, 1992, p. 1-6313); la sent. *Heylens* (cfr. *supra*, nota 3).

¹⁸ Cfr. ancora il caso *Heylens*.

¹⁹ Così in *Von Colson e Kamann* (cfr. *supra*, nota 17) e in *Marshall II* (sent. 2 agosto 1993, causa C-271/91, «Racc.» p. 1-4367 ss.).

Si possono ricordare in primo luogo, al riguardo, le ipotesi in cui si è discusso dell'adeguatezza della tutela assicurata dagli ordinamenti nazionali sotto il profilo dei termini di prescrizione e decadenza con riferimento in particolare all'asserita eccessiva brevità in base alla norma interna²⁰. Qui il parametro di giudizio è stato individuato nella «ragionevolezza» del termine, nozione della quale è superfluo sottolineare il carattere indeterminato. Collegata a quella menzionata è poi l'ulteriore questione, affrontata dalla giurisprudenza comunitaria²¹, se, e in quali limiti, il giudice interno debba conoscere d'ufficio di motivi fondati su violazioni del diritto comunitario, quando il singolo non li abbia fatti valere nei termini prescritti. Qui è stata affermata l'esistenza di limiti alla piena libertà degli Stati membri di fondarsi esclusivamente sulle previsioni dei propri ordinamenti interni, e li si sono individuati nell'impossibilità o eccessiva difficoltà di applicazione del diritto comunitario che conseguirebbe al divieto, sancito dalla norma processuale interna, di conoscere d'ufficio dei motivi sopra menzionati. È stato peraltro ribadito che ciò non comporta l'obbligo dei giudici nazionali di rinunciare all'applicazione del principio dispositivo, alla cui osservanza siano tenuti²². Tutto ciò rende evidente la delicatezza del compito di determinare la linea di confine tra quanto, essendo richiesto da tale applicazione, deve rimaner fermo anche in caso di violazione di diritti di origine comunitaria, e quanto invece è soggetto a sindacato sotto il profilo della compatibilità con l'attribuzione al privato di un mezzo di tutela piena ed effettiva.

Vengono poi in considerazione una serie nutrita di casi, in cui si trattava di valutare la conformità, rispetto al principio della piena ed effettiva tutela dei diritti comunitari dei singoli, di norme sulle condizioni di prova e sull'onere relativo. Qui, naturalmente, vengono in rilievo aspetti non soltanto processuali, ma anche spiccatamente sostanziali, per l'evidente connessione con la disciplina di diritto sostanziale di ogni questione relativa alla ripartizione dell'onere probatorio. Il principio stabilito dalla giurisprudenza è quello che il sistema probatorio previsto dal diritto nazionale dello Stato membro, che pure in via di principio rimane applicabile²³, è soggetto a sindacato di conformità con i principi comunitari. Em-

²⁰ Particolarmente interessante il caso *Emmott* (sent. 25 luglio 1991, causa C-208/90, «Racc.» 1991, p. I-4269 ss.) in cui la Corte ha affermato il principio che un termine di ricorso di diritto nazionale inteso a far valere diritti del singolo nascenti nei confronti dello Stato da una direttiva non attuata non può iniziare a decorrere prima del momento della corretta trasposizione della direttiva da parte dello Stato. Sulla brevità dei termini di prescrizione e decadenza si vedano invece i casi *Rewe* e *Cornei* (cfr. *supra*, nota 12), la cui soluzione è stata peraltro largamente criticata in dottrina (cfr. anche per ulteriori riferimenti Balboni, *La tutela*, cit., p. 227 ss.).

²¹ Nel caso *Peterbroeck* (sent. 14 dicembre 1995, causa C-312/93, «Racc.» 1995, p. I-4599 ss.).

²² Così nella sent. del 14 dicembre 1995, nel caso *van Schijndel e Cornelis van Veen* (cause C-430/93 e C-431/93, «Racc.» 1995, p. I-4705 ss.).

²³ Non solo, com'è ovvio, per quanto riguarda la concreta disciplina del mezzo di prova, ma anche per ciò che concerne l'imposizione dell'onere all'una o all'altra delle parti, in coerenza con il principio generale della competenza del diritto interno quanto agli strumenti di tutela.

blematica in questo senso è la nota decisione nel caso *San Giorgio*²⁴, che considera contrastante con tali principi una norma interna che subordini il rimborso di tributi illegittimamente riscossi dall'amministrazione nazionale alla prova che detti tributi non sono stati trasferiti su altri soggetti, se ciò rende praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al rimborso. Una volta stabilito che la riscossione del tributo è illegittima, ne deriva secondo il giudice comunitario che il giudice interno deve essere lasciato libero di valutare se l'onere dell'imposta sia stato trasferito su altri soggetti e se lo sia stato in tutto o in parte²⁵.

In altre ipotesi non si tratta di valutare la conformità di norme interne relative alla prova rispetto alla possibilità di disporre di uno strumento di protezione adeguato, ma di dedurre direttamente dalla situazione giuridica comunitaria, in relazione alle sue specifiche caratteristiche, conseguenze quanto alla prova dell'esistenza di certi caratteri di misure nazionali che si assumano illegittime. È il caso della prova dell'idoneità a produrre effetti equivalenti di una tassa o di una misura restrittiva²⁶, come del carattere discriminatorio di determinate pratiche. Qui le esigenze ritenute proprie della situazione giuridica garantita dalla norma comunitaria impongono un particolare adattamento delle normali regole probatorie esistenti in via generale nell'ordinamento interno, in quanto la consueta ripartizione dell'onere si considera incapace di assicurarne il soddisfacimento²⁷.

Nel modo che si è visto, il livello di protezione richiesto in vista della sua adeguatezza – che deve necessariamente essere uniforme – viene interamente definito a livello comunitario, giustificando il ricorso alla nozione, ormai affermata, di «*standard europeo di tutela giudiziaria*»²⁸. Ed è da notare che ciò implica a volte, non soltanto la nota e consueta disapplicazione di norme nazionali contrastanti, ma addirittura, in sostanza, l'individuazione ad opera della giurisprudenza comunitaria di rimedi nuovi, non previsti come tali dall'ordinamento nazionale: ne sono esempi i casi *Emmott e Marshall II*²⁹.

²⁴ Sent. 8 novembre 1983, causa 199/82, «Racc.» 1983, p. 3595 ss.

²⁵ Infatti, secondo la Corte, il diritto comunitario non impedisce ad un sistema giuridico nazionale di rifiutare la restituzione di tributi indebitamente riscossi, quanto ciò comporti un arricchimento senza giusta causa degli aventi diritto (sent. *Sun Giorgio*, par. 13. ed in precedenza *Hans Just*, sent. 27 febbraio 1980, causa 68/79, «Racc.» 1980, p. 501 ss.).

²⁶ L'idoneità viene presunta, spettando alle amministrazioni interessate l'eventuale prova del contrario, in presenza degli ostacoli agli scambi intracomunitari. Cfr. DAUSES, *Mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, «Rev. trim. droit eur.» 1992, p. 423 ss. Per gli specifici aspetti della questione in relazione alle c.d. misure indistintamente applicabili, cfr. per tutti la sintesi di Ballarino, *Lineamenti*, cit., p. 259 ss.

²⁷ Si ricordino i famosi casi *Defrenne* (sent. 8 aprile 1976, causa 43/75, «Racc.» 1976, p. 455 ss.) e *Danfoss* (17 ottobre 1989, causa 109/88, ibid. 1989, p. 3199 ss.).

²⁸ Cfr. in merito TESAURO, *The Effectiveness of Judicial Protection and Cooperation between the Court of Justice and the National Courts*, in *Scritti in onore di Ole Due*, Oxford 1993, p. 1 ss.; TIZZANO, *La tutela*, cit., p. 23 ss.

²⁹ Ricordati *supra*, rispettivamente alle note 20 e 19.

5. (segue) *Tutela cautelare e diritto a risarcimento*

Ma lo sviluppo forse più significativo nel senso da ultimo indicato si è avuto in materia di tutela cautelare. Qui, si è in primo luogo affermato che il principio dell'immediatezza della tutela delle posizioni soggettive di fonte comunitaria comporta la necessità che l'applicazione di norme e procedimenti nazionali, dei quali si affermi l'illegittimità «comunitaria», possa essere sospesa ad opera dei giudici nazionali, pendente il giudizio pregiudiziale avanti alla Corte. E ciò anche ove il diritto nazionale non preveda, in via generale, una possibilità del genere, come era la situazione inglese (caso *Factortame*)³⁰.

Sotto un profilo diverso, l'esigenza della tutela cautelare è stata affermata – nei casi *Zuckerfabrik*³¹ e *Atlanta*³² – in ipotesi nelle quali l'intervento cautelare richiesto riguardava provvedimenti nazionali di attuazione di atti comunitari, dei quali veniva fatta valere, sul piano comunitario, l'illegittimità: e dove, pertanto, la competenza esclusiva degli organi comunitari a conoscere di quest'ultima avrebbe potuto portare ad escludere qualsiasi intervento di organi nazionali³³.

Va infine ricordata, anche se attinente al versante sostanziale più che a quello della tutela giurisdizionale in senso stretto, l'ormai notissima giurisprudenza sviluppata a partire dal caso *Francovich*³⁴. Con essa è stato dichiarato «inerente al sistema del Trattato» il principio della responsabilità dello Stato per danni da violazioni del diritto comunitario, considerandola impegnata verso i singoli in caso di mancata attuazione delle direttive nei termini prescritti, a condizione che il risultato richiesto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti ai singoli, il contenuto di tali diritti sia individuabile in base alle disposizioni della direttiva e sussista un nesso di causalità tra violazione e danno.

Tale giurisprudenza è stata poi maggiormente precisata e circoscritta nella sua portata da alcune decisioni successive, che hanno affermato l'applicabilità all'ipotesi della responsabilità dello Stato per violazioni del diritto comunitario degli stessi presupposti che disciplinano la responsabilità della Comunità in circostanze

³⁰ Sent. 19 giugno 1990, causa C-213/89. «Racc.» 1990, p. 1-2473 ss.; sul caso cfr. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova 1995, p. 211 s. e, in generale, sul tema JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, «Riv. dir. eur.» 1992, p. 325 ss.; TESAURO, *Tutela cautelare e diritto comunitario*, «Riv. it. dir. pubbl. com.» 1992, p. 131 ss.

³¹ Sent. 21 febbraio 1991, cause C-143/88 e C-92/89, «Racc.» 1991, p. 1-415 ss.

³² Sent. 9 novembre 1995, causa C-465/93, «Racc.» 1995, p. 1-3761 ss.

³³ Come era stato sottolineato in precedenza nel caso *Foto-Frost*, sent. 22 ottobre 1987, causa 314/85, «Racc.» 1987, p. 4199 ss.

³⁴ Sent. 19 novembre 1991, cit. (cfr. *supra* nota 12). Sul caso, cfr. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., p. 224 ss. La letteratura già formata su tale giurisprudenza è molto vasta: per qualche essenziale riferimento, cfr. BALLARINO, *Lineamenti*, cit., p. 249 ss.; SCHOCKWEILER, *La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire*, «Riv. trim. droit eur.» 1992, p. 27 ss.; STEINER, *From Direct Effects to Francovich: Shifting Means of Enforcement of Community Laws*, «Eur. Law Rev.» 1993, p. 3 ss.

analoghe³⁵, secondo il riferimento costantemente operato in tali ipotesi all'art. 215 del Trattato CE. In particolare, è stato affermato che la violazione del diritto comunitario capace di far sorgere la responsabilità dello Stato deve essere «sufficientemente caratterizzata», ossia «manifesta e grave»³⁶. È stata comunque considerata tale la violazione consistente nella mancanza di qualsiasi provvedimento statale di attuazione di una direttiva per raggiungere il risultato da essa prescritto entro il termine a tal fine stabilito³⁷, in quanto in ciò risiede una violazione «grave e manifesta» dei limiti posti all'esercizio dei poteri riconosciuti allo Stato membro.

6. Aspetti problematici dell'evoluzione giurisprudenziale

L'indirizzo complessivo risultante dagli sviluppi giurisprudenziali ricordati conduce a tratteggiare le linee di base di un ideale procedimento giudiziario europeo, capace di assicurare una tutela immediata ed effettiva delle situazioni giuridiche attribuite dal diritto comunitario. L'individuazione delle linee direttrici è da considerare soltanto iniziata, e gli strumenti ed i principi, che sono venuti emergendo sino ad ora, rappresentano certo soltanto alcuni dei parametri alla stregua dei quali la multiforme realtà dei meccanismi di protezione noti agli Stati membri dovrà essere vagliata. Ma proprio il fatto di trovarsi di fronte ad un meccanismo di controllo, per così dire, permanente della realtà degli strumenti nazionali di tutela, aperto a sviluppi non definibili *a priori* e capace di condurre a risultati allo stato non prevedibili e di impatto sicuramente assai rilevante, costituisce un'evoluzione di estremo interesse. Si può ben dire che si tratta di una creazione giurisprudenziale da annoverarsi a giusto titolo fra le grandi realizzazioni della Corte di giustizia, al pari di quelle, fondamentali nella costruzione del sistema, degli anni Sessanta in materia di applicabilità diretta, alla quale del resto la prima è strettamente apparentata.

Sin d'ora è comunque possibile indicare qualche problema di carattere generale, cui l'evoluzione in corso potrà dare origine, e che già si è segnalato agli osservatori più attenti.

³⁵ Cfr. sentt. seguenti, successive a *Francovich*: 5 marzo 1996, cause C-46 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame II*, «Racc.» 1996, p. 1-1029 ss.; 7 marzo 1996, *El Corte Inglés*, causa C-192/94, *ibid.* 1996, p. 1-1281 ss.; 23 marzo 1996, *British Telecommunications plc*, causa C-392/93, *ibid.*, 1996, p. 1-1631 ss.; 23 maggio 1996, causa C-5/94, *Hedley Lomas*, *ibid.*, 1996, p. 1-2553 ss.; 8 ottobre 1996, cause C-178, 179, 188, 189 e 190/94, *Dillenkofer*, *ibid.*, 1996, p. 1-4845 ss. Sul tema, con specifico riferimento alle misure italiane di attuazione della direttiva del Consiglio relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, cfr. le tre sentenze in data 10 luglio 1997, cause C-94 e 95/95 (*Bonifaci*), e C-261/95 (*Palmisani*), e C-373/95 (*Maso*), *ibid.*, 1997, rispettivamente p. 1-3969 ss.; 1-4025 ss. e 1-4051 ss., le quali interessano anche il tema del termine di decadenza di cui al par. prec. nel testo.

³⁶ Cfr. i parr. 51 e 55 della decisione nel caso *Brasserie du Pêcheur e Factortame II* cit. (cfr. nota prec.).

³⁷ Così la Corte nella sent. *Dillenkofer*, cit. (cfr. nota 35), parr. 26 e 29.

In primo luogo, va rilevato che la giurisprudenza considerata ragiona normalmente in termini di disapplicazione delle norme nazionali che ostino alla piena ed effettiva tutela giurisdizionale. Peraltro già alcuni dei casi evidenziati dall'esperienza dimostrano che i principi affermati dalla Corte di giustizia richiedono, per essere interamente realizzati, la presenza di mezzi e strumenti non previsti, almeno non in tutti i loro necessari aspetti, dall'ordinamento interno. La mancanza di uno strumento processuale idoneo si profila così quale limite ultimo al di là del quale, in mancanza di specifica normativa uniforme, appare difficile spingersi sulla sola base di principi di carattere generale.

In secondo luogo, il modello di procedimento idoneo a realizzare la tutela comunitariamente richiesta può non coincidere, nella sua fisionomia e nei suoi motivi ispiratori, con quelli previsti da alcuni ordinamenti interni al fine di tutelare determinate categorie di situazioni giuridiche. Basti pensare alla distinzione fra diritti soggettivi ed interessi legittimi nel sistema italiano, ed al processo amministrativo quale disciplinato in tale sistema quale modello per la tutela di questi ultimi. Anche qui, la possibile divergenza fra i due modelli – comunitario e nazionale, risultante da principi ed esigenze generali il primo, fissato nella sua realtà specifica e positivamente esistente il secondo – può creare ostacoli sulla via della piena realizzazione delle istanze comunitarie³⁸.

Ancora – e si tratta di profilo già spesso evocato in dottrina: ma che riguarda, soprattutto, il versante interno della questione – un'eccessiva divaricazione fra strumenti di tutela di situazioni «comunitarie» e di situazioni puramente «interne» può finire per risultare inaccettabile, anche sotto il profilo costituzionale, e richiedere perciò specifici interventi intesi ad assicurare l'eguaglianza di trattamento dei soggetti, ad esempio ripensando la stessa struttura del sistema di giustizia amministrativa quale esiste attualmente in Italia (certo non risultando sufficienti interventi puramente settoriali, quale quello posto in essere con l'art. 13 della legge comunitaria per il 1991³⁹ che stabilisce l'obbligo di risarcire i danni provocati dalle amministrazioni aggiudicatrici a privati con violazione di norme comunitarie, o di norme interne di attuazione di queste, nel corso delle procedure di appalto⁴⁰).

³⁸ Cfr. in generale TIZZANO, *La tutela*, cit., p. 29 ss.; e con riferimento specifico alla giustizia amministrativa in Italia, DANIELE, *L'effettività della giustizia amministrativa nell'applicazione del diritto comunitario europeo*, «Riv. it. dir. pubbl. com.» 1996, p. 1385 ss.

³⁹ Si tratta della legge 19 febbraio 1992, n. 142.

⁴⁰ Cfr. SICA, *Diritto comunitario e giustizia amministrativa: prime riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di giustizia della CEE*, «Riv. dir. proc.» 1991, p. 1134 ss., e CARANTA, *Responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi e diritto comunitario*, «Riv. it. dir. pubbl. com.» 1991, p. 1025 ss., e *Intorno al problema dell'individuazione delle posizioni giuridiche soggettive del cittadino comunitario*, ibid., 1994, p. 981 ss.

7. Fondamento del meccanismo comunitario di controllo

Si tratta, ora, di chiedersi dove possa essere individuato il fondamento ultimo dell'evoluzione giurisprudenziale che, sia pure nei suoi soli elementi essenziali, si è esaminata sin qui. Su quale base, insomma, ha potuto essere sviluppato il meccanismo di controllo delle realtà processuali nazionali – e, più in genere, degli strumenti di tutela previsti dagli ordinamenti degli Stati membri – che emerge dagli sviluppi ricordati?

Il principio generale, dal quale la giurisprudenza prende le mosse, è quello della *effettività* ed *immediatezza* della tutela delle situazioni giuridiche attribuite ai singoli dal diritto comunitario. È questo principio che essa si preoccupa, infatti, di veder realizzato in tutte le sue potenzialità da parte degli ordinamenti nazionali. Qui appare evidente lo stretto legame che unisce l'evoluzione giurisprudenziale esaminata con quella, notissima, in materia di diretta applicabilità del diritto comunitario. Così come evidente è il collegamento, comune ad entrambe, con altri principi generalissimi, quale quelli dell'applicazione uniforme del diritto comunitario, della sua preminenza rispetto al diritto interno e della sua piena efficacia nei confronti dei singoli nell'ambito di quest'ultimo. Tanto che si potrebbe persino affermare che il nucleo fondamentale dell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria in materia di tutela giurisdizionale dei singoli contro le violazioni del diritto comunitario era già presente in quella riguardante l'applicabilità diretta, in particolare nell'espressione che essa ha ricevuto nella notissima sentenza *Simmenthal*⁴¹. Come, in questa, veniva ricompresa nella stessa nozione di efficacia diretta, ed a lei ricondotta, anche la conseguenza della immediata inapplicabilità delle norme interne che facessero ostacolo all'applicazione di quelle comunitarie, così la giurisprudenza sopra ricordata riconduce al contenuto del principio comunitario della tutela effettiva tutta la serie di conseguenze, che la prassi è venuta via via individuando con riferimento ai singoli casi concreti.

Volendo poi, con riferimento al principio di cui si è detto, determinarne con qualche maggior esattezza il fondamento giuridico, non si può che essere ricondotti all'art. 5 del Trattato CE, ed al principio generale di collaborazione che in tale norma viene espresso. È questo principio di collaborazione, interpretato in stretta connessione con gli obiettivi del diritto comunitario e il c.d. principio dell'effetto utile che si sforza di assicurarne il pieno raggiungimento, che costituisce, in sostanza, la base ultima della «comunitarizzazione» della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche di diritto comunitario⁴².

⁴¹ Sent. 9 marzo 1978, causa 106/77, «Racc.» 1978, p. 629 ss.

⁴² Sul rilievo dei principi ricordati, cfr. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., p. 87 ss., e sull'art. 5 in genere, fra i tanti, DUE, *Article 5 du Traité CEE: une disposition de caractère fédéral?*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, II, Florence 1991, p. 23 ss.; ZULEEG, *Artikel 5*, in *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Baden-Baden 1991, p. 136 ss.; BLANQUET, *L'article 5 du Traité CEE. Recherche sur les obligations de fidélité des Etats membres de la Communauté*, Paris 1994;

Non può fornire direttamente la spiegazione ed il fondamento del principio in esame il mero richiamo agli artt. 6 e 13 della Convenzione dei diritti dell'uomo, pure a volte presente nella motivazione di qualche pronuncia. Ma, come si è già detto, tali norme possono forse dar ragione della presenza del diritto al ricorso effettivo nell'ambito dello stesso sistema comunitario: non, però, spiegare in che modo e in base a quale ragione, una volta riconosciuta la competenza del diritto interno quanto agli strumenti di tutela, i principi comunitari riescano a reagire sulla tutela stessa. La spiegazione non può che essere trovata nel principio di collaborazione stabilito dall'art. 5 del Trattato CE. Nei casi che interessano la materia qui esaminata, la «misura di carattere particolare» che deve essere adottata dallo Stato membro al fine di assicurare l'esecuzione degli obblighi comunitari – e che, per converso, non deve «compromettere la realizzazione degli scopi» del Trattato (art. 5, 2° comma) – è la decisione del giudice interno, al quale la tutela giurisdizionale viene richiesta. Mentre gli «obblighi comunitari», ai quali quella misura deve essere finalizzata, vengono qui costruiti, in connessione con il principio dell'effetto utile, non tanto con riferimento a specifiche disposizioni normative, quanto con riguardo alle finalità ultime che i principi generali sono tesi a raggiungere.

La collaborazione dovuta dal giudice interno riceve così quale parametro di valutazione l'adeguatezza della misura rispetto al raggiungimento dell'obiettivo.

La Corte comunitaria costruisce in questo modo una sorta di equivalente del diritto al ricorso giurisdizionale effettivo di cui all'art. 6 della Convenzione europea. Un diritto specificamente ricavato da principi comunitari e destinato ad esplicarsi nell'ambito delle giurisdizioni interne alle quali la tutela venga richiesta.

L'autore di queste note, analizzando una ventina d'anni fa la nozione dell'applicabilità diretta nel diritto comunitario, si chiedeva se l'art. 5 del Trattato si potesse considerare norma direttamente applicabile. E la risposta era in senso negativo, soprattutto in considerazione del fatto che, ritenendo il contrario, la determinazione di quali fossero le misure atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi comunitari sarebbe venuta a dipendere dal risultato di un sindacato in sede giurisdizionale europea, vanificando qualsiasi libertà di scelta da parte degli Stati membri⁴³. Sarebbe mancato, sotto questo profilo, uno dei presupposti essenziali stabiliti dalla stessa Corte di giustizia, ossia quello consistente nel carattere «incondizionato» degli obblighi posti a carico di questi ultimi dall'art. 5⁴⁴.

Al momento attuale, ferma restando la fondatezza di questa conclusione nei confronti di un riconoscimento generale ed illimitato di effetti diretti alla norma in

LENAERTS, *Le devoir de loyauté communautaire*, in *Mél. offerts à E. Cerexhe*, Bruxelles 1996, p. 229 ss. e, da ultimo, NIZZO, *L'art. 5 del Trattato CE e la clausola generale di buona fede nell'integrazione europea*, «Il dir. dell'Unione eur.» 1997, p. 381 ss.

⁴³ Cfr. *La diretta applicabilità nel diritto comunitario*, Milano 1980, p. 106 ss.

⁴⁴ Del resto, che l'art. 5 del Trattato non sia di per sé dotato di efficacia diretta viene generalmente affermato in dottrina: cfr. DAUSES, *Quelques réflexions sur la signification et la portée de l'art. 5 du Traité CEE*, in *The Dynamics of EC-Law*, Baden-Baden 1987, p. 227 ss.; BLANQUET, *L'article 5*, cit., spec. p. 265 ss.

questione, non si può fare a meno di riconoscere che i soggetti degli ordinamenti nazionali sono ormai dotati del potere di provocare in sede giurisdizionale un controllo comunitario di adeguatezza degli strumenti nazionali di garanzia dei loro diritti comunitariamente protetti. E ciò rispetto a parametri che non sono prestabiliti da alcuna norma specifica, ma sono oggetto di definizione giudiziale ad opera della Corte di giustizia. In questo senso, e sotto quest'aspetto, l'attribuzione di effetti diretti all'art. 5 è ormai una realtà, che ha consentito la configurazione di un diritto dei singoli ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva delle situazioni giuridiche comunitarie da parte dei giudici nazionali⁴⁵.

⁴⁵ È opportuno ricordare che l'Avvocato generale Tesauro, nelle conclusioni presentate alla Corte nel caso *Compagnie Commerciale de l'Ouest* (cause riunite da C-78 a C-83/90, decise con sent. 11 marzo 1992, «Racc.» 1992, p. 1847 ss., cit., a p. I-1864), riteneva criticabile la soluzione generalmente negativa data al problema degli effetti diretti dell'art. 5. Nello stesso senso ora NIZZO, *L'art. 5*, cit., p. 406 ss.

Il diritto europeo e la Costituzione italiana dopo la riforma dell'art. 117 *

SOMMARIO: I. Premessa. – II. Valori in giuoco dal punto di vista costituzionale. – III. La giurisprudenza *Granital*. – IV. *Segue*: fondamento comunitario e conseguenze interne della soluzione. – V. Il controllo di costituzionalità in assenza dei presupposti individuati dalla giurisprudenza *Granital*. – VI. La modifica dell'art. 117, primo comma, Cost. e le sue conseguenze. – VII. L'incidenza della tutela dei diritti fondamentali.

I. Premessa

Con la riforma del Titolo V della Parte seconda della Costituzione italiana, avvenuta con la legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001¹, è stato per la prima volta introdotto nel testo costituzionale un riferimento al diritto comunitario europeo. Il nuovo testo dell'art. 117, n. 1, stabilisce infatti che «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali». Quale che ne sia l'effettiva portata normativa riguardo al rapporto fra diritto comunitario e diritto interno, la novità non è evidentemente priva di rilievo, posto che la presenza, sempre più imponente e significativa sul piano delle relazioni esterne del nostro Paese, del sistema comunitario, rimaneva sino ad allora priva di qualsiasi riscontro sul piano del testo costituzionale: nell'ambito di questo, infatti, le norme relative ai rapporti internazionali dell'Italia sono rimaste a tutt'oggi quelle varate nel 1947, quando il fenomeno comunitario era ancora lontano dal vedere la luce.

Le norme contenute nell'art. 117 sono peraltro norme relative all'esercizio della potestà legislativa e sul riparto delle competenze tra Stato e Regioni, e toccano sotto questo profilo numerosi e rilevanti aspetti relativi al diritto comunitario (rapporti dello Stato con l'Unione europea, art. 117, comma 2, lett. a); decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari, attuazione ed esecuzione

* Pubblicato in *Il diritto dell'Unione europea*, 2008, pp. 1-19.

¹ La legge reca "Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione" (in *GURI* 24 ottobre 2001, n. 248). Le disposizioni di attuazione sono contenute nella l. cost. 5 giugno 2003 n. 131 (art. 1), in *GURI* 10 giugno 2003, n. 132.

degli atti dell'Unione europea, art. 117, comma 5). Non si tratta perciò di norme relative all'adattamento del diritto interno a quello europeo, sicché tale fenomeno rimane di per sé disciplinato in via diretta esclusivamente dalle norme costituzionali preesistenti nell'interpretazione che se ne è venuta affermando nel corso degli anni, specificamente di quelle contenute nell'art. 11 Cost. Tuttavia, è chiaro che la presenza delle nuove norme assegna loro un ruolo che non può rimanere privo di qualsiasi rilievo anche per quanto riguarda il fenomeno dell'adattamento, pur non considerato da esse in via diretta. Occorre dunque esaminare se le novità introdotte dalla riforma costituzionale con il nuovo testo dell'art. 117 influiscano in qualche modo sull'assetto che riguarda al problema del rapporto fra diritto comunitario e diritto interno è venuto delineandosi in Italia nel corso degli anni, ed ha in particolare trovato una sistemazione nella giurisprudenza costituzionale a partire dal 1984.

Inoltre, poiché la tutela dei diritti fondamentali è garantita, non soltanto a livello costituzionale, ma anche a livello internazionale, attraverso il sistema proprio della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950, appare utile in questa sede anche una riflessione sul ruolo che le norme di tale Convenzione, nella costruzione che è loro data dalla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo, sono idonee a svolgere in ambito costituzionale, anche qui in relazione alle novità introdotte dalla riforma del 2001. Di fronte alle numerose e frequenti incertezze giurisprudenziali registrate in Italia nel corso degli anni, è evidentemente importante chiarire come il sistema convenzionale in questione reagisca a livello di Costituzione italiana, e se, considerando gli effetti che quel sistema produce in ambito comunitario, vi debbano essere in qualche modo estesi criteri e principi propri della posizione del diritto comunitario europeo nei confronti dell'ordinamento italiano.

II. *Valori in giuoco dal punto di vista costituzionale*

È opportuno prendere le mosse da alcune considerazioni di carattere generale. I principi "supremi" o "fondamentali" dell'ordinamento costituzionale, di cui spesso fa menzione la giurisprudenza della Corte costituzionale, svolgono l'essenziale funzione di soddisfare le esigenze di tutela della sovranità dello Stato (art. 1, comma 2 Cost.) e caratterizzano la struttura del sistema connotandolo nella sua fisionomia di originarietà e, appunto, di sovranità. Di tali principi supremi, la giurisprudenza afferma costantemente l'esigenza di puntuale e inderogabile salvaguardia nei confronti di qualsiasi valore giuridico proveniente dall'esterno, e pertanto anche nei confronti di quelli appartenenti al sistema comunitario.

Va però subito sottolineato che accanto a tali principi – e forse, nel loro stesso ambito – se ne colloca un altro, egualmente presente ed operante nella Carta costituzionale: quello che inquadra la sovranità dello Stato nell'ambito della Comunità internazionale, e ne fa pertanto un valore destinato a coesistere con l'eguale pre-

rogativa spettante a tutti gli altri Stati appartenenti a quella Comunità. Dunque, non una pretesa ad un potere assoluto di autodeterminazione, ma una posizione destinata ad autolimitarsi in relazione alla sovranità degli altri soggetti della Comunità. Da tale inquadramento della sovranità statale nell'ambito di quest'ultima discendono immediatamente sul piano strettamente giuridico, tanto l'adattamento automatico alle norme del diritto internazionale generale, stabilito dall'art. 10, primo comma, Cost., quanto il ripudio della guerra come strumento di soluzione delle controversie internazionali di cui all'art. 11, quanto infine l'apertura dell'ordinamento alle «limitazioni di sovranità» necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni, previste dallo stesso art. 11: insomma, tutte le norme e i principi fondamentali che esprimono il contenuto delle disposizioni c.d. internazionalistiche del testo originario della Costituzione italiana².

Dal rapporto dialettico fra i vari principi ora ricordati, e dal loro necessario bilanciamento, discendono le regole di base che presiedono, dal punto di vista costituzionale, al disegno complessivo dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno. Ma va precisato sin d'ora che tale rapporto, e tale bilanciamento, presuppongono necessariamente che un termine del raffronto non possa prevalere sull'altro sino ad annullare il valore che ne sta alla base. Così, le «limitazioni» alla sovranità presuppongono la permanenza di quest'ultima, e non consentono la sua scomparsa: e per ciò che più da vicino riguarda il tema qui in discussione, quanto attiene al coordinamento con sistemi esterni non può che essere, e rimanere, funzione dell'ordinamento espresso dalla Costituzione, che non può che continuare a determinare ampiezza e modalità della apertura di esso verso l'esterno. Fondamentale si dimostra quindi, come si dirà, la distinzione fra quanto il sistema estraneo può richiedere, ed in ipotesi imporre, perché siano conseguiti i risultati ai quali esso tende, e quanto invece riguarda i mezzi che possono essere utilizzati, secondo l'ordinamento nazionale, al fine di assicurare tali risultati.

III. *La giurisprudenza Granital*

Nel quadro generale che emerge da tali premesse si inserisce la problematica del rapporto fra diritto comunitario (e dell'Unione europea) e diritto interno che va esaminata alla luce di ciò che costituisce oggi il diritto vivente nel nostro Paese.

² Sulle norme cosiddette c.d. internazionalistiche della Costituzione si veda l'accurata ricostruzione di A. CASSESE, *Lo Stato e la Comunità internazionale (gli ideali internazionalistici del costituente)*, in *Principi fondamentali, Artt. 1-12*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della costituzione*, Bologna-Roma, 1975, p. 461 ss. e T. PERASSI, *Costituzione italiana e ordinamento internazionale* (1952), ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1958, p. 417 ss. Si veda anche l'intervento di A. RUGGERI, *Riforma del titolo V e giudizi di "comunitarietà" delle leggi*, al seminario su Diritto comunitario e Diritto interno, tenutosi presso la Corte Costituzionale il 20 aprile 2007, i cui Atti sono in corso di pubblicazione (vedine alcuni contributi pubblicati in questa *Rivista*, 2007, fasc. n. 3).

Come è ben noto, l'assetto di tali rapporti è stato definito dalla Corte costituzionale nei termini che risultano dalla famosa sentenza *Granital* (8 giugno 1984, n. 170)³. La soluzione da essa enunciata ha posto termine ad un lungo periodo di incertezza, apertosi venti anni prima con l'altrettanto famosa decisione del 7 marzo 1964, n. 14⁴, con la quale si iniziò un percorso segnato da tappe successive e da soluzioni fra loro divergenti, intrecciate con prese di posizione contrastanti da parte della Corte comunitaria (si ricordino le notissime sentenze *Costa-Enel* del 1964 e *Simmenthal* del 1978⁵). La configurazione del rapporto fra diritto comunitario e diritto interno, quale affermata dalla decisione *Granital*, oltre a concludere il contrasto con la giurisprudenza del Lussemburgo, ha assunto nell'ordinamento italiano nel ventennio successivo carattere di definitività, non essendo stata sino ad oggi smentita, ma avendo anzi ricevuto applicazione con riferimento ad ipotesi diverse da quella per la quale era stata inizialmente enunciata.

In estrema sintesi, la configurazione proposta si può esprimere nei termini seguenti. Il coordinamento fra ordinamento comunitario e ordinamento dello Stato discende dal fatto che la legge di esecuzione del Trattato istitutivo della CE ha trasferito agli organi comunitari, in conformità dell'art. 11 Cost., le competenze che questi esercitano, nelle materie loro riservate. In virtù del principio stabilito dall'art. 11, l'applicazione della normativa comunitaria è piena e continua. I sistemi comunitario e interno sono autonomi e distinti, ancorché coordinati secondo la ripartizione di competenze stabilita e garantita dal Trattato: le norme derivanti dalla fonte comunitaria vengono a ricevere, in forza dell'art. 11, diretta applicazione nel territorio italiano, ma rimangono estranee al sistema delle fonti interne. In particolare il regolamento comunitario, in quanto tale direttamente applicabile in tutti gli Stati membri in virtù dell'art. 189 (ora 249) del Trattato, spiega effetto nel territorio nazionale in quanto tale e perché tale, e ad esso si riconosce l'efficacia di cui è provvisto nell'ordinamento di origine. Qualsiasi disposizione confliggente della legge interna non può costituire ostacolo al riconoscimento della «forza e valore» che il Trattato conferisce al regolamento comunitario, perché la legge statale rimane pur sempre collocata in un ordinamento che non vuole interferire nella produzione normativa del distinto e autonomo ordinamento della Comunità, sebbene ne garantisca l'osservanza nel territorio nazionale.

Consegue a tutto ciò che norme di legge confliggenti con quelle comunitarie provviste di effetti diretti non possono essere applicate, non perché il regolamento prevalga sulla legge, ma perché «la legge interna non interferisce nella sfera occupata» dal regolamento, essendo tale sfera «interamente attratta» sotto il diritto comunitario. Secondo l'espressione usata da successive sentenze della Corte, ove l'oggetto di una normativa nazionale è disciplinato da un regolamento, la prima

³ In *Giur. cost.*, 1984, I, p. 1098.

⁴ In *Giur. cost.*, 1964, p. 129.

⁵ Rispettivamente in *Racc.*, p. 1129 e in *Racc.*, p. 629.

«si ritrae e non è più operante» (Corte cost. 14 giugno 1990, n. 285⁶; 7 febbraio 2000, n. 41⁷). L'obbligo di non applicare la norma interna confliggente con quella regolamentare incombe a qualsiasi giudice ordinario, e conseguentemente sono inammissibili questioni di costituzionalità sollevate in relazione a tali norme. La soluzione così affermata dalla Corte nel 1984 riguardava un caso di conflitto fra regolamento comunitario e norme di legge nazionale: e la Corte ha avuto cura di precisare che essa vale «solo e fino a quando il potere trasferito alla Comunità si estrinseca con una normazione compiuta e immediatamente applicabile dal giudice interno», aggiungendo che «fuori dall'ambito materiale, e dai limiti temporali, in cui vige la disciplina comunitaria così configurata, la regola nazionale serba intatto il proprio valore e spiega la sua efficacia: e d'altronde, è appena il caso di aggiungere, essa soggiace al regime previsto per l'atto del legislatore ordinario, ivi incluso il controllo di costituzionalità»⁸. La soluzione è stata peraltro successivamente affermata da altre decisioni anche con riferimento ad ipotesi diverse da quella di contrasto con regolamenti, ferma restando l'esigenza che si tratti di norme produttive di effetti diretti: così a quella di statuizioni risultanti da sentenze interpretative della Corte di giustizia (Corte cost. 23 aprile 1985, n. 113⁹), a quella di sentenze rese in procedimenti di infrazione (Corte cost. 11 luglio 1989, n. 389¹⁰), ed infine a quella di contrasto con norme aventi effetti diretti contenute in direttive comunitarie (Corte cost. 2 febbraio 1990, n. 64¹¹; 18 aprile 1991, n. 168¹²), ossia in atti che non sono dotati, di per sé ed in quanto tali, del carattere della diretta applicabilità, a differenza di quanto accade per i regolamenti.

IV. Segue: *fondamento comunitario e conseguenze interne della soluzione*

La configurazione del rapporto tra ordinamento comunitario e sistema interno, quale risulta dall'evoluzione che si è sommariamente ricordata, è certamente tale da assicurare il soddisfacimento delle esigenze pratiche di fondo avvertite nel corso degli anni al riguardo¹³. E ciò, sia dal punto di vista dello stesso ordinamento comunitario, al quale la Corte costituzionale ha dedicato larga attenzione e si è, per molti ed importanti aspetti, adeguata; sia dal punto di vista dell'ordinamento interno, ed in particolare sotto il profilo del ruolo conservato alla Corte costitu-

⁶ In *Giur. cost.*, 1990, p. 1780.

⁷ In *Giur. cost.*, 2000, p. 324.

⁸ Cfr. sentenza *Granital*, cit., spec. punto 5.

⁹ In *Giur. cost.*, 1985, p. 694.

¹⁰ In *Giur. cost.*, 1989, p. 1757.

¹¹ In *Giur. cost.*, 1990, p. 265.

¹² In *Giur. cost.*, 1991, p. 1409.

¹³ Al riguardo si veda il contributo di V. ONIDA, *Corte costituzionale e diritto comunitario*, negli Atti citati sopra, nota 2.

zionale quale supremo garante della conformità delle leggi alla Costituzione. È evidentemente superfluo interrogarsi ancora oggi, ed in particolare in questa sede, sul fondamento teorico della soluzione affermata dalla Corte; ciò che veramente conta è constatare che tale soluzione ha consentito di ottenere risultati pratici del tutto soddisfacenti sul piano del funzionamento complessivo del sistema e di garantire l'applicazione del diritto comunitario in modo sicuramente adeguato. Né mi sembra che i ricorrenti timori relativi ai rischi in termini di chiarezza e certezza normativa, che si potevano ritenere insiti in un sistema di controllo diffuso di «compatibilità comunitaria» rimesso a qualsiasi giudice, si siano dimostrati in realtà fondati: soprattutto in vista del ruolo determinante svolto in materia dalla Corte comunitaria, in virtù della competenza interpretativa ad essa garantita dal Trattato.

Neppure mi sembra giustificata l'insistenza, che a volte si riscontra, su talune (vere o presunte) differenze di impostazione, che continuerebbero a sussistere in questa materia tra le soluzioni affermate dalla Corte costituzionale e da quella comunitaria, in particolare per quanto riguarda la valutazione dello *status* delle norme interne contrastanti con quelle comunitarie dotate di effetti diretti. Di esse, la giurisprudenza *Granital* afferma, come si è ricordato, l'inapplicabilità: mentre una certa tendenza della giurisprudenza comunitaria, evidenziata in particolare nella sentenza *Simmenthal*, ne afferma l'invalidità, quale conseguenza del fatto che le norme comunitarie direttamente applicabili avrebbero l'effetto di «impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie» (punto 17 sent.).

A questo riguardo, va rilevato anzitutto il carattere essenzialmente teorico dell'affermazione della Corte comunitaria, che appare d'altronde notevolmente ridimensionato in una sentenza di venti anni successiva (Corte giust. 22 ottobre 1998, cause riunite da C-10/97 a C-22/97¹⁴). Questa ha escluso che l'incompatibilità della norma nazionale successiva con quella comunitaria ne provochi «l'inesistenza», ed ha riaffermato l'obbligo di disapplicazione da parte del giudice nazionale, riconducendo in sostanza alla competenza dell'ordinamento giuridico interno la determinazione dei mezzi tecnici utilizzabili per assicurare il risultato voluto dal diritto comunitario.

Ma soprattutto, non si deve dimenticare che la giurisprudenza *Granital*, e la sistemazione concettuale che ne è risultata, ha riguardo ad una ben definita categoria di norme comunitarie, quelle dotate di effetti diretti (sia perché direttamente applicabile è per sua natura l'atto che le contiene, come il regolamento, sia perché presenta tale carattere la specifica norma rispetto alla quale il problema si pone¹⁵). Ora, la «diretta applicabilità» rappresenta una nozione normativa propria

¹⁴ *Ministero delle Finanze c. IN.CO.GE. '90 S.r.l. e a.*, in *Racc.*, p. I-6307.

¹⁵ In questi termini mi pare si possa esprimere l'unico profilo rilevante di differenza fra la nozione di "applicabilità diretta" e quella di "effetto diretto". Peraltro, nel senso che la distinzione non trovi alcun riscontro nella giurisprudenza, si veda G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, 4^a ed., Padova 2005, p. 165.

e specifica dello stesso diritto comunitario: ed è a questo che compete la determinazione della sua portata, e la definizione delle sue conseguenze. Tale nozione esprime, in sostanza, l'idoneità della norma a far sorgere situazioni giuridiche soggettive degli individui nei confronti degli Stati membri nell'ambito dell'ordinamento comunitario, senza bisogno di alcuna integrazione normativa da parte delle istituzioni comunitarie o degli stessi Stati. Essa è dunque strettamente collegata alle peculiari caratteristiche e fisionomia dell'ordinamento comunitario europeo, le cui norme non vengono introdotte, o rese applicabili, in quello interno, ma penetrano negli spazi che il sistema statale, in esecuzione di precisi impegni internazionali, lascia loro a disposizione, operando nella medesima sfera soggettiva in cui opera il sistema dello Stato.

Risulta così del tutto logico e comprensibile che sia lo stesso ordinamento comunitario, definito ed interpretato nei suoi contenuti dalla Corte di giustizia, a dire quali sono le necessarie implicazioni e conseguenze dell'attribuzione alle sue norme della diretta applicabilità. E di ciò, all'ordinamento interno non rimane che prendere atto, trattandosi di consentire all'ordinamento comunitario di operare secondo i suoi propri principi¹⁶.

Ben altro sarebbe affermare che le norme comunitarie, dotate di effetti diretti o meno, provocano l'invalidità di norme nazionali contrastanti. Questa sarebbe infatti una conseguenza che non può essere prodotta dal modo di essere di un ordinamento diverso e separato da quello nazionale, ancorché con esso coordinato. Non si tratterebbe più di lasciare spazio all'esplicazione degli effetti propri delle norme comunitarie nell'ambito del sistema al quale appartengono, ed al quale l'ordinamento nazionale garantisce lo spazio necessario per la piena e completa operatività delle sue regole: ma di incidere sulla stessa struttura e sulla validità delle norme nazionali, svolgendo una funzione che non può non rimanere propria dell'ordinamento cui queste ultime appartengono, sino a quando non venisse, in ipotesi, superata la separazione dei due sistemi attraverso la creazione di un'entità unitaria¹⁷.

¹⁶Sul punto mi permetto di rinviare alle osservazioni contenute nel mio scritto *Illegittimità costituzionale e illegittimità "comunitaria" di leggi interne?*, in AA.VV., *Il primato del diritto comunitario e i giudici italiani*, Milano 1978, p. 145 ss. e alle sempre attuali considerazioni di F. CAPO-TORTI, *Il diritto comunitario dal punto di vista del giudice nazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1977, p. 497 ss.

¹⁷Ovvero sino a quando la realtà socio-politica e giuridica non consentisse, o addirittura imponesse, il "passaggio" da un'impostazione dualista dei rapporti tra ordinamenti, interno e comunitario (e internazionale) ad un'impostazione monista. Sulla prima, com'è noto riconducibile nella sua originaria formulazione a H. TRIEPEL, *Diritto internazionale e diritto interno*, Torino, 1913, nel pensiero giuridico italiano cfr. D. ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna, 1905, ora in *Scritti di diritto internazionale pubblico*, vol. I, Padova, 1956, p. 281 ss. Sulla seconda cfr., per tutti, H. KELSEN, *Dottrina pura del diritto* (trad. a cura di M.G. LOSANO), Torino, 1990. Per più recenti prospettazioni delle due teorie cfr. G. CATALDI, *Rapporti tra norme internazionali e norme interne*, in *Digesto, Disc. pubbl.*, vol. XII, Torino, 1997, p. 391 ss.; L. SICO, *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale generale*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, p. 347 ss.

Alla luce di queste considerazioni, risulta confermato il buon fondamento di una soluzione, quale quella enunciata dalla Corte costituzionale con la giurisprudenza *Granital*, che mantiene una netta separazione tra quanto è richiesto dallo stesso ordinamento comunitario per l'esplicazione degli effetti ai quali esso tende negli spazi lasciati liberi da quello nazionale a seguito dell'esercizio da parte delle istituzioni comunitarie delle competenze loro attribuite, e quanto invece rimane prerogativa esclusiva del sistema interno nella definizione della sua struttura e dal suo modo di essere e di operare.

V. *Il controllo di costituzionalità in assenza dei presupposti individuati dalla giurisprudenza Granital*

La soluzione fissata dalla giurisprudenza costituzionale, della quale si è parlato sin qui, presuppone evidentemente il ricorrere dei requisiti chiaramente individuati dalla Corte, e non può essere estesa al di là di questi. Si tratta, da un lato, di un presupposto di carattere sostanziale, ossia della presenza di norme comunitarie dotate di effetti diretti o direttamente applicabili; e dall'altro, di un presupposto di carattere processuale inerente al giudizio di costituzionalità, ossia che la questione di compatibilità comunitaria della legge interna sia proposta come questione di legittimità costituzionale in via incidentale.

Ove manchi l'uno o l'altro presupposto, continua ad operare il controllo di legittimità costituzionale delle leggi contrastanti con le norme comunitarie, secondo lo schema in precedenza affermato dalla Corte per la generalità dei casi di contrasto (sent. 30 ottobre 1975, n. 232¹⁸). La prima ipotesi riguarda leggi nazionali delle quali si affermi la contrarietà a norme comunitarie prive di effetti diretti, o comunque ipotesi in cui – secondo le espressioni utilizzate dalla Corte – manchi «una normazione compiuta e immediatamente applicabile dal giudice interno» (sent. *Granital*) oppure il contrasto sia affermato con riferimento ad un «principio fondamentale ... che della C.e.e. informerebbe l'intero assetto» (sent. 23 dicembre 1986, n. 286¹⁹). La seconda concerne invece i giudizi di legittimità costituzionale in via principale: in questi casi, la competenza della Corte a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle norme impugnate è stata affermata, prima della riforma costituzionale del 2001, argomentando dal fatto che, trattandosi di un giudizio in via principale, mancava un giudice che «statuendo sul rapporto, dichiarare la disapplicazione», e permettendo la promulgazione della normativa impugnata e lasciandone la disapplicazione all'amministrazione regionale, la normativa stessa sarebbe stata introdotta nell'ordinamento giuridico dello Stato, in violazione degli obblighi incombenti allo Stato (sent. 10 novembre 1994, n. 384²⁰). Dopo l'aboli-

¹⁸ In *Giur. cost.*, 1975, p. 2211.

¹⁹ In *Giur. cost.*, 1986, p. 2309.

²⁰ In *Giur. cost.*, 1994, p. 3449.

zione del controllo preventivo ad opera della legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3²¹, si è affermato, con argomentazione non dissimile, che non essendo nei giudizi in via principale il relativo oggetto «una norma in quanto applicabile, ma una norma di per sé lesiva delle competenze costituzionalmente garantite alle Regioni ... o *ex se* violatrice di norme costituzionali, non si rinviene, come invece nei giudizi in via incidentale, alcun ostacolo processuale in grado di precludere alla Corte la piena salvaguardia, con proprie decisioni, del valore costituzionale della certezza e della chiarezza normativa di fronte a ipotesi di contrasto di una norma interna con una comunitaria». Ed anzi, si aggiunge, la «non applicabilità» della norma interna confliggente con quella comunitaria «rappresenterebbe una garanzia inadeguata rispetto al soddisfacimento del dovere, fondato sull'art. 5 del Trattato di Roma e sull'art. 11 Cost., di dare pieno e corretto adempimento agli obblighi comunitari» (sent. 31 marzo 1995, n. 94²²).

Nelle ipotesi ricordate, dunque, nulla si oppone all'esercizio pieno della competenza della Corte a sottoporre le norme legislative interne al sindacato di costituzionalità in relazione a contrasti con il diritto comunitario; competenza che invece, pur non venendo esclusa sul piano dei principi, non poteva in concreto venire esercitata in presenza dei presupposti enunciati nella giurisprudenza *Granital*. Qui, il parametro costituzionale utilizzato è rappresentato dall'art. 11, che si considera violato tutte le volte che la legge nazionale si ponga in contrasto con una competenza esercitata dalla Comunità in virtù del trasferimento consentito, e garantito, dalla norma costituzionale in questione.

Il sindacato di costituzionalità in riferimento a norme comunitarie prive di efficacia diretta, pur poggiando su basi solide e certe sul piano dei principi, non ha condotto sino ad oggi allo sviluppo di una prassi consistente, né a dichiarazioni di incostituzionalità in relazione a norme di tal genere. È peraltro presumibile che le occasioni siano destinate ad infittirsi, in considerazione delle competenze attribuite all'Unione Europea nell'ambito del c.d. terzo pilastro, ove la mancanza di efficacia diretta rappresenta la regola²³.

Anche in considerazione di ipotesi di questo genere – ma, più in generale, in vista dell'esigenza di interpretazione delle norme delle direttive comunitarie, al fine di determinare se esse siano o non siano produttive di effetti diretti –, appare opportuna una riflessione in merito al sistema attualmente seguito dalla Corte al fine di pervenire alla pronuncia sulla censura di incostituzionalità. Risulta dalla giurisprudenza che occorre anzitutto, a questo fine, il chiarimento «definitivo»

²¹ Si tratta, come è noto, della legge costituzionale recante «modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione», già citata.

²² In *Giur. cost.*, 1995, p. 788.

²³ Per considerazioni sul punto cfr. anche il contributo di M. CONDINANZI, *Fonti del "terzo pilastro" dell'Unione europea e ruolo della Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, 2007, p. 513. Sugli atti del c.d. terzo pilastro, cfr. S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, 2^a ed., Oxford, 2006, p. 31 ss.

della portata della norma comunitaria, che viene in questione come parametro interposto: chiarimento, questo, che deve avvenire, su iniziativa del giudice ordinario, attraverso l'interpretazione pregiudiziale ad opera della Corte di giustizia (ord. 21 marzo 2002, n. 85²⁴). Soltanto dopo che tale chiarimento sia stato conseguito, la censura di costituzionalità potrà essere sottoposta alla Corte in modo da assicurarne «l'effettiva (e non già ipotetica o comunque precaria) rilevanza e non manifesta infondatezza».

A questo complesso meccanismo la Corte, come noto, si considera sottratta, non considerando possibile la propria qualificazione come “giurisdizione nazionale” ai fini dell'art. 177 (ora 234) del Trattato CE²⁵, in vista delle differenze esistenti fra il compito ad essa affidato e quelli “ben noti e storicamente consolidati” propri degli organi giurisdizionali (ord. 29 dicembre 1995, n. 536²⁶). Argomento, questo, che potrebbe peraltro venire superato, ove si consideri che la nozione di “giurisdizione” ai fini dell'art. 234 è centrata sulla funzione che l'organo è destinato ad esercitare, ed appare difficile contestare che quella propria della Corte si inquadri, almeno nel caso di sindacato in via incidentale, nell'ambito della soluzione di una controversia davanti al giudice comune. Dal punto di vista pratico, d'altronde, appare evidente che, negandosi il potere-dovere di attivare il meccanismo di cui all'art. 234, la Corte finisce per privarsi di uno strumento fondamentale al fine di pervenire all'esatta determinazione della portata della norma comunitaria: non soltanto nel giudizio in via principale manca un giudice comune al quale il relativo compito possa essere rimesso, ma, anche in quello incidentale, il quesito formulato da quest'ultimo potrebbe non riflettere tutti gli aspetti che la Corte ritenesse invece rilevanti, e privare così la Corte stessa della possibilità di far valere in sede comunitaria le peculiarità delle tradizioni costituzionali nazionali di cui essa è custode.

VI. *La modifica dell'art. 117, primo comma, Cost. e le sue conseguenze*

Sino alla riforma costituzionale del 2001, l'assetto dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno veniva descritto nei termini ricordati in quanto fondato

²⁴ In *Giur. cost.*, 2002, p. 774. Sul tema della c.d. doppia pregiudizialità cfr., tra gli altri, M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comunitario di fronte a casi di “doppia pregiudizialità”, comunitaria e costituzionale*, in *Foro it.*, 1997, V, c. 222 ss.

²⁵ Sul tema, da ultimo, oltre ai diversi contributi negli Atti cit., sopra, nota 2, ed ivi i riferimenti bibliografici, cfr. M. CARTABIA, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, cit., p. 99 ss. e, in precedenza, G. TESAURO, *Corte di giustizia e Corte costituzionale*, in *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario. Atti del seminario svoltosi a Roma nei giorni 15 e 16 ottobre 1990*, Milano, 1991, p. 177 ss. e, dello stesso A., *Diritto comunitario*, Padova, 2005, 4^a ed., p. 311 ss.

²⁶ In *Giur. cost.*, 1995, p. 4459.

sui principi desunti dalla giurisprudenza dall'art. 11 Cost. Con la modifica introdotta dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, il nuovo art. 117 Cost. stabilisce al primo comma che la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali²⁷.

Sino ad ora la Corte costituzionale non ha avuto occasione di discutere le conseguenze dell'introduzione della nuova norma sulla disciplina dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno; essa ha però utilizzato l'art. 117, primo comma, quale parametro di legittimità di una legge regionale impugnata per contrasto con una direttiva comunitaria (sentenza 3 novembre 2005, n. 406²⁸), e considerato le norme delle direttive quali norme interposte atte a integrare il parametro dell'art. 117 (sent. 28 marzo 2006, n. 129²⁹).

Le opinioni espresse a proposito dell'incidenza del nuovo art. 117, primo comma, sull'assetto precedente dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno sono le più varie. Accanto a quelle che sostengono la sostanziale irrilevanza della modifica normativa in questione³⁰, vanno registrate quelle che ipotizzano un superamento delle soluzioni accolte in precedenza e la conseguente necessità di abbandonare la soluzione della giurisprudenza *Granital*, riconducendo ogni ipotesi di contrasto tra diritto comunitario e diritto interno al regime della dichiarazione di incostituzionalità. O, all'opposto, le opinioni che leggono nella nuova norma l'adesione all'idea della superiorità gerarchica delle norme comunitarie rispetto a

²⁷ Per i primi commenti sulla portata del nuovo art. 117, primo comma, Cost. cfr., per tutti, E. CANNIZZARO, *La riforma federalista della Costituzione e gli obblighi internazionali*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 921 ss.; A. D'ATENA, *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione europea*, in *Rass. parl.*, 2002, p. 913 ss.; F. SORRENTINO, *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, p. 1355 ss.; G. F. FERRARI, G. PARODI, *Stato e Regioni di fronte al diritto comunitario e internazionale*, in *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo. Problemi applicativi e linee evolutive*, Padova, 2003, p. 429 ss.; V. STARACE, *Obblighi comunitari e internazionali e rapporti tra Stato e Regioni nel nuovo Titolo V della parte II della Costituzione*, in G. ZICCARDI CAPALDO (a cura di), *Attuazione dei trattati internazionali e Costituzione italiana. Una riforma prioritaria nell'era globale*, Napoli, 2003, p. 137 ss. V. anche L. BARTOLOMEI, *La garanzia costituzionale dei trattati alla luce della legge 5 giugno 2003 n. 131 contenente disposizioni per l'adeguamento alla legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 853 ss.

²⁸ In *Giur. cost.*, 2005, p. 4429.

²⁹ In *Giur. cost.*, 2006, p. 1198.

³⁰ In tal senso cfr. A. D'ATENA, *Il nuovo Titolo V della parte II della Costituzione – Primi problemi della sua attuazione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, punto 5; B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, Torino, 2002, p. 116; B. CONFORTI, *Sulle recenti modifiche della Costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari*, in *Foro it.*, 2002, c. 231 ss.; C. PINELLI, *I limiti generali della potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 195 ss. La lettura "riduttiva" della modifica sembra condivisa anche dalla sentenza della Corte di Cassazione del 10 dicembre 2002 n. 17564. Cfr. U. DRAETTA, *Il difficile rapporto della Cassazione con l'art. 117, co. 1, della Costituzione*, in questa *Rivista*, 2005, p. 555 ss.

quelle interne, con la conseguente invalidità, riconducibile alle stesse fonti comunitarie e rilevabile da qualsiasi giudice, di queste ultime³¹.

Nessuna di tali opinioni appare, però, condivisibile. Non quella che sostiene l'assoluta irrilevanza della modifica dell'art. 117 sul piano che qui interessa, che appare eccessivamente riduttiva. Ma neppure quella che considera il nuovo art. 117, primo comma, quale completa assimilazione della disciplina dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno a quella del rapporto tra quest'ultimo e l'ordinamento internazionale, e postula in tal modo l'esigenza di ricondurre interamente alla fonte nazionale il regime di tali rapporti. Una siffatta opinione, infatti, sembra trascurare completamente l'evoluzione giurisprudenziale ormai consolidata in ordine alla portata ed alle conseguenze dell'art. 11 Cost., e le esigenze che ne erano alla base. Se è vero, come ritengo, che la "non applicazione" da parte di qualsiasi giudice delle norme nazionali contrastanti con quelle comunitarie risponde ad un'esigenza e ad un vincolo propri di quell'ordinamento, in quanto co-essenziale alla stessa nozione comunitaria di applicabilità diretta, la soluzione qui criticata diviene intrinsecamente contraddittoria, in quanto contraria ad un "vincolo" comunitario, proprio nel momento in cui si vuole fondare sul richiamo a tali vincoli presente nel nuovo testo dell'art. 117.

Nemmeno può essere considerata fondata l'opinione che vede nella nuova norma costituzionale un adeguamento all'idea comunitaria della supremazia gerarchica della fonte comunitaria rispetto a quella interna. Anche a prescindere dalla considerazione che – come già ricordato – un'idea di questo genere non sembra neppure corrispondere interamente all'atteggiamento recente della giurisprudenza comunitaria, appare certo che la determinazione del rapporto tra le fonti non può non essere funzione esclusiva del diritto costituzionale interno, e non vi è alcun indizio che il legislatore costituzionale del 2001 intendesse innovare fino a questo punto il regime precedente. Accogliere quest'impostazione significa, in realtà, compiere una fuga in avanti su basi testuali ben poco consistenti e di fronte ad uno stato del processo di integrazione che non risulta certo corrispondente a prospettive di questo tipo.

La situazione sembra più semplice. La modifica costituzionale non ha toccato in nulla il fondamento delle soluzioni precedentemente raggiunte e consolidate nella giurisprudenza: ma ne ha soltanto esplicitato alcune conseguenze, che già si verificavano nel sistema precedente. Il fondamento dell'apertura – costituzionalmente permessa e garantita – dell'ordinamento italiano al fenomeno dell'integrazione europea continua ad essere rappresentato dall'art. 11 Cost., che ad un tempo legittima, e garantisce, le limitazioni di sovranità assunte dallo Stato in vista del processo di integrazione, consentendo che tali limitazioni giungano fino a far pre-

³¹ Per una sintetica presentazione delle posizioni dottrinali evocate cfr. S. CATALANO, *L'incidenza del nuovo articolo 117, comma 1, Cost., sui rapporti fra norme interne e norme comunitarie*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana* cit., p. 136 ss.

valere la normativa comunitaria rispetto alle norme costituzionali, fatti salvi naturalmente i principi fondamentali della Costituzione e i diritti fondamentali della persona umana. Il nuovo art. 117, primo comma, quale unica norma costituzionale che contenga un riferimento espresso all'ordinamento comunitario, ne produce peraltro una valorizzazione, attribuendo alle regole che fanno parte di tale ordinamento il ruolo di parametro interposto ai fini del giudizio di costituzionalità. Conseguenza, questa, cui già si doveva pervenire sulla base dell'art. 11: ma che trova oggi una migliore esplicitazione nell'ambito della norma che determina – congiuntamente per tutte le norme di origine esterna, comunitarie e internazionali – le conseguenze che da tali norme derivano per l'esercizio della funzione legislativa da parte di Stato e Regioni.

VII. *L'incidenza della tutela dei diritti fondamentali*

La tutela dei diritti fondamentali della persona umana rappresenta, nella giurisprudenza della Corte, il limite ultimo rispetto all'apertura del sistema nei confronti dell'ordinamento comunitario, ed è assunta, nella rappresentazione che comunemente se ne dà, quale «controlimita» rispetto alle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost.³²

Non mi soffermo sul tema, se non per ricordare che tale limite, pur costantemente ribadito, non è stato mai sino ad oggi applicato in concreto nei confronti dei valori comunitari. Si tratta comunque, come è ben chiaro, di un nucleo essenziale di principi espressi dalla stessa Costituzione, il cui impatto di fronte alle specifiche situazioni normative di diritto comunitario deve essere determinato alla luce delle circostanze relative a queste ed al valore attribuito loro.

La tutela dei diritti fondamentali è peraltro oggetto di importanti complessi normativi di origine internazionale, primo fra tutti quello che risulta dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella ormai imponente elaborazione giurisprudenziale effettuata dalla Corte di Strasburgo. Il valore di tale normativa nel sistema giuridico interno è però oggetto di incertezze e controversie, a tutt'oggi ben lunghi dall'essere risolte. Qualche cenno al riguardo appare opportuno anche in questa sede.

Da un lato sta la posizione più tradizionale, largamente diffusa nella giurisprudenza e nella dottrina, perlomeno anteriormente alla riforma del 2001. Le norme della Convenzione europea avrebbero, al pari di tutti gli altri trattati internazionali, il valore proprio delle relative norme di adattamento, e non potrebbero godere pertanto di alcuna speciale capacità di resistenza all'abrogazione da parte di leggi

³² Cfr., in particolare, negli Atti cit. sopra (nota 2), i contributi di F. DONATI, *Corte costituzionale, "controlimiti" e rinvio pregiudiziale ex art. 234 Trattato CE*; A. RUGGERI, *Riforma del titolo V e giudizi di "comunitarietà" delle leggi*; U. VILLANI, *Il ruolo dei "controlimiti" rispetto alle limitazioni di sovranità a favore delle Comunità europee*, ed ivi riferimenti bibliografici.

ordinarie successive. Soli avrebbero potuto essere invocati, a favore delle norme convenzionali, il principio dell'interpretazione conforme agli obblighi internazionali e quello di specialità, intesi ad assicurare in qualche misura la prevalenza delle norme pattizie³³.

Non sono mancati, d'altra parte, tentativi di attribuire rango superiore alla legge ordinaria alle norme in questione, partendo da diversi punti di vista. È stato sostenuto, ad esempio, che tale posizione sovraordinata potrebbe derivare dagli artt. 10 e 11 Cost.³⁴: ma la tesi non è stata accolta dalla giurisprudenza costituzionale sia perché si tratta di accordo internazionale e non di norme internazionali generali, sia perché tale accordo non rientra fra quelli considerati dell'art. 11 (sentenza 22 dicembre 1980, n. 188³⁵; 17 febbraio 1999, n. 32³⁶; 22 ottobre 1999, n. 388³⁷). Un diverso approccio ha cercato un ancoraggio costituzionale nell'art. 2 Cost. relativo alla protezione dei diritti inviolabili dalla persona umana, considerato come "clausola aperta" idonea ad essere completata con riferimento al catalogo dei diritti di cui alla Convenzione europea. Neppure questa posizione appare però condivisa dalla Corte, che ha piuttosto prospettato l'ipotesi di una sorta di incorporazione delle norme internazionali in materia nel parametro costituzionale, con il quale avverrebbe una reciproca integrazione in sede di interpretazione (sent. 388/1999, cit.). È rimasta, poi, sostanzialmente isolata la posizione espressa da altra sentenza della Corte (19 gennaio 1993, n. 10³⁸) secondo la quale le norme convenzionali non potrebbero essere abrogate o modificate da leggi ordinarie successive, in quanto "derivanti da una fonte riconducibile ad una competenza atipica".

La situazione è venuta a modificarsi con la riforma dell'art. 117 Cost.

Non appare dubbio, infatti, che il nuovo testo della norma di cui all'art. 117, primo comma, attribuisca alle norme convenzionali il ruolo di parametro interposto, con la conseguenza che le norme interne con esse contrastanti dovranno ritenersi costituzionalmente illegittime. E ciò dovrebbe valere a ricondurre la solu-

³³ La Corte di Cassazione penale evoca una "particolare resistenza" delle norme della Convenzione all'abrogazione nella pronuncia del 10 luglio 1993 (*Medrano*), in *Riv. dir. int.*, 1994, p. 530 ss. Cfr., in proposito, sinteticamente, P. IVALDI, *L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in S.M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA, *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2006, 3^a ed., p. 150 ss.

³⁴ In tal senso soprattutto alcune pronunce di giudici di merito e, in particolare, del Tribunale di Genova, della Commissione Tributaria regionale di Milano e della Corte d'appello di Roma, commentate da B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 1303 ss. Della medesima cfr. anche *Le pronunce della Corte Europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea*, cit., p. 295 ss. a p. 319 ss.

³⁵ In *Giur. cost.*, 1980, p. 1612.

³⁶ In *Giur. cost.*, 1999, p. 240.

³⁷ In *Giur. cost.*, 1999, p. 2291.

³⁸ In *Giur. cost.*, 1993, p. 52. La posizione è però ripresa nella sentenza della Corte di Cassazione in data 8 luglio 1998 n. 6772, in *Riv. dir. int.*, 1999, p. 226 ss.

zione del problema ad un quadro coerente, capace di superare i dubbi e le incertezze in precedenza sorti³⁹.

La nuova situazione dovrebbe peraltro valere anche a riconoscere l'infondatezza di una posizione espressa da certi indirizzi della giurisprudenza di merito⁴⁰, che sembrano accolti anche da alcune pronunce di legittimità⁴¹: i quali, argomentando dal richiamo alle norme della Convenzione europea da parte del Trattato sull'Unione europea, finiscono per assimilare interamente il trattamento interno delle norme convenzionali a quello delle norme comunitarie, affermando anche a proposito delle prime l'obbligo di non applicazione delle norme interne contrastanti da parte di qualsiasi giudice.

Si tratta di una posizione teoricamente del tutto infondata, nel momento in cui pretende di applicare i principi propri del rapporto fra diritto comunitario e diritto interno a situazioni e materie estranee all'ambito di applicazione e di competenza del primo, posto che il richiamo alle norme della Convenzione europea da parte dell'art. 6, par. 2 del Trattato sull'Unione non può ovviamente avere l'effetto di far divenire parte integrante dell'ordinamento comunitario tutte quelle norme nella portata che esse hanno nel sistema della Convenzione a prescindere da qualsiasi riferimento all'attività delle istituzioni comunitarie e dell'Unione. In altri termini, conseguenza dell'art. 6 non è certo la trasformazione in diritto comunitario di tutto il sistema di tutela delle libertà fondamentali posto in essere dalla Convenzione europea, né l'estensione alle norme convenzionali della nozione tipicamente comunitaria di "applicabilità diretta". Ma, come è stato opportunamente posto in rilievo da più parti, la posizione in questione è anche praticamente pericolosa, nella misura in cui conduce ad una sorta di controllo diffuso di conformità delle leggi alle norme sui diritti fondamentali, al di là e al di fuori degli strumenti e delle garanzie previsti e voluti dalla Carta costituzionale⁴².

In considerazione di quanto sin qui esposto, è motivo di notevole soddisfazione che la Corte costituzionale sia recentemente intervenuta – con due sentenze depositate dopo che la redazione del presente scritto era già stata ultimata – a chiarire, con l'autorità che le è propria, quali siano gli effetti che le norme appartenenti al sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sono idonee a spiegare all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, e nei confronti delle altre norme che a questo appartengono.

³⁹ Per questa tesi e per un'esauriente illustrazione delle posizioni precedentemente espresse, v. C. PANARA, *Il Diritto internazionale nell'ordinamento interno: quid juris?*, in *www.federalismi.it*, 1/2007.

⁴⁰ Cfr., *supra*, nota 30.

⁴¹ Cfr., ad esempio, Cass, civ., S.U., 23 dicembre 2005, n. 28507, in *Foro it.*, 2006, I, 1423 e quella precedente Cass, civ., Sez. I, 19 luglio 2002 n. 10542 (in *Foro it.*, 2002, I, 2606), cui la prima fa riferimento. Va detto peraltro che le affermazioni della Corte di Cassazione al riguardo risultano ambigue e rappresentano sostanzialmente degli *obiter dicta*.

⁴² Si veda, negli Atti cit. sopra (nota 2), il contributo già citato di V. ONIDA, *Corte costituzionale e diritto comunitario*; B. RANDAZZO, *Le pronunce della Corte*, cit., sopra nota 34, p. 319 ss.

Con le sentenze nn. 348 e 349, entrambe depositate in data 24 ottobre 2007⁴³, la Corte ha anzitutto escluso con nettezza ogni fondamento della tesi che assimila, in caso di conflitto, le norme CEDU e quelle comunitarie dotate di effetti diretti. Afferma a questo proposito la Corte, che le prime “pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell’ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto» (sent. n. 348, par. 3.3): e ciò in quanto “la Convenzione EDU ... non crea un ordinamento “giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale ... da cui derivano “obblighi” per gli Stati contraenti, ma non “l’incorporazione dell’ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, omisso medio, per tutte le autorità interne degli Stati membri”.

La sentenza n. 349 ribadisce, dal canto suo, che nonostante rilievo riconosciuto ai diritti fondamentali tutelati dalla Convenzione europea nel sistema comunitario quali principi generali di cui la Corte garantisce l’osservanza, e la presenza della Carta dei diritti fondamentali proclamata a Nizza, «il Consiglio d’Europa, cui afferiscono il sistema di tutela dei diritti dell’uomo disciplinato dalla CEDU e l’attività interpretativa di quest’ultima da parte della Corte dei diritti dell’uomo di Strasburgo, è una realtà giuridica, funzionale e istituzionale distinta dalla Comunità europea creata con i Trattati di Roma del 1957 e dell’Unione europea oggetto del Trattato di Maastricht del 1991» (par. 6.1).

In pari tempo, però, la Corte ha statuito per la prima volta sulla portata che la riforma dell’art. 117 Cost. riveste ai fini dei problemi di adattamento del diritto interno al diritto internazionale pattizio, a proposito della quale – come si è ricordato – sono state affacciate tesi assai divergenti. Qui, la Corte afferma anzitutto che il parametro costituito dall’art. 117, primo comma, Cost. – ossia, il vincolo al rispetto degli obblighi internazionali dello Stato – “diventa concretamente operativo solo se vengono determinati quali siano gli “obblighi internazionali” che vincolano la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni”: il che, nel caso specifico, avviene con riferimento alle norme della CEDU, che integrano e rendono operativo il parametro in questione. Con la conseguenza che, considerate le caratteristiche proprie della CEDU e la competenza interpretativa della Corte di Strasburgo, tra gli obblighi internazionali assunti dall’Italia, cui l’art. 117 Cost. fa riferimento, “vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione” (sent. n. 348, par. 4.5 e 4.6). Il che viene ribadito dalla sentenza n. 349 che sottolinea come il nuovo testo dell’art. 117, primo comma,

⁴³ GURI, 31 ottobre 2007.

Cost, abbia colmato una lacuna e si colleghi, “a prescindere dalla sua collocazione sistematica nella Carta costituzionale, al quadro dei principi che espressamente già garantivano a livello primario l’osservanza di determinati obblighi internazionali assunti dallo Stato” (par. 6.2).

Sul ruolo delle Corti europee e dei giudici nazionali nella tutela dei diritti fondamentali*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Ruolo delle Corti e ordinamenti giuridici. – 3. La tutela dei diritti fondamentali nell’ottica dell’Ordinamento italiano. – 4. I poteri del giudice comune in materia di diritti fondamentali. – 5. Tentativi di estendere il peculiare assetto dei poteri del giudice comune in materia di applicazione del diritto UE. – 6. Necessità di distinguere le varie ipotesi di tutela dei diritti fondamentali in relazione alla precisa identificazione della sfera di competenza del diritto UE.

1. Premessa

È sotto gli occhi di tutti l’impetuoso proliferare di testi normativi concernenti la tutela dei diritti fondamentali, conseguente al processo di internazionalizzazione e specificazione che ne contraddistingue l’evolversi della tutela negli ultimi decenni¹. Ed egualmente caratteristica della vita giuridica internazionale di questo periodo storico è la creazione e l’attività di una pluralità di Corti, interne ed internazionali, dotate di competenza ad assicurare il rispetto di quei diritti, con gli strumenti e gli effetti che di ciascuna di esse sono propri². Ed è proprio la situazione che da tutto ciò consegue a spiegare, ed in parte a giustificare, il frequente ricorso da parte degli osservatori all’idea di una tutela “multilivello” dei diritti, a quella di un dialogo fra le Corti competenti a realizzarla³ ed a quella, assai meno lusinghiera, di una vera e propria “Babele dei diritti”, quale conseguenza dell’av-

* Pubblicato in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, vol. I, Napoli, 2014, pp. 417-427.

¹ V. al riguardo la recente sintesi offerta da C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale, I, Il sistema degli Stati e i valori comuni dell’umanità*, Padova, 2008, p. 339 ss. Cfr. anche B. NASCIMBENE, *L’individuo e la tutela internazionale dei diritti umani*, in S.M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA (a cura di) *Istituzioni di diritto internazionale*, 4a ed., Torino, 2011, p. 425 ss.

² E con le differenze che naturalmente si ricollegano, fra l’altro, all’appartenenza di tali Corti all’uno o all’altro sistema.

³ V., ad es., P. BILANCIA, G. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, 2004; A. D’ATENA, *Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali*, Torino, 2010; A. RUGGERI, *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Rivista telematica giuridica dell’AIC*, 1/2011.

venuta moltiplicazione delle fonti e della mancata coincidenza del contenuto dei diritti da ciascuna di queste tutelati⁴.

Al riguardo, è difficile negare che lo scenario quale oggi si presenta in materia all'osservatore sia particolarmente complesso, e tenda a provocare, da un lato, un certo smarrimento dell'operatore non sufficientemente esperto, e dall'altro, lo sforzo verso una semplificazione del quadro, anche a costo di eventuali forzature. Sembra però che una valutazione attenta, dal punto di vista almeno del diritto italiano, dei risultati cui ha condotto l'affermazione di alcuni punti fermi della materia, consenta ormai un inquadramento sufficientemente univoco e sicuro, capace di orientare l'operatore – al di là di qualche inevitabile nodo non ancora del tutto sciolto – verso un approdo rispettoso delle varie esigenze in giuoco e, soprattutto, idoneo ad assicurare quella tutela adeguata dei diritti fondamentali, alla quale mira, in definitiva la stessa molteplicità delle fonti. Parte notevole in questa elaborazione chiarificatrice ha avuto la giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni, e in modo del tutto particolare quella dovuta al Giudice ed allo studioso al quale il presente scritto è dedicato⁵.

2. Ruolo delle Corti e ordinamenti giuridici

Va premessa una considerazione che può apparire persino ovvia e banale. Qualsiasi Corte, interna o internazionale, non può che essere l'espressione dell'ambiente sociale, culturale e giuridico nel cui ambito è collocata, e rispecchiare i valori fondamentali dell'ordinamento e della società ai quali appartiene, seguendo l'evoluzione nel tempo. L'esempio dell'ordinamento internazionale e delle sue Corti si può considerare persino emblematico: man mano che la tutela dei diritti fondamentali si internazionalizza, questa – da elemento in qualche modo contrastante rispetto ai valori ed agli interessi di base che l'ordinamento si preoccupa di tutelare – diviene essa stessa valore e interesse preminente. I relativi principi tendono così ad essere assunti dall'ordinamento quali regolatori dell'esercizio dell'attività di governo da parte degli Stati, divenendo in tal modo funzionali al miglior svolgimento di questa⁶. Il progressivo emergere di questa nuova prospettiva è dimostrato in modo eloquente dall'evolversi della giurisprudenza delle Corti internazionali, a cominciare da quella a vocazione universale, la Corte internazionale di giustizia⁷.

⁴ Cfr. C. PANZERA, *Il bello dell'essere diversi. Corte costituzionale e Corti europee ad una svolta*, in *RTDP*, 2009, p. 1 ss. La pluralità degli ordinamenti coinvolti rende poi difficile individuare un ordine sistematico delle fonti: cfr. A. PIZZORUSSO, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in *FI*, 2009, V, 215 ss.

⁵ V. il successivo par. 4 per il riferimento alle decisioni della Corte cost. più rilevanti per la tematica qui esaminata.

⁶ C. FOCARELLI, *Lezioni*, cit., p. 340 (ivi ulteriori citazioni).

⁷ Cfr. B. SIMMA, *The International Court of Justice and Human Rights*, in A. DI STEFANO, R. SAPIENZA (a cura di), *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, Napoli, 2012, p. 3 ss.

Tenendo presente l'aspetto ora sottolineato, potrebbe a prima vista sembrare che il ruolo rispettivo delle Corti europee e nazionali nella tutela dei diritti fondamentali sia facilmente determinabile mediante un semplice riferimento al sistema di regole che ciascuna di esse è stata istituita per attuare: quelle della CEDU la Corte di Strasburgo, quelle dell'UE la Corte del Lussemburgo, e quelle nazionali i giudici appartenenti agli ordinamenti nazionali, in Italia dunque a cominciare dalla Corte costituzionale. Le diversità esistenti tra i vari sistemi di norme a tutela dei diritti fondamentali, e quelle tra competenze, tecniche argomentative, effetti delle decisioni, in quest'ottica, sarebbero tutto sommato prive di rilievo sostanziale. Che la Corte di Strasburgo sia vincolata al metodo casistico, mentre la Corte costituzionale italiana è giudice delle leggi, con tutto ciò che ne consegue in termini di effetto della sentenza⁸; che la prima, a differenza della seconda, si affidi largamente al metodo comparativo, dovendo amministrare un sistema normativo che riunisce ben 47 Stati⁹; che la Corte del Lussemburgo eserciti delle competenze strettamente condizionate al principio di attribuzione, e si muova nell'ambito di un particolarissimo ordinamento quale è quello dell'Unione europea¹⁰, tutto ciò sarebbe la mera conseguenza logica dell'appartenenza delle varie Corti ad ambienti sociali ed a sistemi diversi, separati tra loro.

Nella realtà, però, le cose stanno ben diversamente. I tre sistemi in questione, ed i relativi livelli, non sono isolati l'uno rispetto all'altro. Al contrario, essi sono destinati ad operare ed a spiegare i propri effetti nei confronti e nell'ambito di una base sociale, più o meno ampia a seconda del sistema, ma comunque inevitabilmente comune, in tutto od in parte. Ne consegue che ciascun sistema non può ignorare l'esistenza degli altri livelli, e non può fare a meno di prenderne atto e determinarne gli effetti. Naturalmente, poi, tale determinazione non è frutto di valutazioni liberamente discrezionali di ogni sistema, ma è vincolata, in maggiore o minor misura a seconda dei casi, al modo di essere degli altri sistemi con i quali il coordinamento deve essere effettuato e dalla portata degli obblighi che ne discendono in capo a tutti gli Stati che ne sono parti¹¹.

⁸ J.P. COSTA, *Il ragionamento giuridico della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *R DI DU*, 2000, p. 440 ss.

⁹ Sull'importanza del ricorso al metodo comparativo si veda A. SCHILLACI, *La cooperazione nelle relazioni tra Corte di giustizia dell'Unione Europea e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. telematica giuridica dell'AIC*, 4/2012.

¹⁰ Sul ruolo della Corte giust. nell'ordinamento UE cfr. per tutti G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, 7a ed., Padova, 2012, pp. 45 ss., 217 ss.

¹¹ Tale situazione essendo l'inevitabile conseguenza della perdurante separazione tra i vari ordinamenti di cui si tratta, che potrebbe venire annullata soltanto dal venir meno dell'autonomia di ciascuno di essi quale risultato della creazione di un sistema unitario, nel quale tutte le diverse fonti venissero a trovare il proprio fondamento.

3. *La tutela dei diritti fondamentali nell'ottica dell'Ordinamento italiano*

Venendo ora al concreto, e ponendoci dal punto di vista dell'ordinamento giuridico italiano, si tratta di esaminare come venga in esso assicurata la tutela dei diritti fondamentali garantiti, sia dalla Convenzione europea, sia dal diritto dell'Unione, sia dalla Costituzione italiana, e quale ruolo, nel primo di tale ordinamento, vi svolga l'attività delle diverse Corti a ciò competenti.

Occorre qui muovere dalla considerazione che il giudice comune dell'ordinamento dello Stato è, per così dire, il giudice naturale dei diritti fondamentali, quale che sia il sistema normativo dal quale tali diritti sono previsti e disciplinati. Ad esso, anzitutto, spetta naturalmente il compito di assicurare la tutela dei diritti fondamentali garantiti dell'ordinamento italiano, ma non soltanto di questi. In base ad un principio di sussidiarietà, è sempre il giudice comune quello dotato di competenza per garantire l'osservanza dei diritti contemplati dalla CEDU – essendo poi, com'è ben noto, l'esaurimento dei ricorsi interni disponibili condizione per il ricorso individuale alla Corte di Strasburgo¹² –; così come è il giudice comune il giudice naturale del diritto dell'Unione in tutte le sue componenti, inclusa quindi la tutela dei diritti fondamentali¹³.

Nel garantire in questo modo la tutela dei diritti fondamentali previsti dalle diverse fonti normative, il giudice comune si muove nell'ambito di sistemi giuridici diversi, dei quali è chiamato a realizzare i valori. E ciò introduce rilevanti elementi di differenziazione tra le varie ipotesi, sia per quanto attiene al contenuto ed alla precisa caratterizzazione dei diritti tutelati, sia per quanto riguarda l'estensione ed il carattere dei poteri che il giudice può esercitare. Sotto il primo profilo, è ben noto che, al di là di coincidenze di espressioni verbali, il significato e la portata dei diritti fondamentali previsti e descritti nei vari cataloghi – quelli della Costituzione italiana, della CEDU, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – possono essere diversi tra loro, in rapporto alle diverse caratteristiche dei sistemi nell'ambito dei quali sono venuti a svilupparsi. E così, ad esempio, i diritti garantiti dalla CEDU richiedono di essere ricostruiti nella loro effettiva portata anche in base al metodo comparativo, come fa la Corte di Strasburgo, proprio per tener conto della base sociale a cui la Convenzione è indirizzata, e nel quadro sistematico proprio della stessa CEDU. I diritti fondamentali garantiti nell'ambito dell'UE – nelle varie direzioni nelle quali il relativo ordinamento li tutela – devono, dal canto loro, e pur tenendo conto dei riferimenti alla CEDU presenti nei trattati e nella Carta¹⁴, essere oggetto di ricostruzione e bilanciamento alla luce delle peculiari caratteristiche proprie del sistema dell'UE e delle libertà fondamentali

¹² Art. 35 CEDU.

¹³ Cfr. G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *DUE*, 2009, p. 195 ss., a p. 216 ss. Al riguardo mi permetto di rinviare al mio studio *Note sul diritto dei singoli ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva contro le violazioni del diritto comunitario*, in *Jus*, 1999, p. 373 ss.

¹⁴ V. l'art. 6 TUE e l'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali.

che questo prevede¹⁵. E quanto poi ai diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione italiana, anch'essi vanno naturalmente ricostruiti sulla base dei principi essenziali e strutturali propri del sistema costituzionale, quale in particolare risulta dall'elaborazione giurisprudenziale dovuta alla Corte costituzionale.

4. *I poteri del giudice comune in materia di diritti fondamentali*

La complessità del quadro che risulta da quanto sin qui osservato corrisponde poi ad una diversa configurazione dei poteri del giudice comune a seconda della fonte normativa del diritto in considerazione. Pacifica, da un lato, la situazione riguardante, in caso di lesione di diritti costituzionalmente protetti, il rapporto fra giudice comune e Corte costituzionale, che trova la sua disciplina nei consolidati principi appartenenti al sistema giuridico italiano. Ma differenziata, dall'altro, la situazione a seconda che il giudice comune si trovi a dover garantire un diritto fondamentale previsto dalla CEDU o invece tutelato in base all'ordinamento dell'Unione. Qui infatti opera una fondamentale distinzione, che la giurisprudenza costituzionale è venuta affermando negli anni recenti¹⁶.

Nel primo caso, il giudice comune dovrà anzitutto esaminare l'eventuale contrasto tra norma interna e diritto garantito dalla CEDU alla luce dell'interpretazione che delle norme rilevanti di quest'ultima abbia eventualmente fornito la Corte di Strasburgo. Da tale interpretazione, secondo la Corte costituzionale, non può discostarsi il giudice nazionale: questo è in ogni caso tenuto a fornire della norma interna di cui si affermi il contrasto rispetto a quella convenzionale un'interpretazione conforme a quest'ultima, nella costruzione che la Corte di Strasburgo ne abbia effettuato. Soltanto ove tale interpretazione conforme non sia possibile, dovrà il giudice comune sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma interna per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., rimettendo la questione alla Corte costituzionale. Questa a sua volta la risolverà alla luce della norma convenzionale pertinente, il cui contenuto è considerato quale norma interposta secondo la nota costruzione accolta dalle due coppie di sentenze del 2007 e 2009. La Corte costituzionale dovrà poi, secondo l'indirizzo accolto da queste decisioni, effettuare un bilanciamento del diritto protetto a livello convenzionale rispetto a quelli, previsti dalla Costituzione, sui quali la tutela accordata al primo possa andare ad incidere. La prevalenza di quel diritto rispetto alla norma interna potrà essere affermata, e portare ad una dichiarazione di incostituzionalità di quest'ultima, soltanto se ne derivi un incremento di tutela rispetto a quella altrimenti ottenibile attraverso l'applicazione della norma nazionale.

¹⁵ Cfr. in generale G. TESAURO, *Diritto dell'Unione*, cit., pp. 104 ss., 123 ss.

¹⁶ A partire dalla celebre sent. *Granital* (Corte cost. 5 giugno 1984, n. 170), sino alle due decisioni 24 ottobre 2007 n. 348, *R.A. ed altri*, e n. 349, *E.P. ed altri*, ed alle due del 2009: Corte cost. 26 novembre 2009, n. 311, *N.P.*, e 4 dicembre 2009, n. 317, *EV*.

Viene in ogni caso escluso dalla Corte che il giudice comune possa, ove ritenga la norma interna contrastante con quanto richiesto dalla CEDU, procedere senz'altro alla sua disapplicazione, facendo prevalere la norma convenzionale. Questa diversa soluzione, com'è ben noto, rappresenta la regola ormai consolidata in giurisprudenza nel caso di conflitto tra norme appartenenti all'ordinamento UE e dotate di effetti diretti e diritto nazionale¹⁷. E tale soluzione è, naturalmente, destinata a trovare applicazione anche nell'ipotesi, sopra ricordata, in cui il conflitto sollevato avanti al giudice comune riguardi il contrasto con norme proprie del sistema dell'UE che tutelino un diritto fondamentale.

L'esclusione del ricorso al rimedio della "non applicazione" della norma interna contrastante con quella appartenente al sistema CEDU, quale affermata dalla Corte costituzionale, appare fondata su ragioni difficilmente contestabili, che si possono ricondurre essenzialmente alla mancanza nel sistema proprio della CEDU di alcune caratteristiche proprie di quello dell'Unione, ed allo stretto collegamento esistente tra la presenza di tali caratteristiche ed il meccanismo della "non applicazione" delle norme interne contrastanti quale affermato dalla Corte costituzionale¹⁸.

Del resto, la ricostruzione complessiva della posizione del sistema di tutela dei diritti umani proprio della CEDU nell'ambito dell'assetto costituzionale appare di per sé idonea a garantire la corretta applicazione delle norme convenzionali nell'ordinamento italiano, soddisfacendo così le esigenze di tutela dei diritti fondamentali alle quali quelle norme sono ispirate. Il che va ribadito al di là dei dubbi che si potrebbero affacciare a proposito di alcuni spunti, presenti in particolare nella sentenza 317/09 della Corte: là dove, ad esempio, si afferma l'esistenza di un vincolo formale del giudice nazionale rispetto all'interpretazione data dalla Corte EDU alle norme convenzionali, o dove si fonda il sindacato della Corte costituzionale relativo al bilanciamento, di cui in precedenza si è detto, sull'idea del "margine di apprezzamento" che la CEDU lascia in certe ipotesi agli Stati membri¹⁹.

Che poi, d'altronde, il giudice nazionale debba seguire l'interpretazione delle norme convenzionali data dalla Corte EDU, può essere più pianamente affermato sotto il profilo della necessità che la norma esterna venga ricostruita ed applicata, proprio in quanto norma esterna, nel significato che ad essa è proprio, quale diritto vivente, nell'ordinamento al quale appartiene²⁰.

¹⁷ G. TESAURO, *Diritto dell'Unione*, cit., p. 189 ss.

¹⁸ Sulla tematica indicata si vedano le considerazioni di L. SALVATO, *La tutela dei diritti fondamentali nelle fonti interne ed "esterne": poteri e compiti del giudice "comune"*, in *DUE*, 2011, p. 259 ss.

¹⁹ La relativa teoria venne affermata in particolare in relazione all'art. 15 CEDU, riguardante le deroghe agli obblighi convenzionali in caso di stato d'urgenza: cfr. S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 432 ss.

²⁰ Per l'interpretazione dei tr. nel diritto internazionale, e per l'esigenza di evitare ogni interpretazione unilateralistica, v. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, 7ª ed., Napoli, 2006, p. 98 ss.

5. *Tentativi di estendere il peculiare assetto dei poteri del giudice comune in materia di applicazione del diritto UE*

Il giudice comune si trova, così, ad essere investito di un compito tutt'altro che facile: quello di garantire la tutela dei diritti fondamentali conferiti da tre distinti sistemi, tra loro differenziati, esercitando poteri che, a loro volta, non sono interamente coincidenti, ma differenziati a seconda delle ipotesi che in concreto vengano a verificarsi.

Non è difficile comprendere, sotto questo aspetto, come si sia verificata nella prassi una certa tendenza alla semplificazione del quadro complessivo. In particolare, attraverso il tentativo di ricondurre in qualche modo ad unità la situazione, attribuendo al giudice comune anche in sede di applicazione delle norme CEDU quegli stessi poteri di controllo – in questo caso, di conformità del diritto interno alla Convenzione europea – che gli spettano a proposito dei conflitti tra norme nazionali e norme dell'ordinamento dell'UE dotate di effetti diretti. Poteri che, com'è ben noto, si traducono nella non – applicazione delle norme interne confliggenti con queste ultime.

La tendenza in parola, manifestatasi attraverso alcune opinioni dottrinali e decisioni giurisprudenziali, specie di giudici amministrativi²¹, configura una sorta di “assorbimento” del sistema della CEDU nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione, facendone conseguire il risultato che alle norme della prima dovrebbe essere riservato l'identico trattamento, nei rapporti con l'ordinamento interno, che è proprio di quelle appartenenti al secondo.

Tuttavia, se le ragioni pratiche che stanno presumibilmente alla base di questa tendenza sono di facile comprensione, ben difficile è ritenere che gli argomenti addotti a suo sostegno siano adeguatamente fondati.

Le innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona, sulle quali insistono i sostenitori della tesi in questione, non sono in realtà tali da giustificare l'assunto. Come è già stato efficacemente dimostrato²², la norma contenuta nell'art. 6 n. 3 del Trattato UE non ha affatto la portata di attribuire alle norme CEDU carattere di fonte nell'ambito del sistema dell'Unione, ma soltanto quella di consentire l'utilizzazione della CEDU nell'ambito dei materiali normativi e giurisprudenziali idonei a condurre alla ricostruzione dei principi generali non scritti operanti nell'ordinamento dell'UE. Si tratta di “fonti di ispirazione” per la ricostruzione di principi propri dell'Unione che in quanto tali mantengono il proprio significato autonomo, e nulla è mutato al riguardo rispetto all'imposta-

²¹ Si veda in particolare Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220, Com. Merano, e in senso critico su tale giurisprudenza L. SALVATO, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit. p. 282 ss. Cfr. anche E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *CG*, 2010, p. 955 ss.

²² E. CANNIZZARO, *Diritti “diretti” e diritti “indiretti”: i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana*, in *DUE*, 2012, p. 24 ss.

zione ormai risalente fatta propria dalla Corte di giustizia comunitaria.

L'obbligo di adesione dell'UE alla CEDU, previsto dall'art. 6 n. 2 del Trattato UE, che qualche decisione dà disinvoltamente per attuato, non comporterà di per sé, una volta concretamente eseguito, alcun annullamento del sistema CEDU in quello dell'UE: la CEDU diverrà allora, semplicemente, operante nel quadro del sistema UE in quanto accordo internazionale proprio dell'Unione stessa, senza per questo perdere la propria autonomia, così come non l'hanno certo perduta tutti i vari accordi internazionali dei quali l'Unione è divenuta parte contraente²³.

A sostegno della tesi criticata viene ancora invocato l'art. 52 n. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tale norma, in vista di quanto dispone l'art. 6 del Trattato UE, ha certamente lo stesso valore giuridico dei Trattati. Ma nel disporre, come la norma fa, che il livello di protezione previsto dalla CEDU rappresenta uno standard minimo rispetto alla protezione assicurata dalla Carta, essa non intende modificare in nulla l'ambito di applicazione delle norme che del diritto dell'Unione fanno parte: anzi, l'art. 51 n. 2 della Carta si preoccupa di dichiarare tale ambito immutato dalla Carta medesima²⁴.

6. *Necessità di distinguere le varie ipotesi di tutela dei diritti fondamentali in relazione alla precisa identificazione della sfera di competenza del diritto UE*

Nulla può dunque giustificare l'idea che il sistema proprio della CEDU sia già divenuto, od anche solo si avvii a divenire, parte integrante di quello proprio dell'UE, venendo così a smarrire la propria autonomia all'interno di quest'ultimo. Si può aggiungere che nessun elemento in questa direzione sembra emergere dal negoziato per l'adesione dell'UE alla CEDU, attualmente in corso²⁵. Ed ancora: la più recente giurisprudenza della Corte di giustizia UE non rivela alcun segno che possa in qualche modo indicare una rinuncia da parte della Corte, in ogni singolo caso in cui venga in rilievo l'invocazione di un diritto fondamentale, a verificare – in modo esplicito o implicito – che ricorra in concreto una situazione rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione²⁶.

L'effettiva ricorrenza di una situazione siffatta rappresenta infatti il punto cru-

²³ V. ancora E. CANNIZZARO, *Diritti "diretti"*, cit., p. 29 ss.

²⁴ Questi aspetti sono stati sottolineati anche da alcune decisioni della Corte giust. UE: 17 marzo 2009, causa C-217/08, *Mariano*; 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, *MeB*.

²⁵ Sull'adesione dell'Unione alla CEDU ed i relativi problemi cfr. A. TIZZANO, *Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDU*, in *DUE*, 2011, p. 29 ss.

²⁶ Si aggiunga che una recente decisione (Corte giust. 24 aprile 2012, causa C-571/10, *Kamberaj*, punti 62-63) ha escluso la possibilità di assimilazione delle norme CEDU con quelle dell'Unione, affermando che l'art. 6 n. 3 TUE non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici interni degli Stati membri né determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre in caso di conflitto tra i diritti garantiti dalla CEDU ed una norma di diritto nazionale.

ciale dell'indagine da compiere tutte le volte che venga prospettata l'esistenza di un diritto fondamentale tutelato dalle norme proprie dell'Unione, ed il presupposto fondamentale richiesto perché un tale diritto possa venire in concreto individuato. Con la conseguenza che, ove la norma UE che lo tutela sia dotata di effetti diretti, potranno prodursi i ben noti risultati in termini di prevalenza di tale norma rispetto a quelle interne eventualmente contrastanti e di non applicazione di queste ultime.

L'indagine che si richiede a tal fine al giudice comune è particolarmente delicata. A proposito di ciascun diritto che venga invocato come diritto fondamentale di fronte al giudice comune occorre chiedersi se esso sia previsto dalle norme rilevanti in corrispondenza con l'attribuzione dell'Unione di una competenza materiale. Non può essere dimenticato che l'estensione dell'ordinamento dell'UE all'intera materia dei diritti fondamentali, inclusi quelli tutelati dalla CEDU, presupporrebbe la corrispondente estensione delle competenze attribuite all'Unione, sino a farle coincidere con l'intera materia oggetto della CEDU²⁷.

Un risultato, questo, che certo non si può dire voluto dal Trattato di Lisbona e dalle innovazioni da esso introdotte: che non hanno potuto, né voluto, cancellare quella che continua ad essere l'insopprimibile specificità della costruzione comunitaria europea, né Stato né organizzazione internazionale di tipo classico. Affermare il contrario non significa fare opera di progresso nella garanzia dei diritti fondamentali, ma soltanto rinunciare a valersi degli strumenti di una corretta analisi giuridica, con le inevitabili ricadute in termini di incertezza e confusione dei linguaggi.

²⁷ Cfr. Corte cost. 11 marzo 2011, n. 80, *D.P.E.*, e le decisioni della Corte UE ricordate *supra* alla nota 24. Sul carattere di essenzialità della sussistenza di una competenza materiale dell'Unione per l'applicabilità dei diritti garantiti dalla Carta si veda fra gli altri, L. SALVATO, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 286 ss. Ma già in precedenza cfr. G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, cit., p. 221 e *ivi* ulteriori riferimenti.

Il caso *Costa / Enel* cinquant'anni dopo *

1. A distanza di cinquant'anni dalla vicenda che oggi ricordiamo, e dalle due sentenze – rispettivamente, della Corte costituzionale italiana e della Corte di giustizia delle Comunità europee – che la conclusero, vien fatto anzitutto di chiedersi se questa vicenda sia da considerare oggi come appartenente ad un passato ormai remoto del fenomeno dell'integrazione europea, o se essa presenti invece aspetti di un'attualità forse insospettata, ed abbia quindi ancora qualcosa da insegnare. Certo, la realtà politico-giuridica dell'Europa di oggi è ben diversa da quella di allora: quando la carica innovativa del fenomeno comunitario – che riguardava peraltro i soli sei Stati fondatori, e non l'Unione allargata ai 28 di oggi – e le speranze che essa aveva suscitato in molti poteva indurre a credere che la via verso la creazione di un'Europa anche politicamente unita fosse ormai aperta e facilmente percorribile. In realtà, le cose non stavano così, come gli eventi degli anni anche immediatamente successivi si incaricarono di dimostrare. E la stessa vicenda *Costa/Enel*, se letta alla luce di quanto accadde poi, assume un significato per certi versi persino emblematico. Di qui la perdurante vitalità degli insegnamenti che la vicenda può ancora oggi offrire.

2. La vicenda di cui ci occupiamo viene frequentemente ricordata soprattutto per il contrasto che si venne a verificare tra le due Corti, la Corte costituzionale italiana da un lato e la Corte di giustizia delle Comunità europee (come essa era allora denominata) dall'altro. Adite in relazione allo stesso specifico caso, com'è ben noto, esse espressero orientamenti nettamente divergenti sul punto cruciale oggetto della decisione: il rapporto tra la legge italiana di nazionalizzazione dell'industria elettrica e certe norme contenute nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea. La Corte costituzionale, con la sua decisione del 7 marzo 1964, enunciò seccamente il principio che la legge di nazionalizzazione, in quanto successiva a quella di esecuzione del Trattato, era comunque destinata a prevalere in caso di contrasto con quest'ultima, in virtù dei normali principi sulla successione delle leggi nel tempo. Dunque, una lettura delle norme e dello stesso sistema dei trattati europei rigidamente internazionalistica e riduttiva. Anzitutto, perché

* Pubblicato in *Costa / Enel: Corte costituzionale e Corte di Giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Milano, 2015, pp. 19-27.

ricostruisce i Trattati assimilandoli ai comuni trattati internazionali, destinati a creare diritti ed obblighi per i soli Stati contraenti, e capaci di trovare applicazione all'interno dell'ordinamento nazionale soltanto in virtù e per effetto della legge di esecuzione. Ed inoltre, perché nega a questa qualsiasi idoneità a prevalere, finanche in virtù del solo principio di specialità, sulle norme interne successive eventualmente contrastanti. Una costruzione, evidentemente, ispirata ai canoni del più rigido dualismo, che attribuisce rilevanza agli interventi normativi dello Stato in contrasto con quanto richiesto dai trattati soltanto sul piano della responsabilità internazionale, ma ne esclude qualsiasi effetto sul piano della prevalenza delle norme internazionali. Su queste basi, la Corte esclude anche qualsiasi lettura delle norme «internazionalistiche» della Costituzione, ossia gli artt. 10 e 11, che fosse capace di attribuire alle norme interne create con l'esecuzione dei trattati una particolare forza di resistenza nei confronti di norme interne successive e contrastanti.

All'art. 11 viene peraltro attribuito l'effetto – certamente non scontato, viste le diverse letture che il testo dell'articolo avrebbe potuto consentire – di attribuire al legislatore ordinario il potere di provvedere esso stesso all'esecuzione dei Trattati europei. Si faceva salva in tal modo concretamente l'operatività delle strutture europee, che peraltro rimanevano esposte al rischio di interventi legislativi intesi a contraddirne gli effetti in vista della conclusione affermata dalla Corte.

3. Di fronte alla posizione in tal modo assunta dalla Corte costituzionale, si pone – a distanza di pochi mesi: la sentenza della Corte europea reca la data del 15 luglio 1964 – la perentoria replica della Corte di giustizia comunitaria. Senza menzionare espressamente la decisione della Corte italiana, il giudice comunitario con poche categoriche battute ne respinge la soluzione, affermando con vigore il carattere di assoluta novità del fenomeno dell'integrazione europea ed il conseguente principio del primato del diritto comunitario rispetto a quello nazionale degli Stati membri. La sentenza della Corte costituzionale era naturalmente ben nota ai giudici della Corte europea, ed era stata lungamente menzionata, e contestata, nelle conclusioni dell'Avvocato generale Lagrange. Sicché non può sorprendere che la Corte di giustizia opponga con vigore la propria concezione del fenomeno comunitario, sottolineandone e valorizzandone tutti quegli aspetti che concorrono a dimostrare l'insostenibilità della posizione della Corte costituzionale. In particolare, la Corte di giustizia insiste sul carattere di originalità del fenomeno dell'integrazione comunitaria: si tratta, nella visione affermata dalla Corte, di un fenomeno che nulla ha a che vedere con i trattati internazionali di tipo classico, in quanto irriducibile alla mera creazione di diritti ed obblighi di carattere orizzontale degli Stati membri, – pur trovando, ovviamente, i Trattati comunitari il proprio fondamento nel diritto internazionale pubblico, proprio in quanto trattati internazionali –, ma al contrario rappresentando l'espressione di una società che non è una società di soli Stati sovrani, ma unisce cittadini, individui, Stati e istituzioni comunitarie. Di qui l'idea dell'ordinamento comunitario come ordinamento

di nuovo genere nell'ambito della realtà della Comunità internazionale, quale espressione *in nuce* della centralità dell'individuo che preconizza in qualche modo quale modello l'avvento di un assetto di tipo federalistico.

4. Con la sentenza *Costa/Enel* la Corte di giustizia completa la ricostruzione dei fondamentali tratti distintivi dell'ordinamento giuridico comunitario che aveva iniziato un anno prima, con la ben nota e basilare sentenza del 5 febbraio 1963 nel caso *Van Gend en Loos*. Quali cardini dell'ordinamento vengono così enunciati i principi della diretta applicabilità e del primato del diritto comunitario, entrambi strettamente connessi a quella ricostruzione della base sociale dell'ordinamento di cui si è detto.

5. Le due ricostruzioni offerte dalle due Corti nelle sentenze che definirono cinquant'anni or sono il caso *Costa/Enel* si prestano oggi ad una serie di considerazioni, che ne testimoniano un perdurante significato. Si tratta di due ricostruzioni opposte, che non possono essere valutate sulla sola base di considerazioni strettamente tecnico-giuridiche; due visioni diverse, ciascuna sorretta da diversi presupposti ideologici e politici.

La Corte costituzionale dava espressione ad un sistema nel quale il processo di integrazione non era ancora stato pienamente accettato da tutte le forze politiche e non poteva dunque essere ancora considerato come entrato a far parte del diritto vivente. Le «limitazioni di sovranità» consentite dall'art. 11 Cost. venivano intese in senso ancora notevolmente restrittivo e si inserivano in una realtà internazionale ancora concepita in termini strettamente interstatali. Dovevano trascorrere venti anni perché si potesse giungere ad una ricomposizione della frattura tra le due Corti manifestatasi con il caso *Costa/Enel*: è ben noto infatti che soltanto con la sentenza della Corte costituzionale nel caso *Granital* (8 giugno 1984) venne affermato il principio dell'inapplicabilità all'interno dell'ordinamento giuridico italiano delle norme interne anche successive contrastanti con norme comunitarie direttamente applicabili. Soluzione questa che, se pure praticamente soddisfacente per la sua idoneità a soddisfare in concreto le esigenze fatte valere dalla Corte di giustizia con l'affermazione del principio del primato del diritto comunitario, lascia però sussistere sullo sfondo un perdurante contrasto tra le due Corti per ciò che concerne il rapporto di fondo tra ordinamento italiano ed ordinamento europeo, come si dirà più oltre.

6. La Corte di giustizia, dal canto suo, dà espressione giuridica – già nel lontano 1964 – ad una visione estremamente avanzata sul piano dell'integrazione degli Stati fondatori delle Comunità europee. Come si è detto, essa valorizza all'estremo la compenetrazione attuata in virtù dei Trattati fra ordinamenti degli Stati membri e ordinamento comunitario, e quindi l'identità delle relative basi sociali, la diretta applicabilità di tutta una serie di norme europee, l'impossibilità che atti unilaterali di uno Stato membro abbiano ad impedire l'efficacia delle norme co-

muni nell'ordinamento di tale Stato. Con poche battute viene formulata una sintesi delle caratteristiche essenziali del nuovo ordinamento, che ne fanno una creazione del tutto originale e differenziata rispetto al sistema internazionale, nel quale pure esso trova la sua base di partenza. E ciò, anche – e forse soprattutto – per il conferimento, attraverso le norme comunitarie direttamente applicabili, di diritti soggettivi agli individui, non soltanto nei confronti delle Istituzioni comunitarie, ma anche e prima di tutto nei confronti degli stessi Stati membri. Già nella sentenza della Corte di giustizia del 1964, in particolare se letta avendo presente quella dell'anno precedente nel caso *Van Gend en Loos* già ricordata, si trova compiutamente delineata la fisionomia essenziale delle Comunità europee come Comunità di diritto, che verrà nel corso degli anni via via arricchita e portata ad ulteriori svolgimenti ed applicazioni concrete.

7. Si è in precedenza ricordato come il contrasto aperto dal caso *Costa/Enel* fra la Corte costituzionale italiana e la Corte di giustizia comunitaria venne definitivamente composto soltanto nel giro di vent'anni, con la notissima sentenza *Granital* della Corte costituzionale. La composizione ebbe luogo, come si è detto, assicurando il primato del diritto comunitario direttamente applicabile sulla base di un'interpretazione dell'art. 11 Cost., che vi riconosceva l'idoneità a garantire la piena operatività di quel diritto negli spazi che esso veniva ad occupare, escludendo in tale ambito l'applicabilità del diritto nazionale. Soluzione, questa, forse teoricamente discutibile, ma capace di assicurare il soddisfacimento delle esigenze proprie del diritto sovranazionale riassumibili nell'idea del «primato» del diritto comunitario (oggi, dell'Unione).

Esiste tuttavia un aspetto, che non può essere trascurato. Permane infatti, tra le due Corti, una differenza di fondo per ciò che riguarda la costruzione del rapporto fra diritto dell'Unione e diritto nazionale in ipotesi con esso contrastante. Per la Corte di giustizia, secondo l'orientamento compiutamente definito con la sentenza nel caso *Simmenthal* (9 marzo 1978), le norme interne contrarie al diritto dell'Unione devono essere considerate invalide, in base agli stessi principi appartenenti a tale diritto. Per la Corte costituzionale, al contrario, l'inapplicabilità di quelle norme interne non può derivare da altro che un principio proprio dell'ordinamento al quale esse appartengono, e dunque dell'ordinamento italiano, in armonia con la costruzione dualistica del rapporto tra gli ordinamenti. Questo contrasto continua a sussistere, anche se non sembra aver prodotto conseguenze di particolare rilievo sul piano della pratica applicazione del principio del primato.

8. Si deve allora concludere che si tratta di divergenza di carattere puramente teorico, incapace di produrre conseguenze sulla concreta operatività del diritto dell'Unione? Una conclusione del genere può considerarsi corretta, se riferita al funzionamento pratico del sistema delineato dalla Corte costituzionale al fine di assicurare la prevalenza del diritto comunitario direttamente applicabile nell'ambito dell'ordinamento italiano. Se però la questione viene considerata sotto un

profilo più ampio e generale, qualche ulteriore considerazione di segno diverso appare opportuna.

a) Il principio del «primato» del diritto comunitario (ora, dell'Unione) nei confronti dei diritti nazionali, come enunciato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Costa/Enel*, è stato costantemente riaffermato dalla successiva giurisprudenza, e ulteriormente precisato ed esteso nella sua sfera applicativa. E così, ad esempio, esso è stato ricostruito dalla giurisprudenza in termini di preminenza gerarchica del primo nei confronti del secondo, visti come appartenenti ad un unico sistema; ed il principio è stato affermato operante persino nei confronti di norme nazionali di carattere costituzionale con la sola eccezione – affermata dai giudici costituzionali – dei c.d. controlimiti e dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale. Il principio in parola rappresenta pertanto uno dei capisaldi fondamentali dell'attuale ordinamento giuridico dell'Unione, così come questo si è venuto a definire nel corso degli anni. Tuttavia, è ben noto che il principio non è stato mai tradotto in una precisa disposizione normativa inserita nei Trattati, in occasione delle varie revisioni che questi hanno subito nel tempo. Soltanto in una delle molte dichiarazioni allegate all'atto finale della conferenza che adottò il Trattato di Lisbona (n. 17), è dato ritrovarne una riaffermazione, ma si tratta di testo privo di efficacia vincolante sul piano giuridico, che non può incidere in alcun senso sull'*acquis communautaire* venutosi a realizzare nel corso degli anni: di questo «patrimonio di realizzazioni comunitarie» il principio del primato è sicuramente carattere essenziale.

Nel trattato sull'Unione europea, nell'attuale art. 4 par. 2, è stata viceversa inserita una disposizione che sembra porsi in contrasto con l'idea del primato del diritto dell'Unione, laddove enuncia l'obbligo dell'Unione di rispettare l'identità nazionale degli Stati membri, «insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale». Norma, questa, che è stata da alcuni ricostruita in termini di «primato invertito», in quanto darebbe vita ad un sistema nel quale i valori nazionali verrebbero a porsi ad un livello gerarchicamente superiore rispetto a quelli propri dell'Unione.

Si tratta di ricostruzioni che non appaiono fondate, e non risultano sino al momento attuale avere concretamente spiegato effetti nel senso di una revisione dei principi affermatasi in tema di primato sul piano dell'ordinamento comunitario. Tuttavia, si tratta di aspetti che non possono venir trascurati, in quanto dimostrano che sono presenti nel sistema elementi parzialmente contraddittori, che non consentono di considerare l'una o l'altra posizione come definitivamente acquisita e non reversibile. In questa ottica, la distanza tuttora esistente tra le posizioni di principio rispettivamente proprie della Corte di giustizia e della Corte costituzionale italiana potrebbe finire per rivelarsi più significativa di quanto possa al momento apparire.

b) La configurazione delle caratteristiche essenziali dell'ordinamento comunitario e dei suoi rapporti con i diritti nazionali quali delineate dalla Corte di giustizia sin dal 1964 risponde ad un modello di integrazione di carattere giuridico del

quale la stessa Corte giustamente sottolinea l'assoluto carattere di novità rispetto ad esperienze precedenti. Quale organo giurisdizionale, la Corte non poteva che limitare la propria opera interpretativa all'elaborazione dei caratteri fondamentali del sistema giuridico posto in essere dai Trattati. È peraltro evidente che il sistema così delineato veniva concepito come fondato sul presupposto che la cessione di sovranità attuata dai Trattati portasse alla creazione di un'entità assimilabile ad un vero e proprio Stato capace di assumersi e svolgere in modo completo le funzioni sovrane ad esso trasferite dagli Stati membri. Nel corso del mezzo secolo trascorso dalla sentenza della Corte di giustizia nel caso *Costa/Enel* questo percorso non ha potuto essere completato, per le ragioni sin troppo note perché occorra ricordarle qui, e l'Unione non ha potuto superare il proprio carattere di struttura complessa e di difficile definizione, né Stato né organizzazione internazionale di tipo classico, che tuttora la contraddistingue.

Di qui il dubbio, ed il timore, che gli elementi di contraddizione presenti nel sistema possano venire ad influire sull'elevato grado di integrazione attuato sul (solo) piano strettamente giuridico. L'integrazione degli ordinamenti degli Stati membri, sin qui attuata sulla base della costruzione delineata dalla Corte di giustizia, continua a non essere sorretta dalla realizzazione di una vera e propria integrazione a livello politico. Sino a che questa non venga realizzata, tale costruzione manca di uno dei fondamenti essenziali che nel modello delineato dalla Corte dovrebbe caratterizzarla e renderla irreversibile: l'appartenenza degli ordinamenti comunitari e nazionali ad un unico sistema, come si è ricordato espressamente negata dalla Corte costituzionale italiana.

Al fine di evitare che il patrimonio di civiltà rappresentato dalla creazione sin qui attuata con l'ordinamento comunitario regredisca e venga disperso, non si può che auspicare una rapida ripresa del cammino verso una più completa integrazione fra gli Stati membri – o tra quelli che siano disposti a valorizzare le ragioni dell'integrazione – mediante la realizzazione di strutture istituzionali capaci di condurre finalmente oltre i piccoli passi compiuti con i Trattati che si sono susseguiti nel tempo verso il traguardo di una vera unità europea.

Note minime in tema di spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia *

1. Con il Trattato di Amsterdam (2 ottobre 1997, in vigore dal 1° maggio 1999) ha fatto il suo ingresso nella terminologia dei Trattati comunitari la nozione di “spazio di libertà, sicurezza e giustizia”, in precedenza sconosciuta alle norme del diritto comunitario positivo. La nozione è venuta poi acquistando sempre maggior rilievo sul piano formale, tanto da essere inserita prima della menzione del mercato interno nel testo dell’art. 3.2 del Trattato sull’Unione europea (TUE) dopo l’ultima sistemazione dei testi attuata con il Trattato di Lisbona (2007). Ad essa è ora dedicato l’intero titolo V del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE), nonché la specifica menzione contenuta nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea.

Al rilievo così attribuito all’idea dello Spazio non corrisponde però una precisa descrizione di ciò che esso debba concretamente comportare. Una breve riflessione in questa direzione può pertanto apparire utile¹.

2. Sul piano puramente lessicale, l’espressione di cui si tratta non è idonea ad indicare una realtà specificamente individuata, né dal punto di vista del linguaggio comune né – a maggior ragione – da quello del linguaggio giuridico. Quanto al linguaggio comune, i dizionari italiani (ma analoghe considerazioni potrebbero esser fatte a proposito di molte altre lingue degli Stati dell’Unione) registrano un uso del termine “spazio” nel linguaggio corrente nel senso di “estensione di luogo variamente limitata, vuota o occupata da corpi” (Zanichelli) o di “luogo o ambiente in cui si svolgono fenomeni, attività o fatti vari” (Treccani). E per quanto riguarda la “libertà, sicurezza e giustizia”, si tratta evidentemente di nozioni generali ed astratte, idonee soprattutto a identificare valori da salvaguardare astraendo

* Pubblicato in *Liber Amicorum Antonio Tizzano, De la Cour CECA à la Cour de l’Union: le long parcours de la justice européenne*, 2018, pp. 539-543.

¹In generale sullo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia si vedano, tra i contributi più recenti, H. LABAYLE, *La nouvelle architecture de l’espace de liberté, sécurité et justice*, Bâle-Bruxelles, 2010, p. 3; K. LENAERTS, *The Contribution of the Court of Justice to the area of freedom, security and justice*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2010, p. 255; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell’Unione europea*, Torino, 2014, p. 531; A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea*, Milano, 2014, p. 805.

da qualsiasi specificazione di contenuti. Dunque, la formula utilizzata in sede di redazione del Trattato di Amsterdam si rivela, anche ad un esame superficiale, dotata di un rilevante effetto suggestivo, si direbbe quasi simbolico, ma incapace di determinare, di per sé sola, una specifica realtà giuridicamente qualificabile.

3. Sarebbe peraltro del tutto erroneo ritenere che l'introduzione della nozione qui esaminata nelle categorie utilizzate dai Trattati sia rimasta priva di conseguenze sul piano del diritto positivo. Tutto al contrario, la novità introdotta ad Amsterdam ed i successivi sviluppi, sul piano sia normativo sia giurisprudenziale, sono venuti a far assumere alla nozione dello spazio un ruolo centrale nell'ambito dell'Unione europea, determinandone prospettive e orientamenti.

4. Va anzitutto sottolineato che i lineamenti essenziali della nuova figura introdotta con il Trattato di Amsterdam risultano già sostanzialmente tracciati dai testi che da questo risultano. Tutti gli sviluppi successivi, certamente importanti e significativi, non alterano quella che risulta essere concepita dai redattori come la configurazione di fondo dello Spazio.

Dal testo dell'art. 2 del Trattato sull'Unione europea, come modificato ad Amsterdam, risulta in primo luogo che l'Unione ha, fra gli altri, l'obiettivo di "conservare e sviluppare" l'Unione stessa quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Dunque lo Spazio è visto come un attributo già proprio dell'Unione e del suo ordinamento giuridico, una realtà già presente in questo, che deve però essere ulteriormente sviluppata. E la direzione da seguire riguarda essenzialmente la libera circolazione delle persone, che deve essere assicurata insieme a misure appropriate in materia di controlli alle frontiere esterne, asilo, immigrazione, prevenzione della criminalità e lotta contro quest'ultima.

La libertà di circolazione delle persone, di per sé già prevista e garantita come una delle libertà fondamentali consacrate dal Trattato istitutivo della Comunità economica, rappresenta così il valore ultimo che lo Spazio è inteso a garantire, e il prisma attraverso il quale effettuare la lettura delle concrete realizzazioni che intervengono nella disciplina dello Spazio.

5. Quanto si è ora osservato non significa però che l'adozione della nuova figura dello Spazio possa considerarsi come mera espressione verbale di una realtà già interamente esistente. La sua introduzione nei nuovi testi non segna soltanto l'ampliamento di un'idea già in precedenza manifestatasi – con l'evocazione frequente della nozione di "spazio giudiziario europeo" –, ma comporta una significativa modifica di prospettiva. Da una parte, infatti, assegnando all'Unione il compito di sviluppare lo Spazio nelle direzioni indicate dalla sua stessa denominazione: quindi, (a) garantendo condizioni di adeguata sicurezza in vista dei problemi nascenti dalla completa abolizione delle frontiere interne; e (b) assicurando eguali condizioni di accesso alla giustizia e di tutela dei diritti di tutti i soggetti interessati nell'ambito dell'Unione. Ma d'altra parte – ed è l'aspetto certamente

più significativo e rilevante – indirizzando la linea dello sviluppo in una direzione nella quale la libertà di circolazione non venga vista e garantita soltanto all'individuo come soggetto economico, ma anche e soprattutto alla persona in quanto tale, assegnando dunque a questa una posizione di centralità.

La libertà di circolazione prevista e garantita dall'Unione viene così collocata entro un quadro di riferimento mutato, destinato ad introdurre nuovi e non completamente delineati elementi nel corso delle iniziative che le Istituzioni vadano a porre in essere nel perseguimento dell'obiettivo ora indicato dai Trattati².

6. La piena realizzazione dello Spazio si rivela così, nell'impostazione che risulta già dal Trattato di Amsterdam, come obiettivo di carattere dinamico³. Il suo contenuto è rimesso a quelli dei vari altri che gli Stati membri e le Istituzioni nell'ambito delle rispettive competenze, andranno ad adottare nel corso del tempo. Ciò significa, in fondo, che il profilo più significativo della nuova figura risulta dal nuovo assetto delle competenze dell'Unione, e degli Stati membri per lo sviluppo dello Spazio. Da questo punto di vista, come ben noto, il passaggio dai testi di Amsterdam a quelli modificati dal Trattato di Lisbona ha comportato notevoli progressi in termini di "comunitarizzazione" delle competenze, con la scomparsa della costruzione "a pilastri" già presente nel Trattato di Unione e non interamente abolita dal I Trattato di Amsterdam. Per altri versi, le materie attinenti allo Spazio sono tuttora oggetto di una competenza concorrente in capo a Unione e Stati membri, con il connesso fenomeno del permanere, in questo ambito, del metodo dell'integrazione e di quello della collaborazione intergovernativa. Ben noto esempio di quest'ultimo, del resto, si ha negli Accordi di Schengen, che sin dagli anni Novanta dello scorso secolo aveva posto in essere un sistema di collaborazione fondato su un accordo internazionale, e soltanto molti anni dopo venne inquadrato (peraltro in modo formalmente discutibile e criticato) nel sistema dell'Unione con il Protocollo n. 19 allegato al Trattato di Lisbona⁴.

7. Nell'esercizio della propria competenza per la realizzazione completa dello Spazio, le istituzioni dell'Unione hanno fondato la propria azione su alcuni principi sostanziali già largamente noti e utilizzati nelle materie in precedenza attribuite alla competenza dell'Unione. Primo fra tutti il principio del riconoscimento reciproco da parte degli Stati membri di leggi, atti, provvedimenti e decisioni di ciascuno di essi, che ha rappresentato uno strumento fondamentale per la realizza-

² A norma dell'art. 68 TFUE la programmazione legislativa ed operativa doveva seguire gli orientamenti definiti dal Consiglio europeo e sintetizzati nelle varie Dichiarazioni a conclusione delle riunioni dello stesso Consiglio.

³ Così come del resto accade anche a proposito della creazione del mercato interno in base all'art. 26 TFUE, su cui cfr. A. TIZZANO (a cura di), *Trattati*, cit. p. 532.

⁴ Si vedano i contributi citati *supra*, nota 1, per l'analitica descrizione degli sviluppi verificatisi nel corso del passaggio dal primo al secondo Trattato menzionato nel testo.

zione del mercato interno e delle libertà fondamentali che lo connotano⁵. Tale principio, a sua volta collegato a quello della fiducia reciproca tra Stati membri che ne rappresenta ad un tempo il presupposto e la conseguenza nel gioco delle reciproche influenze, è il fondamento ultimo della cooperazione giudiziaria in materia civile e penale quale disegnata dalle norme del Trattato sul funzionamento dell'Unione⁶.

Con intensità diversa, determina lo svolgersi delle iniziative dell'Unione nei tre settori che interessano lo spazio, ossia la libertà, la sicurezza e la giustizia. Un esame anche assai sommario delle realizzazioni cui si è giunti in questi settori dimostra facilmente come il principio in questione sia stato il motivo ispiratore delle varie soluzioni concretamente raggiunte: sia nella soppressione dei controlli alle frontiere sia nella creazione dei vari strumenti di cooperazione giudiziaria in materia civile, penale e di polizia.

8. La sistemazione concettuale operata con il Trattato di Lisbona ha così definitivamente delineato la configurazione dello Spazio come risultante dalle tre grandi aree sopra indicate; per le iniziative intese a sviluppare ed integrare il relativo assetto, l'allargamento delle aree assegnate alla competenza (concorrente) dell'Unione ha comportato un ricorso progressivamente più ampio a strumenti e principi già propri, come si è detto, della realtà dell'Unione stessa. Ne sono risultati l'individuazione ed il consolidamento di uno specifico settore dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, caratterizzato da speciali profili della propria disciplina⁷.

La posizione di specialità che viene in tal modo in evidenza deriva dal ruolo sempre maggiore attribuito alla tutela dei diritti fondamentali nell'ambito della configurazione dello Spazio, sul piano sia normativo, sia giurisprudenziale. Sotto il primo profilo, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dichiara nel suo Preambolo che l'Unione, fondata sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà, si basa sul principio della democrazia e dello stato di diritto, e "pone la persona al centro della sua

⁵ Si ricordi l'affermazione giurisprudenziale del principio da parte di Corte giust. 20 febbraio 1979, 120/78, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, punti 14-15. Il principio è stato successivamente ribadito in una lunga serie di pronunce.

⁶ Sul concetto di "mutua fiducia" e i suoi rapporti con quello di "mutuo riconoscimento" si veda K. LENAERTS, *The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Dir. Un. eur.*, 2015, p. 525; e più recentemente E. PISTOIA, *Lo status del principio di mutua fiducia nell'ordinamento dell'Unione secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia. Qual è l'intruso?*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, n. 2/2017, p. 26. Il principio del mutuo riconoscimento com'è noto, è stato considerato la "pietra angolare" della cooperazione giudiziaria nell'ambito dell'Unione a partire dal Consiglio europeo di Tampere (15-16 ottobre 1999), le Conclusioni del quale lo consacravano come tale nel par. 33.

⁷ Si vedano le considerazioni svolte da P. MENGOZZI, *L'applicazione del principio di mutua fiducia e il suo bilanciamento con il rispetto dei diritti fondamentali in relazione allo spazio di libertà, sicurezza, e giustizia*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 2/2017, p. 1.

azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia". L'art. 67, par. 1, TFUE, poi, espressamente stabilisce che lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia deve essere realizzato dall'Unione "nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri".

Come già si è accennato, la "centralità" così conferita alla persona umana in quanto tale attribuisce alla libertà di circolazione nell'ambito dello Spazio caratteri ben diversi da ciò che era proprio della libertà di circolazione in precedenza prevista nell'ambito dell'(allora) Comunità europea, mirante questa alla sola affermazione della libertà del soggetto in quanto protagonista economico.

9. Il carattere essenziale dei diritti fondamentali nell'ambito ed ai fini dello Spazio è poi confermato da un esame della giurisprudenza della Corte di giustizia negli ultimi anni. Particolarmente significative sono alcune decisioni della Corte in materia penale, relativamente al mandato di arresto europeo, e di politica in materia di asilo. Quanto a quest'ultima, la Corte è giunta ad affermare che l'obbligo dello Stato membro, al quale sia sottoposta una richiesta di asilo in mancanza della sua competenza ad esaminarla, di trasferire il richiedente verso lo Stato competente in base al regolamento 343/2003 è subordinato ad una serie di condizioni, attinenti alla protezione dei diritti fondamentali⁸. In primo luogo, l'obbligo viene meno nel caso che lo Stato non competente non possa ignorare le carenze sistemiche nelle condizioni di asilo e di accoglienza esistenti nello Stato membro avente competenza. Ma nei successivi sviluppi giurisprudenziali la garanzia del rispetto dei diritti fondamentali della persona da trasferire viene estesa sino ad imporre allo Stato che dovrebbe procedere al trasferimento una serie di obblighi intesi ad assicurarne un'adeguata protezione⁹.

La portata del principio ora ricordato è sostanzialmente la stessa che la Corte aveva in precedenza affermato in materia di mandato di arresto europeo. Qui la Corte aveva posto a carico dello Stato membro richiesto dell'esecuzione di un mandato l'obbligo di verificare che il trattamento che lo Stato della consegna vada a riservare al condannato trasferito non sia in violazione dei diritti fondamentali di quest'ultimo, in particolare non abbia il carattere di trattamento inumano o degradante. Ove le informazioni ottenute non consentano di escludere il rischio di un trattamento del genere, l'obbligo di consegna è destinato a venir meno¹⁰.

⁸ Reg. (CE) n. 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo (GUUE L 50/1).

⁹ Corte giust. 21 dicembre 2011, C-411/10 e C-493/10, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department e M.E. c. Refugees Applications Commissioner*, punti 75-85; e 16 febbraio 2017, C-578/16 PPU, *C.K. ed altri c. Repubblica slovena*, punti 92-96.

¹⁰ Corte giust. 5 aprile 2016, C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Cldararu*, punti 77-103.

10. Lo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia è stato in parte realizzato attraverso il ricorso a strumenti tradizionali appartenenti all'ordinamento della Comunità (poi, Unione). Per quest'aspetto, esso è inteso a soddisfare interessi riconducibili agli Stati che dell'Unione fanno parte, e che vedono sancito dai Trattati il principio del rispetto della loro uguaglianza e della loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale (art. 4, par. 2, TUE), così come delle loro diverse tradizioni giuridiche (art. 67 TFUE).

A questi principi, però, la disciplina dello Spazio affianca ormai la centralità della persona umana, sancita dalla Carta dei diritti fondamentali e tradotta dall'art. 67 nell'esigenza del rispetto dei diritti fondamentali stessi. Ne risulta la necessità di un bilanciamento dei rispettivi interessi¹¹, affidato in ultima analisi al prudente apprezzamento dell'organo giurisdizionale dell'Unione. I risultati di quest'opera, destinata ad inquadrarsi nel complessivo sviluppo dell'Unione cui la giurisprudenza della Corte non ha mai mancato di dare il proprio, spesse volte decisivo, contributo, prospettano nuovi e significativi arricchimenti di quel carattere di "Comunità di diritto" che con espressione felicemente suggestiva, la Corte ha sempre indicato con forza come caratteristica essenziale della costruzione europea nel suo insieme¹².

¹¹ Sull'idea di "bilanciamento" insiste P. MENGOZZI, *L'applicazione del principio di mutua fiducia*, cit. *supra*, nota 7.

¹² A partire da Corte giust. 23 aprile 1986, 294/83, *Les Verts c. Parlamento*, punto 23, cui hanno fatto seguito molte altre decisioni. Sul tema in generale cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, 7ª ed., Padova 2012, p. 218.

6. Il diritto internazionale e la scuola di Milano

Gli internazionalisti *

Il discorso che può essere svolto a proposito dell'insegnamento delle materie internazionalistiche, e del Diritto internazionale innanzitutto, nella Facoltà giuridica milanese è relativamente breve, perlomeno se confrontato con quelli che riguardano altri settori del diritto in essa insegnati nell'arco della sua esistenza. E la ragione di ciò sta nel fatto che la storia relativa a quell'insegnamento va sostanzialmente tutta ricondotta al nome di Roberto Ago e della sua scuola: e dunque, mostra una sua unità e compattezza di fondo.

Alla materia del diritto internazionale la Facoltà non riservò, nel momento in cui iniziò ad operare, lo spazio e l'attenzione concessi ad altre discipline giuridiche. Né questo può, in fondo, stupire: se si tengono presenti, da un lato, il limitato numero di cattedre allora disponibili (soltanto dieci), e dall'altro, la prospettiva essenzialmente nazionale, per non dire nazionalistica, fatta propria dagli studi giuridici del tempo, e nella quale si collocava gran parte della dottrina giuridica del nostro Paese (ma non soltanto di esso). Si dovette, così, attendere sino al 1938 per veder attribuito al Diritto internazionale un posto di ruolo, provvedendo nel frattempo la Facoltà a conferire meri incarichi di insegnamento all'uno od all'altro studioso, per loro stessa natura caratterizzati perciò da intrinseca precarietà secondo il regime giuridico allora vigente e soggetti, soprattutto, alle mutevoli vicende che i relativi titolari avessero ad incontrare, o nello svolgimento degli studi attinenti alle altre discipline che fossero oggetto del loro prevalente interesse, o nelle diverse Università di appartenenza.

Per la verità, al suo esordio la Facoltà assegnò l'incarico dell'insegnamento del Diritto internazionale ad un grande nome, quello nientedimeno che di Santi Romano, che nella Facoltà era titolare della cattedra di Diritto costituzionale. E tale insegnamento Romano deve avere impartito con interesse ed impegno, se fu proprio di qui che trasse origine un apposito *Corso di diritto internazionale* che ebbe una certa fortuna, tanto da giungere nel 1939 alla sua terza edizione. Certamente, l'approccio alla materia che questo *Corso* testimonia, in armonia del resto con le ben note concezioni generali dell'Autore quali espresse in modo organico pochi anni prima in una delle sue opere più famose, *L'ordinamento giuridico*, era per

* Pubblicato in *Gli 80 anni della facoltà di giurisprudenza. Atti dell'incontro del 14 ottobre 2004* (a cura di R. Clerici), Milano, 2006, pp. 103-113.

moltissimi aspetti ed assai significativamente diverso rispetto alle premesse generali accolte dalla più gran parte della dottrina italiana di allora, fedele – sulla scia del grande insegnamento di Anzilotti – ad impostazioni più strettamente positivistiche, ed a tutte le deduzioni che da queste potevano venire tratte. Pur nella fedeltà ad una concezione della scienza giuridica come attività puramente conoscitiva, e quindi in questo senso “formalistica”, l’insegnamento di Santi Romano appare nella sostanza improntato ad un atteggiamento di adesione e sostegno alle prospettive di riaffermazione e recupero dei valori giuridici nei rapporti fra gli Stati, atteggiamento questo non certamente molto diffuso in quel tempo né sul piano strettamente dottrinale, né – men che meno – su quello politico e diplomatico.

Una presenza di tutto rilievo, dunque, quella di Santi Romano, pure su di una cattedra che non era la sua ed in una materia che non rappresentava l’oggetto principale dei suoi interessi. È certo una presenza che anche in questo campo avrebbe potuto dare ulteriori e ben significativi risultati duraturi nel tempo, anche nel senso di una creazione di una scuola internazionalistica nell’ambito della Facoltà milanese, se non fosse stata destinata ad interrompersi ben presto per l’abbandono della Facoltà stessa da parte di Romano per assumere le funzioni di Presidente del Consiglio di Stato nel 1928.

A tale abbandono seguì, per l’insegnamento che ci riguarda, un lungo periodo decennale, nel quale l’attenzione ad esso riservata continuò ad essere, tutto sommato, piuttosto secondaria. Dopo un primo periodo, nel quale l’incarico venne tenuto da Enrico Besta – grande giurista certamente, ma con interessi rivolti prevalentemente alla storia giuridica che egli insegnava – sino al 1935, seguì l’affidamento a Mario Scerni, per l’anno accademico 1935-1936, e poi a Giambattista Mazzoleni, fino al 1938: anno nel quale, finalmente, la Facoltà milanese risolve di riservare un posto di ruolo anche all’insegnamento del Diritto internazionale, chiamando a ricoprirlo Roberto Ago.

Con Roberto Ago si apre, come ricordavo all’inizio, il periodo che ha segnato l’impronta più profonda nell’insegnamento delle materie internazionalistiche nella nostra Facoltà. Ago vi portò infatti, non soltanto la sua eccezionale personalità di studioso, ma anche la sua non comune capacità di maestro e caposcuola, di organizzatore e di operatore giuridico internazionale. Come scienziato, Ago è troppo noto perché si possa, o si debba, tentare qui una sintesi della sua opera, che non potrebbe che essere del tutto insufficiente. Mi limiterò a ricordare che, al suo arrivo nella Facoltà, Ago era conosciuto anzitutto per essersi dedicato al diritto internazionale privato, al quale aveva dedicato una opera fondamentale: quella *Teoria del diritto internazionale privato*, pubblicata presso la Cedam nel 1934, che rimane quale caposaldo negli studi della materia per il rigore concettuale, il completo dominio della dottrina e della giurisprudenza italiana e straniera e la capacità ricostruttiva che essa testimonia. Se è vero che quest’opera (così come le successive *Lezioni di diritto internazionale privato*, che l’Autore ne ricavò nel 1939) è tutta ispirata a postulati e presupposti di carattere rigidamente statualistico, che oggi non si saprebbero condividere, non è men vero che non si può fare a meno di

ammirarne, a distanza di settant'anni, la capacità di dedurre con assoluto rigore logico da quei postulati – che del resto informavano di sé all'epoca il diritto vivente in Italia – tutte le possibili conseguenze pratiche. Tanto che quell'opera, insieme a quella di poco successiva di Gaetano Morelli, ha rappresentato per molti decenni l'esposizione scientifica di ciò che poteva ben essere considerato il diritto internazionale privato come effettivamente esistente ed applicato nel nostro Paese.

Al momento del suo passaggio alla cattedra milanese, peraltro, gli interessi di Ago lo portavano ormai verso il diritto internazionale pubblico. A questo settore di studi egli dedicò anzitutto una serie di lavori monografici in materia di responsabilità internazionale degli Stati, culminati e sintetizzati nel magistrale *Corso* tenuto all'Accademia di diritto internazionale dell'Aja sull'*illecito internazionale* nel 1939: studi che saranno, molti anni dopo, alla base dei rapporti che Roberto Ago, divenuto ormai autorevole componente della Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite, predispose in vista dei lavori di codificazione della materia da essa Commissione intrapresi (e che si concluderanno molti anni più tardi nel 1991 con l'approvazione del Progetto di articoli sulla materia). Fra le altre opere, ricordo soltanto un corso di *Lezioni di diritto internazionale*, edito nel 1943, rimasto purtroppo limitato alla parte generale della materia, e soprattutto una sua famosa opera di inquadramento generale, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, del 1930, nella quale viene tratteggiata una nuova e tutta personale concezione dello stesso ordinamento giuridico internazionale, intesa al superamento definitivo dei presupposti strettamente positivistici e statualistici insieme a tutte le deformazioni che quei presupposti erano idonei ad introdurre nell'inquadramento del diritto internazionale pubblico nella realtà dei fenomeni giuridici.

Trascorsi gli anni drammatici ed angosciosi della seconda guerra mondiale, Ago rivolse un'attenzione crescente al fenomeno dell'organizzazione internazionale ed alle realizzazioni concrete che in quegli anni iniziavano a vedere la luce in tale settore. A tali fenomeni egli dedicò, non soltanto studi scientifici di carattere monografico estremamente significativi per l'applicazione delle concezioni generali che in quegli anni venivano da lui maturate allo specifico fenomeno dell'organizzazione, ma anche una rilevante e significativa attività pratica, a livello interno ed internazionale. Sotto il profilo interno ricordo la creazione della Società italiana per l'organizzazione internazionale e la fondazione della rivista scientifica che ne è l'organo, *La Comunità internazionale*, giunta alla sua cinquantanovesima annata.

Con il secondo profilo, quello internazionale, si passa ad un secondo fondamentale aspetto della presenza di Ago nella comunità scientifica internazionale: quello della sua attività di giurista operante a livello internazionale. Egli fu infatti senza alcun dubbio uno dei giuristi italiani più noti internazionalmente, sia come rappresentante del proprio Stato in numerosissime sedi, sia come membro di organismi internazionali, sia infine come giurista pratico: fu rappresentante italiano nell'Organizzazione internazionale del lavoro, componente della Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite, fino a coronare la propria straordi-

naria carriera di giurista internazionale con la nomina a Giudice della Corte internazionale di giustizia. Per non dire della intensissima attività svolta in qualità di “legislatore” internazionale, a proposito della quale ricordo, oltre ai già citati Rapporti in materia di responsabilità internazionale degli Stati, l’opera svolta quale Presidente della Conferenza di Vienna sul diritto dei trattati da cui nacque nel 1969 la fondamentale Convenzione internazionale in materia.

Inizia in questi anni anche l’attenzione particolare che Ago dedica al fenomeno della codificazione del diritto internazionale pubblico, al quale vengono consacrati una serie di importanti studi e riflessioni: non posso non ricordare in questa sede la lezione con la quale, in occasione della consegna degli *Studi* in suo onore, il 30 ottobre 1987, proprio nella nostra Facoltà egli volle testimoniare un’ultima volta la sua presenza in essa e fra di noi.

Furono proprio i molteplici impegni conseguenti a questa multiforme attività a provocare l’abbandono della Facoltà milanese da parte di Ago nel 1956, con il trasferimento all’Ateneo romano.

La presenza di Ago nella nostra Facoltà nei diciotto anni che intercorrono tra il 1938 ed il 1956 ebbero un ruolo fondamentale ai fini dello sviluppo degli studi internazionalistici a Milano. Qui infatti Ago seppe trasfondere i migliori risultati della sua capacità di caposcuola e di organizzatore. Dapprima con la creazione, nel 1939-1940, del primo Istituto scientifico della nostra Facoltà, quell’Istituto di diritto internazionale e straniero – come venne allora battezzato – nei locali del quale tanti giovani, e noi stessi fra di loro, hanno elaborato la propria tesi di laurea e si sono avviati agli studi. Se pensiamo al momento tragico in cui questa creazione ebbe luogo, non possiamo non vederla come un vero e proprio atto di coraggio e di fede nell’avvenire del nostro Paese, e della stessa umanità.

Nell’ambito dell’Istituto, Ago svolse per tutto il periodo in cui continuò la sua presenza a Milano la propria opera di maestro, formando una generazione di allievi e di studiosi che proseguiranno poi la sua opera nella Facoltà. L’Istituto creato da Ago aveva, ed ha tuttora, una propria pubblicazione, *Comunicazioni e studi*, che svolgeva ottimamente la funzione di raccolta delle varie personalità di studiosi operanti nell’Istituto o accanto ad esso attorno ad un’impresa comune.

Quando Ago lasciò Milano, l’organizzazione che egli aveva creato fu in grado di colmare senza troppe difficoltà il grande vuoto lasciato dalla partenza di una personalità tanto significativa. Gli allievi formati da Ago, che con lui avevano collaborato per lunghi anni, vennero così a continuare il suo insegnamento, in piena continuità ideale con il maestro. L’insegnamento del Diritto internazionale venne proseguito da Piero Ziccardi prima, e poi da lui insieme a Mario Giuliano, una volta intervenuto lo sdoppiamento della cattedra base. Va peraltro ricordato come sin dal 1961 la Facoltà avesse istituito – tra le prime in Italia – un insegnamento apposito dedicato al Diritto internazionale privato e processuale, chiamando Mario Giuliano a ricoprire la relativa cattedra. Con ciò, la gamma degli insegnamenti internazionalistici impartiti dalla nostra Facoltà venne ulteriormente ad ampliarsi: ed il rafforzamento del settore internazionalprivatistico della disciplina

venne completato e proseguito dalla pubblicazione, a partire dal 1965, di quella *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, fondata dallo stesso Giuliano, che festeggia quest'anno il suo quarantesimo anniversario.

Tale rafforzamento venne perseguito da Mario Giuliano dando impulso ad una serie di iniziative e ricerche dedicate a questo specifico settore della materia, nell'intento di contribuire al suo sviluppo, sia promuovendone una più accentuata autonomia sotto il profilo scientifico e didattico, sia rendendola in vari modi più vicina e presente nella pratica anche giurisprudenziale. Accanto alla creazione di un apposito Istituto, intitolato al Diritto internazionale privato e processuale, ed alla fondazione della Rivista, vanno ricordate qui la collana di studi che a quest'ultima venne affiancata – destinata a raccogliere non soltanto contributi monografici, ma anche gli atti dei convegni organizzati sotto l'egida della Rivista stessa –, nonché la promozione di un'apposita ricerca collettiva, tradottasi nel *Codice delle convenzioni di diritto internazionale privato e processuale*, la cui prima edizione risale al 1977.

Al diritto internazionale privato e processuale del resto Giuliano dedicò anche una parte significativa della sua opera scientifica: a partire dalla monografia sul *Fallimento nel diritto processuale civile internazionale* (1943) fino a quella su *La giurisdizione civile italiana e lo straniero* (1961), la cui seconda edizione è del 1970, oltre ad una serie di articoli e commenti. Il suo nome è rimasto inoltre legato alla Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, per la quale non fu soltanto autorevole membro della Commissione che ne predispose il testo, ma anche coautore, insieme a Paul Lagarde, della Relazione che la accompagna, a tutt'oggi preziosa quale strumento di interpretazione ed orientamento. Strettamente connesso ai temi discussi nell'elaborazione della Convenzione è il corso tenuto da Giuliano all'Accademia di diritto internazionale dell'Aja nel 1977 dedicato all'autonomia privata nella disciplina dei contratti internazionali.

Molto intensa fu anche l'attività scientifica di Giuliano nel campo del diritto internazionale pubblico ed in genere della cooperazione intergovernativa, al quale è dedicata la sua prima opera monografica sulla navigazione aerea (1941), il lavoro – di ampio impegno teorico – sulla *Comunità internazionale e il diritto* (1950) e l'ampio volume su *I diritti e gli obblighi degli Stati* (1956). Dopo il passaggio alla cattedra di Diritto internazionale, avvenuto nel 1967, Giuliano si indusse a intraprendere l'elaborazione di un'opera di ancor più ampio respiro, quel trattato di *Diritto internazionale* del quale furono pubblicati nel 1971 i primi due volumi dedicati rispettivamente alla società internazionale e il diritto ed agli aspetti giuridici della coesistenza degli Stati. Una seconda edizione – alla cui predisposizione vennero associati due suoi allievi – vide la luce nel 1983. Un terzo volume avrebbe dovuto essere dedicato agli aspetti giuridici della cooperazione degli Stati, e ad esso Giuliano lavorò sino alla sua scomparsa, avvenuta nel 1986, senza poterlo completare.

Alla materia che ne avrebbe dovuto formare oggetto, del resto, Giuliano già aveva dedicato alcuni precedenti lavori, quelli sulla cooperazione in materia eco-

nomica ed il commercio internazionale (1965, con successive edizioni nel 1972 e 1978) e sulla cooperazione allo sviluppo (1985), nel quale ultimo confluisce anche una parte dell'esperienza maturata da Giuliano quale membro della Camera dei deputati nel corso della settima legislatura.

Si è già ricordato come, al momento del distacco di Ago dalla Facoltà milanese, l'insegnamento del Diritto internazionale venne assunto da Piero Ziccardi, che lo tenne sino al suo collocamento fuori ruolo nel 1983. L'insegnamento della materia da parte di Ziccardi, così come tutta la sua opera scientifica, presenta alcune proprie spiccate caratteristiche, che vi fanno assumere una posizione particolare nel quadro della Scuola internazionalistica italiana. Se, nell'ambito della scuola di Ago, Giuliano si caratterizza soprattutto per l'attenzione dedicata costantemente alla ricostruzione dell'esperienza internazionale ed alle manifestazioni della relativa prassi, nell'opera di Piero Ziccardi assume una posizione centrale il rilievo essenziale riservato alla costruzione teorica, attraverso l'utilizzazione costante dei concetti giuridici: da lui considerati quali indispensabili strumenti per ordinare ed inquadrare la realtà sociale. E proprio e solo attraverso il processo di conoscenza e concettualizzazione, che li costruisce nella forma dell'istituto giuridico, che – nella visione di Piero Ziccardi – i fenomeni giuridici sono rilevati e resi storicamente veri e reali. Si tratta, dunque, di una costruzione teorica che non si risolve in vuota astrazione, ma mira ad una rigorosa selezione di quanto, nella vita internazionale, può essere considerato come valore strettamente giuridico: selezione tanto più necessaria in una realtà, come quella internazionale, che dà vita a un diritto generale che è soltanto non scritto. Ed è questa una visione che considera il diritto non riducibile ad oggetto di mera conoscenza, ma lo propone quale materia di elaborazione costruttiva, alla quale il giurista è chiamato a partecipare.

Per questa contemporanea valorizzazione dei fenomeni intrinsecamente giuridici, da una parte, e della loro ricostruzione concettuale, dall'altra, l'opera e l'insegnamento di Ziccardi possono essere considerati come il collegamento fra la grande tradizione positivista della dottrina internazionalistica italiana – Anzilotti, Perassi, Morelli, lo stesso Ago – ed i moderni sviluppi più attenti al dato fenomenico, non sempre sufficientemente attenti a conservare il necessario equilibrio nella valutazione giuridica del dato stesso. Ciò emerge da tutte le sue opere principali nel campo del diritto internazionale pubblico: a partire da quella del 1943, *La costituzione dell'ordinamento internazionale* – nella quale già, pur nella dichiarata fedeltà alla concezione kelseniana della norma-base come fondamento dell'intero sistema, questa veniva configurata come operante un necessario riferimento a dati empirici, in particolare a forze sociali –, fino a quelle più recenti, quali *Diritto internazionale odierno. Nozione e contenuto* (1964) e *Ordinamento giuridico (Diritto internazionale)*, apparso nel 1980 nell'*Enciclopedia del diritto*, preceduti entrambi da due corsi tenuti all'Accademia di diritto internazionale dell'Aja, rispettivamente nel 1958 e nel 1976.

Non è il caso di indugiare in questa sede in un esame analitico di temi e soluzioni presenti nella vasta opera di Ziccardi. Accanto agli importanti contributi re-

cati in tema di teoria delle fonti, ed in particolare di consuetudine, va ricordato qui un altro significativo elemento, presente specialmente nella fase più recente dell'insegnamento e dell'opera di Ziccardi: voglio riferirmi al distacco, da lui progressivamente attuato, dalla rigida configurazione della base sociale del diritto internazionale pubblico come risultante dalla sola convivenza degli Stati, per far posto ad un recupero di motivi e di idee propri nell'antico universalismo, come l'idea di un diritto espresso da un ambiente ben più vasto della sola comunità degli Stati, nel cui ambito le norme rivolte a questi ultimi sono soltanto una delle componenti. Aspetto, questo, particolarmente significativo alla luce dei moderni sviluppi della società e dell'organizzazione internazionale.

Un solo breve cenno all'opera di Ziccardi nel campo del diritto internazionale privato. Qui i molti contributi – fra i quali assumono rilievo particolare i due studi su *Il valore del diritto straniero nell'ordinamento nazionale* (1946) e *Introduzione critica al diritto internazionale. Diritto internazionale privato* (1956) – portano a valorizzare un elemento essenziale, contraddetto dalla tradizione positivista: ossia, l'idea del carattere intrinsecamente ed originariamente giuridico del diritto straniero, il quale dunque non è determinato dal meccanismo di recezione accolto dal legislatore nazionale, ma piuttosto lo determina esso stesso. Su questa base, le conseguenze sul piano dell'interpretazione e dell'applicazione sono molteplici, e spostano l'accento dal meccanismo di recezione al modo di essere del diritto straniero nella sua realtà vivente. Non si può non ricordare che lo stesso legislatore italiano del 1995 si è collocato in quest'ordine di idee, quando ne ha accolto una serie di tipiche conseguenze (ad esempio in tema di rinvio, di interpretazione, di conoscenza delle norme straniere richiamate).

Arriviamo, così, ai giorni nostri: dei quali non è questa la sede appropriata per discorrere. Mi limiterò a dire che la gamma degli insegnamenti internazionalistici attivati dalla Facoltà venne successivamente ancora arricchita, con l'istituzione, avvenuta nel 1980, di una nuova cattedra dedicata al Diritto delle Comunità europee, che io stesso ebbi l'onore di ricoprire per primo. Segno, anche questo, della costante e sempre crescente attenzione che la Facoltà ha dedicato e dedica al fenomeno dell'internazionalizzazione ed alle sue esigenze, in piena continuità ideale con gli indirizzi perseguiti da Ago sin dal momento della creazione del nostro Istituto.

Ricordo di Piero Ziccardi *

1. Piero Ziccardi ci ha lasciati il 3 gennaio 2015, dopo un breve ricovero provocato da una caduta. Aveva festeggiato il 26 settembre 2013 il Suo centesimo compleanno, essendo nato ad Arezzo il 26 settembre 1913. In quell'occasione la Sezione lombarda della Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale, della quale era stato per molti anni il presidente, lo aveva festeggiato insieme al figlio Fabio, ai Suoi allievi ed ai Suoi amici con una breve cerimonia di felicitazioni ed auguri. In quella stessa occasione la presidente della Società italiana di diritto internazionale, Maria Laura Picchio Forlati, gli aveva indirizzato una lettera affettuosa con la quale gli esprimeva gli auguri degli internazionalisti italiani per il traguardo raggiunto e ne ricordava, ringraziandolo, l'«alta lezione di metodo» ed il suo «suggestivo svolgersi tra libertà di immaginazione e realismo».

2. Gli studi universitari di Piero Ziccardi si svolsero tra Padova, dove ebbe l'opportunità di accostarsi all'insegnamento di Donato Donati, e Genova: sede, questa, dove egli si laureò e dove divenne assistente di Roberto Ago, che poi seguì quando quest'ultimo lasciò Genova per ricoprire la cattedra di Diritto internazionale nella Facoltà giuridica dell'Università degli studi di Milano. Qui, Ziccardi collaborò con Ago e con Mario Giuliano nella creazione di quell'Istituto di diritto internazionale e straniero, che fu il primo Istituto giuridico organizzato nell'ambito della Facoltà milanese. Le dolorose vicende belliche lo videro partecipare al movimento di liberazione nazionale nel Corpo volontari della libertà, subendo anche la deportazione in Germania. Terminato il conflitto, egli riprese la propria attività nell'Istituto, del quale più tardi, dopo il trasferimento di Ago all'Università di Roma nel 1956, diverrà direttore, rimanendolo fino al momento del collocamento a riposo nel 1988. Nell'ambito dell'Istituto Piero Ziccardi si occupò attivamente anche della direzione di quelle «Comunicazioni e studi» dell'Istituto medesimo, che – fondate da Roberto Ago – sono venute raccogliendo sin dal primo volume del 1942 una serie di contributi, spesso di notevole interesse e valore, dovuti a tanti studiosi, italiani e stranieri. Fu dunque nella Facoltà milanese, dopo il decennio trascorso all'Università di Urbino dalla nomina a straordinario in poi, che si svolse – per quasi un trentennio, dal 1956 al 1983 – l'insegnamento del Diritto

* Pubblicato in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, pp. 546-557.

internazionale da parte di Ziccardi, accompagnato dall'assunzione di incarichi di insegnamento presso altre sedi, quale l'Università Bocconi. Nel 1988 fu nominato dalla Facoltà con voto unanime professore emerito.

È stato condirettore della *Rivista di diritto internazionale* e membro del Comitato scientifico della *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, *membre associé* e poi *titulaire* dell'Institut de droit International dal 1977, divenendone membro emerito nel 2001, quando rassegnò le sue dimissioni dall'Institut, motivate dal desiderio di lasciare spazio a colleghi più giovani. È stato socio corrispondente dell'Istituto lombardo – Accademia di scienze e lettere.

Il ruolo preminente sempre riservato all'attività didattica e scientifica non gli impedì di partecipare anche alla vita amministrativa dell'Università di Milano, del cui Consiglio di amministrazione fu membro negli anni 1969-75, e di svolgere attività di libero professionista, nella quale – sia come difensore avanti agli organi giurisdizionali italiani ed europei, sia nell'ambito di collegi arbitrali – ebbe modo di collaudare nell'applicazione pratica le Sue eccezionali capacità di analisi e di approfondimento.

3. L'opera scientifica di Piero Ziccardi è rivolta a tutte le parti della materia del diritto internazionale, tanto al diritto internazionale pubblico, quanto al diritto internazionale privato ed ancora al fenomeno dell'organizzazione internazionale, anche nelle sue manifestazioni più recenti in ambito europeo. Essa si distingue per una sua inconfondibile caratteristica, che colpisce immediatamente chiunque vi si accosti: l'appassionato interesse riservato dall'Autore agli aspetti di teoria generale propri degli argomenti trattati. E si tratta di interesse rivolto, non alla creazione di vuote astrazioni, ma determinato dalla Sua convinzione circa il ruolo essenziale che il diritto può e deve svolgere in una società, quando lo si intenda, come il giurista deve, non come realtà obiettiva che deve essere scoperta attraverso l'attività meramente conoscitiva del giurista, ma come insieme di principi e di concetti che sono frutto dell'elaborazione costruttiva di quest'ultimo. Di qui il rilievo essenziale attribuito ai concetti giuridici quali indispensabili strumenti per inquadrare e ordinare la realtà sociale: solo attraverso il processo di concettualizzazione operato dal giurista, e la loro costruzione nella forma dell'istituto giuridico, i fenomeni giuridici, per Piero Ziccardi, sono rilevati e resi storicamente veri e reali. Soltanto così inteso, il diritto può realizzare la sua essenziale finalità di garanzia della libertà e della giustizia.

La costruzione teorica, alla quale l'Autore mira, appare così lo strumento necessario al fine di una rigorosa selezione di quanto, nella vita internazionale, può essere considerato come valore strettamente giuridico. Tale selezione risulta particolarmente necessaria nell'ambito di una realtà, quale quella dei rapporti internazionali di vertice, che dà vita ad un diritto generale che è soltanto non scritto, la cui rilevazione comporta un'opera particolarmente impegnativa di ricostruzione da parte dell'interprete.

I fondamenti teorici così posti da Piero Ziccardi a base della Sua opera scienti-

fica e del Suo insegnamento permettono di considerarli, per certi versi, come il collegamento tra la grande tradizione positivista della dottrina internazionalista italiana – basti pensare ai nomi di Anzilotti, Perassi, Morelli, Ago – ed i più moderni sviluppi di questa. Come è ben noto, tali sviluppi sono contraddistinti dal crescente, e sempre più spiccato, rilievo attribuito al dato fenomenico, rappresentato dalla prassi degli Stati nelle loro reciproche relazioni: ed è proprio a questo proposito che l'insegnamento di Ziccardi ammonisce di non arrestarsi a questo dato, di per sé essenziale ma non sufficiente, ma di procedere oltre per elaborarne la concettualizzazione giuridica che sola può consentire l'individuazione e l'affermazione dell'esistenza di vere e proprie norme giuridiche.

4. I principi generali che si sono ricordati contraddistinguono anzitutto le opere dedicate dall'Autore alla ricostruzione dei caratteri della società internazionale e del diritto che essa esprime. Il primo studio di largo respiro dedicato a tali temi è *La costituzione dell'ordinamento internazionale*, pubblicato nel 1943 (ristampato poi nel 2000). In esso, Ziccardi difende la tesi dell'esistenza nell'ambito dell'ordinamento internazionale di un nucleo ristretto di norme fondamentali che giustifica il ricorso alla nozione di «Costituzione». Tali norme trovano il loro fondamento, secondo l'Autore, in una norma qualificabile come «norma base» dell'ordinamento. Ma va sottolineato che la fedeltà a questa nozione richiama soltanto nel termine utilizzato l'idea di origine kelseniana della *Grundnorm*, perché non si tratta, nella concezione di Ziccardi, di una mera ipotesi insuscettibile di dimostrazione giuridica. Al contrario, la norma base viene ricostruita con riferimento a dati empirici, in particolare a forze sociali, e può essere identificata soltanto mediante un'indagine condotta sulla base dell'esperienza. Essa è, in questa concezione, norma sulle fonti, che pone la consuetudine come fonte suprema dell'ordinamento, ed è espressione delle forze sociali rappresentative dei fondamentali valori storici e sociali su cui l'ordinamento sia imperniato. La fonte suprema è vista così come fatto sociale, che una volta ricostruito in termini giuridici identifica l'ordinamento e ne rappresenta il fondamento materiale in relazione ai principi fondamentali ad essa riconducibili e scientificamente determinabili attraverso l'esperienza. Di qui la base ed il contenuto delle norme fondamentali che integrano ciò che l'Autore considera la costituzione dell'ordinamento internazionale, a cominciare dal fondamentale principio di libertà, indipendenza ed eguaglianza dei soggetti, oltre che il fondamento e presupposto della conoscenza dommatica del sistema: che dunque, in questa ricostruzione, non può essere considerata come capace di esaurire in sé stessa ogni forma di conoscenza scientifica del diritto internazionale.

L'ispirazione di fondo che sta alla base di questa prima opera di ampio respiro viene ripresa da Piero Ziccardi in alcuni lavori successivi, egualmente di carattere generale, in particolare nei due Corsi tenuti all'Accademia dell'Aja nel 1958 e nel 1976: il primo intitolato ai *Caractères de l'ordre juridique international*, il secondo su *Règles d'organisation et règles de conduite en droit international*, e an-

cora successivamente in alcune ampie voci pubblicate nell'*Enciclopedia del diritto* (*Ordinamento giuridico-diritto internazionale* e *Organizzazione internazionale*) rispettivamente nel 1980 e nel 1981. In queste opere si trova, oltre alla riaffermazione di concezioni già elaborate in opere precedenti (oltre a quelle citate, vanno ricordati gli studi più recenti in tema di consuetudine internazionale nella teoria delle fonti), lo sviluppo di motivi nuovi, capaci di condurre all'individuazione di aspetti poco esplorati ma di sicuro interesse. Se ne devono ricordare, in modo particolare, due. Il primo attiene all'individuazione e ricostruzione dello stesso oggetto della conoscenza giuridica, e degli specifici modi e gradi sui quali essa si articola, ovviamente con diretto riferimento al diritto internazionale, anche se con affermazioni di per sé dotate di valore più generale. Qui, l'Autore sottolinea la necessità di distinguere tra la conoscenza del dato fenomenico del diritto – rappresentato nella società internazionale dalla prassi degli Stati e di eventuali altri soggetti –, la ricostruzione concettuale di tale dato nelle forme degli istituti giuridici, attraverso l'opera, anche creativa, del giurista che le ordina in sistema, e la possibile evoluzione di tale sistema per farne una creazione qualificabile come vero e proprio ordinamento giuridico. Risultato, quest'ultimo, al quale è possibile pervenire soltanto in presenza di una serie di condizioni, storicamente determinate e dunque variabili, che consentano di configurare la presenza di norme di organizzazione capaci di far compiere al sistema il passaggio da mero *ordo ordinatus* a vero e proprio *ordo ordinans*. Alla luce di questi principi, Ziccardi ricostruisce le vicende storiche della società internazionale e del diritto che essa esprime, nei quali, a Suo giudizio, soltanto raramente si sono verificate le condizioni che permettono di affermare l'esistenza di un vero e proprio ordinamento giuridico.

Si ricollega a quanto sin qui ricordato il secondo aspetto di cui si è fatto cenno. La società internazionale e il suo diritto sono concepiti e ricostruiti da Ziccardi, in contrapposizione alle correnti positivistiche più diffuse, con il recupero di motivi propri dell'antico universalismo: una società universale del genere umano, nell'ambito della quale si sviluppano fenomeni e sistemi giuridici ben più articolati e complessi di quelli individuati dalle costruzioni rigidamente dualistiche. In tal modo, il diritto internazionale pubblico viene ad essere considerato, non come espressione di un ambiente sociale separato definibile come società di Stati, ma come sistema che regola un settore particolare di rapporti, quelli attinenti alle relazioni di vertice tra gli Stati, che trova pur sempre la propria collocazione nell'ambito della società universale e ne condivide principi e valori, rappresentando una comunità giuridica universale. La società internazionale così intesa dà poi vita ad un diritto comune che non viene interamente inquadrato negli ordinamenti nazionali od in quello internazionale, ma conserva una propria autonomia e giustifica il ricorso alla nozione di «vita giuridica internazionale» cara all'Autore. In questa prospettiva trovano adeguata collocazione tutta una serie di fenomeni, a cominciare da quello più antico e tradizionale rappresentato dal diritto internazionale privato, per proseguire con quelli, largamente sviluppati negli ultimi decenni,

conseguenti alla c.d. globalizzazione, rispetto ai quali le riflessioni di Piero Ziccardi assumono un significato di particolare attualità.

5. L'opera di Piero Ziccardi si è svolta in misura notevole anche nel settore del diritto internazionale privato, anche alla luce delle premesse generali relative alla ricostruzione del diritto della società internazionale appena ricordate. L'interesse dell'Autore si è rivolto anche qui in primo luogo a temi di carattere generale, con gli studi su *Il valore del diritto straniero nell'ordinamento nazionale* (1946) e sulla *Introduzione critica al diritto internazionale, I, Diritto internazionale privato* (1956), ma non mancano tutta una serie di contributi su temi specifici della materia, intesa come comprensiva anche del diritto processuale civile internazionale.

Le indagini svolte negli studi di carattere generale hanno in comune una spiccata particolarità: quella di compiere uno sforzo ricostruttivo dell'intera tematica trattata muovendo, per così dire, dall'interno delle concezioni e soluzioni più largamente accolte in Italia attorno alla metà del Novecento, ed anche nei decenni seguenti. Si tratta delle impostazioni che stanno alla base degli studi di Ago e Morelli in materia, delle quali Ziccardi non manca di riconoscere l'idoneità a rappresentare modelli e soluzioni divenuti nel tempo vera e propria espressione del diritto positivo italiano in un determinato momento storico. L'analisi critica di queste impostazioni, che Ziccardi svolge, ne pone in risalto, insieme alla ferrea coerenza logica che le contraddistingue, la rispondenza alle concezioni nazionalistiche del diritto più largamente accolte all'epoca. Al tempo stesso però egli rileva il carattere insoddisfacente di numerose soluzioni raggiunte – in particolare in materia di qualificazioni, rinvio, effetti del richiamo al diritto straniero –, e ne individua la causa soprattutto in un presupposto accolto da quelle dottrine. Questo consiste essenzialmente nell'assumere, sulla premessa dell'esclusività che sarebbe propria di ogni ordinamento giuridico, i fatti e i rapporti della vita sociale oggetto delle norme materiali come oggetto delle stesse norme di diritto internazionale privato, negando che le norme straniere oggetto di richiamo siano riconosciute quali valutazioni giuridiche prima e indipendentemente dell'utilizzazione del loro contenuto da parte delle norme interne. Una volta eliminato tale presupposto, ed affermati invece i caratteri di estraneità, autonomia ed originarietà delle norme straniere oggetto di riferimento, insomma il carattere intrinsecamente giuridico del diritto straniero, ne derivano tutta una serie di conseguenze sul piano dell'interpretazione e dell'applicazione concreta, e l'accento si sposta dal funzionamento del meccanismo di recezione al modo di essere del diritto straniero nella sua realtà vivente.

Non si può non sottolineare che l'ordine di idee difeso da Piero Ziccardi nei suoi più recenti studi dedicati al diritto internazionale privato è stato condiviso dallo stesso legislatore italiano del 1995, quando una serie di tipiche conseguenze di tale impostazione sono state accolte in altrettante norme positive (ad esempio in tema di rinvio, interpretazione, conoscenza del diritto straniero).

6. I brevi cenni relativi all'opera scientifica di Piero Ziccardi, sin qui esposti, non possono esaurire il ricordo dell'insegnamento e della lezione che Egli ha svolto. Il Suo è stato anzitutto un insegnamento di libertà, a tutti i livelli: libertà nell'azione pratica, come ha dimostrato negli anni drammatici della guerra mondiale; libertà come bene supremo che il diritto, e quello internazionale in particolare, deve essere inteso a garantire; libertà infine nella ricerca scientifica. Di quest'ultimo aspetto Piero Ziccardi ha dato testimonianza con la costante attenzione da lui riservata a tutte le scuole ed in genere al pensiero altrui, ed insegnata ai Suoi allievi, ai quali mai è stato, non si dice imposto, ma neppure in qualsiasi modo raccomandato di seguire o di rifiutare l'uno o l'altro orientamento o l'una o l'altra soluzione.

Infine, la lezione di vita. Nella presentazione dei due volumi di Suoi scritti, pubblicati nel 1992, ricordavamo con riconoscenza la lezione di vita che Egli ci aveva dato e continuava a darci, «con quelle doti di semplicità, equilibrio e serenità che esaltano e rafforzano la non comune profondità del Suo ingegno». A distanza di oltre un ventennio, durante il quale la lezione è proseguita ininterrotta, non si può che ribadire il ringraziamento, ora unito al rimpianto, nel momento triste del definitivo congedo.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2023
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO E SOVRANAZIONALE

Studi di diritto internazionale ed europeo

Per i tipi di Giuffrè

1. RICCARDO LUZZATTO, *Stati giuridici e diritti assoluti nel diritto internazionale privato*, 1965, pp. IX-330.
2. ALBERTO SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, ristampa, 1973, pp. XI-272.
3. RICCARDO LUZZATTO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, 1972, pp. XII-332.
4. GIORGIO SACERDOTI, *I contratti tra stati e stranieri nel diritto internazionale*, 1972, pp. XII-408.
5. PIERLUIGI LAMBERTI ZANARDI, *La legittima difesa nel diritto internazionale*, 1972, pp. XII-316.
6. BRUNO NASCIMBENE, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, 1984, pp. IV-592.
7. MANLIO FRIGO, *La protezione dei beni culturali nel diritto internazionale*, 1986, pp. VIII-436.
8. MASSIMO CONDINANZI, *Il Tribunale di primo grado e la giurisdizione comunitaria*, 1996, pp. XIV-340.
9. MARCO PEDRAZZI, *Danni causati da attività spaziali e responsabilità internazionale*, 1996, pp. XII-376.
10. ALESSANDRA LUCCHINI, *Cooperazione e diritto allo sviluppo nella politica esterna dell'Unione europea*, 1999, pp. XII-204.
11. MARIA C. BARUFFI, *La tutela dei singoli nei procedimenti amministrativi comunitari*, 2001, pp. XII-350.
12. CARLA GULOTTA, *Le relazioni industriali nelle imprese multinazionali. I diritti di informazione e di consultazione dei lavoratori nell'Unione europea e nel diritto internazionale*, 2002, pp. XIV-314.
13. GIULIO PERONI, *Il commercio internazionale dei prodotti agricoli nell'Accordo WTO e nella giurisprudenza del Dispute Settlement Body*, 2005, pp. XII-392.
14. STEFANO BASTIANON, *Il diritto unitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*, 2005, pp. XIV-316.
15. FRANCESCO ROSSI DAL POZZO, *Profili comunitari ed internazionali della disciplina degli organismi geneticamente modificati*, 2005, pp. XII-300.
16. ANDREA CARCANO, *L'occupazione dell'Iraq nel diritto internazionale*, 2009, pp. XII-362.

17. ALESSIA DI PASCALE, *La responsabilità sociale dell'impresa nel diritto dell'Unione Europea*, 2010, pp. X-304.
18. ANGELICA BONFANTI, *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente. Profili di diritto internazionale pubblico e privato*, 2012, pp. XX-434.
19. GIULIO PERONI, *La crisi dell'euro: limiti e rimedi dell'Unione economica e monetaria*, 2012, pp. VIII-210.
20. JACOPO ALBERTI, *Le agenzie dell'Unione europea*, 2018, pp. XVI-476.

Per i tipi di Giappichelli

21. FILIPPO CROCI, *Solidarietà tra stati membri dell'Unione europea e governance economica europea*, 2020, pp. XVIII-462.
22. CHIARA AMALFITANO, MASSIMO CONDINANZI (a cura di), *Paura dell'Europa. Spunti di razionalizzazione*, 2020, pp. XVI-240.
23. NERINA BOSCHIERO, *Giustizia e riparazione per le vittime delle contemporanee forme di schiavitù. Una valutazione alla luce del diritto internazionale consuetudinario, del diritto internazionale privato europeo e dell'agenda delle Nazioni Unite 2030*, 2021, pp. XXII-330.
24. MICHELE GRASSI, *Il riconoscimento degli effetti del giudicato nell'arbitrato commerciale internazionale*, 2022, pp. XVIII-318.
25. RICCARDO LUZZATTO, *Il diritto internazionale nella realtà dei fenomeni giuridici. Scritti scelti a cura degli allievi*, (due Tomi) 2023, pp. XVIII-1482.

